



Anuario Mexicano de Derecho Internacional



México, volumen XX, 2020

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Secretaria académica

Dra. Issa Luna Pla

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, núm. XX (enero-diciembre de 2020), es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, teléfono 5556227474, correo electrónico actiij@unam.mx. Editor responsable: Manuel Becerra Ramírez; Certificado de Reserva al Uso Exclusivo del Título: 04-2015-091715170500-102, Certificado de Reserva al Uso Exclusivo del Título Electrónico: 04-2015-091716532800-203; ISSN: 1870-4654, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Se terminó de imprimir el 22 de marzo de 2020 en los talleres de MGM, Consultoría Gráfica, S. A. de C. V., Fuentes Brotantes 43-1, colonia Portales Oriente, Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 555243 9110.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.

Diseño de interiores: Ricardo Hernández Montes de Oca

Edición: Isidro Saucedo y Roberto Zavaleta Cornejo

Formación en computadora: Isidro Saucedo y Roberto Zavaleta Cornejo

Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

Apoyo editorial: Gilda Bautista Ravelo

Asistente de la Revista: Martha Cruz Garduño

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Director

Manuel Becerra Ramírez

Coordinación editorial

Raúl Márquez Romero y Wendy Vanesa Rocha Cacho

Consejo Editorial

Mariano Aguilar Benítez de Lugo (España); Jean Michel Arrighi (Uruguay); Luis Benavides (México); Carlos Bernal (México); Thomas Buergenthal (Estados Unidos de América); Michael Byers (Canadá); Antonio A. Cançado Trindade (Brasil); Rodolfo Cruz Miramontes (México); Simon Chesterman (Australia); Yoram Dinstein (Israel); Kuen-chen FU (China); Alonso Gómez-Robledo Verduzco (México); Juan Manuel Gómez Robledo Verduzco (México); Nuria González Martín (México); Hugo Llanos Mansilla (Chile); Vaughan Lowe (Reino Unido); Ricardo Méndez Silva (México); Rein Müllerson (Reino Unido); Liu Nanlai (China); Georg Nolte (Alemania); Loretta Ortiz Ahlf (México); Beatriz Pallarés (Argentina); Andreas Paulus (Alemania); Luis Peraza Parga (España); Luiz Otavio Pimentel (Brasil); José Luiz Quadros de Magalhaes (Brasil); Juan Manuel Portilla Gómez (México); Tatiana Ribeiro (Brasil); Alejandro Rodiles Bretón (México); Gabriela Rodríguez (México); Elizabeth Salmón Gárate (Perú); Luis Ignacio Savid-Bas (Argentina); Bernardo Sepúlveda Amor (México); José Luis Siqueiros (México); Alberto Székely (México); Stefan Talmon (Reino Unido); Soledad Torrecuadrada García-Lozano (España); Juan Carlos Velázquez Elizarrarás (México); Ricardo Valero (México); José Luis Vallarta Marrón (México); Jorge Witker (México).

Consejo Dictaminador de Colaboraciones

Gabriela Álvarez Ávila; Marisol Anglés Hernández; Pablo Arrocha Olabuenaga; Humberto Cantú Rivera; Javier Dondé Matute; David Enríquez; Pablo Ferrara; Susana Hernández Pacheco; Miguel González Marcos; Susana Núñez Palacios; Sergio Peña-Neira; Alejandro Ramelli; Evelyn Téllez Carvajal; César Villegas Delgado.

El *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* se encuentra registrado en los siguientes índices y directorios nacionales e internacionales:

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

CLASE

DIALNET

Hague Conference on Private International Law

Index to Foreign Legal Periodicals

Índice de Revistas Mexicanas de Investigación Científica y Tecnológica

Latindex

Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay

Página Jurídica

Redalyc

Revistas Jurídicas

SCIELO

SCOPUS

ULRICHS

Universia

Universidad de La Rioja

Primera edición: 1o. de abril de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, 04510, Ciudad de México

Hecho en México

ISSN: 1870-4654

Contenido

DOCTRINA

Medidas para optimizar la instrumentación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de México	3
Fabiola Jiménez Morán Sotomayor	
La crisis de la Organización Mundial del Comercio: problemas e (im) posibles soluciones	25
Virdzhiniya Petrova Georgieva	
<i>Lex Petrolea</i> , transnacionalización de la regulación de los hidrocarburos y geopolítica de la energía	61
Daniel Sandoval Cervantes	
Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas	85
Daniel Iglesias Márquez	
Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático	135
Rosalía Ibarra Sarlat	
Corte Interamericana de Derechos Humanos y pobreza. Nuevas incursiones a la luz del caso <i>Hacienda Brasil Verde</i>	169
Ruth Martínón	
Isabel Wences	

Vulnerability of Special Agreements Signed by Non-State Armed Groups in Non-International Conflicts.	203
Cecilia Giovannetti Lugo	
Cristina Montalvo Velásquez	
The Legal Definition of the Caspian Sea.	235
Rodrigo Labardini	
Sobre la independencia de los tribunales arbitrales CIADI	273
Díckar Bonyuet Lee	
Yaritza Pérez Pacheco	
A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken?	315
Siddharta Legale	
Una visión de la MINURSO. Antecedentes, evolución y perspectivas	351
Carlos Ruiz Miguel	
Yolanda Blanco Souto	
Marco internacional del derecho penal para menores de edad . .	395
Alejandra Marlene Gómez Barrera	
Derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y Estado plurinacional: contribución de Guamán Poma de Ayala y Francisco de Vitoria	421
Thais Novaes Cavalcanti	
Ana Thereza Meireles Araújo	

COMENTARIOS

¿Los Estados cómo demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo <i>Urbaser vs. Argentina</i>	443
Yadira Castillo Meneses	
El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas	459
Kayamba Tshitshi Ndouba	

¿Condenados a moverse entre fronteras? Hacia nuevos paradigmas de la regulación internacional en materia de desplazamientos internos forzados.	493
Alan Matías Feler	

PRÁCTICA INTERNACIONAL MEXICANA

Resolución 73/257 de la Asamblea General de la ONU sobre el cumplimiento inmediato del fallo Avena.	515
Pablo Arrocha Olabuenaga	
Declaración conjunta México Estados Unidos del 7 de junio de 2019.	531
Manuel Becerra Ramírez	
Implicaciones de la reforma a la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento.	539
Ingrid Berlanga Vasile	

RESEÑAS

Salmón, Elizabeth, <i>Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos</i>	547
Virdzhiniya Petrova Georgieva	
Stępień, Bárbara Anna y Becerra Ramírez, Manuel (coords.), <i>Mare Nostrum – Nuestro Mar. Estudios sobre derecho del mar</i>	553
Brygida Kuźniak	

SECCIÓN ESPECIAL

DONALD TRUMP Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La regulación internacional de la inversión extranjera directa durante la administración de Donald Trump. Una visión histórica	559
Adelina Quintero Sánchez	

Ensayo sobre algunas implicaciones de la política exterior <i>America First</i> en el multilateralismo	591
María Concepción Juárez Castro	
Laura Elena Pardo Contreras	
Entre retórica y realidad. Bocetos actuales de la relación México-Estados Unidos.	623
Víctor Emilio Corzo Aceves	
Implicancias de la salida unilateral de los Estados Unidos del Acuerdo Nuclear con Irán	655
Milagros Calumani Quilca	
Trump's Foreign Policy and International Trade Law	687
Virdzhiniya Petrova Georgieva	
La ilegalidad del muro de Donald Trump	723
Manuel Becerra Ramírez	
<i>In Memoriam</i>	755
Ena Rocío CARNERO ARROYO	

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Doctrina

Medidas para optimizar la instrumentación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por parte de México

Optimizing the Implementation of the United Nations Convention on the Law of the Sea by Mexico

Optimisation de la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer par le Mexique

Fabiola **Jiménez Morán Sotomayor***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La regulación en derecho interno de la realización de actividades en la Zona.* III. *Estado actual de la legislación mexicana en la materia.* IV. *Alternativas que tendría México para desarrollar una normatividad que regulara la realización de actividades en la Zona bajo su patrocinio.* V. *Propuesta de reforma a la Ley Federal del Mar.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

* Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Servicio Exterior Mexicano con el rango de Segunda Secretaria.

Artículo recibido el 22 de abril de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 3-24
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es un instrumento internacional *quasi* universal que, regula las actividades en los océanos. Su adecuada instrumentación es fundamental para el aprovechamiento sostenible y conservación de los mismos. México tiene pendiente instrumentar en derecho interno la parte XI de la Convención, relativa a la realización de actividades en la Zona. Este artículo profundiza sobre dos acciones que el país puede llevar a cabo para avanzar en esta instrumentación: el desarrollo de normatividad nacional, que regule la materia y la reforma de la Ley Federal del Mar. Asimismo propone un texto de reforma a la referida Ley.

Palabras clave: derecho del mar, Convemar, actividades en la Zona, Ley Federal del Mar, objetivos de desarrollo sostenible.

ABSTRACT: THE United Nations Convention on the Law of the Sea is a *quasi*-universal international instrument that regulates activities in the oceans. Its proper instrumentation is fundamental for the sustainable use and conservation of the sea. Mexico has not implemented the part XI of the Convention, regarding the conduct of activities in the area, in domestic law. This article delves into two actions that the country could take to advance in this implementation: the development of a national regulations to regulate the matter and the reform of the Federal Law of the Sea. It also proposes a text of reform to the aforementioned law.

Key words: Law of the Sea, UNCLOS, Activities in the Area, Federal Law of the Sea, Sustainable Development Goals.

RÉSUMÉ: La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer est un instrument international quasi universel réglementant les activités dans les océans. Sa instrumentation appropriée est fondamentale pour l'utilisation durable et la conservation des récours marins. Le Mexique n'a pas mise en œuvre la partie XI de la Convention, concernant la conduite des activités dans la zone, dans son droit interne. Cet article analyse deux actions que le pays peut entreprendre pour progresser dans cette mise en œuvre: l'élaboration d'une loi nationale pour réglementer la conduite des activités dans la zone et la réforme du droit fédéral de la mer. Il propose également un texte de réforme de la loi susmentionnée.

Mots-clés: droit de la mer, activités dans la Zone, Loi Fédéral de la Mer, objectifs du développement durable.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 —en adelante la Convemar— es un tratado internacional de carácter *quasi* universal¹ que “enuncia el marco jurídico dentro del cual deben desarrollarse todas las actividades en los océanos y los mares”.² Partiendo del principio de que “los problemas de los espacios marinos están estrechamente relacionados entre sí”,³ la Convemar considera, en su conjunto, temas tan diversos, como la delimitación de espacios marinos, la realización de investigación científica marina, la preservación del medio marino o la exploración y explotación de los minerales localizados en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional —espacio al que la Convemar denomina la “Zona”—,⁴ por mencionar algunos.

Si partimos de que la Convemar regula la realización de actividades en el 71% de la superficie del planeta,⁵ se puede comprender por qué la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha destacado en varias de sus resoluciones anuales sobre océanos y derecho del mar, su importancia para el fortalecimiento de la paz, la seguridad y la cooperación internacionales.⁶

¹ Hasta abril de 2019, 168 de los 193 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas son parte de la Convemar. Véase, Organización de las Naciones Unidas, “Chronological lists of Ratifications of, Accessions and Successions to the Convention and the related Agreements”, División de Asuntos Oceánicos y de Derecho del Mar de la Organización de las Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas. 2018, disponible en: http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm.

² A/RES/73/124, “Resolución aprobada por la Asamblea General”, 11 de diciembre de 2018, párr. sexto preambular, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/73/124>.

³ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante Convemar), UNTS 31833, párr. tercero preambular.

⁴ *Ibidem*, artículo 1o., párrafo 1.

⁵ Se estima que los océanos ocupan aproximadamente el 71% de la superficie de la tierra. Véase United States Geological Survey, “How much water is there on, in, and above the Earth?”, *United States Geological Survey*, 2016, <https://water.usgs.gov/edu/earthhowmuch.html>.

⁶ Véase las últimas cuatro resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en la materia: A/RES/73/124, *op. cit.*, párrafo quinto preambular; A/

La importancia de la Convemar para lograr el desarrollo sostenible fue enfatizada en la resolución final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible conocida como “Río + 20”,⁷ la cual tuvo lugar en 2012. Siguiendo la misma línea, dicho tratado fue tomado en cuenta dentro de los objetivos y metas de desarrollo sostenible acordados en 2015, por 150 Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas, con miras a alcanzar el desarrollo sostenible en 2030. El décimo cuarto de estos objetivos se refiere a “conservar y utilizar de manera sostenible los océanos, mares y recursos marinos”.⁸ Como parte de las metas para alcanzar este objetivo se incluyó la adecuada instrumentación de la Convemar.⁹

Debido a la amplia gama de temas que maneja, la Convemar incluye en muchos casos sólo reglas, principios y lineamientos generales sobre cada uno de ellos y deja a sus Estados parte la labor de instrumentar estas normas de carácter general mediante derecho interno para garantizar su cumplimiento. Algunos de los temas en los que la Convemar señala de manera expresa la necesidad de que esta instrumentación tenga lugar en derecho nacional son, *inter alia*, el ejercicio del paso inocente,¹⁰ la regulación en la zona contigua de aspectos aduaneros, fiscales, migratorios o sanitarios,¹¹ la exploración, explotación, conservación y administración de recursos vivos en la zona económica exclusiva¹² y la realización de actividades en la Zona.¹³

México ha sido siempre consciente de la necesidad de instrumentar la Convemar en derecho interno. Menos de tres años después de que el país

RES/72/73, “Resolución aprobada por la Asamblea General”, 5/12/17, párr. cuarto preambular, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/72/73>; A/RES/71/257, “Resolución aprobada por la Asamblea General”, 23/12/16, párr. cuarto preambular, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/71/257>; y A/RES/70/235, “Resolución aprobada por la Asamblea General”, 23 de diciembre de 2015, párr. cuarto preambular, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/235>.

⁷ A/RES/66/288, “Resolución aprobada por la Asamblea General”, 27 de junio de 2019, párr. 159, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/66/288>.

⁸ A/RES/70/1, “Resolución aprobada por la Asamblea General”, 25 de septiembre de 2019, p. 27, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>.

⁹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰ Convemar, artículo 21.

¹¹ *Ibidem*, artículo 33, inciso a).

¹² *Ibidem*, artículo 63, párr. 2 y artículo 73.

¹³ *Ibidem*, anexo III, artículo 4o., párr. 4.

ratificó este instrumento,¹⁴ entró en vigor la Ley Federal del Mar, la cual fue concebida como “un instrumento fundamental para la política marina del país”¹⁵ y desarrollada como una ley marco que adecua el orden jurídico interno al internacional. Para cumplir con este objetivo, la Ley Federal del Mar regula la mayoría de los temas incluidos en la Convención. No obstante, en los más de 30 años, que han transcurrido desde su entrada en vigor, esta Ley no se ha actualizado al mismo ritmo al que lo ha hecho el derecho del mar y, por lo tanto, es probable que no esté cumpliendo con su propósito de contribuir a la adecuada instrumentación de la Convemar. Un ejemplo de cómo la instrumentación de la Ley Federal del Mar no ha sido óptima es el hecho de que, a la fecha no cuenta con un reglamento.

Para poder valorar si México está instrumentando adecuadamente la Convemar sería necesario hacer un análisis de la manera en la que está poniendo en práctica cada una de las 17 partes y nueve anexos que conforman este tratado internacional. Como elemento de esta valoración tendría que verificarse si la Ley Federal del Mar, o en su defecto otra normatividad, está ahondando adecuadamente en lo dispuesto por la Convemar. La labor antes enunciada sería titánica y escapa al alcance del presente artículo. Por ello, este trabajo profundizará exclusivamente en la manera en que México debería actualizar su derecho interno, y particularmente la Ley Federal del Mar, para regular un único tema previsto en la Convemar: la realización de actividades en la Zona, la cual está regulada principalmente en la parte XI de la Convemar y en su Acuerdo de Instrumentación celebrado en 1994.

Este ejercicio se llevará a cabo en cuatro etapas. En primer término, se reflexionará sobre qué establece la Convemar respecto a cómo debe regularse en derecho interno la realización de actividades en la Zona. Habiendo clarificado esto, se llevará a cabo un breve estudio sobre lo que actualmente prevé la legislación nacional sobre el tema. En un tercer tiempo se evaluarán las alternativas que México tendría que realizar para actualizar la legislación nacional a fin de lograr una adecuada implementación de la Convemar en cuanto a este tema. Dentro de estas alternativas se contemplará la posibilidad de regular el tema dentro de la Ley Federal del Mar, hacerlo

¹⁴ México fue el tercer Estado en ratificar la Convemar. Lo hizo el 18 de marzo de 1983. Véase División de Asuntos Oceánicos y de Derecho del Mar de la Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*

¹⁵ “Exposición de motivos de la Ley Federal del Mar del 8 de enero de 1986”, en Székely, Alberto, *Derecho del mar*, México, UNAM, 1991, p. 54.

en su reglamento o mediante una ley especial en el tema. Tras explicar los motivos por los cuales se considera que lo más pertinente sería desarrollar una ley especial, se propondrán reformas específicas a la Ley Federal del Mar a fin de que el tema de la realización de actividades en la Zona también esté incluido en la misma.

II. LA REGULACIÓN EN DERECHO INTERNO DE LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EN LA ZONA

La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad.¹⁶ Esto implica que los derechos sobre los mismos pertenecen a toda la humanidad. Por lo tanto, son inalienables y ningún Estado puede reivindicar soberanía o derechos soberanos sobre ellos.¹⁷ A efecto de garantizar que las actividades en la Zona se llevasen a cabo conforme a estos principios, se previó la creación de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos —en adelante la Autoridad—, organización internacional que tiene como misión gestionar la Zona en nombre de los Estados parte de la Convención. La exploración y explotación de los recursos de la Zona¹⁸ se debe realizar conforme a la Convemar, el Acuerdo de Instrumentación de su parte XI y los reglamentos y demás normas que la Autoridad desarrolle para tal fin.

Las actividades de exploración y explotación en la Zona pueden ser realizadas por empresas estatales de Estados parte de la Convemar, por personas naturales o jurídicas que tengan la nacionalidad o estén bajo el control de dichos Estados parte o por la Empresa,¹⁹ órgano de la Autoridad creado para llevar a cabo actividades de exploración y explotación de minerales de la Zona, así como de transporte, tratamiento y comercialización de los mismos.²⁰

¹⁶ A/RES/2749 (XXV), “Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”, 17 de diciembre de 1970, párr.1, disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/2749\(XXV\)](https://undocs.org/es/A/RES/2749(XXV)); Convemar, artículo 136.

¹⁷ Convemar, artículo 137.

¹⁸ Por recursos de la Zona se debe entender los “minerales sólidos, líquidos o gaseosos *in situ* en la Zona, situados en los fondos marinos o en su subsuelo”. *Ibidem*, artículo 133, inciso a).

¹⁹ *Ibidem*, artículo 153, apartado b).

²⁰ *Ibidem*, artículo 170.

Dado que la Convemar es únicamente vinculante para los Estados parte que la ratifican, al desarrollar el sistema de realización de actividades de exploración y explotación en la Zona, se creó la figura del patrocinio, la cual consiste en un vínculo que permite que un instrumento de derecho internacional público, como la Convemar, le sea aplicado a personas físicas o jurídicas que son entes de derecho privado y que, por tanto, no son parte de dicho tratado. Así pues, el patrocinio consiste en el respaldo que un Estado parte de la Convemar debe dar a la solicitud de una persona física o jurídica que sea de su nacionalidad o esté bajo su control efectivo, a efecto de que ésta pueda realizar actividades en la Zona. El patrocinio es comprobado mediante la emisión de un certificado que acompaña la solicitud que el ente privado en cuestión presenta a la Autoridad para solicitar autorización con la finalidad de realizar actividades.²¹ Toda persona privada autorizada por la Autoridad para realizar actividades en la Zona requiere en todo momento de un Estado patrocinador. La ausencia de uno es motivo para dar por terminado su contrato con la Autoridad.²²

Los Estados parte de la Convemar tienen varios tipos de obligaciones respecto a la Zona. Algunas de éstas son generales y aplicables a todos los Estados, otras lo son exclusivamente a los Estados patrocinadores. Ejemplos del primer tipo de obligaciones son el deber de utilizar la Zona exclusivamente para fines pacíficos²³ o el que todas las acciones que tomen, con relación a la misma, sean acordes a la Carta de las Naciones Unidas, a la Convemar y a las demás normas de derecho internacional que resulten aplicables.²⁴

²¹ ISBA/6/A/18, “Decisión de la Asamblea relativa al reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona”, 17 de julio del 2000, artículo 11, disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-6a-18_2.pdf; ISBA/16/A/12/Rev.1, “Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos con relación al Reglamento sobre Prospección y Exploración de Sulfuros Polimetálicos en la Zona”, 7 de mayo de 2010, artículo 11, disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-16a-12rev1_1_0.pdf; e ISBA/18/A/11, “Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Costras de Ferromanganeso con alto contenido de cobalto en la Zona”, 27/07/2012, artículo 11, disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-18a-11_1_0.pdf.

²² ISBA/6/A/18, *op.cit.*, artículo 29, párr. 3.

²³ Convemar, artículo 140.

²⁴ *Ibidem*, artículo 138.

De inicio existía poca claridad respecto a las obligaciones, responsabilidades y estándares mínimos que un Estado debía cumplir para poder patrocinar la realización de actividades en la Zona sin incurrir en responsabilidad internacional. El alcance de estas obligaciones fue clarificado por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en su *opinión consultiva sobre responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades con respecto a actividades en la Zona* emitida el 1o. de febrero de 2011 —en lo sucesivo la *opinión consultiva*—. De acuerdo con la *opinión consultiva*, los Estados patrocinadores tienen dos tipos de obligaciones: directas y de debida diligencia.

Las obligaciones directas son obligaciones de resultado, cuyo cumplimiento es responsabilidad del Estado patrocinador. Por consiguiente, su incumplimiento le puede generar responsabilidad internacional. La mayoría de estas obligaciones están vinculadas a la preservación del medio marino durante la realización de actividades en la Zona. Ejemplos de ellas son la obligación de asistir a la Autoridad en el ejercicio del control de las actividades en la Zona; poner en práctica un enfoque precautorio; instrumentar las mejores prácticas ambientales o llevar a cabo evaluaciones de impacto ambiental.²⁵

Por su parte, la obligación de debida diligencia es una obligación de conducta, consistente en garantizar el cumplimiento por parte de su contratista patrocinado, del contrato firmado con la Autoridad, la Convención y demás instrumentos relacionados. Para cumplir con esta obligación de debida diligencia el patrocinador requiere instrumentar en su sistema jurídico interno medidas legislativas, reglamentarias o administrativas razonablemente adecuadas para garantizar que las actividades que su patrocinado lleve a cabo en la Zona sean realizadas de conformidad con la Convemar.²⁶ En caso de que el Estado patrocinador haya desarrollado en su derecho interno estas medidas no será internacionalmente responsable, ni siquiera de manera solidaria, por los daños que puedan causarse en la Zona a consecuencia del incumplimiento de obligaciones por parte de su ente patrocinado.²⁷

²⁵ Advisory Opinion, *Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea*, case no. 17: Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, párr. 122.

²⁶ *Ibidem*, párr. 242.

²⁷ *Ibidem*, párr. 204.

Tomando en cuenta la existencia de diversos sistemas jurídicos en el mundo, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar dio un amplio margen a los Estados parte de la Convemar, para determinar el grado de detalle y contenido de las disposiciones que incluyan en su sistema jurídico interno para regular la realización de actividades en la Zona. Sin embargo, indicó ciertos parámetros generales que los Estados parte deben seguir. El primero de ellos se refiere a que dichas medidas sean instrumentadas de buena fe.²⁸ El segundo a la necesidad de que su instrumentación sea “razonablemente adecuada”.²⁹ Esto último implica que la instrumentación de las medidas se debe actualizar conforme vayan surgiendo nuevos conocimientos científicos y tecnologías que permitan disminuir el posible impacto ambiental de las actividades que se realicen en la Zona.³⁰ En caso de que esta actualización no se realice de manera oportuna, el Estado patrocinador podría ser sujeto de responsabilidad internacional, en caso de que se ocasione algún daño a la Zona como consecuencia de las actividades que realice su contratista patrocinado.

Una diferencia importante entre las obligaciones directas y la obligación de debida diligencia es que, mientras que las primeras pueden ponerse en práctica únicamente mientras se está patrocinando actividades en la Zona, la segunda puede instrumentarse de manera preparatoria. Esto se debe a que el desarrollo de una normatividad nacional que regule la realización de actividades en la Zona puede tener lugar antes de decidir si patrocinar actividades en la Zona. Actualmente hay dos Estados —Fiji y Tuvalu— que cuentan con una legislación acorde a la Convemar para regular la realización de actividades en la Zona bajo su patrocinio,³¹ mas no están patrocinando la realización de actividades en este espacio marino.³² De hecho, idealmente, el desarrollo de normatividad de esta naturaleza se debería llevar a cabo antes de adquirir el compromiso de patrocinar actividades en la Zona, ya que,

²⁸ *Ibidem*, párr. 230.

²⁹ *Ibidem*, párr. 119.

³⁰ *Ibidem*, párr. 222.

³¹ Véase International Seabed Mineral Management Decree, 2013, Fiji, disponible en: <https://www.isa.org.jm/nld/fiji>; y Tuvalu Seabed Minerals Act, 2014, Tuvalu, disponible en: <https://www.isa.org.jm/nld/tuvalu>.

³² Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Deep Seabed Minerals Contractors”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, disponible en: <https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>.

como se explicó previamente, la existencia de este tipo de normatividad en derecho interno es un requisito *sine qua non* para que un Estado pueda ser exonerado de responsabilidad internacional en caso de suscitarse un incidente que cause daño a la Zona, como consecuencia de las actividades que está patrocinando. Un último punto a tener en cuenta es que mientras el patrocinio de actividades en la Zona está condicionado a la existencia de regulación en la materia, la existencia de una regulación de esta naturaleza no implica ninguna obligación de patrocinar actividades en la Zona. Sólo abre la posibilidad de considerar hacerlo sin riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por incumplir la obligación de debida diligencia.

En resumen, para instrumentar adecuadamente en derecho interno la parte XI de la Convemar se requiere que los Estados parte desarrollen medidas legislativas, reglamentarias o administrativas para garantizar que las actividades que su patrocinado lleve a cabo en la Zona sean realizadas de conformidad con la Convención. Estas medidas deben instrumentarse de buena fe y actualizarse periódicamente, a la luz de los avances científicos y tecnológicos en materia de preservación del medio marino. Habiendo clarificado lo anterior, se expondrá brevemente el estado actual de la legislación nacional que regula la realización de actividades en la Zona.

III. ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA EN LA MATERIA

Actualmente, la realización de actividades de exploración y explotación minera en la Zona no está regulada en el sistema jurídico mexicano. Ni la ley Federal del Mar ni ninguna otra ley o reglamento hacen mención alguna al tema. La realización de actividades mineras en los fondos marinos sí está regulada, pero exclusivamente dentro de las áreas marinas de jurisdicción nacional. Así, lo especifica la Ley Minera al prever que pueden llevarse a cabo trabajos de exploración y explotación en “los zócalos submarinos de islas, cayos y arrecifes, el lecho marino y el subsuelo de la zona económica exclusiva”.³³ Para que las actividades mineras puedan tener lugar en los referidos espacios marinos se requiere autorización expresa de las autoridades que tengan atribuciones en los mismos. También es indispensable que

³³ Ley Minera, 1992, artículo 20.

las actividades se ajusten a las normas ambientales vigentes en el país,³⁴ es decir, principalmente, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y sus reglamentos en materia de evaluación de impacto ambiental y en materia de áreas naturales protegidas.

Se estima que si en el texto original de la Ley Federal del Mar no se haya hecho mención alguna al régimen de la Zona, es principalmente porque en 1986, cuando se promulgó la Ley, había incertidumbre con relación a si el régimen de la Zona, previsto en la parte XI de la Convemar, operaría. La falta de certeza sobre este tema respondía a que los Estados desarrollados —los cuales contaban con los recursos técnicos y económicos indispensables para realizar actividades en la Zona— se negaban a ratificar la Convemar. Hasta 1986, únicamente 31 Estados habían ratificado la Convemar.³⁵ Ninguno de ellos tenía la capacidad para llevar a cabo actividades en la Zona. La negativa de los países desarrollados para ratificar la Convemar se debía principalmente a la inconformidad que tenían *vis-á-vis* el régimen de la Zona. En su opinión, dicho régimen no lograba un equilibrio entre el concepto de que la Zona y sus recursos son un patrimonio común de la humanidad y la necesidad de que las actividades a realizar en dicho espacio resultaran económicamente rentables. A efecto de lograr este equilibrio, entre 1990 y 1994 se negoció el Acuerdo de Instrumentación de la parte XI de la Convemar³⁶ que modificó sustancialmente algunos aspectos del régimen de la Zona para conciliar estas dos posiciones.³⁷

Partiendo del escenario anterior, es comprensible que el legislador mexicano haya optado por no incluir en la Ley Federal del Mar lo relativo

³⁴ Gobierno de México, “Contribución mexicana relacionada con leyes, reglamentos y medidas administrativas en torno a la minería submarina”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, 2011, disponible en: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/NatLeg/Mexico/MexEmb.pdf>, p. 1.

³⁵ División de Asuntos Oceánicos y de Derecho del Mar de la Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*

³⁶ Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, *Legislative History of the “Enterprise” under the United Nations Convention of the Law of the Sea and the Agreement relating to the Implementation of Part XI of the Convention*, Kingston, Jamaica, International Seabed Authority, 2002, p. vi.

³⁷ Guerrero Peniche, J. Nicolás, “La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del principio de trato especial y diferenciado para Estados en desarrollo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 175-227, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/397>, p. 180.

a la Zona, ya que no tenía certeza sobre si este régimen efectivamente iba a operar. Por ende, decidió concentrarse en regular únicamente lo relativo a los espacios marinos dentro de la jurisdicción nacional —aguas marinas interiores, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental—.

No obstante, en los 25 años que han pasado desde que concluyeron las negociaciones del Acuerdo de Instrumentación de la parte XI de la Convemar, el país no ha actualizado la Ley Federal del Mar ni desarrollado otra normatividad para regular la realización de actividades en la Zona.

En opinión de quien escribe, la inacción para actualizar la normatividad nacional responde a dos cuestiones: la falta de interés por realizar actividades mineras en los fondos marinos y la poca claridad que inicialmente se tenía sobre cómo regular el tema en derecho interno. En cuanto al primer punto, México no se ha caracterizado por tener un interés particular en realizar actividades en la Zona. Durante las negociaciones de la Convemar, éste no fue un tema prioritario para el país ya que entonces se desconocía que tanto en las zonas marinas de jurisdicción mexicana como en la zona de la fractura Clarión Clipperton, área de la Zona muy próxima a las zonas marinas de jurisdicción mexicana, hay abundantes reservas de nódulos polimetálicos.³⁸

México ha mantenido una provechosa relación con la Autoridad. Prueba de ello es que ha participado recurrentemente en el Consejo y en la Comisión Jurídica y Técnica de esta organización. También lo es que ha contribuido voluntariamente en diversas ocasiones al Fondo de dotación para investigaciones científicas marinas en la Zona creado por la Autoridad en 2006,³⁹ o que en 2013, en conjunción con la Autoridad, organizó un seminario de sensibilización sobre las oportunidades que para México ofrece la minería submarina.⁴⁰ No obstante, la colaboración de México con la Autoridad no ha abarcado el patrocinio de actividades en la Zona.

³⁸ Székely, Alberto, *México y el derecho internacional del mar*, México, UNAM, 1979, p. 204.

³⁹ Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, “Status of the Endowment fund as of 29 February 2016”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, 2016, disponible en: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/efund/2016/EFReport-29Feb2016.pdf>.

⁴⁰ Alday González, Alejandro, “Advancing SDG 14 and the quest for a Blue Economy through the promotion of socio-economic benefits for developing countries, including SIDS, and increasing scientific knowledge and research capacity: perspectives on deep seabed min-

En cuanto a la falta de claridad sobre cómo regular la realización de actividades en la Zona en derecho interno, como se mencionó en la primera parte de este artículo, inicialmente había poca certeza respecto al alcance de las obligaciones de los Estados patrocinadores de actividades en la Zona. Sin embargo, hace ya más de ocho años que la Sala de Controversias de los Fondos Marinos clarificó este tema por lo que ya no es una dificultad para cumplir con esta obligación.

El que México regulara la realización de actividades en la Zona en su derecho interno le generaría dos principales beneficios. Por una parte, representaría una mejora importante en la instrumentación de la Convemar y, por lo tanto, un avance en el cumplimiento del décimo cuarto objetivo de desarrollo sostenible. México se comprometió a cumplir estos objetivos por lo que debería hacer todo lo posible por lograrlo. Por la otra, el desarrollo de una normatividad de esta naturaleza aseguraría que el país pudiese incursionar en el patrocinio de actividades en la Zona en el momento en que lo considerase pertinente. Esto último en virtud de que, como se explicó previamente, el contar con normatividad nacional que regule la realización de actividades en la Zona es un requisito indispensable para patrocinar este tipo de actividades sin riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.

En términos generales, habría dos mecanismos a los que México podría recurrir para regular la realización de actividades en la Zona, 1) modificar una normatividad ya existente —ley o reglamento— para incluir en ella la regulación, o 2) desarrollar una nueva ley. A continuación, se valorarán las ventajas e inconvenientes de cada una de estas alternativas para demostrar por qué se considera que sería preferible desarrollar una ley especial en la materia.

IV. ALTERNATIVAS QUE TENDRÍA MÉXICO PARA DESARROLLAR UNA NORMATIVIDAD QUE REGULARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EN LA ZONA BAJO SU PATROCINIO

La Ley Federal del Mar es, hasta cierto punto, una ley espejo de la Convemar, ya que replica y desarrolla muchos de los temas en ella incluidos. Por ello, al pensar en desarrollar una normatividad que regule la realización de

ing^o, United Nations Conference to Support the Implementation of SDG 14, New York, 2017, disponible en: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/documents/EN/Ocean2017/Alday.pdf>, p. 7.

actividades en la Zona, la primera opción que se contempla es la de modificar la Ley Federal del Mar para incluir en ella un apartado sobre el tema. A primera impresión, esta opción parecería adecuada porque permitiría que la *quasi* totalidad de los temas previsto en la Convemar fueran implementados en derecho interno mediante un solo instrumento. No obstante, en opinión de quien escribe, incorporar determinado articulado a la Ley Federal del Mar para regular el tema en cuestión no sería lo más conveniente, dado el nivel de detalle que la normatividad requeriría para dar cumplimiento a la obligación de debida diligencia.

Al regular la realización de actividades en la Zona tendrían que abarcarse varios aspectos. Los principales serían: la autoridad o autoridades encargadas de instrumentar la ley; los requisitos y condiciones que se exigiría cumplir al contratista para otorgarle el patrocinio y conservarlo; las obligaciones del Estado patrocinador y las facultades de inspección de las que facultaría a sus entidades para verificar el cumplimiento de obligaciones por parte del patrocinado. También deberían preverse las sanciones administrativas y probablemente penales que se impondrían al contratista por el incumplimiento de sus obligaciones, así como los mecanismos de solución de controversias a los que las partes podrían recurrir.

Cada uno de los aspectos antes mencionados deberían desarrollarse a precisión y detalle a efecto de garantizar que hubiera claridad y certeza jurídicas para todas las partes involucradas —Autoridad, contratista patrocinado, Estado patrocinador y terceros Estados— respecto del alcance y contenido de sus derechos y obligaciones y de los mecanismos mediante los cuales el Estado patrocinador cumpliría sus obligaciones directas.

La Ley Federal del Mar no aborda ninguno de los temas por ella tratados con el nivel de detalle con el que se requeriría legislar el tema de las actividades en la Zona. En muchos casos enuncia principios generales previstos en la Convemar o marca pautas generales sobre un tema y refiere a su reglamento para el desarrollo detallado del mismo. Dos ejemplos de temas que son abordados de esta manera por la Ley Federal del Mar son la regulación de la investigación científica marina y la delimitación de las líneas de base que se utilizarán para medir la anchura de los distintos espacios marinos de jurisdicción nacional —mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva—.

La investigación científica marina está regulada en la parte XIII de la Convemar. En ella se establecen los principios generales conforme a los

cuales deberá realizarse la investigación científica marina⁴¹ y los derechos que los Estados ribereños pueden hacer valer ante una solicitud para realizar investigación científica marina en los distintos espacios marinos dentro de su jurisdicción.⁴² Al regular el tema de la investigación científica marina, la Ley Federal del Mar se limita a replicar en un único artículo los principios generales previstos en el artículo 240 de la Convemar⁴³ sin ahondar en temas como las instancias y los procedimientos que deberán seguirse para solicitar autorización con el fin de realizar investigación científica marina en áreas de jurisdicción nacional, los requisitos que México exigirá antes de autorizar la realización de algún proyecto o la información o muestras que solicitará se le compartan una vez que el proyecto haya concluido.

En cuanto a las líneas de base, la Convemar prevé fórmulas para la delimitación de las mismas. Por ejemplo, establece que, por regla general, la línea de base normal que se utilizará para medir la anchura del mar territorial será la “línea de bajamar a lo largo de la costa, tal como aparece marcada mediante el signo apropiado en cartas a gran escala reconocidas oficialmente por el Estado ribereño”.⁴⁴ Al abordar el tema de las líneas de base, la Ley Federal del Mar únicamente menciona que las líneas de base, que se utilizarán para medir la anchura del mar territorial serán normales, rectas o combinadas y se determinarán de conformidad con lo previsto en el reglamento de la ley.⁴⁵ Como se mencionó previamente, a la fecha la Ley Federal del Mar no tiene reglamento, por lo que, si bien México ya fijó sus líneas de base, el detalle del procedimiento que utilizó para determinarlas no quedó documentado en el Reglamento de la Ley Federal del Mar como dicha Ley prevé que se debía de hacer.

Los dos ejemplos antes expuestos —investigación científica marina y determinación de líneas de base— fueron presentados con el propósito de demostrar que la Ley Federal del Mar trata los temas en ella previstos de manera general. Por lo tanto, desarrollar a detalle el tema de la realización de actividades en la Zona dentro de esta Ley rompería su armonía, ya que un tema estaría siendo tratado de manera mucho más específica que los demás.

⁴¹ Convemar, artículo 240.

⁴² *Ibidem*, artículos 245, 246, 248 y 249.

⁴³ Ley Federal del Mar, 1986, artículo 22.

⁴⁴ Convemar, artículo 5o.

⁴⁵ Ley Federal del Mar, *op. cit.*, artículo 26.

Otro ejemplo de que la Ley Federal del Mar no regula a detalle los temas por ella abordados es el de la realización de actividades de exploración, explotación y aprovechamientos de los minerales localizados en los fondos marinos dentro de la jurisdicción nacional. Como se verá a detalle en la última sección de este ensayo, la Ley Federal del Mar no regula este aspecto y únicamente se limita a referir la normatividad que lo hace. Se estima que, en aras de la congruencia, debería buscarse hacer una referencia similar en la Ley con relación a las actividades mineras en la Zona.

Otra posibilidad que se podría considerar sería la de incluir la regulación de actividades en la Zona bajo el patrocinio de México en un futuro reglamento de la Ley Federal del Mar. Esta alternativa parecería atractiva porque, al tiempo que se cumpliría con la obligación de regular en derecho interno la realización de actividades en la Zona, se elaboraría el reglamento de la Ley Federal del Mar. Además, al subsanar una omisión en la que, el Ejecutivo mexicano ha incurrido durante largo tiempo, se contribuiría también a la mejor instrumentación de la Convemar y, por ende, al cumplimiento del décimo cuarto objetivo de desarrollo sostenible.

Indudablemente el desarrollo del reglamento de la Ley Federal del Mar es un pendiente que se debe atender con prioridad. No obstante, en opinión de quien esto escribe, no sería conveniente incluir en el mismo el tema de la realización de actividades en la Zona. Esta aseveración está fundamentada en dos argumentos: la importancia del tema y la profunda vinculación del mismo con cuestiones ambientales. A continuación, se explicará brevemente cada uno de ellos.

La realización de actividades en la Zona tiene repercusiones relevantes desde el punto de vista económico, ambiental, técnico y jurídico. Por ende, la normatividad que se requiere realizar debe redactarse teniendo en cuenta todos estos enfoques, buscando lograr un equilibrio entre ellos. Por este motivo y con el fin de dar cumplimiento a la obligación de la debida diligencia, la normatividad que se redacte debe ser exhaustiva y detallada. Si se redactara un reglamento a la Ley Federal del Mar con el nivel de detalle y precisión que se requiere se elaboraría un documento demasiado extenso, mismo que sería poco funcional puesto que haría énfasis excesivo en uno de los temas por él abordados.

La realización de actividades en la Zona está estrechamente vinculada con aspectos ambientales y técnicos. El nexo con los primeros deriva de que en todas las etapas de realización de estas actividades se deben tomar

medidas adecuadas para preservar el medio marino, ya que la realización de actividades en la Zona puede potencialmente generar consecuencias ambientales graves. Precisamente para minimizar este riesgo, la normatividad en la materia debe exigir al contratista apegarse a los estándares más altos de seguridad y protección ambiental y utilizar la tecnología más avanzada. Por ende, la normatividad a desarrollar deberá hacer referencia a muchas cuestiones ambientales y técnicas que no están reguladas en la Ley Federal del Mar y que están más vinculadas con otras leyes como la Ley Minera o la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente. Por tanto, de materializarse esta normatividad dentro de un reglamento a la Ley Federal del Mar, el mismo tendría que estar haciendo constantes referencia a estas otras leyes, lo cual resultaría poco funcional desde el punto de vista de la técnica legislativa.

Otra evidencia que respalda que lo más conveniente sería desarrollar una ley especial es la práctica internacional en la materia. A la fecha, trece Estados⁴⁶ parte de la Convemar han regulado la realización de actividades en la Zona bajo su patrocinio desde un enfoque acorde a la Convemar. Ninguno de ellos lo ha hecho mediante un reglamento, y solamente Francia ha recurrido a una ley general, similar a la Ley Federal de Mar para hacerlo.⁴⁷ En el resto de los casos, se ha desarrollado una ley especial en la materia.

En resumen, se estima que lo más conveniente sería desarrollar una ley especial para regular la realización de actividades en la Zona bajo el patrocinio de México. La misma debería precisar a detalle, *inter alia*, los requisitos para obtener y conservar el patrocinio del país, los procedimientos para solicitarlo, la autoridad o autoridades nacionales encargadas de supervisar la realización de actividades en la Zona, las facultades de las que se dotaría a esta autoridad y las sanciones que se impondría al contratista, en caso de incumplir con sus obligaciones. La existencia de una ley especial en la materia dotaría de mayor certeza jurídica a todas las partes involucradas y facilitaría el que México diese cabal cumplimiento a su obligación de la debida diligencia.

⁴⁶ Los trece Estados en cuestión son: Alemania, Bélgica, China, Fiji, Francia, Kiribati, Nauru, Nueva Zelanda, República Checa, Reino Unido, Singapur, Tonga y Tuvalu.

⁴⁷ Véase Ordonnance no. 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République Française, 2016, Francia, disponible en: <https://www.isa.org/jm/nld/france>.

Independientemente de que se desarrolle una ley especial, sería conveniente hacer algunas modificaciones a la Ley Federal del Mar para que la misma haga referencia a la realización de actividades en la Zona bajo el patrocinio de México y remita a la legislación especial en la materia. A continuación, se presentará una propuesta de texto para la reforma en cuestión.

V. PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY FEDERAL DEL MAR

Dado que la Ley Federal del Mar es una normatividad que intenta instrumentar en derecho interno la Convemar, sería conveniente que, aun cuando no regulara a detalle el tema de la realización de actividades en la Zona, sí hiciera mención del tema y precisara cuál es la legislación que regula estas actividades.

Esta práctica ya se da en dos ocasiones en la Ley Federal del Mar. Como se mencionó, la primera es con relación a la “exploración, explotación, beneficio, aprovechamiento, refinación, transportación, almacenamiento, distribución y venta de los hidrocarburos y minerales submarinos, en las zonas marinas mexicanas”,⁴⁸ los cuales de acuerdo con la ley serán regulados por las leyes reglamentarias del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo y en materia minera. La segunda se da en el caso del ejercicio de los “poderes, derechos, jurisdicciones y competencias de la nación dentro de las zonas marinas mexicanas”⁴⁹ para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino. De acuerdo con la Ley Federal del Mar, respecto a este tema deberá tenerse en cuenta lo previsto en la Ley Federal del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la Ley General de Salud, junto con sus respectivos reglamentos, la Ley Federal de Aguas y demás leyes y reglamentos aplicables.

Siguiendo esta práctica, sería conveniente incluir en la Ley Federal del Mar una disposición que precisara que todo lo relativo a la realización de actividades en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional será regulado por la ley especial en la materia y su reglamento. Esta disposición podría incluirse en el actual artículo

⁴⁸ Ley Federal del Mar, *op. cit.*, artículo 19.

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 21.

19 de la Ley Federal del Mar el cual aborda lo relativo a la exploración, explotación y aprovechamiento de hidrocarburos y minerales submarinos. Actualmente hace referencia únicamente a las actividades de esta naturaleza que se realizan en los espacios marinos dentro de la jurisdicción nacional, remitiendo a las leyes que regulan el tema. De incluirse la reforma propuesta en el artículo en cuestión, la Ley Federal del Mar presentaría una perspectiva holística de dónde están reguladas las actividades mineras que se realizan en los fondos marinos dentro o fuera de la jurisdicción nacional. Se propone modificar el artículo 19 de la Ley Federal del Mar para quedar redactado de la siguiente manera (las modificaciones propuestas aparecen en cursivas):

Artículo 19. La exploración, explotación, beneficio, aprovechamiento, refinación, transportación, almacenamiento, distribución y venta de los hidrocarburos y minerales submarinos, en las zonas marinas mexicanas, se rige por las leyes reglamentarias del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo y en materia minera y sus respectivos reglamentos, así como por las disposiciones aplicables de la presente Ley. *Por su parte, la realización de actividades en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional será regulada por la ley especial en la materia y su reglamento.*

VI. CONCLUSIONES

México debe instrumentar de mejor manera la Convemar a fin de cumplir con el décimo cuarto objetivo de desarrollo sostenible y con el propósito de tener en cuenta la opinión consultiva. Para poder aplicar de mejor manera la Convemar se requiere, entre otras cosas, revisar y actualizar la Ley Federal del Mar, ley espejo de la Convemar.

Una de las medidas indispensables para optimizar la instrumentación de la Convemar consistiría en desarrollar una normatividad que regule la realización de actividades en la Zona bajo el patrocinio de México. Dicha normatividad debería abordar el tema de manera exhaustiva y detallada a efecto de dotar de certeza jurídica a todos los actores involucrados y de lograr que el país dé cumplimiento a su obligación de la debida diligencia.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

A efecto de garantizar que la normatividad a desarrollar cumpla con estas características lo ideal sería elaborar una ley especial en la materia.

Independientemente de lo anterior, se requiere modificar la Ley Federal de Mar para que la misma haga referencia al tema de la realización de actividades en la Zona y refiera a la norma que regula esta materia. Para ello, se propone modificar el artículo 19 de la Ley Federal del Mar a efecto de incluir un párrafo que precise que la realización de actividades en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional será regulada por la ley especial en la materia y por su reglamento. Esta reforma iría, además, en congruencia con la lógica que la Ley Federal del Mar sigue *vis-á-vis* la realización de actividades mineras en aguas marinas de jurisdicción nacional. Igual que en la propuesta que se presenta, la Ley no regula el tema y únicamente se limita a precisar cuál es la normatividad que lo hace.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALDAY GONZÁLEZ, Alejandro, “Advancing SDG 14 and the quest for a Blue Economy through the promotion of socio-economic benefits for developing countries, including SIDS, and increasing scientific knowledge and research capacity: perspectives on deep seabed mining”, United Nations Conference to Support the Implementation of SDG 14, Nueva York, 2017, disponible en: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/Ocean2017/Alday.pdf>.

AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS, *Legislative history of the “enterprise” under the United Nations Convention of the Law of the Sea and the Agreement relating to the implementation of Part XI of the Convention*, Kingston, Jamaica, International Seabed Authority, 2002.

AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS, “Status of the Endowment fund as of 29 February 2016”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, 2016, disponible en: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/documents/EN/efund/2016/EFReport-29Feb2016.pdf>.

AUTORIDAD INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS, “Deep Seabed Minerals Contractors”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, disponible en: <https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- DIVISIÓN DE ASUNTOS OCEÁNICOS Y DE DERECHO DEL MAR DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements”, Organización de las Naciones Unidas, 2018, disponible en: http://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm.
- GOBIERNO DE MÉXICO, “Contribución mexicana relacionada con leyes, reglamentos y medidas administrativas en torno a la minería submarina”, Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, 2011, disponible en: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fspublic/documents/EN/NatLeg/Mexico/MexEmb.pdf>.
- GUERRERO PENICHE, J. Nicolás, “La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del principio de trato especial y diferenciado para Estados en desarrollo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/397>.
- SZÉKELY, Alberto, *México y el derecho internacional del mar*, México, UNAM, 1979.
- SZÉKELY, Alberto, *Derecho del mar*, México, UNAM, 1991.
- UNITED STATES GEOLOGICAL SURVEY, “How much water is there on, in, and above the Earth?”, United States Geological Survey, 2016, disponible en: <https://water.usgs.gov/edu/earthhowmuch.html>.
- Advisory Opinion, Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea, Case no. 17: Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf.
- INTERNATIONAL SEABED MINERAL MANAGEMENT DECREE, 2013, Fiyi, disponible en: <https://www.isa.org.jm/nld/fiji>.
- ISBA/6/A/18, “Decisión de la Asamblea relativa al reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona”, 17/07/2000, disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-6a-18_2.pdf.
- ISBA/16/A/12/Rev.1, “Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos en relación con el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Sulfuros Polimetálicos en la Zona”, 07 de mayo de 2010, disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-16a-12rev1_1_0.pdf.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

ISBA/18/A/11, “Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sobre el Reglamento sobre Prospección y Exploración de Costras de Ferromanganeso con alto contenido de Cobalto en la Zona”, 27 de julio de 2012, disponible en: https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org.jm/s3fs-public/files/documents/isba-18a-11_1_0.pdf

TUVALU SEABED MINERALS ACT, 2014, Tuvalu, disponible en: <https://www.isa.org.jm/nld/tuvalu>.

La crisis de la organización mundial del comercio: problemas e (im) posibles soluciones

The Crisis of the World Trade Organization: Problems and (im) Possible Solutions

La crise de l'organisation mondiale du commerce: problemes et solutions (im) possibles

Virdzhiniya Petrova Georgieva*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La crisis institucional de una organización de naturaleza intergubernamental*. III. *La crisis de las negociaciones comerciales multilaterales bajo los auspicios de la OMC*. IV. *Hacia una reforma de la OMC*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliohemerografía*.

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Artículo recibido el 17 de septiembre de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 25-60
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La Organización Mundial del Comercio atraviesa, en la actualidad, por una doble crisis, que manifiesta su imposibilidad de cumplir con las funciones que le fueron asignadas por su propio tratado constitutivo. En primer lugar, el funcionamiento de dicha organización se caracteriza por un bloqueo institucional que le impide administrar eficazmente los acuerdos comerciales internacionales, concluidos bajo sus auspicios. En segundo lugar, la Organización Mundial del Comercio ha fracasado en su capacidad de servir de foro para las negociaciones comerciales multilaterales. Las causas de esta doble crisis son complejas y las posibles soluciones a la misma no son suficientes para que la organización pueda salir del *impasse* en el que se encuentra.

Palabras clave: crisis, negociaciones comerciales multilaterales, acuerdos comerciales multilaterales, mecanismo de solución de controversias, Organización Mundial de Comercio.

ABSTRACT: The double crisis of the World Trade Organization demonstrates its inability to fulfill the functions she has to achieve by virtue of its constitutive statute. The institutional blockage of its functioning is affecting its first mission: the efficient administration of the international commercial agreements concluded by its member States. The World Trade Organization has also failed to serve as forum for the multilateral commercial negotiations between its members. The crisis origins are complex and the possible ways to go through it are not sufficient to put an end to its *impasse*.

Key words: Crisis, Multilateral Trade Negotiations, Multilateral Trade Agreements, Mechanism of Dispute Settlement, World Trade Organization.

RÉSUMÉ: L'Organisation Mondiale du Commerce traverse actuellement par une double crise. En premier lieu, cette organisation ne peut plus assurer l'administration des accords commerciaux internationaux, conclus dans son sein. En second lieu, l'Organisation Mondiale du Commerce n'est plus capable de servir de forum pour les négociations commerciales multilatérales. Les causes de la crise sont complexes et les voies possibles pour y mettre fin s'avèrent insuffisants pour faire sortir à l'organisation de son *impasse* actuelle.

Mots-clés: crise, négociations commerciales multilatérales, accords commerciaux multilatéraux, mécanisme de résolutions de différends, Organisation Mondiale du Commerce.

I. INTRODUCCIÓN

La liberalización del comercio es el pilar del neoliberalismo como paradigma dominante de la regulación de las relaciones económicas internacionales.

Después del final de la Segunda Guerra Mundial, la política comercial internacional de los Estados ha consistido en orientar la estructura y el volumen de su comercio exterior hacia la supresión de los obstáculos arancelarios y no arancelarios al libre comercio. En la teoría convencional del comercio quedaba demostrado que los aranceles, los subsidios a la exportación y las cuotas a la importación de bienes distorsionan gravemente la producción y el consumo. Había un consenso por considerar que a través de dichas restricciones, los países desaprovechan sus ventajas comparativas para producir nacionalmente lo que pueden comprar más barato del exterior. En cambio, la supresión de los obstáculos al libre comercio garantizaría una asignación más eficiente de recursos, una mayor eficiencia en la producción y el consumo, así como mejores oportunidades para el aprendizaje (*learning-by-doing*) y la innovación (*R&D*). La integración de los mercados globalizados y el libre comercio *en sí*, deberían elevar la productividad y la competitividad de los sectores exportadores; en consecuencia, se aumentaría el nivel de productividad general de las economías internas y se aseguraría el desarrollo de los países y el bienestar social de sus pueblos.

Para cumplir con estos propósitos, a partir de los años cincuenta del siglo pasado, se creó, en el ámbito del derecho internacional, un complejo andamiaje jurídico-institucional, cuya misión debía consistir en promover y regular la liberalización del comercio internacional. Se optó, en particular, por el desarrollo de negociaciones e instituciones comerciales multilaterales, con el fin de garantizar que dicha liberalización se realizaría de la misma manera para todos los Estados sobre la base del reconocimiento recíproco de beneficios mutuos. El multilateralismo fue el principal rector de las negociaciones intergubernamentales que culminaron con la adopción del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en 1947 y, posteriormente, con la creación, por los acuerdos de Marrakech en 1994, de la Organización Mundial del Comercio (en adelan-

te, OMC) —una verdadera organización internacional intergubernamental— dotada de la personalidad jurídica internacional. Desde este entonces, la OMC ha sido vista en la opinión pública como la “personificación” de la promoción de los postulados del libre comercio en el plano global. De ahí que, desde su reunión ministerial de Seattle en 1999, esta organización ha sido el principal “blanco” de las protestas antimundialistas.

En la actualidad, tanto la liberalización —modelo de organización de los intercambios comerciales globales—, como la OMC —principal institución internacional que lo promueve— se encuentran en una profunda crisis existencial.

Los efectos positivos de la liberalización sobre el desarrollo del comercio internacional no causan ninguna duda. El crecimiento del comercio como resultado de la integración internacional de los mercados de productos básicos, capitales y trabajo, de 1950 a la actualidad, ha sido exponencial. No obstante, no es tan fácil comprobar los efectos positivos de la liberalización comercial en el desarrollo económico de los países y, sobre todo, en el aumento del nivel de bienestar social de sus pueblos. Varios estudios muestran que, lejos de operar sobre una lógica de ganar-ganar, la liberalización del comercio internacional ha creado muchos perdedores no sólo entre los propios Estados, en su participación en los intercambios comerciales globales, sino también entre los diferentes sectores de su población: trabajadores no cualificados en los países desarrollados, lastimados por la competencia de los países en vía de desarrollo y su abundancia en mano de obra barata, trabajadores de estos últimos países “explotados” por los bajos salarios que aseguran el carácter competitivo de sus exportaciones o trabajadores agrícolas en los países en vía de desarrollo, incapaces de competir con los sistemas de subvenciones de los países desarrollados.¹ Desde esta perspectiva, el principal problema que ha generado la liberalización comercial ha sido la deslocalización de las actividades productivas y la desigualdad en la repartición interna de las rentas generadas por el libre intercambio. Tanto los países en vía de desarrollo como los países desarrollados no han sabido acompañar la liberalización comercial internacional de políticas internas que den respuesta a sus efectos negativos sobre el empleo y los salarios de los trabajadores, en particular, en los sectores manufactureros. Adicional-

¹ Siroen, Jean- Marc, “L’OMC: une institution en crise”, *Alternatives Économiques*, núm. 240, 2008, p. 249

mente han surgido, en la actualidad, fuertes críticas en torno a los efectos de la liberalización comercial sobre la degradación del medio ambiente, el “dumping social”, las violaciones a los derechos humanos y la “responsabilidad social” de las empresas multinacionales que participan en los intercambios comerciales globalizados.

Las críticas al carácter inequitativo de la repartición de los beneficios del libre comercio y el creciente escepticismo de varios sectores de la población tanto de países desarrollados como de países en vía de desarrollo hacia esta política comercial internacional explican, en buena medida, el actual giro proteccionista de varios gobiernos nacionales. La crisis de algunos sectores (automotriz y acero, en particular) ha hecho regresar el espectro del proteccionismo de los años treinta (expresado, por ejemplo, en la Ley Smoot-Hawley en Estados Unidos).² El caso del neo-proteccionismo mercantilista y nacionalista de Estados Unidos no es el único, pero es el más alarmante porque este país puede considerarse como el más ferviente promotor del libre comercio y el principal “arquitecto” de su andamiaje jurídico-institucional en el derecho internacional. La llegada a la presidencia de Estados Unidos de Donald J. Trump se ha caracterizado por la adopción de medidas que promueven una intervención gubernamental activa en la regulación del volumen y de la estructura de los intercambios comerciales de Estados Unidos con el exterior; asimismo, el gobierno de Trump ha desarrollado una retórica esencialmente proteccionista que promete promover el comercio (internacional) justo (*Fair Trade*) para “hacer a América [entiéndase, los Estados Unidos de América] grande de nuevo” (*Make America Great Again*).

Esta progresiva reconsideración del libre comercio como (único) modelo de política comercial en el ámbito de las relaciones internacionales marca el contexto de la crisis por la que atraviesa la OMC. Esta joven organización internacional, que a sus 18 años apenas alcanzaba una mayoría de edad, presenta, desde años atrás, claros síntomas de “parálisis cerebral” que acompañan su actual “agonía”. Las causas de la crisis de la OMC son múlti-

² En respuesta a la Gran Depresión, el gobierno de Estados Unidos decidió implementar políticas comerciales altamente proteccionistas. En este sentido, en 1930 se adoptó la famosa ley “Smoot-Hawley” que aumentó los aranceles a la importación en Estados Unidos de más de 20,000 productos. Algunos Estados, entre otros, Canadá, España, Italia y Suiza, adoptaron represalias comerciales inmediatas, al imponer restricciones arancelarias recíprocas a productos originarios de Estados Unidos y establecer barreras cuantitativas (los contingentes y las prohibiciones) al comercio internacional.

ples y complejas y los remedios disponibles, tal vez, no podrán prevenir el cese de sus signos vitales.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo consiste en analizar las causas y los síntomas de la crisis de la OMC para proponer posibles soluciones a los problemas que enfrenta dicha organización en su capacidad de seguir fungiendo de “foro mundial para el establecimiento de las normas comerciales y la gobernanza del comercio internacional”.³ Asimismo, se apreciará la viabilidad de dichas soluciones, con el fin de demostrar que ninguna es suficientemente eficaz para poner fin a la profunda crisis en la que se encuentra inmerso el quehacer institucional de la OMC.

En la primera parte del trabajo se mostrará que, en los últimos diez años, la OMC se ha visto incapaz de cumplir con las funciones que le asigna su propio tratado constitutivo. La evolución actual de esta organización intergubernamental se caracteriza por una crisis institucional (I) que dificulta e incluso anula por completo su capacidad de cumplir con el primero de sus objetivos fundacionales: administrar la interpretación y la aplicación de los acuerdos comerciales, concluidos bajo sus auspicios.⁴ Además, a 17 años del inicio de la Ronda de Doha, la OMC ha fracasado en la realización de la segunda misión principal que le asigna el artículo III-2 de su tratado constitutivo: servir de foro para las negociaciones comerciales multilaterales.⁵ La búsqueda del “acuerdo único” (*single undertaking*) como estrategia para las negociaciones, los cambios en el equilibrio del poder económico de los miembros de la organización y la proliferación creciente de acuerdos comerciales regionales provocan una crisis de las negociaciones comerciales multilaterales en el foro de la OMC. Las opciones para reformar a la OMC tratan de responder a las causas de su actual crisis e incluir perspectivas de

³ OMC, Declaración Ministerial de Nairobi, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm, p. 1.

⁴ En virtud del artículo III-1 de dicho acuerdo: “La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente acuerdo y de los acuerdos comerciales multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los acuerdos comerciales plurilaterales”.

⁵ Según el artículo III-2 del Acuerdo sobre la OMC: “La OMC será el foro para las negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial”.

cambios institucionales y de modificaciones en los mecanismos jurídicos que organizan las negociaciones comerciales multilaterales.

II. LA CRISIS INSTITUCIONAL DE UNA ORGANIZACIÓN DE NATURALEZA INTERGUBERNAMENTAL

1. *El bloqueo crónico de los mecanismos de toma de decisiones de la OMC*

Sucesora del antiguo GATT, la OMC fue erigida por sus fundadores en una verdadera organización internacional que, a diferencia del mismo, ostenta un carácter permanente y goza de la personalidad jurídica internacional. La OMC tiene, en la actualidad, 164 miembros y puede considerarse una organización internacional con vocación universal. Los últimos dos miembros —Liberia y Afganistán— se adhirieron en 2016. Desde esta perspectiva, la OMC se ha convertido en una de las organizaciones internacionales con mayor número de miembros, si se le compara, en particular, con los 193 Estados que integran la ONU.

Pero, a pesar de ser una “joven heredera” del GATT, la “moderna” OMC retoma algunas características de las organizaciones internacionales “clásicas”, creadas al término de la Segunda Guerra Mundial. Forzando más el argumento, su exdirector francés Pascal Lamy la ha calificado incluso de “institución medieval”.⁶ En efecto, la OMC se fundamenta en las bases del multilateralismo como principal mecanismo y corolario imprescindible en la búsqueda de cooperación interestatal en el plano internacional. En este sentido, el carácter multilateral de la OMC se complementa por su naturaleza esencialmente intergubernamental, ya que todos sus órganos con capacidad decisoria están compuestos por representantes de los países miembros de la organización.

El intergubernamentalismo, que refleja la composición de sus órganos, hace de la OMC una organización completamente “dirigida por sus miembros” (*a member driven organization*). La “dirección” exclusiva de la OMC por

⁶ Lamy, Pascale, “M. Lamy: «Le Cycle de Doha marque la transition entre l’ancienne gouvernance de l’ancien ordre commercial et la nouvelle gouvernance du nouvel ordre commercial”», disponible en: https://www.wto.org/french/news_f/spp1_f/spp1173_f.htm.

sus miembros se refuerza por el mecanismo de toma de decisiones por consenso. En efecto, todas las decisiones importantes de la organización deben ser adoptadas por la totalidad de los miembros presentes en las votaciones internas de sus órganos, los ministros que sesionan en la Conferencia de Ministros o los embajadores o jefes de delegación que integran su Consejo General.⁷ El consenso en la OMC es, en los hechos, una votación por unanimidad de los representantes de los gobiernos nacionales de los Estados miembros que otorga a los mismos el ejercicio de un derecho de veto.⁸

El consenso permite tomar en cuenta los intereses nacionales de todos los Estados miembros de la OMC y constituye así un verdadero “bastión” para la defensa de su soberanía.⁹ No obstante, en una OMC que, actualmente, cuenta con 164 países miembros con intereses nacionales sumamente divergentes en materia de liberalización del comercio internacional, el consenso se vuelve terreno fértil para todo tipo de bloqueos y parálisis institucionales.¹⁰

Las divergencias en el logro de consensos se deben, en primer lugar, a la heterogeneidad que caracteriza el nivel de desarrollo económico de los miembros de la OMC. Algunos de ellos son países desarrollados, pero la mayoría son países en vía de desarrollo y algunos son catalogados como “países menos avanzados”. Las posturas de todo este conjunto económicamente heteróclito de integrantes sobre el futuro del sistema comercial multilateral resultan potencialmente irreconciliables e imposibles de uniformizarse en consensos amplios. Adicionalmente, existe, en la actualidad, tanto en la OMC como en el mundo en general, una reorganización de bloques y alianzas políticas y económicas de todo tipo. En los inicios de su desarrollo, los bloqueos en la toma de decisiones por consensos de la OMC

⁷ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm.

⁸ El acuerdo sobre la OMC establece muy pocas hipótesis en las que se puede proceder a una votación por la mayoría, según el esquema “un Estado, un voto”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org1_s.htm.

⁹ Siroen, Jean- Marc, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰ En la mayoría de las organizaciones internacionales, con competencia en materia económica, dicha regla fue progresivamente abandonada. Así, por ejemplo, los bloqueos inherentes a este mecanismo de toma de decisiones justificaron la adopción de múltiples reformas de los tratados de la UE para extender progresivamente la aplicación de la regla de voto por la mayoría simple o cualificada. Las decisiones de los órganos con capacidad decisoria del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial también se adoptan por mayoría.

podrían ser evitados en muchos casos debido a la existencia de una doble coalición “Estados Unidos-UE” que lideraba el consenso bilateral y lograba, sin mayores obstáculos, la adhesión posterior de los demás miembros al mismo.¹¹ La preponderancia de los grandes actores ponderaba eficazmente la rigidez de la regla del consenso.¹² En la actualidad, el liderazgo de la coalición Estados Unidos-UE se enfrenta con la ampliación en la membresía y la consecuente extensión geográfica de la organización. Estos cambios en el equilibrio de poder de los miembros de la OMC se manifiestan en una mayor importancia de los países en vía de desarrollo en los procesos de toma de decisiones por consenso y, en particular, en un mayor peso de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica).¹³ Asimismo, se han creado nuevas alianzas que, *de facto*, toman en consideración las diferentes características económicas de los países en vía de desarrollo.¹⁴ No obstante, todos estos nuevos bloques de países en vías de desarrollo son heterogéneos y no logran “hablar de una sola voz”¹⁵ en los procesos de toma de decisiones.¹⁶

En vista de lo anterior, la aplicación eficaz de la regla de toma de decisiones por consenso en la OMC se torna cuasi imposible. El multilateralismo, con bases soberanistas “medievales”, que justificó su creación, se encuentra particularmente mal adaptado al mundo multipolar de las actuales relaciones económicas internacionales que, lejos de propiciar consensos y posiciones comunes, alimenta divergencias y confrontaciones múltiples.

¹¹ Ruiz-Fabri, Hélène, “Qui gouverne à l’OMC et que gouverne l’OMC?”, *En Temps Réel*, núm. 22, 2010, p. 15.

¹² Paugam, Jean-Marie, “Après Cancun: la doublé crise de l’OMC”, *Revue du Marché Commun de l’Union Européenne*, núm. 147, 2004, p. 2.

¹³ Dupret, Xavier, *L’OMC en crise. Les BRICS maîtres du jeu?*, <http://aejj.be/ancien/IMG/pdf/OMC-en-crise-Les-BRICS-maitres-du-jeu.pdf>, 2014, p. 9.

¹⁴ El “grupo de los 77” intentaba, en un principio, hablar en nombre de todos países en vía de desarrollo. Actualmente, dicha voz se divide entre el G20, reunido a iniciativa de Brasil, el G90 que agrupa a los países ACP (África, Caribe y Pacífico) y a los “países menos avanzados” y el “Grupo Cairns”, que agrupa a los países productores agrícolas (Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 2).

¹⁵ Siroen, Jean Marc, *op. cit.*, p. 14 y Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*

¹⁶ Así, por ejemplo, es difícil conciliar los intereses comerciales de Brasil, India, China, Rusia y los Estados africanos.

2. El bloqueo del mecanismo de solución de controversias de la OMC

El mecanismo de solución de controversias de la OMC es considerado una de las principales innovaciones en el funcionamiento de dicha organización y la “piedra angular del sistema multilateral de comercio”.¹⁷ Dicho mecanismo era originalmente concebido como un sistema arbitral en el cual la resolución de los litigios que surgen de la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales, concluidos bajo los auspicios de la OMC,¹⁸ se confía a un “grupo de expertos” (panel arbitral de tres o cinco miembros).¹⁹ La resolución adoptada por dicho grupo recibe, posteriormente, el aval casi automático²⁰ del Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) de la organización. Con la institución de un segundo grado de jurisdicción, confiado al Órgano de Apelación (en adelante, OA), dicho sistema inició una evolución hacia la “jurisdiccionalización”. En efecto, la resolución de controversias en el ámbito de dicha organización se volvió de naturaleza híbrida porque combinó el arbitraje con un segundo grado de jurisdicción.²¹

¹⁷ OMC, *Entender la OMC: “Solución de diferencias”*, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm.

¹⁸ En este sentido, en virtud del artículo 1o. del Entendimiento sobre Solución de las Controversias de la OMC: “las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento “Acuerdo sobre la OMC”) y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados”.

¹⁹ Los grupos especiales son tribunales arbitrales, cuyos miembros se eligen en consulta con los Estados parte en la controversia. En ausencia de un acuerdo entre las partes en torno a la composición del panel, los árbitros son designados por el director general de la OMC. Los grupos especiales están integrados por tres (a veces cinco) expertos de diferentes nacionalidades, elegidos sobre la base de una lista indicativa de candidatos, designados por los propios Miembros de la OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm.

²⁰ En efecto, el OSD sólo puede rechazar el reporte de un grupo de expertos por el consenso de sus integrantes.

²¹ Lorenzo, Ludovic, *Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’O. M. C.*, tesis, Université Lyon 2, 2003, disponible en: http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_1#p=0&a=top.

Esta “jurisdiccionalización” del mecanismo de solución de controversias de la OMC fue concebida como una respuesta a los bloqueos que caracterizaban el arreglo de las diferencias entre los miembros del antiguo GATT para garantizar la seguridad jurídica y el respeto eficaz de los derechos y obligaciones de las partes.²² La consolidación del mecanismo de solución de controversias y su importante función para la regulación jurídica del comercio internacional, se debe al diseño institucional que establece el Entendimiento sobre Solución de las Controversias, considerado “la perla de la corona” de los acuerdos logrados al término del Uruguay Round. A diferencia de los mecanismos institucionales de toma de decisiones, el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias no se somete a la voluntad de los Estados y a la protección de sus intereses y agendas comerciales internas. La objetividad e imparcialidad (jurídica) que caracterizan el razonamiento del “juez” de la OMC explican, en buena medida, el éxito que ha tenido como mecanismo de ajuste y reequilibrio de los intereses y pretensiones tanto de los países en vías de desarrollo como de los países desarrollados.²³

Las decisiones del OSD de la OMC no se han limitado a dirimir las controversias particulares que le fueron presentadas, sino que han ido más allá y han desarrollado un “activismo judicial” (*judicial activism*)²⁴ que contrasta con el bloqueo inherente a la toma de decisiones en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales. Gran número de cuestiones altamente políticas (por ejemplo, la relación entre las restricciones al comercio internacional y la defensa de políticas públicas de interés general, orientadas, entre otros sentidos, a la protección de la salud o a la protección del medio ambiente) son tratadas por la vía judicial y no por la vía de las negociaciones políticas.²⁵ En primer lugar, esto hace pesar sobre dicho mecanismo

²² Artículo 3-2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

²³ La neutralidad y la eficacia del mecanismo de solución de controversias de la OMC explican, en buena medida, su éxito. Desde su creación y hasta la actualidad se han presentado en total más 400 demandas contenciosas que han conducido a la adopción de varias decenas de reportes de paneles *ad hoc* y de decisiones del Órgano de Apelación.

²⁴ El término “activismo judicial” es propio a los sistemas jurídicos de *common law* y es usado principalmente en los países anglosajones en los que las Cortes desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento del sistema jurídico. Esta última expresión se refiere a la posibilidad para los jueces de crear y modificar el derecho vigente.

²⁵ Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 27.

la amenaza de ser culpado de incurrir en un *gouvernement des juges*, en el ámbito del derecho internacional.²⁶ En todo sistema jurídico, el juez aplica e interpreta las reglas jurídicas, adoptadas por el legislador, y éste tiene la posibilidad de adoptar una norma de carácter general para modificar, hacia el futuro, los alcances de una sentencia judicial cuando éstos no le sean favorables. No obstante, en el sistema de la OMC estamos frente a un equilibrio inverso, con un “juez”, activista y “poderoso”, y un “legislador”, incapaz de “hacer frente” a las consecuencias jurídicas y políticas de sus sentencias.²⁷ Este desequilibrio en la OMC entre el “poder” del “juez” y la “impotencia del legislador”, ha provocado reacciones y críticas muy vivas por parte de algunos Estados miembros de la organización.

En tal sentido, desde su llegada a la Presidencia de Estados Unidos, Donald Trump ha emprendido una verdadera “cruzada” en contra del mecanismo de solución de controversias de la OMC.²⁸ Esta “cruzada” en sí, traduce un escenario dramático en el que un “creador” ataca a su “criatura”.²⁹ Las causas del descontento de Estados Unidos con dicho mecanismo no se explican solamente por su tradicional deseo de no ser condenado por

²⁶ Cabe recordar que, en principio, la jurisprudencia de los tribunales internacionales no constituye una fuente formal del derecho internacional y los jueces no pueden gobernar. Los jueces internacionales deben limitarse en aclarar el significado de las normas internacionales. Como lo señaló la CIJ en su opinión consultiva “Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares”: “Está claro que la Corte no puede legislar...”. Su “función judicial normal” consiste en “determinar la existencia... de principios y normas jurídicas...”. CIJ, *Fisheries Jurisdiction*, Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Islandia, 25 de julio de 1974, párr. 53, disponible en: <http://www.icj-cij.org/doCKET/files/55/5977.pdf>. Para más detalles en torno a la función de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, véase: Petrova Georgieva, Virdzhiniya, *La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional*, en Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes del derecho internacional en el siglo XXI. Una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

²⁷ Ruiz, Fabri, Hélène, *op. cit.*

²⁸ El retiro de este país del Acuerdo Transpacífico (TPP, por sus siglas de inglés) y la apertura de un largo proceso de renegociación del TLCAN son emblemáticos del descontento del presidente estadounidense con la actual regulación jurídica del comercio internacional.

²⁹ Cabe recordar que la liberalización de los intercambios comerciales globales, las organizaciones internacionales y los instrumentos jurídicos que la sustentan, son obra precisamente de Estados Unidos. El triunfo del Plan White en las negociaciones de la arquitectura institucional internacional de la postguerra que llevaron a la conclusión del GATT y la participación activa de Estados Unidos en las negociaciones de la Ronda Uruguay, hacen de la OMC una “criatura jurídico-institucional” estadounidense.

tribunales internacionales,³⁰ sino que incluso traducen críticas mucho más profundas al funcionamiento del mismo.

En primer lugar, la administración del presidente Trump considera que el mecanismo de solución de controversias y el OA han excedido los límites de su función judicial y se han librado, efectivamente, a un *gouvernement des juges*. Se critica constantemente el *overreach* o carácter demasiado extensivo de la manera en la que el OA aplica e interpreta el derecho de la OMC. El argumento principal consiste en sostener que el OA fue creado para corregir las decisiones erróneas de los paneles *ad hoc*, pero no para adicionar o disminuir los derechos y obligaciones de las partes en los acuerdos de la OMC.³¹ Estados Unidos alega que el OA debe controlar los paneles *ad hoc*, pero que nadie puede controlar al OA.³² El carácter definitivo de las decisiones del OA es, además, reforzado por el surgimiento de una doctrina de *stare decisis de facto* en el mecanismo de solución de controversias de la OMC.³³ De esta manera, según Estados Unidos, el OA estaría “creando sus propias reglas”.³⁴ Esta crítica estadounidense se comparte por otros países desarrollados y en vías de desarrollo.³⁵ Además, Estados Unidos formula críticas de carácter más formal o procesal al funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de la OMC. En particular, se señala que algunos miembros del OA han decidido casos de apelación, aun después del término de su mandato de cuatro años, sin actuar por autorización expresa del OSD.³⁶ Estados Unidos también se ha manifestado en contra del no

³⁰ El mecanismo de solución de controversias efectivamente ha adoptado varias sentencias en las que ha reconocido a la responsabilidad internacional de los Estados Unidos por violación de las normas y principios del derecho de la OMC. No obstante, en 78% de los casos en los que han participado, los Estados Unidos han ganado la defensa de su causa ante el OA.

³¹ Artículo 19.2 del Entendimiento sobre Solución de Controversias de la OMC.

³² Las sentencias del OA son definitivas y sólo pueden ser reexaminadas si se logra un consenso en el OSD. Hasta la fecha dicho consenso nunca ha sido obtenido.

³³ En efecto, como cualquier órgano judicial de primer grado, los paneles *ad hoc* tienden a conformarse con los criterios desarrollados por el OA y los citan constantemente en sus sentencias.

³⁴ DSB, *Minutes of the Meeting*, April 3, 2002, WT/DSB/ M121, para. 35.

³⁵ Stewart, Terence, *Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System*, Global Business Dialogue, Washington, Law Offices of Stewart and Stewart, 2017.

³⁶ La regla 15 del Procedimiento de Trabajo (*working procedures*) del OA permite a un miembro de este órgano terminar su trabajo sobre el caso previa autorización del OA y a

respeto de algunas reglas procesales en torno a la renuncia³⁷ o la reelección de los árbitros.³⁸

Estas críticas de Estados Unidos no son la causa de la actual parálisis del mecanismo de solución de controversias de la OMC. La manera de canalizarlos en acción, sí. En efecto, ante la imposibilidad de influir en el ejercicio de la función judicial por parte del OA de la OMC en la resolución de los casos contenciosos que le son sometidos, la administración Trump ha preferido utilizar un medio de control indirecto a través de los procedimientos de designación de sus miembros. De ahí que, a partir de 2017, Estados Unidos ha bloqueado el proceso de reelección de los miembros del OA.³⁹ El momento crítico para apreciar el futuro del OSD es el próximo 30 de septiembre de 2019 —fecha en la que acababa el mandato de uno de los cuatro árbitros con los que actualmente funciona el OA—. De no elegir un nuevo miembro, el OA se quedaría con 3 miembros —que es el mínimo requerido por el artículo 17-1 del Entendimiento sobre Solución de Controversias— para que este órgano pueda adoptar sentencias vinculantes. En diciembre de 2019 acabaría el mandato de otros dos árbitros y si persiste el bloqueo estadounidense a la designación de nuevos miembros, esta fecha fatídica marcaría la muerte definitiva del OA de la OMC.

través de una simple notificación al OSD. Dicha regla fue adoptada sin el acuerdo del OSD y, según Estados Unidos, priva al OSD de su capacidad de pronunciarse acerca del nombramiento de los miembros del OA.

³⁷ La renuncia del árbitro coreano Hyun Chong Kim en agosto de 2017, sin respetar el plazo previo de 90 días, y el hecho de que el OA haya adoptado su resolución en el asunto *EU– Fatty Alcohol (DS442)* sin que el miembro que había renunciado haya sido remplazado. Payosova, Tatiana *et al.*, *The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and Cures*, Peterson Institute of International Economics, Policy Brief, 2018, p. 3.

³⁸ En 2011, este país bloqueó la reelección de su propia representante en el OA: Jennifer Hillman; posteriormente, Estados Unidos bloqueó la designación por un segundo periodo de Seung Wha Chang, de Corea del Sur.

³⁹ El 1o. de diciembre de 2016, el OA todavía contaba con 7 miembros. La primera disminución en el número de miembros ocurrió el 30 de junio de 2017, cuando el árbitro mexicano Ricardo Ramírez Hernández concluyó su mandato y no fue remplazado ni relegido, reduciendo el OA a 6 miembros. El 1o. de agosto de 2017, renunció Hyun Chong Kim, y debido al bloqueo estadounidense no se eligió un nuevo miembro, llevando así el número de árbitros a 5. El 11 de diciembre de 2011 terminó el mandato de Peter Van den Bossche, y como consecuencia del mismo bloqueo la composición del OA no fue renovada y se redujo a 4 miembros.

Una eventual muerte del OA tendría indudablemente efectos muy negativos para el futuro de la OMC. Todo el mecanismo de solución de controversias se paralizaría y se pondría en tela de juicio su eficacia y objetividad. En efecto, en virtud del artículo 16.4 del Entendimiento sobre solución de controversias, el reporte de un panel *ad hoc* no puede adoptarse por parte del OSD (y por consecuencia, no podrá ser vinculante) antes de que se resuelva el procedimiento de apelación que haya iniciado una de las partes en la controversia. Por lo tanto, si el OA se queda sin miembros y no puede funcionar, una de las partes ante el panel *ad hoc* podrá bloquear la adopción de su reporte a través de la simple introducción de una demanda de apelación.⁴⁰ La postura estadounidense en la designación de los miembros del OA hubiera tenido por efecto un regreso al pasado del GATT en el que una parte podía bloquear el mecanismo de solución de controversias si el reporte del panel arbitral no le era favorable. Al fin de cuentas, el bloqueo parece tener precisamente este objetivo y busca, adicionalmente, promover una solución judicial de los conflictos “à la carte” de los intereses comerciales de Estados Unidos.

De concretarse la muerte del OA de la OMC, uno de los sistemas más eficaces de resolución pacífica de controversias interestatales en el plano internacional sería aniquilado por completo por parte de uno de sus principales justiciables.

III. LA CRISIS DE LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES BAJO LOS AUSPICIOS DE LA OMC

1. *El fracaso de la Ronda de Doha*

Diecisiete años han pasado desde el inicio de la Ronda de Doha en la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC en Qatar en 2001. Su ambicioso objetivo consistía en “lograr una importante reforma del sistema de comercio internacional mediante el establecimiento de medidas encaminadas a

⁴⁰ Zelicovich, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las conferencias ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017, p. 9.

reducir los obstáculos al comercio y de normas comerciales revisadas”.⁴¹ La Declaración Ministerial de Doha fijaba el mandato de las negociaciones sobre los temas de la agricultura, los servicios, la propiedad intelectual y los problemas que caracterizan la aplicación de los acuerdos comerciales multilaterales por parte de los países en vías de desarrollo.⁴²

El primer factor de bloqueo tiene que ver con la posición de los países en vías de desarrollo respecto a los logros del Uruguay Round y los objetivos del ciclo de Doha. Los países en vías de desarrollo consideran que los acuerdos de la OMC han creado para ellos obligaciones muy “costosas” en materia de prohibición de los obstáculos no arancelarios al comercio (particularmente, en el ámbito de las normas sanitarias y fitosanitarias), propiedad intelectual e inversiones.⁴³ En contraparte de estos compromisos, los países en vías de desarrollo no recibieron una apertura de los mercados en la agricultura que constituye, en muchas ocasiones, el sector clave de su economía.⁴⁴ La liberalización del comercio de los productos agrícolas ha sido, sin duda, la principal “manzana de la discordia” del ciclo de negociaciones de Doha.⁴⁵ Además, desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, las negociaciones comerciales multilaterales de la OMC no se han conformado al respeto del principio de trato especial y diferenciado que implica la toma en cuenta de sus necesidades específicas en la aplicación de los compromisos que adquieren en virtud de los acuerdos logrados. La

⁴¹ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm.

⁴² En este sentido, en el momento de lanzamiento del Programa de Doha, los ministros de los países miembros de la OMC expresaron: “Continuaremos realizando esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico. A ese respecto, serán factores importantes el acceso mejorado a los mercados, las normas equilibradas y los programas de asistencia técnica y de creación de capacidad con objetivos bien definidos y financiación sostenible”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm.

⁴³ Los plazos para la aplicación de los compromisos adquiridos en virtud de los acuerdos de Marrakech han sido vistos como muy estrictos y la asistencia técnica que debían prestarles los países desarrollados para cumplir con dichos acuerdos es calificada de insuficiente.

⁴⁴ Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵ Cabe recordar que los países en vías de desarrollo mantienen fuertes medidas proteccionistas en el sector agrícola, en particular bajo la forma de subvenciones a la exportación de productos agrícolas, como la política agrícola común en la UE y la “ayuda alimentaria” en Estados Unidos.

supuesta lógica “ganar-ganar” que debería guiar el logro de los objetivos de dichos acuerdos ha sido vista por los países en vías de desarrollo como una lógica de “ganadores” —los países desarrollados— y “perdedores” —los países en vías de desarrollo—. ⁴⁶

El segundo punto problemático es la agenda de las negociaciones multilaterales iniciadas en Doha, considerada demasiado amplia por algunos porque cubre muchos temas irresueltos durante el ciclo de Uruguay y demasiado estricta por otros ⁴⁷ porque no incluye temas importantes (medio ambiente, competencia, inversiones, entre otros) y, por ende, no se ajusta a las características actuales del comercio y de la economía internacional. ⁴⁸

Un elemento adicional que permite dar cuenta de la ausencia de consensos sobre dicha agenda concierne a la “des-occidentalización” de las negociaciones durante el ciclo de Doha. Como fue señalado, el bloqueo de los mecanismos de toma de decisiones de la OMC se debe a la relativización del liderazgo “Estados Unidos-UE”, en la dirección de los órganos internos de la organización. Esta relativización se observa también en el desarrollo de los procesos de negociación de nuevos acuerdos. ⁴⁹ A partir de la negociación del ciclo de Doha, los países en vía de desarrollo formaron un bloque rival al de “Estados Unidos-UE”, que rápidamente comenzó a reclamar un mayor liderazgo en el proceso negociador. El nombramiento del brasileño Ricardo Azevedo como Director General de la OMC es particularmente

⁴⁶ Paugam, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁷ Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁸ Dichas dificultades son visibles, por ejemplo, en el sector de los servicios. El GATS negociado en 1995 se limitaba a recoger el grado de apertura de los mercados ya existente en este momento, pero la posibilidad actual de ir más allá en la liberalización del comercio en este sector se enfrenta con preocupaciones económicas actuales en torno a la des-localización de los servicios, el desarrollo de centros globales de servicios *low cost*, los efectos negativos de la apertura de los mercados hacia los prestadores nacionales de los mismos servicios, etcétera.

⁴⁹ Antes del Doha Round, la negociación establecía un filtro que implicaba que los acuerdos logrados debían ser aceptados primero por los países más activos (Estados Unidos, UE, Japón y Canadá en una agrupación conocida como la “Cuadrilateral”, que en realidad era conducida por el binomio “Estados Unidos-UE”) y sólo después eran llevados al conocimiento de los demás miembros. Los países en vías de desarrollo estaban, por lo tanto, excluidos de algunas fases de la negociación y recluidos en la llamada *Green Room*.

sintomático de la redistribución de poder entre nuevos actores influyentes en el seno de la OMC.⁵⁰

Esta redistribución de poder ha hecho imposible la aplicación de la técnica misma de negociaciones comerciales multilaterales, bajo los auspicios de la OMC, llamada *single undertaking* (o acuerdo único). Dicho mecanismo de negociación establece que debe existir un acuerdo en todos los temas tratados antes de que se logre un acuerdo general y postula que “nada se considera acordado hasta que todo esté acordado”. Su objetivo consiste en garantizar que los acuerdos reflejen de manera más equilibrada los intereses de todos los miembros de la organización.⁵¹ No obstante, en los hechos, la “des-occidentalización” del proceso negociador ha modificado los postulados de la regla del *single undertaking* según la lógica: “nada está acordado y, por lo tanto, nada se acordará”.

Es de señalarse que el fracaso de la Ronda de Doha es el resultado no solamente del nuevo peso que los países en vía de desarrollo reclaman en las negociaciones comerciales intergubernamentales, sino también de las pretensiones de algunos de ellos de beneficiarse del “trato especial y diferenciado”. De los 164 miembros de la OMC, 2/3 se han declarado “países en vías de desarrollo” para beneficiarse de las reglas de dicho trato. No obstante, no se han establecido en el derecho de la OMC criterios para determinar si un país está en vías de desarrollo o no, ni un nivel a partir del cual pueda considerarse que un “país en vías de desarrollo” se ha convertido en “país desarrollado”. La cualidad de país en vías de desarrollo es, por lo tanto, “auto-adjudicada” y hasta la fecha ningún Estado ha renunciado a la misma. En la realidad, desde la conclusión del GATT, muchos países en vías de desarrollo se han enriquecido y sus industrias internas se han vuelto muy competitivas en el plano internacional.⁵² Por lo tanto, resulta difícil de justificar su no sumisión a las disciplinas comunes del derecho de la OMC. La creación de la OMC tenía por objetivo luchar contra las prácticas de los *free riders* (“pasajeros clandestinos”) del GATT que se beneficiaban de las concesiones comerciales de otros sin ofrecer nada a cambio. No obstante, debido

⁵⁰ Lamy, Pascal, “The World Trade Organisation: New Issues, New Challenges”, *En Temps Réels*, 2014, p. 9.

⁵¹ Zelicovich, Julieta, *op. cit.*, p. 6.

⁵² Torres, Héctor, *Argentina: an Opportunity to Rethink the WTO Working Practices*, CIGI Papers, 143, septiembre de 2017, p. 3.

a la extensión de las reglas del “trato especial y diferenciado” a países que no las necesitan se creó un fenómeno muy similar. Aun así, la renegociación del estatus de países en vías de desarrollo ha permanecido como “tabú político” y no ha sido incluido en la Ronda de Doha.⁵³

2. El éxito de los (mega) acuerdos comerciales regionales

La crisis de la OMC se ha acompañado y ha sido provocada, en parte, por el éxito fulminante de los acuerdos comerciales regionales (en adelante, ACR).

En la OMC, los ACR se definen como acuerdos comerciales recíprocos entre dos o más socios. Incluyen los acuerdos de libre comercio y las uniones aduaneras. Los ACR constituyen, sin duda, una violación de uno de los pilares del multilateralismo comercial: la cláusula de la nación más favorecida. Dicha cláusula se establece en el artículo 1o. del GATT⁵⁴ y busca asegurar el mismo trato a los bienes, originarios de todos los Estados miembros. Para hacer frente a dicha contradicción, el derecho de la OMC admite una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida para algunas formas de integración regional, en particular, las uniones aduaneras, las zonas de libre comercio y los acuerdos provisionales. Negociado al origen para acomodar la experiencia de la UE en la OMC, el artículo XXIV del GATT⁵⁵ ha legitimado la conclusión de ACR y ha fungido, en los hechos, como un verdadero “caballo de Troya” para las negociaciones comerciales multilaterales.

La proliferación de los ACR, en la actualidad, se mide en cifras sorprendentes. En 1995, el número de ACR ascendía a no más de 100, pero en

⁵³ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁴ Según dicha disposición, “... cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado”.

⁵⁵ En virtud de dicho artículo, “las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán a los territorios aduaneros metropolitanos de las partes contratantes, así como a cualquier otro territorio aduanero con respecto al cual se haya aceptado el presente Acuerdo de conformidad con el artículo XXVI o se aplique en virtud del artículo XXXIII o de conformidad con el Protocolo de aplicación provisional...”.

2018 fueron registrados en la OMC 320 ACR, concluidos entre sus Estados miembros.⁵⁶ Prácticamente todos los miembros de la organización son, hoy día, partes en por lo menos un ACR. Estos acuerdos se han transformado tanto respecto al nivel de desarrollo de sus países miembros como respecto a su alcance geográfico.⁵⁷ En general, los Estados tienden a orientar los ACR hacia una lógica “OMC+”, consistente en complementar, a través de los acuerdos, compromisos ya previstos en virtud de las normas del derecho de la OMC y una lógica “OMCx” en la cual se abordan, por la vía bi o plurilateral, temas no tratados en el ámbito de dicha organización.⁵⁸ Adicionalmente, hoy día existe una tendencia a concluir mega ACR que involucran a un gran número de países de todas las regiones del mundo. Las mega negociaciones comerciales del Acuerdo de Asociación Transpacífica (TTP, por sus siglas en inglés) entre 12 Estados de la cuenca del Pacífico, geográficamente situados en cuatro continentes distintos, del Acuerdo de Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP, por sus siglas en inglés) entre Estados Unidos y la UE o del Partenariado Económico Comprehensivo Regional (RCEP, por sus siglas en inglés) entre China y los Estados del Asean, son ejemplos emblemáticos de la envergadura de los procesos inter-regionales de integración comercial.

Este crecimiento exponencial de los ACR hace surgir una pregunta compleja respecto a su relación con el sistema comercial multilateral, regulado por la OMC: ¿son ellos piedras que construyen (*building blocks*) o piedras que destruyen y hacen tropezar (*stumbling blocks*) el multilateralismo comercial?⁵⁹

⁵⁶ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/rta_pta_s.htm.

⁵⁷ En los años setenta del siglo XX, se observaba una mayor importancia de los acuerdos entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (acuerdos Norte-Sur). En la actualidad, han proliferado los acuerdos entre los propios países en vías de desarrollo (acuerdos Sur-Sur). De igual modo, se denota una tendencia a la ampliación del alcance geográfico de los ACP, hace 10 años existían más acuerdos dentro de una misma región geográfica (acuerdos intrarregionales) y, en la actualidad, se concluye un mayor número de acuerdos entre países pertenecientes a distintas regiones (acuerdos interregionales).

⁵⁸ Zelicovich, Julieta, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁹ Bhagwati, Jagdish y Panagariya, Arvind, “The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends”, *The American Economic Review*, vol. 86, 1996, pp. 82-87; Baldwin, Richard, *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, Cambridge, World Trade Organization, 2009.

La primera postura consiste en sostener que los ACR son *building blocks* para las negociaciones comerciales multilaterales, bajo los auspicios de la OMC porque promueven la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias al libre comercio y, por lo tanto, refuerzan la liberalización comercial, promovida por la vía multilateral. La postura opuesta considera a los ACR como *stumbling blocks* para el multilateralismo de la OMC, debido a la discriminación que provocan. Desde esta perspectiva, el regionalismo comercial tendería a construir “fortalezas comerciales” impenetrables⁶⁰ que, en vez de tener un efecto de “creación de comercio” tenderían a producir consecuencias opuestas de “desviación de comercio”.⁶¹

Aunque el debate en torno a los efectos de los ACR sobre el sistema comercial multilateral sigue en curso, es evidente que los Estados seguirán respondiendo a la actual crisis de las negociaciones comerciales multilaterales bajo los auspicios de la OMC con la conclusión de ACR, por la vía bi o plurilateral, tanto intra como interregional.⁶² A través de dichos acuerdos, los miembros de la organización seguirán concretando lo que saben que no obtendrían en el ámbito de la OMC.⁶³ Su multiplicación seguirá creando la imagen de un *spaghetti bowl* para utilizar la famosa expresión de Bhagwati⁶⁴ y dará cada vez más lugar a un sistema de normas incoherentes y desarticuladas, entre sí, y con el sistema comercial multilateral.⁶⁵

De ahí que la crisis de las negociaciones comerciales multilaterales sea a la vez causa y consecuencia del éxito de los ACR. La marginalización de la OMC también opera desde fuera y podemos esperar que la regulación jurídica del comercio internacional será, en el futuro, cada vez más regional y menos universal.

⁶⁰ Ibarra Pardo, Gabriel, *op. cit.*, p. 523.

⁶¹ El efecto de desviación de comercio se produce cuando un país deja de importar determinado producto de un país no miembro (PNM) eficiente y pasa a importarlo de un país miembro que es menos eficiente. Se considera un efecto negativo ya que reduce el nivel de bienestar. Maesso Corral, María, “La integración económica”, *Revista ICE*, núm. 858, 2008, p. 122.

⁶² Siroën, Jean-Marc, *op. cit.*, p. 13.

⁶³ Ruiz-Fabri, Hélène, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴ Bhagwati, Jagdish y Panagariya, Arvind, *op. cit.*

⁶⁵ Lamy, Pascal, “Acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales, ¿qué camino se ha de seguir?”, disponible en: http://wto.org/spanish/news_s/spp153/spp153_s.htm.

IV. HACIA UNA REFORMA DE LA OMC

1. *Las opciones de reforma institucional*

Como fue señalado anteriormente, la naturaleza eminentemente intergubernamental de una “organización dirigida por sus miembros” se expresa en la regla de toma de decisiones por consenso. La primera vía para remediar a la actual crisis de dicha institución y mejorar el funcionamiento de sus órganos internos consistiría en repensar la instrumentación del consenso en la adopción de medidas regulatorias del sistema comercial multilateral.

En este sentido, es de señalarse que el abandono completo de la regla del consenso no es posible y, tal vez, tampoco es deseable. Para reformar la toma de decisiones por consenso es necesario reformar el acuerdo sobre la OMC. El procedimiento que debe seguirse para enmendar a dicho tratado se establece en su artículo X. Según esta disposición, una vez que se presente una propuesta de enmienda a la Conferencia Ministerial, ésta decide, por consenso, si someterá la propuesta a la aceptación de los Estados miembros de la organización. Dicho, en otros términos, el consenso sólo se puede modificar por consenso. La Conferencia Ministerial se compone por representantes de todos los Estados miembros de la organización.⁶⁶ El logro de consenso por parte de los 164 miembros de dicho órgano parece completamente ilusorio.

Adicionalmente, es de señalarse que, tal vez, no sea necesario suprimir por completo la adopción de decisiones por consenso. Torres atinadamente señala que el consenso garantiza que todos los miembros de la OMC tienen la misma oportunidad de expresar sus opiniones y no consentir la toma de una decisión si ésta no acomoda sus intereses y diferencias.⁶⁷ No obstante, el consenso no debería, por lo tanto, ser visto como sinónimo de una votación por unanimidad.⁶⁸ No obstante, como fue señalado, es precisamente

⁶⁶ Artículo IV del Acuerdo sobre la OMC.

⁶⁷ Torres, Héctor, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ Como lo señala una nota a pie de página del propio artículo IX-1 del Acuerdo sobre la OMC: “se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración si ningún miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión, se opone formalmente a ella”.

en este sentido que dicha regla ha sido puesta en práctica en la vida institucional de la OMC.⁶⁹ El consenso podría ser interpretado de una manera distinta.⁷⁰ Comúnmente se asocia más el consenso con un producto —el acuerdo— pero no se precisa a través de qué mecanismo de toma de decisiones se logró el mismo. Como atinadamente lo señala Joost Pauwelyn, el consenso puede lograrse por una votación unánime, mayoría simple o mayoría calificada.⁷¹ Se trataría entonces de un acuerdo logrado en ausencia de oposición y no de un acuerdo obtenido por un voto unánime.⁷² No obstante, es difícil concebir que los Estados acepten este cambio de lógica en la aplicación del consenso. La práctica internacional demuestra que los Estados están políticamente muy poco dispuestos a renunciar a un derecho de veto, cuando éste está previsto en las reglas institucionales de una organización internacional. La renuncia a un voto por unanimidad y al consecuente derecho de veto es visto como una cesión de poder —un ataque frontal a la soberanía de los Estados— e incluso, en términos extremos, como un “suicidio político”. Prueba de esto es la eterna imposibilidad de reformar las reglas de voto por unanimidad en el Consejo de Seguridad de la ONU y las oposiciones de los cinco miembros permanentes (el “P5”) a una posible renuncia a su histórico derecho de veto.

Otra posible opción para reformar el consenso consistiría en considerar que éste debe ser sustituido por el recurso a una votación de mayoría absoluta o relativa de los miembros reunidos en los órganos de toma de decisiones de la OMC. Esto indudablemente mejoraría la eficacia de los procesos decisorios y pondría fin al bloqueo intergubernamental actual. En muchas organizaciones internacionales se ha podido observar una evolución hacia una ampliación de los temas que se someten a una votación por mayoría.⁷³

⁶⁹ Los Estados se han apropiado del consenso para ejercer un derecho de veto unilateral en los procesos de toma de decisiones en la organización. Es precisamente el uso irrestricto del derecho de veto que debilita la OMC y se revela contrario al “espíritu colegial” que debe guiar la cooperación internacional en este ámbito, Torres, Héctor, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰ En virtud de la definición del *Diccionario* de la Real Academia Española, el consenso es “un acuerdo logrado por el consentimiento de todos los miembros de un grupo”.

⁷¹ Pauwelyn, Joost, “The WTO in crisis: five fundamentals reconsidered”, disponible en: www.wto.org; Pauwelyn, Joost, “The Transformation of World Trade”, *Michigan Law Review*, vol. 104, 2005.

⁷² *Idem.*

⁷³ Así, en el Consejo de la UE, muchos de los temas que antes se decidían por unanimidad, hoy en día se votan por mayoría de los integrantes de dicho órgano. No obstante, aún

No obstante, en el ámbito de la OMC, existe un riesgo inherente a la implementación de la votación por mayoría absoluta o relativa bajo la lógica “un Estado, un voto”. Éste tiene que ver con el distinto “peso” o “poder” comercial de los miembros de la organización. Una votación igualitaria no traduciría, en términos políticos realistas, los desequilibrios económicos y comerciales que caracterizan a los Estados miembros de la OMC.⁷⁴ Cualquier intento de asignar un número de votos en función de criterios económicos, geográficos, poblacionales o comerciales introduciría las valoraciones subjetivas de poder político, tan criticadas en el ámbito del FMI y del BM.⁷⁵ El peligro, siempre latente, de una votación por mayoría que busque tomar en cuenta el distinto peso de los Estados en el ámbito del comercio internacional tiene que ver con la preservación del multilateralismo en el funcionamiento de la OMC y la garantía de que la organización será dirigida por todos sus miembros y no sólo por alguno(s) de ello(s).

La segunda causa del bloqueo institucional que origina la actual crisis de la OMC se relaciona con el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias de dicha organización. ¿Cómo revitalizar a un mecanismo, amenazado de quedarse sin OA?

Como fue señalado anteriormente, la principal crítica de Estados Unidos hacia el mecanismo de solución de controversias de la OMC consiste en

en esta organización supranacional las decisiones políticamente sensibles permanecen sujetas a la unanimidad. Así, por ejemplo, la admisión de un nuevo miembro en la Unión puede ser sujeto a un veto por parte de los representantes de los países miembros de la organización.

⁷⁴ Torres, Héctor, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁵ Cabe recordar que tanto en el BM como en el FMI, el sistema de votación se basa en la toma en consideración del lugar que ocupa cada Estado miembro en el ámbito de la economía y de las finanzas internacionales. En el FMI, el sistema de votos en el FMI es condicionado por las cuotas de los Estados y dichas cuotas corresponden al número de votos que tiene un país miembro en las decisiones del FMI. Los votos de cada país miembro se componen de votos básicos (750, en la actualidad) más un voto adicional por cada 100,000 “derechos especiales de giro”. La Junta de Gobernadores del FMI realiza revisiones generales de cuotas con cierta regularidad (generalmente cada cinco años). Toda modificación de las cuotas tiene que ser aprobada por una mayoría del 85% del total de los votos, y la cuota de un país miembro no puede ser modificada sin su consentimiento. Gracias a sus cuotas en el FMI, Estados Unidos tiene el 16.75% del total de los votos lo que le confiere un derecho de veto en la votación. Un sistema similar existe en el BM. Estos mecanismos son contestados, en la actualidad, por su falta de legitimidad. En efecto, países como China, que han adquirido un peso mayor en las relaciones monetarias y financieras internacionales, no cuentan, en el seno de estas organizaciones, con un número de votos que refleje su real poder económico.

sostener que el OA ha violado su mandato judicial en repetidas ocasiones y, en vez de limitarse a interpretar y aplicar el derecho de la OMC, ha creado, por la vía jurisprudencial activista, nuevos derechos y obligaciones a cargo de los Estados miembros de la organización. Una posible solución ante esta crítica sería aceptar que el OA debiera ejercer una *judicial restraint*, al pronunciarse sobre determinados temas y problemas del derecho de la OMC. Una reforma institucional en este sentido consistiría en establecer la obligación para el OA de congelar algunos de sus procedimientos en dichos ámbitos y solicitar una “interpretación de autoridad” por parte de los órganos de la OMC en los que se reúnen los representantes de sus Estados miembros.⁷⁶ En efecto, tanto la Conferencia Ministerial como el Consejo de la OMC están facultados para adoptar este tipo de interpretaciones.⁷⁷ No obstante, a pesar de que el Acuerdo sobre la OMC permite adoptar dichas interpretaciones por mayoría absoluta, los miembros han decidido que el procedimiento debe realizarse por medio del consenso.⁷⁸ Hasta la fecha no se ha adoptado, en el ámbito de la OMC, ningún tipo de interpretación de autoridad por parte de los órganos de la organización y el bloqueo que enfrenta el mecanismo de solución de controversias no podría ser remediado mediante un recurso al “legislador”, inmerso en la parálisis inherente a la aplicación del consenso.

Otra posible vía para dar respuesta a las críticas de Estados Unidos podría consistir en considerar que la ausencia de una resolución por parte del

⁷⁶ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ En virtud del artículo IX-2 del Acuerdo sobre la OMC: “La Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los acuerdos comerciales multilaterales. En el caso de una interpretación de un Acuerdo Comercial Multilateral del Anexo 1, ejercerán dicha facultad sobre la base de una recomendación del Consejo encargado de supervisar el funcionamiento de ese Acuerdo. La decisión de adoptar una interpretación se tomará por mayoría de tres cuartos de los miembros. El presente párrafo no se aplicará de manera que menoscabe las disposiciones en materia de enmienda establecidas en el artículo X”.

⁷⁸ Así, por ejemplo, la UE propuso adoptar una interpretación de autoridad de los artículos 21.5 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Controversias, pero dicha interpretación no pudo ser adoptada en el Consejo General, debido al ejercicio de un veto por parte de Estados Unidos. *Cfr.*, General Council, Minutes of Meeting held on February 15 and 16, 1999, WT/GC/W/143 at 32; General Council, *Request for an Authoritative Interpretation Pursuant to Article IX:2 of the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, Communication from the United States*, WT/ GC/W/144.

OA no debería bloquear la adopción del reporte del panel *ad hoc*. En este sentido, se ha propuesto,⁷⁹ por ejemplo, que la exigencia de cumplir con el término de la apelación que se establece en el artículo 16-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias podría considerarse alcanzada, una vez que la parte presente la demanda de apelación y el OA no se pronuncie en un sentido opuesto. En esta hipótesis, el reporte del panel *ad hoc* se volvería definitivo y obligatorio. Sin embargo, esta propuesta supondría una revisión de las Reglas de Trabajo del OA⁸⁰ y en cierto sentido una violación del Entendimiento sobre Solución de Controversias que, en su artículo 17-2, establece la obligación del OA de resolver las demandas de apelación que se le presenten. Desde la perspectiva política, esta solución podría agravar la confrontación entre Estados Unidos y los demás Estados miembros de la OMC.⁸¹

Otra propuesta para hacer frente a la inminente parálisis de OA y evitar que ésta contagie a todo el mecanismo de solución de controversias, consistiría en utilizar el recurso al arbitraje, previsto en el artículo 25 del Entendimiento sobre Solución de Controversias como sustituto al procedimiento de apelación.⁸² Esta solución puede parecer particularmente atractiva, pero su realización práctica depende del logro de un acuerdo entre las partes en la controversia para someter su revisión a un nuevo arbitraje. Es lógico que la parte que gane el caso o piensa que lo puede ganar en el reporte del

⁷⁹ Charnovitz, Steve, “How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration”, *International Economic Law and Policy Blog*, 2017; Miles, Tom, “WTO is most Worrying Target of Trump’s Trade Talk: Lamy”, *Reuters*, November 14, 2017

⁸⁰ En virtud del artículo 17-9 del Entendimiento de Solución de Controversias, el OA efectivamente puede enmendar sus propias “Reglas de trabajo”.

⁸¹ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

⁸² En virtud de dicha disposición: “1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes; 2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje; 3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada”.

panel (de primera instancia) no tendrá ningún incentivo para someterlo a una segunda revisión por parte de otro tribunal arbitral.⁸³

Es de señalarse que, en todo caso, las partes en una controversia sobre la aplicación o interpretación del derecho de la OMC pueden concluir con un acuerdo de arbitraje *ad hoc* o referirse a una cláusula compromisoria, contenida en otro tratado internacional para resolver dicha controversia por este medio. Pero una resolución arbitral de los litigios entre los miembros de la OMC, fuera de la misma, debilitaría aún más su mecanismo de solución de controversias. Además, si los Estados miembros de la organización comenzarán a resolver sus controversias vía arbitrajes, no vinculados con el mecanismo de solución de controversias, podrían exponerse a diferentes controles arbitrales, basadas en concepciones y jurisprudencias incoherentes en torno a la aplicación e interpretación de las normas y principios del derecho del comercio internacional.

Para evitar que los Estados miembros de la OMC tengan que salir de la organización para dirimir sus controversias por medio de arbitrajes no institucionalizados se propone, alternativamente, concluir un acuerdo plurilateral de arbitraje en el ámbito de dicha organización para sustituir al disfuncional OA. Este acuerdo sería vigente para todos los Estados que lo hayan ratificado y, en los hechos, tendería a crear un “OA bis” para todos, menos para Estados Unidos. No obstante, cabe recordar que la conclusión de acuerdos plurilaterales muchas veces exige una toma de decisión por parte de la Conferencia Ministerial de la OMC por medio del consenso.⁸⁴ En la situación actual de bloqueo, dicho acuerdo parece imposible de lograr. Adicionalmente, dicha solución precipitaría el retiro de Estados Unidos de la OMC.

Otra posible solución a la crisis actual del OA consistiría en que las partes en una controversia acerca del derecho de la OMC se acordaran en no apelar y en aceptar el carácter definitivo y obligatorio del reporte del panel *ad hoc*. Dicho acuerdo bilateral podría ser concluido antes del inicio del procedimiento arbitral por las dos partes en la controversia.⁸⁵ En este sentido, es de señalarse que los acuerdos bilaterales de no apelación tendrían

⁸³ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁴ Artículo X-9 del Acuerdo sobre la OMC.

⁸⁵ Salles, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy Blog*, 23 de noviembre de 2017.

el mismo efecto que revisar el Acuerdo sobre la OMC y el Entendimiento sobre Solución de Controversias para eliminar al OA, pero sin pasar por el procedimiento complejo y exigente de modificación de ambos tratados. Esta hipótesis también se asemeja a “una muerte segura” para el OA y un intento de salvar, al menos, un mecanismo de solución de controversias, amputado de su apelación y reducido a un primer grado de jurisdicción arbitral.

Algunos autores han sugerido que la urgencia de la situación por la que atraviesa el mecanismo de solución de controversias de la OMC justificaría abandonar la regla del consenso, exigida para la adopción de decisiones en el ámbito del OSD y sustituirla por una votación de mayoría. Así, se ha propuesto⁸⁶ que la regla de votación por mayoría, prevista en el artículo IX-1 del Acuerdo sobre la OMC⁸⁷ debería prevalecer sobre el mecanismo de consenso, establecido en el artículo 2-4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias.⁸⁸ No obstante, esta propuesta es políticamente sensible porque, una vez más, implicaría el retiro de Estados Unidos de la OMC,⁸⁹ pero, además, jurídicamente imposible, al menos desde la perspectiva de una interpretación estricta de las reglas del derecho de la OMC.⁹⁰

Finalmente, una última solución a la crisis del mecanismo de solución de controversias sería la promoción de una discusión y negociación de los casos, sometidos al OA de la OMC, por parte de los órganos políticos de la organización. En relación con lo anterior, es de mencionarse que los bloqueos inherentes a todos los mecanismos de toma de decisiones de la OMC crean un escenario poco propicio a la resolución de problemas jurídicos por la vía política y no exclusivamente judicial. Además, desde la perspectiva jurídica, se violaría gravemente un principio general del derecho, en

⁸⁶ Jan Kuijper, Pieter, “The US Attack on the Appellate Body”, *International Economic Law and Policy Blog*, 15 de noviembre de 2017

⁸⁷ Con base en este artículo: “La OMC mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947. Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá mediante votación...”.

⁸⁸ Según este artículo: “En los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso”.

⁸⁹ Payosova, Tatiana, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁰ En virtud del Entendimiento sobre Solución de Controversias, las decisiones del OSD “sólo pueden ser adoptadas por consenso”.

virtud del cual *nemo iudex in causa sua* (del latín, nadie puede ser juez de su propia causa).⁹¹ Si se considera que los órganos políticos de la OMC pueden pronunciarse sobre los temas y problemas de “incertidumbre jurídica” que genera un caso planteado al OA de la OMC se anularía por completo la naturaleza judicial del mecanismo de solución de controversias de dicha organización. Este *non-sense* jurídico convertiría al mecanismo de solución de controversias en un medio diplomático de arreglo de litigios, como el vigente en el ámbito del antiguo GATT, y le negaría por completo la “jurisdiccionalización” que había conseguido.

2. La modificación de los principios rectores de las negociaciones comerciales multilaterales, bajo los auspicios de la OMC

En primer lugar, como fue señalado anteriormente, una de las causas del bloqueo de la ronda de Doha tiene que ver con el método de negociación, llamado de “acuerdo único” o *single undertaking* y su imposibilidad de adaptarse con los cambios en las alianzas y equilibrios de poder en el seno de la OMC.

Es de recordarse que la regla del “acuerdo único” es de naturaleza procesal y solamente se refiere al momento en el que se puede lograr un acuerdo (cuando todos los países se han puesto de acuerdo sobre la totalidad de los temas negociados). Por lo tanto, es posible reformar dicha regla al aceptar el logro de acuerdos no entre todos los países sino solamente de algunos, y no en todos los temas debatidos, sino nada más sobre un tema o un aspecto de un tema, en particular. La posibilidad de lograr acuerdos solamente entre algunos miembros de la organización potenciaría el desarrollo, ya importante, de acuerdos comerciales plurilaterales.

Los acuerdos plurilaterales en los que son parte países miembros de la OMC proliferan hoy día tanto fuera de la organización, en la forma principal de ACR, como dentro de la misma, en la forma de acuerdos concluidos

⁹¹ Swartzenberger, Georg, “The Nemo Iudex in Sua Causa Maxim in International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972, p. 482. La máxima *nemo iudex in causa sua* expresa un principio general del derecho, común a todos los órdenes jurídicos del mundo. Como lo señala el Reporte sobre el Proyecto de creación de la CPA, adoptado durante la segunda Conferencia de Paz de la Haya en 1907: “la doctrina, según la cual nadie puede ser juez de su propia causa es universalmente aceptada y presente en todos los sistemas jurídicos”.

por algunos Estados miembros de la OMC, pero no por todos.⁹² Así, por ejemplo, en 2011, se concluyó un importante acuerdo comercial plurilateral: el Acuerdo Comercial Anti-falsificación (*Anticounterfeiting trade agreement* o ACTA, por sus siglas en inglés). La negociación de otros acuerdos plurilaterales como el Acuerdo sobre Servicios (*Trade in Services Agreement* o TiSA, por sus siglas en inglés), el Acuerdo de Tecnología de la Información (ITA, por sus siglas en inglés) el Acuerdo sobre Bienes Ambientales (*Environmental Goods Agreement* o EGA, por sus siglas en inglés), continúa actualmente en curso.

En la opinión de algunos autores, con más de 160 miembros, la OMC no se debería cerrar a los acuerdos plurilaterales,⁹³ sino, al contrario, buscar una vía para regular su negociación y administrar su aplicación.⁹⁴ En el mismo sentido, en un reporte conjunto, publicado por el FMI, el BM y la OMC, las tres instituciones señalan que cualquier acuerdo plurilateral, concluido bajo los auspicios de la OMC, con o sin aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, sería preferible a un ACR, concluido fuera de los recintos de dicha organización. En dicho documento se señala que los acuerdos plurilaterales de la OMC son más transparentes, más legales y al tener más vínculos institucionales con la organización proveen una mejor base para la posterior ampliación de su membresía y el logro de un acuerdo verdaderamente multilateral.⁹⁵ No obstante, si se abandona la aplicación de la regla del *single undertaking* para aceptar que los acuerdos, negociados bajo los auspicios de la OMC, pueden ser plurilaterales se afectaría un pilar fundamental del derecho de la OMC: el alcance multilateral y (casi) universal de sus normas. Si los acuerdos concluidos en el foro de la OMC sólo son vinculantes para algunos de sus miembros, habría pocos incentivos para que éstos participen en negociaciones multilaterales, en el plano universal. Sería más probable que el proceso negociador se torne, desde sus inicios, o en algún momento posterior de su desarrollo, de alcance plurilateral y de aplicación en el plano regional o interregional. De la conclusión de un

⁹² En efecto, los acuerdos comerciales plurilaterales fueron incluidos en el anexo 4 del Acuerdo sobre la OMC desde el término del Uruguay Round. Esta apertura discreta de la OMC hacia el plurilateralismo no hizo más que confirmarse con el paso de los años.

⁹³ Pauwelyn, Joost, *op. cit.*

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ WTO, IMF and WB, *Making Trade an Engine of Growth for All The Case for Trade and for Policies to Facilitate Adjustment*, 2018, p. 41, párr. 75.

acuerdo plurilateral bajo los auspicios de la OMC a la de un ACR, que también es, por definición, plurilateral, pero fuera del foro de la OMC, sólo hay un paso.

En este sentido, otra posible opción de reforma consistiría en mantener el *single undertaking* en la adopción del acuerdo y negociar regímenes especiales en cuanto a la aplicación del mismo. La flexibilidad requerida para acomodar los intereses de más de 160 Estados apuntaría hacia el desarrollo de un sistema multilateral diferenciado, a varias geometrías y velocidades. El reciente éxito del paquete de Bali demostraría la viabilidad de una mayor flexibilización de los compromisos multilaterales.⁹⁶ En el mismo sentido, en su reporte conjunto, el FMI, el BM y la OMC, señalan que la adopción de acuerdos de alcance universal (por la vía de negociaciones multilaterales), pero con compromisos individualizados, expresamente vinculados a las capacidades particulares de los miembros parece ser la opción más viable para revitalizar a la OMC.⁹⁷ Sin embargo, como fue señalado anteriormente, una de las causas del fracaso de la Ronda de Doha se debe precisamente al trato especial y diferenciado que se reconoce a los países en vía de desarrollo, ya que el enriquecimiento de algunos de ellos pone en duda la voluntad de los países desarrollados de ofrecer más concesiones que se aplicaran sobre una base discriminatoria. Beneficiar a algunas industrias de los países en vías de desarrollo que son, en la actualidad, igual de competitivas que las industrias internas de los países desarrollados no son vistas como *fair trade* por parte de los países desarrollados.

Por lo tanto, antes de establecer nuevos tratos discriminatorios en el derecho de la OMC, resulta urgente negociar la permanencia de algunos Estados en la categoría de países en vías de desarrollo. En primer lugar, podría pensarse en incluir en el derecho de esta organización criterios claros respecto a la cualidad de “países en vías de desarrollo”. No es posible extender el mismo trato a China, Brasil, Rusia, Burkina Faso, Ecuador o Polonia. Pero más allá de crear nuevas categorías de países en vías de desarrollo (países menos avanzados, países emergentes o “países nuevamente industrializados”) se trataría de introducir una repartición más equitativa de los derechos y obligaciones de los miembros pertenecientes a este gru-

⁹⁶ Jelcovich, Julieta, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 41, párr. 76.

po.⁹⁸ No obstante, como fue señalado anteriormente, la renegociación del estatus jurídico de los países en vías de desarrollo en el derecho la OMC constituye un fuerte “tabú político” que no ha sido incluido en la agenda de Doha. Su reintroducción en el proceso negociador solo podría resultar de un consenso en los órganos con capacidad decisoria de la OMC que lo convertiría, adicionalmente, en un “*imbroglio* jurídico”.

Finalmente, en cuanto a la relación entre el multilateralismo comercial promovido en la OMC y los ACR, se han expresado argumentos que tratan de resaltar las ventajas que implica la permanencia de una organización internacional, con vocación universal y competencia global en el ámbito de la regulación jurídica del comercio internacional.⁹⁹

Dotada de un mecanismo eficaz para la solución de las controversias, la OMC debería seguir sirviendo de un foro común para la cooperación interestatal y el intercambio de información para la eliminación de las distorsiones al libre comercio. La membresía casi universal de la OMC y su sólido legado jurídico-institucional serían ventajas únicas que no podrían ser replicadas en los ACR. Muchos de los temas de regulación del comercio internacional —desde los subsidios agrícolas hasta el comercio digital— son esencialmente globales y, por ende, exigirían respuestas y regulaciones jurídicas, aptas para aplicarse en el plano global y no únicamente regional.¹⁰⁰ No obstante, en la práctica internacional se demuestra que los Estados han dejado de creer, hace mucho, en estas ventajas de la OMC con relación a los ACR. En la actualidad, muchos Estados están cambiando la lógica de sus negociaciones comerciales con el exterior: del multilateralismo hacia el regionalismo y, en algunos casos, del multilateralismo al bilateralismo. Así, por ejemplo, “la administración Trump cree en el comercio libre y justo, y está buscando profundizar sus relaciones comerciales con socios que sostienen el mismo punto de vista. Pero... se enfoca esencialmente en negociaciones bilaterales”.¹⁰¹ La proliferación incesante de ACR y el posible regreso de los acuerdos comerciales bilaterales en la práctica estatal actual demuestran que la regulación multilateral del comercio internacional, bajo

⁹⁸ Pauwelyn, Joost, *op. cit.*

⁹⁹ IMF, WB and WTO, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 2017.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

los auspicios de la OMC, se encuentra *de facto* agotada y que la principal vía por la que los Estados adquieren compromisos jurídicos en este ámbito es y será la bilateral y la plurilateral. En este sentido, en el futuro, la OMC, tal vez, tenga que convertirse en una institución administradora de ACR y de acuerdos comerciales bilaterales y deje de ser una organización negociadora y administradora de acuerdos multilaterales propios.

V. CONCLUSIÓN

El futuro de la OMC como foro internacional que promueve la negociación de acuerdos comerciales multilaterales y como organización internacional intergubernamental que administra su interpretación y aplicación es poco prometedor.

La rigidez de sus mecanismos institucionales de toma de decisiones condena al derecho de esta organización a convertirse en un conjunto normativo inmóvil e indiferente a los cambios en las relaciones económicas internacionales que sí pretende regular. La relativización de la capacidad del libre comercio de servir de “motor” para el crecimiento económico de los Estados, la redefinición de las relaciones de poder entre los miembros de la organización y el neoproteccionismo de algunos de ellos, la proliferación fulminante de los (mega) ACR, la transformación económica y política de algunos de sus países miembros que, en 1995, eran países en vías de desarrollo y ahora son algunos de los más desarrollados, la aparición de nuevas formas de comercio (en particular, el comercio digital), la creciente preponderancia del comercio de servicios sobre el de bienes, y la sofisticación de los Estados en la implementación de obstáculos no arancelarios al mismo, son ejemplos de cambios radicales en las relaciones sociales que el derecho de la OMC busca ordenar. No obstante, dichos cambios no se han podido ni se podrán acompañar por cambios en las reglas jurídicas de la organización porque el consenso presente en su diseño institucional trata de salvaguardar, por encima de todo, la soberanía de sus Estados miembros en el ámbito comercial. Anclado en los postulados de la paz de Westfalia, este “candado” institucional soberanista provoca el dramático desajuste de las reglas jurídicas sustanciales del derecho de la OMC con los cambios de la realidad económica internacional. Desde esta perspectiva, la principal causa de la

actual crisis de la OMC es, en realidad, el carácter caduco y petrificado del derecho de la OMC y la imposibilidad de cambiarlo.

De ahí que, todas las propuestas de reforma institucional a la OMC y de modificación de los principios rectores de las negociaciones comerciales multilaterales bajo sus auspicios son, potencialmente, destinadas al fracaso.

Por lo tanto, en términos radicales, la única vía para responder a la caducidad del derecho de la OMC sería violarlo. La política exterior de Donald Trump es una demostración perfecta de esta afirmación. Por el momento, los Estados miembros de la comunidad internacional se debaten entre tratar de salvar a una OMC —zombi institucional— o poner fin a sus sufrimientos. El futuro dirá cuál de las dos vías se adopta y si la OMC existirá en 2028 o sólo será un ejemplo histórico más del fracaso de las organizaciones internacionales (como la SDN, por ejemplo) que sólo se dirigen por los intereses políticos de sus miembros, sin admitir ningún tipo de delegación de soberanía.

VI. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- BALDWIN, Richard, *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, Ginebra, World Trade Organization-Cambridge, 2009.
- BHAGWATI, Jagdish y PANAGARIYA, Arvind, “The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends”, *The American Economic Review*, vol. 86, 1996.
- CHARNOVITZ, Steve, “How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration”, *International Economic Law and Policy Blog*, 2017
- DUPRET, Xavier, “L’OMC en crise. Les BRICs maîtres du jeu?”, disponible en: <http://acjj.be/ancien/IMG/pdf/OMC-en-crise-Les-BRICS-maitres-du-jeu.pdf>, 2014.
- EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 2017.
- JAN KUIJPER, Pieter, *The US Attack on the Appellate Body*, *International Economic Law and Policy Blog*, November 15, 2017.
- LAMY, Pascale, “M. Lmy: «Le Cycle de Doha marque la transition entre l’ancienne gouvernance de l’ancien ordre commercial et la nouvelle

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- gouvernance du nouvel ordre commercial», disponible en: https://www.wto.org/french/news_f/spp1_f/spp1173_f.htm.
- LAMY, Pascale, “The World Trade Organisation: New Issues, New Challenges”, *En Temps Réels*, 2014.
- LAMY, Pascale, *Acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales, ¿qué camino se ha de seguir?*, disponible en: http://wto.org/spanish/news_s/spp1_s/spp153_s.htm.
- LORENZO, Ludovic, *Une nouvelle juridiction internationale, le système de règlement des différends interétatiques de l’O. M. C.*, Thèse, Université Lyon 2, 2003, disponible en: http://theses.univlyon2.fr/documents/lyon2/2003/lorenzo_1#p=0&a=t.
- MAESSO CORAL, María, “La integración económica”, *Revista ICE*, núm. 858, 2008.
- MILES, Tom, “WTO is most worrying target of Trump’s trade talk: Lamy”, *Reuters*, November 14, 2017.
- PAUGAM, Jean-Marie, “Après Cancun: la doublé crise de l’OMC”, *Revue du Marché Commun de l’Union Européenne*, num. 147, 2004.
- PAUWELYN, Joost, “The WTO in Crisis: Five Fundamentals Reconsidered”, disponible en: www.wto.org.
- PAUWELYN, Joost, “The Transformation of World Trade”, *Michigan Law Review*, vol. 104, 2005
- PAYOSOVA, Tatiana *et al.*, “The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and Cures”, *Peterson Institute of International Economics, Policy Brief*, 2018.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La jurisprudencia de los tribunales internacionales como fuente del derecho internacional”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes del derecho internacional en el siglo XXI. Una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- RUIZ-FABRI, Hélène, “Qui gouverne à l’OMC et que gouverne l’OMC?”, *En Temps Réel*, núm. 22, 2010.
- SALLES, Luiz Eduardo, “Bilateral Agreements as an Option to Living Through the WTO AB Crisis”, *International Economic Law and Policy blog*, November 23, 2017.
- SIROEN, Jean-Marc, “L’OMC: une institution en crise”, *Alternatives économiques*, núm. 240, 2008.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- STEWART, Terence, “Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System”, *Global Business Dialogue*, Washington, Law Offices of Stewart and Stewart, 2017.
- SWARTZENBERGER, Georg, “The *nemo iudex in sua causa maxim* in International Judicial Practice”, *Anglo-American Law Review*, 1972.
- TORRES, Héctor, “Argentina: an Opportunity to Rethink the WTO Working Practices”, *CIGI Papers*, 143, September 2017.
- WTO, IMF and WB, *Making Trade an Engine of Growth for All The Case for Trade and for Policies to Facilitate Adjustment*, 2018.
- ZELICOVICH, Julieta, “¿Está viva la OMC? Bloqueos y consensos en las negociaciones comerciales de las Conferencias Ministeriales de Bali y Nairobi”, *Revista UNISCI*, 2017.

Lex Petrolea, transnacionalización de la regulación de los hidrocarburos y geopolítica de la energía

Lex Petrolea, Transnationalization of Oil Regulation and Geopolitics of Energy

Lex Oil, transnationalisation de la réglementation des hydrocarbures et géopolitique de l'énergie

Daniel Sandoval Cervantes*

SUMARIO. I. *Introducción. Analizando la dialéctica Estado-transnacional en el capitalismo contemporáneo.* II. *La desnacionalización del plano jurídico transnacional y el sistema legal mundial multinivel.* III. *La materialización del orden transnacional y el borramiento de la frontera público-privado.* IV. *Retos de la investigación crítica en la relación entre derecho internacional, transnacional y nacional.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

* Profesor-investigador, UAM-C. Miembro fundador de la Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios de Crítica Jurídica. Director del Proyecto Conacyt Ciencia Básica: “Naturaleza, regulación y desarrollo dependiente en México: la reforma energética”. SNI nivel I.

Artículo recibido el 16 de marzo de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 61-84
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: El presente trabajo analiza las relaciones entre el plano jurídico transnacional y los derechos nacional e internacional, con especial énfasis en la regulación del sector de los hidrocarburos, con el objetivo de comprender las transformaciones de la emergencia del derecho transnacional y los retos que implica para la socialización y la democracia de la producción del derecho, y la desigualdad entre los distintos sujetos que participan. Consta de tres partes: la primera analiza la “desnacionalización” del derecho transnacional y sus efectos; la segunda, la “materialización” y su efecto en la distinción público/privado; la última, los retos del derecho transnacional en términos de socialización, democracia y equidad. La hipótesis central consiste en que los procesos de “desnacionalización” de la regulación en el sector energético tiende a producir una nueva lógica en la producción del derecho, tanto en el plano nacional como en el mundial, borrando la distinción entre lo público y lo privado.

Palabras clave: orden jurídico transnacional, geopolítica de la energía, *Lex Petrolea*, Estado-nación, mundialización de la economía.

ABSTRACT: This paper analyzes the relationships between the transnational legal plane and national and international rights, with special emphasis on the regulation of the hydrocarbon sector with the aim of understanding the transformations of the emergence of transnational law and the challenges involved in socialization and the democracy of the production of the right and the inequality between the different subjects that participate. It consists of three parts: the first analyzes the “denationalization” of transnational law and its effects; the second, the “materialization” and its effect on the public / private distinction; the last one, the challenges of transnational law in terms of socialization, democracy and equity. The central hypothesis is that the processes of “denationalization” of regulation in the energy sector tends to produce a new logic in the production of law both nationally and globally, erasing the distinction between public and private.

Key words: Transnational Legal Order, Geopolitics of Energy, *Lex Petrolea*, Nation-State, Globalization of Economy.

RÉSUMÉ: Cet article analyse les relations entre le plan juridique transnational et les droits nationaux et internationaux, en mettant un accent particulier sur la réglementation du secteur des hydrocarbures dans le but de comprendre les transformations de l'émergence du droit transnational et les défis de la socialisation et la démocratie de la production du droit et l'inégalité entre les différents sujets qui participent. Il se compose de trois parties: la première analyse la «dénationalisation» du droit transnational et de ses effets; la seconde, la «matérialisation» et son effet sur la distinction public / privé; le dernier, les défis du droit transnational en termes de socialisation, de démocratie et d'équité. L'hypothèse centrale est que les processus de «dénationalisation» de la réglementation dans le secteur de l'énergie tendent à produire une nouvelle logique dans la production du droit aux niveaux national et mondial, effaçant ainsi la distinction entre public et privé.

Mots-clés: ordre juridique transnational; géopolitique de l'énergie; *Lex Petrolea*; Etat-nation; globalisation de l'économie.

I. INTRODUCCIÓN. ANALIZANDO LA DIALÉCTICA ESTADO-TRANSNACIONAL EN EL CAPITALISMO CONTEMPORÁNEO

A partir de la segunda mitad del siglo XX, marcada por la posguerra y posteriormente por la guerra fría, la sociedad y el derecho han cambiado de forma acelerada. Uno de los cambios más notables está en la creciente mundialización de la economía,¹ la cual tiene fuertes correlatos tanto en la forma en que se organizan las sociedades como en la forma en que se produce el derecho.²

En cuanto al derecho, quizá la transformación más importante es la emergencia de órdenes legales transnacionales,³ los cuales no solamente

¹ Utilizo el término “mundialización” en el sentido empleado por Jaime Osorio, para quien el elemento central de las transformaciones de la economía actual es “la manutención o profundización de la heterogeneidad entre economías y regiones en términos económicos y políticos, proceso que arranca desde el campo productivo y financiero”, Osorio, Jaime, “La centralidad del Estado en la mundialización”, en Soto Reyes, Ernesto *et al.*, *Estado versus mercado ¿ruptura o nueva forma de regulación?*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco, Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 17.

² En este sentido se han multiplicado los trabajos que abordan el impacto de la mundialización de la economía en la producción del derecho, entre otros véase: Shaffer, Gregory C. y Pollack, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, 94, 2010, pp. 706-797; Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013; Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

³ La literatura especializada no cuenta con un concepto homogéneo para este fenómeno, por un lado, la literatura producida desde la tradición civilista del derecho romano tiende a denominarlo nueva *Lex Mercatoria*, véase Olgiati, Vittorio, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *Lex Mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, cit.; Galgano, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, trad. de Horacio Roitman y María de la Colina, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2005; Grossi, Paolo, “Globalización, derecho, ciencia jurídica”, *Derecho, sociedad, Estado*, trad. de José Ramón Narváez, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, El Colegio de Michoacán, Escuela Libre de Derecho, 2004, entre otros; la tradición anglosajona tiende a ubicar el fenómeno bajo dos denominaciones que no son mutuamente excluyentes: la distinción entre *hard* y *soft law*, y la denominación que usamos en el texto *transnational legal orders*, véase Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternatives,

han trastocado el concepto tradicional de derecho internacional, tanto público como privado, sino la idea misma de derecho y de Estado. A tal grado que alguna parte de la literatura jurídica especializada cuestiona el alcance y la validez universal del derecho fundado en la racionalidad formal y en el monopolio estatal de la producción normativa identificada con la sociología comprensiva de Weber y la teoría pura del derecho Hans Kelsen.⁴

En este contexto, el escrito aborda las relaciones entre el derecho transnacional emergente, el derecho internacional de origen interestatal y el derecho nacional,⁵ analizando su interrelación como una conformación por capas que interactúan entre sí en forma de red, es decir, sin una jerarquía establecida de forma sistemática.⁶ La investigación de dicha interrelación entre diferentes capas normativas es de especial interés para el derecho internacional, pues, al menos parcialmente, implica una reconceptualización de los procesos de producción normativa más allá del territorio de los Estados. La hipótesis central consiste en que los procesos de “desnacionalización” de la regulación en el sector energético tiende a producir una nueva lógica en la producción del derecho tanto en el plano nacional como en el mundial, borrando la distinción entre lo público y lo privado.

Para realizar lo anterior se partirá del método materialista-dialéctico con perspectiva de totalidad. Materialista porque analiza las transformaciones jurídicas a partir de las transformaciones en organización de las relaciones

Complements, and Antagonists in International Governances”, *op. cit.*; Alter, Karen J. y Raustiala, Kal, “The Rise of International Regime Complexity”, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2018, pp. 1-28; Shaffer, Gregory, “Theorizing Transnational Legal Ordering”, *Legal Studies Research Paper Series*, núm. 2016-06, 2016, pp. 1-25. Sin embargo, tienden a coincidir en las características de este nuevo derecho: producción no estatal orientada materialmente y una legitimación con base contractual.

⁴ Especialmente la literatura proveniente de la tradición del derecho civil codificado, véase Gessner, V., *El otro derecho comparado*, *cit.*, pp. 262-274.

⁵ La distinción entre derecho transnacional y derecho internacional proviene del origen no estatal del primero y el origen estatal del segundo. Véase, Albornoz, Jorge R. y Mar, Paula, “Las *Lex mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria...*, *cit.*, pp. 1-25

⁶ La organización en red, es decir, sin una jerarquía entre los diferentes planos jurídicos establecida formal y previamente es resaltada en la mayoría de la literatura, véase Olgiati, V., “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *Lex Mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, *cit.*, pp. 217-218, Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *cit.*, pp. 738-741; Alter, K. y Raustiala, K., “The rise of International Regime Complexity”, *cit.*, pp. 3-5.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

de producción;⁷ dialéctico porque abordará las relaciones entre los distintos planos normativos como mutuamente constituyentes e imposibles de comprender de forma aislada;⁸ y desde una perspectiva de totalidad porque parte de la certeza de la incapacidad para conocer toda la realidad, pero asume que, a partir de conocer un conjunto de relaciones fundamentales es posible crear un marco de inteligibilidad que permita comprender, de forma creciente, la realidad concreta.⁹

El trabajo se estructura en tres partes: en la primera se aborda el carácter “desnacionalizado” del plano jurídico transnacional y sus relaciones con los planos nacional e internacional en un contexto en el cual no existe una jerarquía formal que la regule de manera sistemática. En la segunda sección se analizará el cambio de la racionalidad formal a la materialización del plano jurídico transnacional y la manera en que esta modificación transforma, a su vez, la producción e interpretación del derecho internacional y nacional. Por último, en la tercera sección se abordarán los retos sociales de esta nueva interrelación de los distintos planos jurídicos, específicamente el reto de la profundización de la desigualdad entre los países desarrollados y los dependientes, así como el reto que la emergencia y consolidación del plano jurídico transnacional implica para la socialización y democratización de la producción e interpretación del derecho.

II. LA DESNACIONALIZACIÓN DEL PLANO JURÍDICO TRANSNACIONAL Y EL SISTEMA LEGAL MUNDIAL MULTINIVEL

La mayor parte de la teoría jurídica, especialmente aquella proveniente de las tradiciones positivistas basadas en la teoría kelseniana, ha vinculado la existencia del derecho moderno al monopolio estatal de la producción ju-

⁷ Marx, Karl y Engels, Friedrich, *La ideología alemana*, trad. de Wenceslao Roces, Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos, 1974, pp. 23-55.

⁸ Gortari, Eli de, *La ciencia de la lógica*, México, Grijalbo, 1979, pp. 254-270, Lefebvre, Henri, *Lógica formal, lógica dialéctica*, México, Siglo XXI, 2013, pp. 209-229 y 259-279.

⁹ Osorio, Jaime, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 17-37.

rídica.¹⁰ Sin duda la relación —controversial— entre derecho y Estado, ha sido una de las bases para el desarrollo de la teoría jurídica y el discurso del derecho moderno, sin embargo, esto tiende a transformarse de manera progresiva a partir de la segunda mitad del siglo pasado a partir de la emergencia de órdenes jurídicos transnacionales que han trastocado el carácter estatal del derecho tanto en el plano nacional como en el interestatal.¹¹

Para parte de la literatura especializada, la emergencia del plano jurídico transnacional resulta una reedición moderna de la antigua *Lex Mercatoria*, ya que, por un lado, estas nuevas normas transnacionales surgen a partir de la imposibilidad del Estado para regular las transacciones, principalmente económicas, realizadas por los sujetos emergentes de la economía mundializada: las corporaciones transnacionales. Esto ha generado un vacío normativo que ha sido ocupado por una serie de normas construidas a partir de los usos de dichos agentes, es decir, las prácticas de los comerciantes contemporáneos, en la misma manera en que la antigua *Lex Mercatoria* se conceptualiza como un conjunto de normas producidas por las costumbres mercantiles de la edad media avanzada. Por otro lado, también encuentran similitud en cuanto producto de las costumbres y los usos de sujetos cuyo ámbito de acción desborda las demarcaciones territoriales estatales, la nueva *Lex Mercatoria*, al igual que la antigua, sería planos jurídicos no generados a partir de la lógica estatal y, por consiguiente, órdenes jurídicos formados, interpretados y adjudicados de forma autónoma frente a los Estados nacionales.¹²

¹⁰ Alborno, Jorge R. y Mar, Paula, “Las *Lex Mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, *cit.*, pp. 1 y 2.

¹¹ Es necesario hacer la anotación que el pluralismo jurídico enfocado a las relaciones divergentes entre la normatividad estatal y ciertas comunidades localizadas en su territorio —especialmente las comunidades originarias—, ya había afirmado la existencia real de sistemas normativos con características similares a las del derecho estatal y, por tanto, había iniciado un cuestionamiento al monopolio estatal de la producción jurídica. Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, trad. de David Sánchez Rubio, Sevilla, MAD, 2006, p. 237; Correas, Oscar, *Teoría general del derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 160-180.

¹² Si bien otros, asumiendo la imposibilidad del derecho transnacional de abstraerse de los sistemas jurídicos nacionales, parten, aun sea para contradecirlo, del mismo supuesto, véase: Silva, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la *Lex Mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria...*, *cit.*, pp. 293-329, Rentería Díaz, Adrián, “Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas

Así, una de las transformaciones más profundas que pone sobre la mesa el nuevo plano jurídico transnacional es el tránsito del derecho constitucionalizado y legislado hacia un derecho instrumental, procedimental y contractual,¹³ lo que significa que su producción, interpretación y adjudicación pasa por las decisiones de sujetos privados —no estatales— que se integran formalmente en relaciones de igualdad en una comunidad especializada y relevante para su propia regulación comunidad de comerciantes transnacionales.¹⁴ Todo lo cual tiene como consecuencia que el plano jurídico transnacional pueda ser presentado como un conjunto de normas jurídicas no estatalmente producidas, ni en el plano nacional ni el interestatal.¹⁵

Por otro lado, algunos sectores de la literatura especializada contradicen parcialmente la forma anterior de explicar la emergencia del plano jurídico transnacional. Si bien concuerdan con la afirmación de que dicho plano normativo se consolida como correlato de la mundialización de la economía, la emergencia del capital financiero, y también la reorganización de las relaciones de producción a nivel global, no afirman la autonomía total de dicho plano, ya que éste no se construye en *tabula rasa*, sino a partir de una acumulación normativa, política y cognitiva representada por el derecho producido estatalmente, tanto en el plano nacional como en el interestatal.¹⁶

En este sentido, se trataría más de una relación dialéctica, la cual, si bien no se desarrolla conforme a una jerarquía normativa formalmente prestablecida, tampoco implica una autonomía total del plano transnacional, sino una compleja interrelación cuyos resultados dependen tanto de las estrate-

de teoría general”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria...*, cit., pp. 256, 267 y 268.

¹³ Véase Galgano, F., *La globalización en el espejo del derecho*, cit., pp. 57-123.

¹⁴ Véase de Jesús O., Alfredo, “The *Lex Petrolea* and the Rhinoceros. The Prodigious Story of the *Lex Petrolea* and the Rhinoceros Philosophical Aspects of the Transnational Order of the Petroleum Society”, *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 8-26; Saidov, Djakhongir, “The Standarisisation of Oil And Gas Law: Transnational Layers of Governance”, *NUS Centre for Maritime Law Working Paper*, Singapur, National University of Singapore, 2017, pp. 2-10.

¹⁵ Véase de Jesús O., Alfredo, *op. cit.*, pp. 21-29; Saidov, Djakhongir, “The Standarisisation of Oil And Gas Law: Transnational Layers of Governance”, *cit.*, pp. 2-5.

¹⁶ Alter, K. y Raustiala, K., “The Rise of International Regime Complexity”, *cit.*, pp. 14-18.

gias adoptadas por las partes que intervienen en los conflictos, como de los espacios e instancias que resuelva cada cuestión.¹⁷

Por otro lado, el papel del derecho nacional con relación al plano jurídico transnacional se encuentra, también, en la necesidad que este último tiene del primero en cuanto al reconocimiento y posible aplicación coactiva de las resoluciones arbitrales. En este sentido, el derecho nacional también resulta útil para el plano transnacional en cuanto —en un contexto de competencia por atraer inversiones— homologa o reduce sus regulaciones, especialmente en áreas que las empresas consideran costos, como son: el derecho laboral, las regulaciones ambientales y las regulaciones sobre transferencia de tecnología.¹⁸

En este contexto, algunos autores presentan el papel del derecho y el Estado nacional como entes progresivamente subordinados a las lógicas y políticas de los agentes privados transnacionales. Lo cual limita la posibilidad de que la política estatal tenga la capacidad de dirigir la producción normativa relevante para motivar la conducta de los actores dominantes tanto en el plano transnacional como en el nacional; ocupando el Estado-nación, en estas condiciones, una tarea de gestión del territorio y la población para generar las condiciones necesarias para la reproducción de la dinámica mundial, principalmente: el orden, la seguridad, así como el establecimiento y vigilancia de los derechos de propiedad, como parte esencial del desarrollo de la economía mundializada.¹⁹

Para algunos otros autores, si bien el papel del Estado nacional no puede ostentar el título de monopolio de la producción jurídica, no están desprovistos en el plano nacional ni en el internacional de estrategias posibles para resistir o modificar las normas jurídicas producidas en el plano transnacional. Por tanto, el Estado-nación sigue siendo un actor relevante no solamente para la gestión del orden dentro de sus territorios, sino también

¹⁷ Por ejemplo en Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *cit.*, pp. 750-765.

¹⁸ Capella, Juan-Ramón, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 257-291; Olgiati, V., “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *Lex Mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, *cit.*, pp. 218-229.

¹⁹ Rentería, Adrián, “Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas de teoría general del derecho”, *cit.*, pp. 260-268; Capella, J. R., *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*, *cit.*, pp. 257-291; Shaffer, G., “Theorizing Transnational Legal Ordering”, *cit.*, pp. 9-11.

para la producción e interpretación estratégica de las normas jurídicas nacionales, internacionales y transnacionales.²⁰

En cuanto a su relación con el derecho estatal internacional, el plano jurídico transnacional mantiene una relación de concurrencia porque en ambos coincide el mismo ámbito territorial —el nivel mundial— y también porque ambos tienden a regular materias relacionadas entre sí. Sin embargo, como hemos visto, ambos provienen de fuentes normativas distintas y se estructuran conforme a intereses y lógicas de comunidades diversas. Lo cual provoca una compleja relación entre cuerpos normativos que regulan, de manera diferente, materias concretas.²¹

Así, una de las consecuencias de la emergencia del plano jurídico transnacional que acompaña su carácter, en primera instancia, desnacionalizado, consiste en una deslocalización del derecho aplicable a los casos concretos que afectan las transacciones internacionales. Esta condición se deriva de la posibilidad para los agentes estatales y no estatales de elegir estratégicamente el foro y el derecho aplicable para resolver sus conflictos. Para dar cuenta de esta configuración, varios autores utilizan el concepto de *forum shopping*.²²

La principal forma de efectuar el *forum shopping* se realiza en los contratos transnacionales firmados entre sujetos no estatales, aunque también pueden participar en ellos los Estados a través de la elección del derecho sustantivo aplicable, de las reglas procesales a las cuales se sujetarán las partes que son generalmente reglas arbitrales de algún centro de arbitraje reconocido y del país en el que se realizará el arbitraje, esto puede ser relevante al establecer la normatividad nacional que resultaría supletoria en cuanto al derecho sustantivo, así como en el reconocimiento judicial de los laudos.²³

²⁰ Véase Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *cit.*, pp. 737-745; Alter, K. y Raustiala, K., “The Rise of International Regime Complexity”, *cit.*, pp. 14-18.

²¹ Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternative, Complements, and Antagonists in International Governance”, *cit.*, pp. 727-745; Alter, K. y Raustiala, K., “The Rise of International Regime Complexity”, *cit.*, pp. 1-20; Shaffer, G., “Theorizing Transnational Legal Ordering”, *cit.*, pp. 3-14.

²² Galgano, F., *La globalización en el espejo del derecho*, *cit.*, pp. 96-103; Galgano, Francesco, “Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de Derecho Mercantil*, enero-mayo de 2003, núm. 247, pp. 7-20.

²³ Galgano, F., *La globalización en el espejo del derecho*, *cit.*, pp. 96 y 97; Galgano, Francesco, “Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *cit.*, pp. 7-20.

En primera instancia, la emergencia de la posibilidad de las partes de elegir el derecho sustantivo y procesal, al cual se sujetarán sus diferencias, tiene efectos importantes hacia el derecho internacional privado, cuya esencia, conforme a la doctrina tradicional al respecto,²⁴ consiste en ser el conjunto de normas nacionales e internacionales cuya función es establecer los mecanismos necesarios para determinar el derecho aplicable en casos de tránsito internacional de bienes y en la relación entre personas nacionales que residen o transitan en un país distinto al de su nacionalidad.²⁵

En este sentido, la posibilidad de elección del derecho a favor de las partes de un contrato de comercio transnacional, si bien no elimina por completo la función del derecho internacional privado, pues aún mantendría aplicabilidad en la definición del derecho aplicable en casos de estado civil y derecho familiar,²⁶ sí implica un importante reacomodo de sus funciones.

Por otro lado, también implica un papel distinto al derecho estatal nacional, puesto que profundiza la posibilidad y la frecuencia en que un derecho no nacional, y en este caso no estatal, puede ser aplicado dentro del territorio de un Estado por sus autoridades. Esta situación es concebida en el marco general de la transformación de la soberanía estatal en el contexto de profundización de la mundialización de la economía, proceso que no implica, como hemos visto, la desaparición de las funciones del Estado nacional, sino, más bien, su reacomodo e inserción, progresivamente subordinada incluso al nivel formal, al plano jurídico transnacional producido por sujetos no estatales.²⁷

Lo anterior se puede mostrar con mayor claridad con la emergencia de una *Lex Petrolea*, como un conjunto de normas jurídicas transnacionales no directamente vinculadas a un derecho nacional específico, producida de

²⁴ Por ejemplo, Arellano García, Carlos, *Derecho internacional privado*, 17a. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 7-41.

²⁵ Así se puede leer en el libro de Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 10a. ed., México, Oxford, 2015, pp. 4-9.

²⁶ Pereznieto Castro, L., *Derecho internacional privado. Parte general, op. cit.*, pp. 9-21 y 259-276.

²⁷ Aman Jr., Alfred C., "The Globalizing State: a Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, núm. 3, October 1998, pp. 790-817; Capella, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado, cit.*, pp. 251-291; Velázquez Becerril, César A., "Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización", *Política y Cultura*, otoño, 2010, núm. 34, pp. 107-127.

forma “espontánea” por la comunidad de la industria petrolera para regular sus propias actividades a nivel mundial. Conforme a lo anterior, la *Lex Petrolea* constituiría un tercer orden jurídico, distinguible y autónomo frente a los diferentes derechos estatales nacionales y al derecho interestatal.²⁸

En cuanto a las fuentes normativas de la *Lex Petrolea*, a pesar de no existir un acuerdo unánime al respecto, la literatura concuerda en dos características: depende de la existencia de una comunidad relevante capaz de crear, con autonomía frente al derecho estatal, un conjunto de normas jurídicas efectivas para regular la industria del petróleo²⁹ y la importancia del arbitraje internacional para su existencia como orden jurídico distinguible,³⁰ por lo tanto, son fuentes de *Lex Petrolea* los contratos estandarizados que regulan las transacciones entre las compañías petroleras internacionales y entre éstas y los Estados huéspedes, sobre todo en contratos de exploración y explotación; los usos y los estándares de las prácticas de la industria reconocidos y aceptados por la propia industria; los principios generales del derecho de la industria petrolera y, por último, las decisiones arbitrales ante las cuales las partes en los conflictos derivados de las prácticas de la industria reconoce como instancias de resolución de conflictos.³¹ Por otro lado, también se consideran las fuentes tradicionales del derecho, como el derecho estatal nacional y el derecho estatal internacional son admitidas como fuentes de la *Lex Petrolea*, especialmente cuando son reconocidos por

²⁸ La denominación por parte de la literatura especializada coincide en el término de *Lex Petrolea* y en su característica de ser una delimitación, en la industria petrolera, de la nueva *Lex Mercatoria*. También concuerda, aunque con matices, en sus características generales: “espontaneidad, no estatalidad, alcance mundial, fundamentación contractual y flexibilidad”, véase de Jesús O., Alfredo, *op. cit.*, pp. 8-26; Saidov, Djakhongir, “The Standardisation of Oil and Gas Law: Transnational Layers of Governance”, *NUS Centre for Maritime Law Working Paper*, Singapur, National University of Singapore, 2017, pp. 2-10.

²⁹ Véase Wawryk, Alex, “Petroleum Regulation in an International Context: the Universality of Petroleum Regulation and the Concept of *Lex Petrolea*”, en Hunter, Tina (ed.), *Regulation of the Upstream Petroleum Sector. A Comparative Study of Licensing and Concession Systems*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar publishing, 2015, pp. 10-13.

³⁰ Véase Martin, Timothy A., “Dispute Resolution in the International Energy Sector: An Overview”, *Journal of World Energy Law and Business*, 2011, vol. 4, núm. 4, pp. 332-340; Bishop, R. Doak, “International Arbitration of Petroleum Disputes. The Development of a *Lex Petrolea*”, *YCA*, 1998, pp. 1132-1197.

³¹ Véase Wawryk, Alex, “Petroleum Regulation in an International Context: the Universality of Petroleum Regulation and the Concept of *Lex Petrolea*”, *cit.*, pp. 20-34; Jesús O., Alfredo de, *op. cit.*, pp. 33-45.

las partes en sus transacciones como el derecho sustantivo aplicable, o bien, cuando es necesario recurrir al derecho nacional para hacer efectiva una decisión arbitral.³²

III. LA MATERIALIZACIÓN DEL ORDEN TRANSNACIONAL Y EL BORRAMIENTO DE LA FRONTERA PÚBLICO-PRIVADO

Otro rasgo que acompaña las transformaciones del derecho en la economía globalizada en el plano nacional e internacional debido a la emergencia del plano jurídico transnacional es la “materialización”. Por materialización del derecho se entiende un proceso en el cual la producción, interpretación y adjudicación normativa no se realiza atendiendo principalmente a cuestiones de forma, es decir, agentes previamente designados y procesos rígidamente establecidos por una normatividad jurídica estatal previa, sino a cuestiones materiales como las características concretas de cada caso o situación sobre la cual se deba decidir normativamente, en particular aquellas centradas en los requerimientos y condiciones de la rama industrial o comercial de que se trate.³³

Como se puede deducir, esta materialización del derecho va de la mano con la emergencia del plano jurídico transnacional y su impulso de normas jurídicas producidas sobre una base contractual y procedimental, adjudicadas especialmente a través del arbitraje, como proceso aceptado y construido, en buena medida, por las partes involucradas. Al igual que estas características, la materialización indica una normatividad jurídica producida principalmente a través de agentes no estatales, lo cual la distingue tanto del derecho nacional como del internacional.

Por otro lado, alguna parte de la literatura especializada observa la emergencia de esta característica como una respuesta a la inhabilidad del derecho estatal, nacional e internacional, de regular eficientemente —al menos desde la perspectiva del comercio transnacional y sus agentes— el intenso trá-

³² Véase de Jesús O., Alfredo, *op. cit.*, pp. 46-48; Saidov, Djakhongir, “The Standarisation of Oil And Gas Law: Transnational Layers of Governance”, *cit.*, pp. 5-12.

³³ Véase Wawryk, Alex, “Petroleum Regulation in an International Context: The Universality of Petroleum Regulation and the Concept of Lex Petrolea”, *cit.*, pp. 20-34; de Jesús O., Alfredo, *op. cit.*, pp. 33-45.

fico de mercancías y capitales. Otros especialistas observan su emergencia, principalmente, como una estrategia de ciertos agentes —sobre todo no estatales— para crear un cuerpo normativo más beneficioso para sus intereses, por su flexibilidad y diseño adaptable a las condiciones de cada rama del comercio, dentro del cual, si bien se debe adaptar y homologar cada vez más, con relación al plano jurídico transnacional, el derecho nacional e internacional no están ausentes.

Lo anterior implica que, a pesar de que el plano jurídico transnacional ocupa un lugar cada vez más importante en los mecanismos normativos a través de los cuales se resuelven conflictos cada vez más relevantes para la vida de la sociedad en su conjunto, tanto en el plano interno o nacional como en el externo o internacional, dicho plano tiene una relación de complementariedad, aunque tendencialmente subordinada con dicho plano transnacional.

Uno de los principales efectos en la producción normativa general, derivado del carácter contractual y procedimental del plano jurídico transnacional, se encuentra en un tránsito de la validez como concepto que tradicionalmente explica la existencia de una norma jurídica a la justificación y legitimación de su existencia a través de la efectividad —o eficiencia. Este proceso se debe leer en el contexto más amplio de la importancia económica y política del comercio transnacional, que indica el creciente dominio de su racionalidad en la legitimación política no solamente de los actores no estatales del comercio en sus actividades transnacionales, sino también de la legitimación de las políticas nacionales desarrolladas por los Estados y el creciente proceso de privatización de las empresas públicas, y la transformación de la lógica del funcionamiento de las mismas.³⁴

Por otro lado, estas transformaciones son acompañadas por la nueva pretensión de universalidad de la racionalidad económica detrás del comercio transnacional, la cual no es presentada como un producto de las actividades e intereses de un sector social cada vez más determinante en las condiciones de reproducción material de la vida en el mundo, sino como el interés de la sociedad mundial en general. De manera que se establece una nueva forma de legitimación del comercio transnacional, la cual tiene un impacto im-

³⁴ Un ejemplo de ello son las nuevas empresas productivas del Estado en nuestro país, las cuales incluso al nivel legal formal han adaptado una racionalidad comercial enfocada a la producción de utilidades y no al desarrollo nacional.

portante en la forma en que se produce y legitima el derecho estatalmente producido.³⁵

La concurrencia entre el derecho estatal internacional y nacional con el plano jurídico transnacional, más que generar la ruptura en la continuidad del derecho moderno capitalista, lo que ha provocado es una relación de complementariedad entre los diferentes regímenes jurídicos, que la literatura ha denominado *regímenes complejos*. Estas relaciones implican la posibilidad de intersección entre los dos órdenes jurídicos de una manera no establecida de antemano, sino que atiende a la capacidad de las partes en conflicto de interpretar y utilizar el plano jurídico que les resulte más conveniente.³⁶

De nueva cuenta, tenemos el ejemplo de la emergencia de *Lex Petrolea*, la cual, por un lado, implica la emergencia de un orden jurídico transnacional que genera un conjunto de normas en una materia altamente regulada por los Estados nacionales y sujeta, al menos en cuanto a la inversión extranjera, a múltiples tratados internacionales, sobre todo en temas de integración regional, como el caso de México, Estados Unidos y Canadá.³⁷ En el caso mexicano, el escenario tanto en el derecho interno como en el regional e internacional, se ha transformado de manera significativa, a partir de la reforma energética a los artículos constitucionales relacionados y la construcción de un extenso andamiaje al nivel de la legislación secundaria y la relación de las inversiones en el sector con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.³⁸

³⁵ Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternative, Complements, and Antagonists in International Governance”, *cit.*, pp. 727-745; Alter, K. y Raustiala, K., “The Rise of International Regime Complexity”, *cit.*, pp. 1-20; Shaffer, G., “Theorizing Transnational Legal Ordering”, *cit.*, pp. 3-14.

³⁶ Shaffer, G. y Pollack, M., *op. cit.*, pp. 738-743; Alter, K. y Raustiala, K., *op. cit.*, pp. 2-5; Shaffer, G., *op. cit.*, pp. 11-13.

³⁷ Véase Saxe-Fernández, John, “México-Estados Unidos: seguridad y colonialidad energética”, *Nueva Sociedad*, núm. 204, 2006, pp. 186-199; Vargas, Rosío, *El papel de México en la integración y seguridad energética de Norteamérica*, México, UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2014, pp. 12-21.

³⁸ Véase Arteaga Vázquez, Emilio, “The Energy Overhaul’s Effects on Mexico’s NAFTA Reservations Concerning Investments in the Oil Sector”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp. 33-58; Cavazos Villanueva, Gabriel, “Arbitraje y protección a la inversión en el contexto de la reforma energética en México: una primera

Por un lado, el derecho transnacional se “nacionaliza” a través de la inclusión en la legislación interna de formas de contratación y modelos de contratos homogeneizados y con cláusulas similares a lo largo de las relaciones entre gobiernos huésped y compañías internacionales, así como con la apertura de la posibilidad de resolución de disputas entre gobierno y compañías a través del arbitraje. De manera que, en estas relaciones, el plano jurídico transnacional no implica una contradicción con la regulación directamente relacionada al sector de los hidrocarburos sino una relación de complementariedad.

Por el otro lado, si bien puede existir un conflicto con otros sectores normativos que, a pesar de no regular directamente la industria petrolera, regulan materias que interfieren en su regulación a través de la protección de ciertos derechos reconocidos constitucionalmente que pueden afectar —imponer costos— a las compañías petroleras internacionales, por ejemplo: la regulación de protección medioambiental, la regulación laboral y las políticas públicas relacionadas con el desarrollo. En este sentido, el entramado permite que un plano jurídico transnacional, construido principalmente por la industria petrolera internacional, establezca un conjunto de normas jurídicas aplicables dentro del territorio mexicano que pueden entrar en conflicto con otras normas válidas interna e internacionalmente.

Acá es importante recordar que la comunidad de la industria petrolera está conformada principalmente por sujetos no estatales dedicados a las actividades *upstream*, es decir, de exploración y explotación; *midstream*, de transporte; y *downstream*, de procesamiento y comercialización, así como las asociaciones internacionales conformados por dichos sujetos. En segundo término, se encuentran las empresas petroleras nacionales, las cuales observan una tendencia a actuar con autonomía técnica frente al Estado y conforme a la racionalidad comercial de maximización de ganancias, sobre todo a partir de los procesos privatizadores iniciados en la década del ochenta del siglo pasado,³⁹ como es el caso de Petróleos Mexicanos (Pemex), transformada en una empresa productiva del Estado.⁴⁰ En todo

aproximación desde los *COMMISA vs. PEMEX* y *KBR vs. México*”, en Payan, Tony *et al.*, *Estado de derecho y reforma energética en México*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 347-369.

³⁹ Véase Cossío Barragán, José Ramón, *Naturaleza de Petróleos Mexicanos como empresa productiva del Estado*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 52-95.

⁴⁰ Véase Cossío Díaz, Juan Ramón y Cossío Barragán, José Ramón, “El nuevo sistema energético en la Constitución mexicana”, en Payan, Tony *et al.*, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

caso, es necesario observar que las comunidades —no el Estado— en los cuales se encuentran los recursos petrolíferos ocupan, cuando mucho, un lugar marginal, a pesar de poseer derechos tanto nacional como interestatalmente reconocidos sobre el territorio, como el derecho a la consulta previa e informada.⁴¹

Así, la emergencia y expansión de la *Lex Petrolea* no solamente implica la aparición de un conjunto de normas distintas a las estatales —nacionales e interestatales—, y su aplicación derivada de su mayor eficiencia comercial; sino, más profundamente, dos procesos paralelos y complementarios: la privatización de lo público a través de la desregulación de sectores antes estratégicos,⁴² como la transformación misma de la lógica y la forma de definir lo público equiparado a lo estatal, la cual cada vez más se construye desde la lógica comercial de concebir la eficiencia/efectividad del derecho en cuanto forma de reducir los costos empresariales y estrategia de atracción de la inversión extranjera en un contexto de competencia interestatal por dichos recursos.⁴³

IV. RETOS DE LA INVESTIGACIÓN CRÍTICA EN LA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL, TRANSNACIONAL Y NACIONAL

En las condiciones anteriores se visibilizan diferentes problemas que pueden ser atendidos desde una perspectiva crítica en el estudio del derecho internacional y que requieren de un abordaje interdisciplinario y que tenga

⁴¹ Así, por ejemplo, en México se prevé que la reforma energética dificulte el ejercicio de la consulta previa y facilite procesos expropiatorios contra las comunidades y a favor de las compañías encargadas de los proyectos de exploración y explotación. En este mismo sentido, en el contenido africano también se observa una exclusión de las comunidades que habitan los territorios petroleros, véase Payan, Tony y Correa Cabrera, Guadalupe, “Seguridad, Estado de derecho y reforma energética en México”, en Payan, Tony *et al.*, *op. cit.*, pp. 427 y 428 y Zamora, Bárbara, “Las reformas constitucionales sobre hidrocarburos y sus efectos en las comunidades indígenas y los ejidos”, Mendoza Pérez, Juan y Martinelli, José María (coords.), *Reformas estructurales: privatización y despojo social*, México, UAM-I, 2015, pp. 88-93.

⁴² Antes sector estratégico, con las implicaciones que dicha denominación tenía en la limitación de la inversión privada directa en dicho sector.

⁴³ Aman Jr., A. C., “The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy”, *cit.*, pp. 792-818.

una perspectiva de totalidad. En esta sección abordaremos dos de ellos: el primero, los efectos que tienen las condiciones de desigualdad y dependencia estructural entre, por un lado, sujetos privados no estatales y, por otro, los sujetos estatales y comunitarios, en la construcción de los regímenes complejos que se relacionan tanto con el derecho transnacional como con el internacional y estatal; el segundo, los efectos de la transnacionalización hegemónica del derecho en la socialización y democratización jurídica.

En cuanto a los efectos de las condiciones de desigualdad y dependencia entre los sujetos privados, estatales y comunitarios que interactúan en la producción, interpretación y aplicación de los regímenes complejos, podemos comenzar apuntando la necesidad de analizar compleja e interdisciplinariamente estas relaciones.⁴⁴ Por un lado, dando cuenta de que la disparidad económico-política entre los sujetos tiene un efecto directo en su capacidad para utilizar estratégicamente los diferentes planos jurídicos, nacional, internacional y transnacional, debido a las condiciones y los agentes que participan efectivamente en su construcción y en la resolución de los conflictos suscitados entre dichos planos y sus efectos. Por el otro lado, porque, derivado de esta capacidad diferenciada en la activación de las normas jurídicas en la economía mundializada, la brecha entre los sujetos privados no estatales capacitados para utilizar estratégicamente el derecho y las comunidades que no tienen la misma capacidad se ensancha, provocando la formación de un círculo vicioso.⁴⁵

Así, en cuanto a la primera condición, tenemos que la falta de una jerarquía clara entre los diferentes planos de regulación jurídica implica la posibilidad de estrategias de desestabilización de sus relaciones, lo que significa que los sujetos, a través de diferentes mecanismos, como el *forum shopping*, tienen la capacidad de elegir tanto el derecho sustantivo aplicable como las normas procesales y los árbitros que dirimirán los conflictos derivados de sus relaciones.⁴⁶ Lo cual provoca que puedan optar conscientemente por

⁴⁴ El derecho internacional en parte ha adoptado un giro sociológico basado en estudios con datos empíricos para comprender la realidad del derecho en la economía mundializada, Gessner, V., *El otro derecho comparado*, cit.; Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, cit., pp. 727-737.

⁴⁵ Shaffer, G., “Theorizing Transnational Legal Ordering”, cit., pp. 13-20; Gessner, V., *El otro derecho comparado*, cit., pp. 280-297.

⁴⁶ Parto del concepto de “Inconsistencia estratégica” empleado por Shaffer y Pollack para indicar la posibilidad que los sujetos privados y estatales utilicen o creen nuevos cuerpos

desestabilizar conjuntos de normas (nacionales e internacionales) cuando su aplicación pueda tener efectos negativos frente a sus intereses, a través de la elección de un derecho aplicable distinto e, incluso, antagónico. Generalmente estos conflictos se presentan entre sujetos privados y estatales con mayor poder, como es el caso en el tema de los alimentos genéticamente modificados y la industria farmacéutica.⁴⁷

Sin duda, la disparidad de los distintos sujetos en la capacidad de utilizar una estrategia efectiva, en la utilización de los distintos regímenes normativos, se ve magnificada por la gran concentración de los agentes capacitados para manejar de manera efectiva la articulación geopolítica y económica de la interacción entre los distintos planos normativos. Así, por ejemplo, sucede con los abogados especializados en el manejo del derecho transnacional y los agentes capacitados para conducir arbitrajes internacionales, los cuales, se encuentran concentrados en un pequeño número de despachos con presencia internacional localizados, en su mayoría, en los Estados Unidos. De la misma manera sucede con los centros especializados en la conducción del arbitraje. Recordando, también, que a pesar de que las empresas transnacionales tienen una integración multinacional compleja de sus procesos productivos, el elemento nacional se reintroduce a través de sus centros de decisión territorialmente localizados en los países más desarrollados, principalmente en Estados Unidos y Europa, y en los mercados nacionales en los cuales se realizan finalmente las cadenas productivas que tienden a localizarse en los países desarrollados en sus fases finales.⁴⁸

En estas condiciones, los países con un grado menor de desarrollo y las comunidades que las integran, pero también las comunidades de países desarrollados sin acceso efectivo a participar de las decisiones relevantes

normativos para evitar la aplicación de otros preexistentes que puedan no ser favorables a sus intereses, véase Shaffer, G. y Pollack, M., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *cit.*, pp. 738-739.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 750-765.

⁴⁸ Shaffer, G., “Theorizing Transnational Legal Ordering”, *cit.*, pp. 9-15; Capella, J. R., *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 257-291. Además, si consideramos el peso de los países con las economías más fuertes en las organizaciones mundiales no estatales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, la desigualdad entre Estados se ensancha, véase González García, Julio V., “Globalización económica, políticas públicas, política pública”, *Globalización económica y Estado*, e-print Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/27998/1/GLOBALIZACION%20Y%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>.

tomadas por su propio Estado, se encuentran en una situación de desventaja que se profundiza si consideramos los procesos de hegemonización de la racionalidad comercial transnacional en las transformaciones del concepto de lo público.

En este sentido, la emergencia de un plano jurídico transnacional en la economía mundializada, y sus relaciones con el derecho internacional y nacional producido por los Estados, problematiza los procesos de socialización del derecho a nivel mundial, entendiendo la socialización como la distribución social equitativa de la capacidad de las comunidades y las personas para participar en la toma de decisiones relevantes y vigilar su cumplimiento; socialización que, sin duda, tiene una relación estrecha con lo que entendemos por democratización.⁴⁹

Como hemos visto hasta aquí, la tendencia hegemónica de la mundialización de la economía y su articulación con la emergencia del derecho transnacional se produce en condiciones de desigualdad y dependencia, lo cual resulta una condición para el dominio creciente de una racionalidad económica en la determinación de los sentidos del discurso del derecho, concentrando las decisiones más relevantes en los sujetos privados y estatales con mayores recursos para utilizar estrategias de interpretación y aplicación del derecho efectivas.

Asimismo, esta concentración en el plano mundial de las decisiones relevantes no solamente no contribuye a la socialización del derecho hacia adentro de los territorios nacionales, sino que, por el contrario, contribuye a la profundización de la concentración de las decisiones estatales en los sujetos mejor capacitados para articularse con los grupos y agentes que dominan la interpretación del derecho a nivel mundial. Por ejemplo, debilitando la socialización del concepto de lo público y estableciendo condiciones para la competencia entre Estados por la inversión extranjera directa que implican, para los países no desarrollados, la agudización de sus ventajas comparativas: la desregulación de las relaciones de trabajo, la expansión del trabajo precario; la desregulación de la protección del medio ambiente; la aplicación laxa de los derechos humanos internacionales que protegen el territorio de las comunidades sobre el cual se pretenden realizar pro-

⁴⁹ Aman Jr., Alfred C., "The Globalizing State: a Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy", *cit.*, pp. 817-835; Capella, J. R., *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y el Estado*, *cit.*, pp. 251-291.

yectos de inversión transnacional; la creciente imposibilidad de establecer condiciones de transferencia tecnológica; las empresas internacionales que realizan actividades productivas parciales en sus territorios, entre otras.⁵⁰

Condiciones que no solamente implican una racionalización privatizadora del concepto de lo público, sino que debilitan la capacidad de los Estados no desarrollados para diseñar e implementar políticas públicas no asistencialistas de manera efectiva en el largo plazo, además de reducir los mecanismos de resolución de conflictos a los cuales recurren los Estados para asegurar el orden interno y la protección a las inversiones extranjeras, concentrándolos, de manera progresiva, a mecanismos regresivos en materia de política económica y represivos de los sectores y clases sociales no incorporadas a la lógica del desarrollo dominante.⁵¹

En estas condiciones, una de las tareas de la investigación crítica en el análisis del derecho, en una economía mundializada, es visibilizar las formas de integración regional e internacional que apuntan hacia mecanismos de socialización política, económica y jurídica, y que implican, principalmente a sujetos no estatales cuyos intereses antagonizan con la lógica hasta ahora predominante en los procesos de mundialización de la economía y el derecho.

V. CONCLUSIONES

La mundialización de la economía ha transformado la forma en que se desarrolla la sociedad contemporánea de manera profunda. Dentro de estas transformaciones, también el derecho y el Estado han sufrido cambios importantes, marcados especialmente por la emergencia y consolidación de órdenes jurídicos transnacionales, caracterizados por ser conjuntos de normas que tienden a regular una industria o actividad comercial específica, creados por las prácticas relevantes de los miembros de dicha industria y conformando un conjunto flexible de normas que se adecuan a las necesidades de la industria.

⁵⁰ Capella, J. R., *op. cit.*, pp. 257-291; González García, J.V., “Globalización económica, políticas públicas, política pública”, *cit.*

⁵¹ Especialmente el concepto de “Estado subsoberano”, en Osorio, Jaime, *Teoría marxista de la dependencia*, México, ITACA, 2016, pp. 277-293.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Esta transformación implica un desafío al interior de la teoría del derecho, particularmente para la teoría del derecho internacional, tanto público como privado, en su propósito de comprender y explicar la compleja y cambiante relación entre los diferentes planos jurídicos; así como para esclarecer la profundización de las desigualdades entre países y la manera en que la reformulación de lo público, desde una lógica empresarial-privada, afecta la efectividad de otros sectores del derecho, como la regulación de las relaciones laborales, la protección al medio ambiente y los derechos comunitarios sobre sus territorios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, Jorge R. y MAR, Paula, “La *Lex Mercatoria*, el *soft law* y el derecho internacional privado”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- ALTER, Karen J. y RAUSTIALA, Kal, “The Rise of International Regime Complexity”, *Annual Review of Law and Social Sciences*, 2018.
- AMAN Jr., Alfred C., “The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, núm. 3, octubre de 1998.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 17a. ed., México, Porrúa, 2015.
- ARTEAGA VÁZQUEZ, Emilio, “The Energy Overhaul’s Effects on Mexico’s NAFTA Reservations Concerning Investments in the Oil Sector”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 4, núm. 2, 2016.
- BISHOP, R. Doak, “International Arbitration of Petroleum Disputes. The Development of a *Lex Petrolea*”, *YCA*, 1998.
- CAPELLA, Juan-Ramón, *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2001.
- CAVAZOS VILLANUEVA, Gabriel, “Arbitraje y protección a la inversión en el contexto de la reforma energética en México: una primera aproximación desde los COMMISA vs. PEMEX y KBR vs. México”, en PAYAN, Tony et al., *Estado de derecho y reforma energética en México*, México, Tirant lo Blanch, 2016.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- CORREAS, Oscar, *Teoría general del derecho*, México, Fontamara, 2004.
- COSSÍO BARRAGÁN, José Ramón, *Naturaleza de Petróleos Mexicanos como empresa productiva del Estado*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- COSSÍO DÍAZ, Juan Ramón y COSSÍO BARRAGÁN, José Ramón, “El nuevo sistema energético en la Constitución mexicana”, en PAYAN, Tony *et al.*, *Estado de derecho y reforma energética en México*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- GALGANO, Francesco, “*Lex mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 247, enero-mayo, 2003.
- GALGANO, Francesco, *La globalización en el espejo del derecho*, trad. de Horacio Roitman y María de la Colina, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- GESSNER, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Globalización económica, políticas públicas, política pública”, *Globalización económica y Estado*, Universidad Complutense de Madrid, disponible en: <http://eprints.ucm.es/27998/1/GLOBALIZACION%20Y%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf>.
- GORTARI, Eli de, *La ciencia de la lógica*, México, Grijalbo, 1979.
- GROSSI, Paolo, “Globalización, derecho, ciencia jurídica”, *Derecho, sociedad y Estado*, trad. de José Ramón Narváez, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, El Colegio de Michoacán, Escuela Libre de Derecho, 2004.
- JESÚS O., Alfredo de, “The *Lex Petrolea* and the Rhinoceros. The Prodigious Story of the *Lex Petrolea* and the Rhinoceros’ Philosophical Aspects of the Transnational Order of the Petroleum Society”, *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, vol. 1, núm. 1, 2012.
- LEFEVBRE, Henri, *Lógica formal, lógica dialéctica*, México, Siglo XXI, 2013.
- MARTIN, Timothy A., “Dispute Resolution in the International Energy Sector: An Overview”, *Journal of World Energy Law and Business*, 2011, vol. 4, núm. 4.
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *La ideología alemana*, trad. de Wenceslao Roces, Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos, 1974.
- OLGIATI, Vittorio, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *Lex Mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.),

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, 2a ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- OSORIO, Jaime, “La centralidad del Estado en la mundialización”, en SOTO REYES, Ernesto *et al.*, *Estado versus mercado ¿ruptura o nueva forma de regulación?*, México, UAM-Xochimilco, Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- OSORIO, Jaime, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- OSORIO, Jaime, *Teoría marxista de la dependencia*, México, ITACA, 2016.
- PAYAN, Tony y CORREA CABRERA, Guadalupe, “Seguridad, Estado de derecho y reforma energética en México”, en PAYAN, Tony *et al.*, *Estado de derecho y reforma energética en México*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, 10a. ed., México, Oxford, 2015.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián, “Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas de teoría general”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- SAIDOV, Djakhongir, “The Standarisation of Oil and Gas Law: Transnational Layers of Governance”, *NUS Centre for Maritime Law Working Paper*, Singapur, National University of Singapore, 2017.
- SAXE-FERNÁNDEZ, John, “México-Estado Unidos: seguridad y colonialidad energética”, *Nueva Sociedad*, núm. 204, 2006.
- SHAFFER, Gregory C. y POLLACK, Mark A., “Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance”, *Minnesota Law Review*, 94, 2010.
- SHAFFER, Gregory, “Theorizing Transnational Legal Ordering”, *Legal Studies Research Paper Series*, núm. 2016-06, 2016.
- SILVA, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la *Lex Mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- VARGAS, Rosío, *El papel de México en la integración y seguridad energética de Norteamérica*, México, UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, 2014.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

VELÁZQUEZ BECERRIL, César A., “Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización”, *Política y Cultura*, núm. 34, otoño, 2010.

WAWRYK, Alex, “Petroleum Regulation in an International Context: The Universality of Petroleum Regulation and the Concept of Lex Petrolea”, en HUNTER, Tina (ed.), *Regulation of the Upstream Petroleum Sector. A Comparative Study of Licensing and Concession Systems*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar publishing, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, trad. de David Sánchez Rubio, Sevilla, MAD, 2006.

ZAMORA, Bárbara, “Las reformas constitucionales sobre hidrocarburos y sus efectos en las comunidades indígenas y los ejidos”, MENDOZA PÉREZ, Juan y MARTINELLI, José María (coords.), *Reformas estructurales: privatización y despojo social*, México, UAM-I, 2015.

Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas

Businesses, Human Rights and the International Climate Change Regime: The Emergence of Climate Obligations for Corporations

Les entreprises, les droits de l'homme et le régime international du changement climatique: l'émergence d'obligations climatiques pour les entreprises

Daniel Iglesias Márquez*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los actores no estatales en el régimen internacional del cambio climático: especial referencia a las empresas.* III. *¿Hacia la configuración de obligaciones climáticas para las empresas?* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

* Investigador postdoctoral “Juan de la Cierva” de derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Sevilla, email: dimarquez@us.es. El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Gobernanza y aplicación de la responsabilidad social empresarial en la Unión Europea” (DER2017-85834-R).

Artículo recibido el 11 de marzo de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 85-134
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La presente investigación analiza la interrelación entre el cambio climático, las empresas y los derechos humanos. Esto, con el objetivo de discernir las obligaciones climáticas de las empresas que, consideramos, deberían estar incluidas en el régimen internacional del cambio climático con el fin de que, junto con los Estados, compartan los compromisos vinculantes de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y aseguren las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos humanos a través de la implementación de procesos efectivos e integrales de diligencia debida. Para ello, se analizan algunos instrumentos internacionales de *soft law* que contienen o clarifican estándares climáticos aplicables a las operaciones de las empresas o reconocen el papel de las empresas en la lucha contra el cambio climático.

Palabras clave: cambio climático, actores no estatales, empresas y derechos humanos, *soft law*, obligaciones climáticas.

ABSTRACT: This paper analyses the interrelation between climate change, businesses and human rights. The main objective is to discern the climate obligations of corporations, which should be included in the international climate change regime in order to share binding greenhouse gas emission reduction targets with States and ensure the necessary conditions for the enjoyment of human rights through the implementation of effective and comprehensive due diligence processes. To this end, the paper examines some soft law instruments that contain or clarify climate standards applicable to business activities or recognize the role of corporations in addressing climate change.

Key words: climate change, non-state actors, business and human rights, soft law, climate obligations.

RÉSUMÉ: Cet article analyse l'interrelation entre le changement climatique, les entreprises et les droits de l'homme. L'objectif principal est de déterminer les obligations des entreprises en matière de climat, qui devraient être incluses dans le régime international de lutte contre le changement climatique afin de partager, avec les États, des engagements contraignants en matière de réduction des émissions et de garantir les conditions nécessaires à la jouissance des droits de l'homme dans la mise en œuvre de processus efficaces de diligence raisonnable. À cette fin, le document examine certains instruments du *soft law* qui contiennent ou clarifient les normes climatiques applicables aux activités commerciales ou reconnaissent le rôle des entreprises dans la lutte contre le changement climatique.

Mots-clés: changement climatique, acteurs non étatiques, entreprises et droits humains, *soft law*, obligations climatiques.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la Revolución Industrial, las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) comenzaron a aumentar exponencialmente. En 2010, las emisiones de GEI provenientes de las actividades industriales se habían duplicado en comparación con 1970.¹ Esto se debió, principalmente, a los procesos de transformación de los recursos naturales (carbón, gas, petróleo, biomasa, etcétera) en energía. El dióxido de carbono (CO₂) generado en las actividades de las empresas energéticas y de transporte, altamente dependientes de la quema de combustibles fósiles,² y otros gases contaminantes, como el metano y los óxidos de nitrógeno, constituyen las principales emisiones provenientes de las industrias.³

Los estudios de Richard Heede mapean las emisiones acumuladas de las mayores empresas emisoras de GEI y concluyen que su contribución histórica al cambio climático es de 71% de las emisiones globales de GEI industriales desde 1988.⁴ Este grupo de casi 100 empresas, conocidas como *Carbon Majors*, lo conforman tanto empresas privadas como estatales productoras de crudo o gas natural, de carbón y de cemento. Entre éstas, se encuentran: *ExxonMobil*, *Shell*, *Pemex*, *Peabody*, *BHP Billiton*, *Petrobras*, *Total* y *Lukoil*. Las investigaciones científicas, como las de Heede, permiten, por tanto, identificar a los principales actores que aceleran el calentamiento

¹ Véase, IPCC, “Summary for Policymakers”, en IPCC, *Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Ginebra, World Meteorological Organization, 2018, p. 36.

² Ferrey, Steven, “Corporate social responsibility and climate change”, en Farber, Daniel A. y Peeters, Marjan (eds.), *Climate Change Law*, vol. I, Cheltenham-Massachusetts, Edwar Elgar, 2016, pp. 68-79.

³ IPCC, *Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 449.

⁴ Heede, Richard, “Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers, 1854-2010”, *Climatic Change*, 2013, vol. 122, núm. 1-2, pp. 229-241; Griffin, Paul, *The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017*, Londres, CPD UK, 2017, p. 8.

global y que, a su vez, se benefician de ello sin internalizar los costos ambientales de sus operaciones.

Debido a los impactos climáticos a los que contribuyen, los *Carbon Majors* se han convertido en el objeto de diversas estrategias de litigio para que asuman los costes de prevención y adaptación, así como para hacer efectiva su responsabilidad por los daños causados por sus respectivas contribuciones al cambio climático.⁵ En la primera década de los años 2000, se registraron en los Estados Unidos de América algunas de las primeras demandas de *tortlaw* en contra de ciertas empresas del sector extractivo y energético. Por ejemplo, en 2005, un grupo de personas afectadas por el huracán Katrina interpuso una demanda colectiva en contra de las principales empresas emisoras de GEI en los Estados Unidos.⁶ Los demandantes reclamaban una indemnización por los daños y perjuicios causados por el huracán. Según los demandantes, este fenómeno fue más intenso debido al calentamiento global, al que contribuyen directamente dichas empresas.

Desde entonces, estas acciones asociadas a los impactos del cambio climático en contra de las empresas se han expandido no sólo a otras instancias judiciales y no judiciales, sino también a otras jurisdicciones más allá de los EUA.⁷ En este contexto han comenzado a surgir litigios climáticos estratégicos en los que la parte actora alega que la contribución de las empresas al cambio climático vulnera el disfrute de los derechos humanos.⁸ Por ejemplo, en 2015, *Greenpeace Southeast Asia*, junto con ciudadanos filipinos afectados por diversos eventos climáticos extremos, interpusieron una petición ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas, con el fin de solicitar el ejercicio de sus competencias para investigar la responsabilidad

⁵ Iglesias Márquez, Daniel y Felipe Pérez, Beatriz, “Anhelando justicia en la era del cambio climático: de la teoría a la práctica”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, 2018, vol. 9, núm. 2, pp. 1-14.

⁶ *Comer vs. Murphy Oil USA Inc* 607 F.3d 1049 (5th Cir 2010).

⁷ En la práctica de la litigación climática, las empresas son el segundo tipo de demandados más comunes en estos casos. La base de datos del *Sabine Centre* registra al menos 40 litigios climáticos en contra de empresas en diversas jurisdicciones, como la de Estados Unidos, Australia, Alemania, Canadá y Filipinas, entre otros. Para consultar la base de datos sobre litigios climáticos en los Estados Unidos y en otras jurisdicciones del *Sabine Centre*, véase <http://climatecasechart.com/>, consultado el 01 de octubre de 2019.

⁸ Iglesias Márquez, Daniel, “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática”, *Revista de Direito Internacional*, 2019, pp. 1-31 (en prensa).

de las principales empresas emisoras de GEI (*Carbon Majors*) por su contribución a la vulneración de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud física y mental, a la alimentación y al agua, entre otros, a causa de los impactos del cambio climático.⁹

En el ámbito europeo, en abril de 2019, el grupo ambientalista *Milieu defensie / Friends of the Earth Netherlands*, junto con otras organizaciones de la sociedad civil (*Action Aid NL, Both ENDS, Fossilvrij NL, Greenpeace NL, Young Friends of the Earth NL y Waddenvereniging*) y más de mil ciudadanos, interpusieron una demanda en contra de la empresa *Shell* ante los tribunales de los Países Bajos. Los demandantes alegan que, debido a las contribuciones de la empresa al cambio climático, ésta incumple su deber de cuidado (*duty of care*), contemplado en la legislación holandesa, y su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Según los demandantes, sobre la base del Acuerdo de París y la evidencia científica que demuestra los riesgos que implica el cambio climático, la empresa tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para reducir sus emisiones de GEI. Esto con el fin de prevenir un peligro inminente y real de generar daños que afecten los derechos a la vida privada y familiar, contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (artículos 2o. y 8o.). Por tanto, el objetivo de la demanda es que el tribunal se pronuncie sobre la obligación de *Shell* de reducir sus emisiones de CO₂ en un 45% en 2030 en comparación con los niveles de 2010 y a cero emisiones netas en 2050, de conformidad con los objetivos del Acuerdo de París.¹⁰

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que la litigación climática se ha convertido en una estrategia para asegurar que los actores estatales y no estatales alcancen los objetivos y compromisos asumidos en el régimen internacional del cambio climático.¹¹ En algunos casos, se ha logrado determinar

⁹ *Philippines Reconstruction Movement and Greenpeace vs. Carbon Majors* Case No CHR-NI-2016-0001 (2015). A la fecha de escritura del presente artículo, la investigación de la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas se encuentra en fase final.

¹⁰ *Milieudefensie et al. vs. Royal Dutch Shell plc*, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/> (consultado el 1o. de octubre de 2019). A la fecha de escritura del artículo, el presente caso se encuentra en fase inicial del proceso.

¹¹ Dellinger, Myanna, "See You in Court: Around the World in Eight Climate Change Lawsuits", *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 42, núm. 2, 2018, pp. 525-551. En los Estados Unidos el litigio climático ha servido para generar cambios en la regulación energética, ya que la mayoría de los casos se enfocan en emisiones del transporte o de las

que los Estados deben adoptar compromisos de reducción más ambiciosos. Por ejemplo, en los Países Bajos, en 2013, la ONG Urgenda interpuso una acción en contra del Ministerio de Infraestructuras y Medio Ambiente (*Ministerie van Infrastructuur en Milieu*), exigiendo al Estado que mejorara su meta de reducción de GEI, con el fin de que en 2020 se redujera la cantidad de emisiones de CO₂ respecto a 1990 en 40% o, al menos, en 25%. En 2015, en una decisión pionera, el Tribunal del Distrito de La Haya determinó que el gobierno de los Países Bajos era responsable de asegurar la reducción de las emisiones de CO₂ en al menos 25% para 2020, en lugar del 16% previsto en su política ambiental.¹² En 2018, el Tribunal de Apelación confirmó esta decisión y mantuvo el objetivo más ambicioso de reducción de emisiones.¹³ De hecho, los demandantes en el caso en contra de la empresa *Shell* en los Países Bajos se basan en la experiencia de esta decisión emblemática para presionar a la empresa a que adopte objetivos de reducción más exigentes y una política empresarial alineada con el Acuerdo de París.

Por tanto, la litigación climática en contra de las empresas se mantiene al alza a nivel global.¹⁴ Esto, junto con la evidencia científica que demuestra su contribución histórica al cambio climático, indica que las empresas deben asumir un papel más activo en la gobernanza climática global. Sin embargo, el régimen internacional del cambio climático no contempla obligaciones ni compromisos directos para las empresas, lo que les permite evadir su responsabilidad de adoptar acciones climáticas que cumplan con el objetivo de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de

plantas generadoras de energía. En la medida en que estas acciones legales han aumentado juegan un papel importante en la manera como tienen lugar acciones regulatorias a escalas más pequeñas. Así lo señala Osofsky, Hari M., “The Role of Climate Change Litigation in Establishing the Scale of Energy Regulation”, *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 101, núm. 4, 2011, pp. 775-782.

¹² Rodríguez García, Noel, “Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, 2016, vol. 7, núm. 2, pp. 1-38.

¹³ Verschuuren, Jonathan, “The State of the Netherlands vs. Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 28, núm. 1, 2019, pp. 94-98.

¹⁴ Iglesias Márquez, Daniel, “La litigación climática en contra de los *Carbon Majors* en los Estados de origen: apuntes desde la perspectiva de empresas y derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019, pp. 1-37.

2°C con respecto a los niveles preindustriales, y así seguir generando beneficios de la crisis climática.

Si bien algunas empresas han apoyado públicamente el Acuerdo de París, pocas han establecido políticas, objetivos o modelos eficaces de reducción de emisiones compatibles con dicho instrumento internacional. Estas acciones climáticas se rigen, a menudo, por cuestiones de competitividad y, por ende, su eficacia e implementación dependen de la existencia de un balance entre la reducción de emisiones y el crecimiento económico de las empresas. Mientras tanto, otras empresas con contribuciones relevantes de GEI siguen tergiversando y desacreditando la ciencia del cambio climático,¹⁵ así como obstaculizando las políticas y acciones climáticas y de transición energética a nivel nacional e internacional.

El presente artículo responde a la pregunta de investigación sobre cuáles son las obligaciones climáticas de las empresas asociadas a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. En particular, se analizan las obligaciones de reducción y de diligencia debida que incluyen la identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas de las emisiones de GEI provenientes de sus actividades, productos y servicios, así como de sus cadenas de suministro. Se examina, por tanto, en qué medida las empresas contribuyen a alcanzar los objetivos establecidos en el régimen internacional del cambio climático.

En primer lugar, se aborda el papel de los actores no estatales en el marco del régimen internacional del cambio climático, con especial referencia a las empresas para identificar la función que han tenido hasta ahora en la gobernanza climática global. En segundo lugar, se analizan las oportunidades que presenta el consenso global de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos para fomentar que las empresas adopten acciones

¹⁵ La Union of Concerned Scientists (UCS) ha realizado un estudio comparativo de las acciones climáticas de ocho empresas: *Arch Coal*, *BP*, *Chevron*, *Conoco Phillips*, *CONSOL Energy*, *ExxonMobil*, *Peabody Energy* y *Royal Dutch Shell*, principalmente se analizan acciones de planeación, divulgación de información y apoyo a políticas climáticas. Los resultados de la UCS son que “[n]one of these companies have demonstrated a level of ambition consistent with keeping global temperature rise within the Paris climate agreement limits that some of them claim to support, many downplay or misrepresent climate science, and all continue to spread climate disinformation through trade and industry groups”, “The 2018 Climate Accountability Scorecard Insufficient Progress from Major Fossil Fuel Companies”, *Union of Concerned Scientists*, 2018, disponible en: www.ucsusa.org/climate-accountability-scorecard-2018#.XAQUJ4tKhpq (consultado el 1o. de octubre de 2019).

climáticas más ambiciosas y efectivas. Se reflexiona, por tanto, en qué medida la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se extiende a la lucha contra el cambio climático. Para ello, se exploran instrumentos internacionales de *soft law* aplicables a las actividades de las empresas que identifican y clarifican las obligaciones y medidas climáticas que deben adoptar para contribuir a los objetivos del Acuerdo de París desde una perspectiva de los derechos humanos. Finalmente, se concluye con una reflexión sobre la necesidad de explorar las fronteras del derecho internacional que, en su *statu quo*, ha sido insuficiente para responder de manera efectiva a las crisis sociales y ambientales en la era del Antropoceno.

II. LOS ACTORES NO ESTATALES EN EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO: ESPECIAL REFERENCIA A LAS EMPRESAS

DANIEL IGLESIAS MÁRQUEZ

En 1988, la comunidad internacional hacía un llamado a los actores no estatales a reducir sus emisiones de GEI y a realizar una transición energética a través de las inversiones en energías sostenibles y la reducción del consumo de combustibles fósiles. La Conferencia Mundial sobre la Atmósfera Cambiante, convocada por la Organización Meteorológica Mundial, marcaba una hoja de ruta para que el sector industrial, junto con otros actores estatales y no estatales, adoptaran acciones específicas para prevenir la crisis inminente causada por la contaminación de la atmósfera y, a su vez, apoyaran el trabajo del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) que se había creado ese mismo año. Se sugería entonces que la lucha contra el cambio climático requería no sólo la acción de los Estados, sino también de otros agentes que son parte del problema y de la solución, ya que “[n]o country can tackle this problem in isolation”.¹⁶

La evidencia científica de los años ochenta que demostraba que, el aumento de las emisiones de carácter antropogénico incrementa las concentraciones de GEI y sus consecuencias ambientales, económicas y sociales,

¹⁶ Véase, “The Changing Atmosphere: Implications for Global Security. Conference Statement”, disponible en: <http://cmosarchives.ca/History/ChangingAtmosphere1988e.pdf> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

fue el detonante para que la comunidad internacional comenzara a asumir el compromiso de luchar contra el cambio climático y sus impactos negativos. El debate científico poco a poco se trasladó a la arena política, lo que favoreció que, a inicios de los noventa, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, se adoptara la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).¹⁷ Esta Convención establecía el compromiso de los Estados de estabilizar las concentraciones de los GEI en la atmósfera a un nivel que impidiera cualquier perturbación humana peligrosa del sistema climático (artículo 2o.).

Sobre la base de los compromisos de mitigación y adaptación asumidos en la CMNUCC, en 1997 se adoptó el primer acuerdo vinculante a nivel internacional para la reducción de emisiones, el Protocolo de Kioto.¹⁸ Este instrumento vinculante, que no entró en vigor sino hasta 2005, establecía en su anexo 1 compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones en un 5% de media entre 2008 y 2012 para los países industrializados, tomando como referencia los niveles de 1990. Asimismo, incluía herramientas para abaratar los costos de mitigación de seis tipos de gases que producen el efecto invernadero. Para ello, se crearon tres mecanismos flexibles: Aplicación Conjunta (AC), Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) y Comercio de Emisiones de Carbono (CEC). No obstante, estos mecanismos han estado sujetos a fuertes críticas ya que en lugar de reducir las emisiones en el origen permiten que las empresas, así como las entidades bancarias y financieras internacionales, gobiernos y particulares, financien proyectos de ahorro de emisiones fuera del territorio donde se deberían reducir y que, a menudo, vulneran los derechos humanos de

¹⁷ La CMNUCC entró en vigor en 1994 y ha sido ratificado por 197 Estados y por la Unión Europea. ONU, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, Nueva York, 1992, vol. 1771, p. 107, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=_en (consultado el 1o. de octubre de 2019).

¹⁸ El Protocolo de Kioto ha sido ratificado por 191 Estados y la Unión Europea, ONU, Protocolo de Kioto a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1997, vol. 2303, disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-a&chapter=27&clang=_en (consultado el 1o. de octubre de 2019).

las comunidades locales.¹⁹ Las compensaciones han servido para garantizar nuevos fondos a algunos de los sectores industriales más contaminantes del sur global y para ofrecer a las empresas y los gobiernos del norte global una salida con el fin de evitar un cambio de paradigma efectivo en sus propios sistemas energéticos y prácticas industriales.

A pesar de lo anterior, la CMNUCC y el Protocolo de Kioto marcaron un hito relevante en el desarrollo del régimen internacional del cambio climático. En 2007, en el seno de la CMNUCC se daba inicio en Bali a un largo proceso de negociaciones para lograr un acuerdo vinculante que sustituyera al Protocolo de Kioto, que concluyó en diciembre de 2015, con la adopción por consenso del Acuerdo de París.²⁰ Este instrumento, que aporta novedades al derecho internacional contemporáneo, establece un nuevo objetivo de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1.5°C (artículo 2o.).

La adopción del Acuerdo de París se enmarca en un contexto global diferente al de la década de los noventa, en el que los discursos que negaban el cambio climático pierden fuerza, y se requieren urgentemente de acciones climáticas más ambiciosas, que implican la participación de las autoridades nacionales y subnacionales, la sociedad civil y el sector privado, incluidas las empresas, con el fin de reducir la elevación del nivel del mar, evitar una mayor extinción de especies y limitar otros efectos adversos del cambio climático.²¹ Asimismo, la adopción del Acuerdo de París tiene lugar en un escenario en el que los avances científicos han permitido identificar y cuantificar la contribución de las empresas al cambio climático, así como

¹⁹ Olawuyi señala la falta de consulta y participación de las comunidades en la planeación e implementación de los MDL. Por tanto, incide en la necesidad de instituciones y mecanismos para integrar estándares de derechos humanos en los proyectos y acciones de las empresas destinados a combatir el cambio climático. Olawuyi, Damilola S., “Climate Justice and Corporate Responsibility: Taking Human Rights Seriously in Climate Actions and Projects”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, núm. 1, 2016, pp. 27-44.

²⁰ El Acuerdo de París entró en vigor en noviembre de 2016 y ha sido ratificado por 185 Estados de la CMNUCC. Véase, Informe de la Conferencia de las Partes, 21 periodo de sesiones. París, 30 de noviembre a 11 de diciembre de 2015. Doc. FCCC/CP/2015/L.9, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/109r01s.pdf> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

²¹ IPCC, Summary for Policymakers..., cit.

atribuir con mayor grado de certeza determinados eventos climáticos a las emisiones de GEI de las empresas o de otros emisores relevantes.²²

A pesar de la creciente evidencia científica, el Acuerdo de París no incluye obligaciones directas o compromisos vinculantes de reducción de emisiones para los actores privados, como las empresas o determinados sectores industriales. Los instrumentos del régimen internacional del cambio climático mantienen la visión clásica del derecho internacional (*state-centered approach*) y, por tanto, se enfocan en la distribución de obligaciones climáticas entre los Estados. Así, la CMNUCC y el Protocolo de Kioto concentran la responsabilidad de la lucha contra el cambio climático en los países industrializados, que son los Estados obligados a adoptar las medidas de mitigación, limitando las emisiones de GEI y disminuyendo la huella de carbono. En este sentido, era de suponerse que los compromisos climáticos de las empresas, operando en los países que no pertenecen al Anexo I de la Convención fueran mucho más laxos, en comparación con los de las que operaban en los países obligados a cumplir objetivos concretos de reducción de emisiones.²³

A diferencia de los instrumentos anteriores, el Acuerdo de París marca un punto de inflexión, ya que sus disposiciones —con distinta intensidad normativa— vinculan por igual a todos los Estados parte, tanto a los países desarrollados como en desarrollo. Sin embargo, la flexibilidad de este instrumento permite a los Estados modular sus compromisos individuales a través de las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés), que se ajustan a las circunstancias particulares de cada uno de ellos y al estado del conocimiento científico, así como formular sus planes para la aplicación y cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito nacional. La laxitud de este instrumento plantea varias dudas sobre el carácter normativo de sus disposiciones.²⁴

²² Véase Ekwurzel, Brenda *et al.*, “The Rise in Global Atmospheric CO₂, Surface Temperature, and Sea Level from Emissions Traced to Major Carbon Producers”, *Climatic Change*, 2017, vol. 144, núm. 4, pp. 579-590.

²³ Nasiritousi, Naghme, “Fossil Fuel Emitters and Climate Change: Unpacking the Governance Activities of Large Oil and Gas Companies”, *Environmental Politics*, vol. 26, núm. 4, 2017, pp. 624-647.

²⁴ Nava Escudero, César, “El Acuerdo de París. Predominio del *soft law* en el régimen climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 147, 2016, pp. 99-135.

El régimen internacional del cambio climático hace evidente la dificultad del derecho internacional en su estado actual para abordar un problema global en el que están implicados diversos actores estatales y no estatales, así como, a su vez, la necesidad de explorar sus fronteras para articular soluciones efectivas. A pesar de algunos desarrollos positivos en este régimen, la voluntad política de los Estados ha sido hasta ahora insuficiente a la hora de alinear los intereses nacionales con los esfuerzos globales que permitan hacer frente al cambio climático y a sus impactos negativos. Así, países como Estados Unidos nunca ratificaron el Protocolo de Kioto y Canadá prefirió retirarse antes de asumir los compromisos de reducción de emisiones en el segundo periodo. En este sentido, la decisión del presidente Trump de abandonar el Acuerdo de París afecta al futuro, la naturaleza jurídica y la eficacia de este instrumento. La retirada de Estados Unidos, uno de los países donde están domiciliadas o tienen su sede un gran número de las empresas de los *Carbon Majors*, desmantela en gran medida los progresos alcanzados a nivel internacional en materia de cambio climático.²⁵

Por otra parte, el vacío de los instrumentos internacionales del cambio climático en relación con el papel activo y los compromisos climáticos que deberían adoptar los agentes no estatales, como las empresas, obvia la contribución considerable e histórica de los agentes económicos no estatales al cambio climático a través de las emisiones de GEI derivadas de sus actividades. Asimismo, deja un margen considerable en el ámbito de las relaciones internacionales para que obstaculicen y suavicen las políticas y acciones climáticas y de transición energética, a nivel nacional e internacional, en beneficio propio.²⁶

²⁵ Fajardo, Teresa, “El Acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, 2018, pp. 23-51.

²⁶ Sobre cómo las empresas y sectores industriales afectan y obstaculizan el desarrollo de las políticas y acciones climáticas globales, véase Corporate Accountability International, *Inside Job: Big Polluters' lobbyists on the inside at the UNFCCC*, Boston, 2017. Durante la COP 21, empresas de combustibles fósiles fueron patrocinadores oficiales. En este sentido, las ONG han manifestado que las empresas deben desvincularse de las cumbres del clima, de la misma forma que se dio en el marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS). La OMS se dio cuenta de que nunca iba a ser capaz de atajar el consumo de tabaco con eficacia si tenía que negociar para ello con el lobby de las industrias, algo incompatible con los intereses de la salud pública. Véase, Sabido, Pascoe, *Receta para el cambio climático. La influencia de las empresas*

Las negociaciones climáticas en el seno de las Naciones Unidas han estado influenciadas en gran medida por los intereses de las grandes empresas que han participado desde los inicios en estos debates. De conformidad con el artículo 7.6 de la CMNUCC, las empresas, a través de las organizaciones de empresarios o de manera individual, han asegurado un lugar como observadores que pueden llegar a influir en la diplomacia multilateral que tiene lugar en las Naciones Unidas.²⁷ De hecho, el número de actores no estatales, como las empresas, que participan a nivel de observadores en las negociaciones climáticas, ha aumentado considerablemente en las últimas Conferencias de las Partes.²⁸ Esto ha generado una mayor interacción entre actores estatales y no estatales en la gobernanza climática global.²⁹

En este sentido, la capacidad de las empresas de participar —directa e indirectamente— en la formulación de normas internacionales es un tema que ha sido abordado en la doctrina legal. La suma del poder económico y político de las empresas les ha abierto un espacio privilegiado en foros internacionales, lo que les ha permitido articular sus prerrogativas a nivel internacional, que son incluso aplicables con prioridad a los ordenamientos jurídicos nacionales y llegan a crear interferencias en la soberanía de los Estados para regular los intereses públicos, como puede ser el cambio climático.³⁰

responsables de crímenes del clima sobre la COP 21, Bruselas, Corporate Europe Observatory, 2015, p. 16.

²⁷ El artículo 7.6 de la CMNUCC estipula que todo otro organismo u órgano, sea nacional o internacional, gubernamental o no gubernamental, competente en los asuntos abarcados por la Convención y que haya informado a la secretaría de su deseo de estar representado en un periodo de sesiones de la Conferencia de las Partes como observador, podrá ser admitido en esa calidad, a menos que se oponga un tercio de las partes presentes. Al respecto, véase, Nasiritousi, Naghmeht *et al.*, “The Roles of Non-State Actors in Climate Change Governance: Understanding Agency Through Governance Profiles”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 16, núm. 1, 2016, pp. 109-126.

²⁸ Lövbrand, Eva *et al.*, “Making Climate Governance Global: How UN Climate Summitry Comes to Matter in a Complex Climate Regime”, *Environmental Politics*, vol. 26, núm. 4, 2017, pp. 580-599.

²⁹ Bäckstrand, Karin *et al.*, “Non-State Actors in Global Climate Governance: From Copenhagen to Paris and Beyond”, *Environmental Politics*, vol. 26, núm. 4, 2017, pp. 561-579.

³⁰ Según Arato, “over the last few decades the multinational firm has become a powerful and increasingly autonomous international lawmaker—an author of its own rights and obligations under public international law. This transformation has come at stark cost to the state’s capacity to regulate in the public interest, with only tenuous grounding in state con-

En el marco de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC cabe destacar la participación de las empresas del sector de hidrocarburos, cuya injerencia en la gobernanza climática global tiene como objetivo, entre otros, asegurar su crecimiento económico a través de la explotación de las reservas de combustibles fósiles existentes.³¹ Según datos de las organizaciones de la sociedad civil, las prácticas de cabildeo de las grandes empresas del sector de hidrocarburos y de las organizaciones de empresarios influyen en las negociaciones climáticas. Recientes investigaciones demuestran que, tras la adopción del Acuerdo de París, empresas como *ExxonMobil*, *Shell*, *Chevron*, *BP* y *Total* han invertido millones de dólares en campañas engañosas sobre el cambio climático y en prácticas de cabildeo, que favorecen la expansión de sus actividades. Esto afecta al desarrollo de políticas progresivas para alcanzar los objetivos establecidos en el régimen internacional del cambio climático.³²

En consecuencia, las empresas, junto con algunos Estados, que generan beneficios de la crisis climática, obstaculizan las negociaciones, reducen las ambiciones de los Estados, promueven soluciones falsas y bloquean la financiación de posibles soluciones eficaces.³³ Por ejemplo, la posición de la Cámara de Comercio Internacional, integrada por los directivos de las empresas de los *Carbon Majors* como *BP*, *Shell* o *ExxonMobil*, es que cualquier política climática adoptada en el marco de la CMNUCC debe incluir las prioridades de las empresas y, a su vez, es partidaria de que las acciones

sent”, Arato, Julian, “Corporations as Lawmakers”, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2015, pp. 229-295. Véase también, Álvarez, José E., “Are Corporations Subjects of International Law?”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 1-35.

³¹ Nasiritousi, Naghme, *op. cit.*, p. 643.

³² Según la investigación de la organización *InfluenceMap*, “[s]ince Paris, Chevron, BP and ExxonMobil have led in direct lobbying activities to oppose a range of progressive climate policy strands. Royal Dutch Shell and to some extent Total have made steps since 2015 to be more positive on a number of climate policy issues. However, both companies continue to support policy supporting a continued role for fossil fuels in the energy mix and remain part of highly climate-oppositional trade associations like the American Petroleum Institute”. *Influence Map, Big Oil’s Real Agenda on Climate Change*, Londres, Influence Map, 2019, p. 2.

³³ Corporate Accountability International *et al.*, *How Big Polluters are Undermining Global Climate Policy*, Johannesburgo-Bruselas-Boston-Davo City, Corporate Accountability International, ActionAid, APMDD, CEO, ETC Group, 2017, p. 6.

climáticas de estos agentes económicos deben ser de carácter voluntario.³⁴ Por ello, la participación de las empresas en las negociaciones climáticas, principalmente las del sector de hidrocarburos, ha generado una gran controversia, hasta el punto de que otros actores no estatales han solicitado a los Estados parte de la CMNUCC que retiren el acceso a los representantes de las empresas de dicho sector.³⁵

El Acuerdo de París crea una oportunidad para cambiar las dinámicas de las negociaciones climáticas, ya que sustituye el multilateralismo formal por la multipolaridad en la cooperación climática internacional.³⁶ En consecuencia, el régimen internacional del cambio climático se descentraliza, lo que permite institucionalizar un nuevo papel para los agentes no estatales en la gobernanza climática global.³⁷ De hecho, el Preámbulo de este instrumento reconoce la importancia del compromiso de los diversos actores, de conformidad con la legislación nacional de cada parte, al hacer frente al cambio climático. Esto incluso ha planteado la posibilidad de atribuir a los actores no estatales, incluidas las empresas, un papel activo en los procesos de revisión del Acuerdo de París: marco de transparencia (artículo 13), balance mundial (artículo 14) y mecanismo de aplicación y cumplimiento (artículo 16).³⁸

Por tanto, en el marco del Acuerdo de París las obligaciones de reducción de emisiones recaen principalmente en los Estados. Mientras tanto, la reducción de emisiones de las empresas, por un lado, está proporcionalmente sujeta a los compromisos asumidos por los Estados en los que operan. Cabe destacar que más de la mitad de las primeras ND, comunicadas por los Estados a la secretaría de la CMNUCC, se han redactado y desarrollado a través de consultas con el sector privado. Sin embargo, no han incluido su com-

³⁴ Corporate Accountability International, *Inside Job: Big Polluters' Lobbyists on the inside at the UNFCCC*, Londres, Corporate Accountability International, 2017, pp. 9 y 10.

³⁵ Véase, "Kick Big Polluters Out Of Climate Policy. Petition to the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change", disponible en: www.pollutersoutpeoplein.com (consultado el 1o. de octubre de 2019).

³⁶ Salinas Alcega, Sergio, "El Acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, 2018, pp. 53-76.

³⁷ Bäckstrand, Karin *et al.*, *op. cit.*, p. 562.

³⁸ Van Asselt, Harro, "The Role of Non-State Actors in Reviewing Ambition, Implementation, and Compliance under the Paris Agreement", *Climate Law*, vol. 6, núm. 1-2, 2016, pp. 91-108.

promiso y el papel en la implementación de las estrategias y objetivos.³⁹ En este sentido, el enfoque *bottom up* del Acuerdo de París podría favorecer que las empresas eligieran estratégicamente el lugar de sus operaciones, alejándose de aquellos Estados cuyos compromisos climáticos son más estrictos.

Por otro lado, la posibilidad de asumir compromisos más ambiciosos de reducción de emisiones por parte de las empresas permanece en el ámbito de la voluntariedad. La Decisión 1/CP.21, que acompaña la adopción del Acuerdo de París, invita a los interesados que no son partes, incluidos la sociedad civil, el sector privado, las instituciones financieras, las ciudades y otras autoridades subnacionales, a que acrecienten sus esfuerzos y apoyen las medidas destinadas a reducir las emisiones y a aumentar la resiliencia y disminuir la vulnerabilidad a los efectos adversos del cambio climático.⁴⁰ La presión de la sociedad civil y de otros competidores en el mercado ha llevado a que algunas empresas respondan positivamente a este llamado, se impliquen de manera activa en la gobernanza climática global y propongan soluciones al problema.⁴¹ Para visibilizar y registrar dichos esfuerzos, se ha puesto en marcha la plataforma de la Zona de los Actores No Estatales (NAZCA) para la Acción Climática.⁴² En 2019, esta plataforma registra más de 5,000 acciones de más de 2,000 empresas. Sin embargo, no sólo el número de acciones varía de una empresa a otra, sino también el alcance y

³⁹ En septiembre de 2019, 184 Estados parte habían inscrito en el registro público su primera NDC, según el artículo 4.12 del Acuerdo de París. Véase, “Interim NDC Registry”, disponible en: www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/Pages/Home.aspx (consultado el 1o. de octubre de 2019). Sobre un análisis de las primeras NDC y el papel del sector privado, véase GRI y CDP, “Engaging Business in the NDCs. Policy Recommendations on the Role of the Private Sector and Reporting”, 2019, disponible en: www.globalreporting.org/SiteCollectionDocuments/2019/NDCs%20Policy-062019-CDP.pdf (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁴⁰ Véase, “Decisión 1/CP.21. Aprobación del Acuerdo de París”, disponible en: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/10a01s.pdf> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁴¹ Nasiritousi, Naghme, *op. cit.*, p. 643.

⁴² La plataforma NAZCA se lanzó en la conferencia sobre cambio climático de la ONU en Lima, en diciembre de 2014 (COP20). La NAZCA proporciona visibilidad y seguimiento de la diversidad de la acción climática por parte de los actores no estatales y genera un compromiso más amplio para ayudar a los países a alcanzar sus compromisos nacionales. Véase, “Non-State Actor Zone for Climate Action (NAZCA)”, disponible en: <http://climateaction.unfccc.int/views/about.html> (consultado el 1o. de octubre de 2019). Véase también, Wei, David, “Linking Non-State Action with the U.N. Framework Convention on Climate Change”, disponible en: www.c2es.org/site/assets/uploads/2016/10/linking-nonstate-action-unfccc.pdf (consultado el 1o. de octubre de 2019).

ambición de las mismas, lo que sigue manteniendo importantes divergencias en las acciones climáticas de las empresas.

III. ¿HACIA LA CONFIGURACIÓN DE OBLIGACIONES CLIMÁTICAS PARA LAS EMPRESAS?

Desde hace más de una década se debate tanto en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas como en la Conferencia de las Partes de la CMNUCC sobre el impacto negativo del cambio climático en las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos humanos. En el CDH, la Resolución 7/23 de 2008 señalaba que el cambio climático planteaba una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades de todo el mundo y tenía consecuencias adversas en el ejercicio pleno de los derechos humanos.⁴³ Asimismo, la Resolución 10/4 de 2009 remarcó que los efectos relacionados con el cambio climático incidían, de diversas formas, en el disfrute efectivo de los derechos humanos y que esos efectos se sentían con más fuerza entre los grupos de población más vulnerables.⁴⁴ Desde entonces, se han adoptado otras resoluciones similares en las que el CDH pone de manifiesto su preocupación por los efectos del cambio climático sobre los derechos humanos.⁴⁵

En el marco de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC, en 2009, se daba a conocer en Copenhague una declaración conjunta de 20 titulares de mandatos que hacía hincapié en que el cambio climático planteaba graves amenazas para el disfrute efectivo de un gran número de derechos huma-

⁴³ Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 7/23. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/7/78 (14 de julio de 2008), pp. 68-70.

⁴⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 10/4. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/10/L. (12 de marzo de 2009), pp. 14-16.

⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 18/22. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/RES/18/2 (11 de octubre de 2011); Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 26/27. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/RES/26/27 (15 de julio de 2014); Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 29/15. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/RES/29/15 (22 de julio de 2015); Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 32/33. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/RES/32/33 (18 de julio de 2016). Consejo de Derechos Humanos, *Resolución 41/L. Los derechos humanos y el cambio climático*, A/HRC/41/L.24 (9 de julio de 2019).

nos.⁴⁶ En 2010, durante la conferencia celebrada en Cancún, se adoptó una decisión que señalaba que las partes, en todas las actividades relacionadas con el cambio climático, deberían respetar plenamente los derechos humanos.⁴⁷ En Lima, en 2014, los titulares de mandatos instaban a los Estados a adoptar un nuevo instrumento en materia de cambio climático que estuviera estrechamente relacionado con el marco de los derechos humanos.⁴⁸

En este contexto, el esfuerzo de los Estados y de la sociedad civil logró que el régimen internacional del cambio climático incluyera el reconocimiento expreso de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos.⁴⁹ Así, el Acuerdo de París ha sido reconocido como un instrumento de referencia, ya que es el primer acuerdo sobre el clima, y uno de los primeros acuerdos ambientales que contiene una referencia expresa a la relación entre el cambio climático y los derechos humanos. El Preámbulo del Acuerdo señala que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos. Aunque la referencia a los derechos humanos en el Acuerdo de París ha sido calificada como simbólica,⁵⁰ implica un reconocimiento por parte de la comunidad internacional de que el cambio climático plantea amenazas inaceptables al pleno disfrute de los derechos humanos y que las medidas para hacerle frente deben cumplir con las obligaciones en

⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/31/52 (1o. de febrero de 2016), párr. 11.

⁴⁷ Véase, Decisión 1/CP.16 Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención, FCCC/CP/2010/7/Add.1 (15 de marzo de 2011), párr. 8.

⁴⁸ Consejo de Derechos Humanos, “*Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos...*”, *cit.*, párr. 15.

⁴⁹ Sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, véase Duyck, Sébastien *et al.*, Johl (eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018; Quirico, Ottavio y Boumghar, Mouloud (eds.), *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective*, Londres-Nueva York, Routledge, 2015; Humphreys, Stephen (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

⁵⁰ Con relación al alcance y las implicaciones de la referencia a los derechos humanos en el Acuerdo de París, véase Boyle, Alan, “Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, vol. 67, núm. 4, pp. 759-777.

materia de derechos humanos. Por tanto, marca el punto de partida para clarificar y reforzar las obligaciones de los Estados —y las responsabilidades de las empresas— en materia de derechos humanos relacionadas con el cambio climático.

El anterior Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John Knox, matiza e interpreta una lista no exhaustiva de obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos relacionadas con el cambio climático. El profesor Knox señala que, entre otras cuestiones, los Estados deben controlar las actividades de las empresas que contribuyen al cambio climático. Los Estados tienen la obligación de adoptar y aplicar marcos jurídicos e institucionales para proteger ante los daños ambientales que interfieran o puedan interferir en el disfrute de los derechos humanos y responder a todas las violaciones de los derechos humanos causadas por la degradación ambiental, incluido el menoscabo de los derechos humanos con relación al cambio climático. Dichas obligaciones se aplican a los daños ambientales causados por empresas y otros actores privados.⁵¹ Esto implica que los Estados deben prevenir y remediar violaciones de derechos humanos asociadas a las emisiones de GEI de las empresas domiciliadas en su territorio o bajo su jurisdicción.⁵²

En la economía mundo-capitalista, muchos Estados han fallado en su obligación de regular efectivamente las actividades de las empresas, lo que les ha permitido generar graves impactos sociales y ambientales, sin tener que rendir cuentas por los mismos. El incumplimiento de esta obligación puede motivar acciones internacionales por las violaciones de derechos humanos asociados a los impactos del cambio climático. En este sentido, en 2013, la organización *Earth justice*, en nombre del pueblo de Athabaskan que habita en el Ártico, interpuso una petición ante la Comisión Interamericana

⁵¹ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos...”, cit., párrs. 23-32 y 66-67.

⁵² En un sentido similar, la Observación general número 36 del Comité de Derechos Humanos señala que la implementación de la obligación de los Estados de respetar y garantizar el derecho a la vida implica la adopción de medidas para proteger el medio ambiente frente al cambio climático causado por actores privados. Comité de Derechos Humanos, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, CCPR/C/GC/36 (30 de octubre de 2018), párr. 62.

de Derechos Humanos.⁵³ En este caso, aún pendiente de resolver, se alega que Canadá ha fallado en su obligación de regular y limitar las emisiones de carbono negro (hollín), que contribuyen al cambio climático. Por ende, se generaron impactos directos en el Ártico que afectan la salud, cultura, propiedad y medios de subsistencia del pueblo de Athabaskan, lo que vulnera derechos contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁵⁴ Este caso no tiene posibilidades de llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que Canadá no ha aceptado la competencia de este tribunal internacional. Sin embargo, se trata de un precedente importante que podría concluir en una serie de recomendaciones sobre cómo los Estados deben regular las emisiones de determinadas empresas y sectores industriales para evitar incurrir en una responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos asociadas a los impactos del cambio climático.

Por otra parte, la comunidad internacional debate en el seno de las Naciones Unidas la viabilidad de imponer obligaciones directas a las empresas de promover y respetar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. En 2014, el CDH adoptó la histórica Resolución 26/9, que estableció un grupo de trabajo intergubernamental para elaborar un tratado que regule las actividades de las empresas transnacionales en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.⁵⁵ En el marco de las negociaciones de este tratado, algunos Estados y organizaciones de la sociedad civil se muestran a favor de que el futuro instrumento incluya obligaciones directas para las empresas. No obstante, esta cuestión ha encontrado una fuerte oposición, principalmente de los Estados del norte global y de las empresas, que manifiestan que este instrumento debería mantener

⁵³ Earthjustice, “Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Emissions of Black Carbon by Canada”, disponible en: https://earthjustice.org/sites/default/files/AAC_PETITION_13-04-23a.pdf (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁵⁴ McCrimmon, Don, “The Athabaskan Petition to the Inter-American Human Rights Commission: Using Human Rights to Respond to Climate Change”, *The Polar Journal*, vol. 6, núm. 2, 2016, pp. 398-416.

⁵⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

el *statu quo* del derecho internacional y, por ende, imponer únicamente obligaciones a los Estados.⁵⁶

Si bien los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y las empresas no se ponen de acuerdo sobre la imposición de obligaciones directas en virtud del derecho internacional, existe un mayor consenso a nivel internacional con relación a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esto se diferencia de la responsabilidad legal por el incumplimiento de normas y, más allá de configurar obligaciones y deberes,⁵⁷ se trata de una expectativa social que consiste en que las empresas se abstengan de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.⁵⁸ La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se ha reconocido como una norma de conducta global aplicable a todas las empresas dondequiera que operen, sin importar su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Asimismo, es independiente a la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones.⁵⁹

Esta responsabilidad se extiende a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, y requiere que las empresas eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y que hagan frente a los efectos que se produzcan. Además, deben tratar de prevenir o mitigar riesgos e impactos sobre los

⁵⁶ Iglesias Márquez, Daniel, “Explorando las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos”, *Akademia. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, 2018, vol. 1, núm. 1, pp. 165-214.

⁵⁷ El professor Ruggie especifica que “the corporate responsibility to respect rights, rather than duty, to indicate that respecting rights is not an obligation current international human rights law generally imposes directly on companies”, Ruggie, John G., “The Construction of the UN “Protect, Respect and Remedy”, Framework for Business and Rights: The True Confessions of a Principled Pragmatist”, *European Human Rights Law Review*, 2011, núm. 2, pp. 127-133.

⁵⁸ Deva, Surya, “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles”, en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 78-104.

⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos*, Nueva York-Ginebra, Consejo de Derechos Humanos, 2012, pp. 11-26.

derechos humanos directamente relacionados con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas. Se entiende por relaciones comerciales a las entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios.

Teniendo en cuenta que las emisiones de GEI, resultado de las actividades empresariales, tienen consecuencias cualitativas en el disfrute de los derechos humanos, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos implica un compromiso implícito de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales. En el caso en contra de la empresa *Shell* en los Países Bajos, “the claimants come to the conclusion that Shell, with its current inadequate climate policy... violates the right to life and the right to an undisturbed family life as stipulated in Articles 2 and 8 of the [European Convention on Human Rights].⁶⁰ Por tanto, “[t]he claimants are of the opinion that the adopted Paris climate target, which aims to prevent dangerous climate change, also has a legal meaning for Shell”.⁶¹

En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su contribución escrita a la Conferencia de las Partes de la CMNUCC en París, señaló que “[b]usinesses are alsoduty-bearers. They must be accountable for their climate impacts and participate responsibly in climate change mitigation and adaptation efforts with full respect for human rights”.⁶² Por ende, las empresas deben operar de manera responsable y respetar los derechos humanos, lo que implica que deben adoptar medidas para reducir sus emisiones de GEI.⁶³

⁶⁰ Véase, *Milieu defensie et al. vs. Royal Dutch Shell plc*, Un official translation of the summons, disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>, párr. 55 (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁶¹ *Ibidem*, párr. 38.

⁶² Véase, “Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change”, disponible en: www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁶³ En palabras del anterior Alto Comisionado Zeid Ra’ad Al Hussein, “[b]usinesses must behave responsibly and respect human rights, including by taking measures to cut their greenhouse emissions”. Véase, “Zeid urges climate change ambition as Paris deal enters into force”, dis-

Por su parte, el actual relator especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, David R. Boyd, ha identificado cinco estándares climáticos asociados a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: *i)* reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de sus propias actividades y filiales; *ii)* reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de sus productos y servicios; *iii)* reducir al mínimo las emisiones de gases de efecto invernadero de sus proveedores; *iv)* informar públicamente de sus emisiones, su vulnerabilidad al clima y su riesgo de activos en desuso, y *v)* garantizar que las personas afectadas por violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas tengan acceso a recursos eficaces. Asimismo, el relator especial indica que las empresas deberían apoyar las políticas públicas destinadas a hacer frente al cambio climático de manera eficaz, en lugar de oponerse a ellas.⁶⁴

Como se detalla en los siguientes epígrafes, algunos instrumentos internacionales de *soft law* que promueven la responsabilidad de respetar los derechos humanos contienen o clarifican estándares que contribuyen a prevenir y a rendir cuentas de las emisiones de GEI de las actividades empresariales. Así, se sientan las bases para un sistema de corresponsabilidad entre los Estados y las empresas para generar acciones de mitigación y adaptación frente a este fenómeno de consecuencias globales, así como para distribuir la carga de los costes de sus impactos. Algunos de estos instrumentos son: los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales y los Principios sobre Obligaciones Climáticas de las Empresas, que se analizan a continuación.

1. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos

En 2011, mediante la Resolución 17/4 del CDH, se aprobaron los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores). Estos Principios ponen en

ponible en: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20822&LangID=E (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁶⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/74/161 (15 de julio de 2019), párr. 72.

práctica los tres pilares del marco de las Naciones Unidas: “Proteger, Respetar y Remediar”.⁶⁵ Este instrumento cuenta con un enfoque predominantemente de carácter *soft law*. Los Principios Rectores fueron el resultado de un proceso conducido durante el mandato del representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie.

El marco de los Principios Rectores está basado en tres pilares, que agrupan 31 principios y sus comentarios respectivos: 1) la obligación de proteger los derechos humanos por parte de los Estados, 2) la responsabilidad de respetar los derechos humanos por parte de las empresas, y 3) el acceso a la reparación por parte de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos. Una de las omisiones importantes que se puede identificar en los Principios Rectores es la carencia de una dimensión ambiental.⁶⁶ A pesar de que los informes preparatorios del profesor Ruggie demuestran que los impactos ambientales de las actividades empresariales tienen efectos adversos en el disfrute de los derechos humanos,⁶⁷ la estructura y el enfoque de este instrumento no abordan directamente las obligaciones y responsabilidades de los Estados y de las empresas de proteger el medio ambiente o su valor intrínseco para el disfrute de los derechos humanos.

El principio 12 de los Principios Rectores enlista una serie de instrumentos que enuncian los derechos que las empresas deben respetar en el desarrollo de sus operaciones. Entre ellos se encuentran aquellos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Asimismo, deben respetar los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y

⁶⁵ Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

⁶⁶ Deva, Surya, “Taking Nature Seriously. Can the UN Guiding Principles Tame Corporate Profiteering?”, en Voigt, Christina (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 312-328.

⁶⁷ Consejo de Derechos Humanos, *Empresas y Derechos Humanos: Encuesta sobre el alcance y los tipos de presuntos abusos de los derechos humanos cometidos por empresas*, A/HRC/8/5/Add.2 (23 de mayo de 2008), párr. 27.

lingüísticas, los niños y las niñas, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario. No obstante, en esta lista no se hace referencia al respeto de las normas internacionales en materia de medio ambiente.

A la luz de lo anterior, es posible afirmar que los Principios Rectores no hacen una referencia directa al cambio climático ni a los instrumentos del régimen internacional en esta materia.⁶⁸ Sin embargo, se acepta y explora cada vez más la aplicación del segundo pilar de los Principios Rectores en el contexto del cambio climático.⁶⁹ En 2018, durante el Séptimo Foro de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, se dedicó una de las sesiones a debatir sobre cuáles eran las responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos que se aplican al contexto del cambio climático, especialmente con el fin de determinar las acciones de las empresas para alcanzar una transición energética efectiva. Esto supuso un avance significativo, teniendo en cuenta la poca atención que ha tenido la cuestión del cambio climático en este espacio multi actor dedicado a intercambiar experiencias y aprender de las numerosas iniciativas destinadas a promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.⁷⁰

⁶⁸ A pesar de que los principios rectores no hacen referencia directa al cambio climático, algunos planes de acción nacional (PAN) sobre empresas y derechos humanos, que son los instrumentos políticos empleados por los Estados para la implementación de los principios rectores a nivel nacional, contienen un llamado a las empresas para la lucha contra el cambio climático. Por ejemplo, el PAN de Francia contempla la siguiente acción: *Implement the UN Guiding Principles in the battle against climate change, following commitments made during COP 21*. Véase, “Plan National de mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour les droits de l’Homme et les entreprises”, disponible en: www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_Actions_France_EN.pdf, p. 2 (consultado el 1o. de octubre de 2019). Otros PAN que hacen referencia al cambio climático son los de Bélgica, Chile, Italia, Luxemburgo, Noruega y Estados Unidos. Disponible en: <https://globalnaps.org/issue/environment-and-climate-change/> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁶⁹ Cfr., “Private actors also have obligations to address the human rights implications of climate change, and should refer to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to ensure that they fully respect human rights in all activities”, UNEP, *Climate Change and Human Rights*, Nairobi, UNEP, 2015, p. IX.

⁷⁰ Seck, Sara, “Reflections on Business, Human Rights, the Environment, and Climate Justice”, *Dalhousie University Environmental Law News Blog*, 4 de diciembre de 2017, disponible en: <https://blogs.dal.ca/melaw/2017/12/04/reflections-on-business-human-rights-the-environment-and-climatejustice-december-4-2017/> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

Por su parte, el profesor Boyd indica que la primera medida que las empresas deben adoptar para hacer frente al cambio climático es la implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.⁷¹ En un sentido similar, el informe titulado *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*⁷² de 2014, de la *International Bar Association* (IBA), hace un llamado a que las empresas adopten e implementen los Principios Rectores, ya que se trata de un instrumento que se enmarca dentro del ámbito de derechos humanos y cambio climático.⁷³ Por tanto, de conformidad con los Principios Rectores, el informe recomienda el desarrollo de un compromiso político de las empresas con los derechos humanos aplicable al contexto del cambio climático, que incluya los siguientes elementos: 1) la adopción de una declaración política, 2) la implementación de un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos, y 3) el establecimiento de mecanismos de reclamación eficaces a nivel operacional.⁷⁴

Con relación al primer elemento, el Principio 16 de los Principios Rectores establece que las empresas deben expresar su compromiso de respetar los derechos humanos mediante una declaración política que establezca lo que la empresa espera, con relación a los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos y servicios. Por su parte, el informe de la IBA especifica que la declaración política debe estipular explícitamente las medidas diseñadas para prevenir y mitigar los impactos adversos del cambio climático relacionados con sus operaciones. Este compromiso político se debe hacer público, ser aprobado por el más alto nivel directivo y extenderse a sus relaciones comerciales. En este sentido, es cierto que, cada vez más, las empresas adoptan políticas en materia de cambio climático y participan en

⁷¹ Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos...”, cit., párr. 71.

⁷² IBA, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, Londres, IBA, 2014. Véase también Seck, Sara L. y Slattery, Michael, “Business, Human Rights and the IBA Climate Justice Report”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2016, vol. 34, núm. 1, pp. 75-85.

⁷³ IBA, *op. cit.*, p. 147.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 48-149; Amis, Lucy, *A Guide for Business: How to Develop a Human Rights Policy*, United Nations Global Compact Office-Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011.

iniciativas sectoriales para formular acciones que permitan hacer frente al cambio climático.⁷⁵ No obstante, en estas políticas a menudo escasean las medidas concretas para la reducción de GEI, o bien, las acciones climáticas contempladas carecen de una perspectiva de derechos humanos alienada con el Acuerdo de París.⁷⁶

En segundo lugar, el proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos está contemplado en el Principio 17. Según el informe IBA, este proceso de diligencia debida se debe implementar de manera que aborde los impactos climáticos reales y potenciales de las actividades que puedan crear interferencia en el disfrute de los derechos humanos. La implementación de la diligencia debida debe resultar en medidas concretas para reducir los impactos negativos sobre los derechos humanos asociados a los impactos climáticos de sus actividades.⁷⁷

Por lo anterior, las empresas pueden recurrir a otros instrumentos de gestión de riesgos ambientales para identificar los impactos climáticos a los que contribuyen sus operaciones o productos, con el fin de responder con las medidas de prevención o mitigación adecuadas. La Organización Internacional de Normalización (ISO) ha establecido una serie de normas dirigidas a empresas, gobiernos, proponentes de proyectos y otras partes interesadas, que contienen los principios y requisitos para la cuantificación, el seguimiento, la divulgación de información, la verificación de emisiones directas e indirectas y la absorción de GEI (ISO 14064-1:2018, ISO 14064-2:2006, ISO 14064-3:2006, ISO 14065:2013, ISO 14066:2011, ISO 14067:2018 e ISO/TR 14069:2013). La norma ISO 14064-1:2018, por ejemplo, junto con el Informe Técnico ISO/TR 14069:2013, contiene principios, conceptos y métodos relacionados con la cuantificación y la divulgación de información de emisiones de GEI directas e indirectas. Estos

⁷⁵ Por ejemplo, algunas de las empresas del sector de hidrocarburos participan en la *Oil and Gas Climate Initiative*, que tiene como objetivo catalizar acciones prácticas en materia de cambio climático, con el fin de reducir su huella de carbono. Véase, <https://oilandgasclimateinitiative.com/> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁷⁶ Alliance for Corporate Transparency, “2018 Research Report The state of corporate sustainability disclosure under the EU Non-Financial Reporting Directive”, 2019, disponible en: www.allianceforcorporatetransparency.org/assets/2018_Research_Report_Alliance_Corporate_Transparency-66d0af6a05f153119e7cffe6df2f11b094affe9aaf4b13ae14db04e395c54a84.pdf, pp. 30-33 (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁷⁷ IBA, *op. cit.*, p. 147.

instrumentos, de carácter voluntario, contribuyen a establecer los límites operativos de emisiones de GEI, así como a mejorar la transparencia y coherencia de la divulgación de información relacionada con las emisiones de GEI.⁷⁸ Las directrices del *Carbon Disclosure Project* constituyen otro mecanismo para divulgar información sobre las emisiones de GEI de las actividades y productos, ya que establecen un sistema de divulgación global para inversores, empresas, ciudades, Estados.⁷⁹

En un contexto global de mayor transparencia, han surgido diversas iniciativas a nivel nacional e internacional de divulgación de información sobre los impactos de las actividades de las empresas. A pesar de que estas iniciativas varían tanto en contenido como en alcance,⁸⁰ su objetivo es brindar la información necesaria a todas las partes afectadas y generar una mayor participación en la planeación e implementación de los proyectos y actividades de las empresas. En este sentido, los Estados han adoptado normas vinculantes que imponen a determinadas empresas la obligación de divulgar información de contenido social y ambiental relacionadas con sus operaciones.⁸¹ En el ámbito europeo, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de octubre de 2014 por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad, por parte de determinadas

⁷⁸ Véase, “ISO 14064-1:2018, Greenhouse gases - Part 1: Specification with guidance at the organization level for quantification and reporting of greenhouse gas emissions and removals”, disponible en: www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:14064:-1:ed-2:v1:en (consultado el 1o. de octubre de 2019); “ISO/TR 14069:2013, Gases de efecto invernadero-Cuantificación e informe de las emisiones de gases de efecto invernadero para las organizaciones-Orientación para la aplicación de la Norma ISO 14064 1”, disponible en: www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:tr:14069:ed-1:v1:es (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁷⁹ Véase, Carbon Disclosure Project, disponible en: www.cdp.net/es (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁸⁰ OECD y CDSB, *Climate Change Disclosure in G20. Countries Stocktaking of Corporate Reporting Schemes*, París-Londres, OECD-CDSB, 2015.

⁸¹ Con relación a la imposición de obligaciones de divulgación de información no financiera a las empresas, Nolan señala que “[t]he assumption in this disclosure model appears to be that the transparency gained from disclosure will incentivize corporate action to address human rights risks, because of the greater visibility of these risks that will be evident to investors and consumers. It relies on the voices of external stakeholders to hold companies to account by assessing and critiquing the corporate reports”, Nolan, Justine, “Hardening Soft Law: Are the Emerging Corporate Social Disclosure Laws Capable of Generating Substantive Compliance with Human Rights?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, núm. 2, 2018, pp. 65-83.

empresas grandes y grupos, promueve la implementación de los Principios Rectores (Considerando 9).⁸² Esta Directiva establece que, a efectos de mejorar la coherencia y la comparabilidad de la información no financiera divulgada en la Unión, las empresas que cumplan determinados requisitos⁸³ deben preparar un estado no financiero que contenga información relativa, por lo menos, a cuestiones ambientales y sociales. También debe contener información relativa al personal, al respeto de los derechos humanos, a la lucha contra la corrupción y el soborno y a las políticas que aplica el grupo en relación con dichas cuestiones, que incluya los procedimientos de diligencia debida aplicados. La Directiva ha sido transpuesta a los ordenamientos jurídicos de los 28 Estados miembros de la Unión Europea (UE).⁸⁴ Por tanto, sus disposiciones son exigibles a las empresas domiciliadas en la UE, así como a sus cadenas de suministro y subcontratación, cuando sea pertinente y proporcionado, con el fin de detectar, prevenir y atenuar los efectos adversos existentes y potenciales de sus actividades.

En materia de cambio climático, la Directiva 2014/95/UE establece que el estado no financiero debe incluir información detallada sobre las emisiones de GEI. Según la Comisión Europea, este requisito se enmarca en los objetivos del Acuerdo de París, ya que se espera que una mayor transparencia conduzca a flujos financieros más coherentes con una evolución hacia bajas emisiones de GEI y un desarrollo resiliente al cambio climático. En este sentido, la *Alliance for Corporate Transparency* ha evaluado la implementación de la Directiva 2014/95/UE en la práctica de más de 100 empresas del sector de la energía y extracción de recursos, de las tecnologías de la información y la comunicación y de la asistencia médica. Los resultados demuestran que la gran mayoría de las empresas evaluadas incorporan cuestiones de cambio climático en sus estados no financieros. La información

⁸² DO L 330 de 15.11.2014, pp. 1-9, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0095> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁸³ El ámbito de aplicación de los requisitos sobre divulgación de información no financiera debe definirse en función del número medio de empleados, del total del balance y del volumen de negocios neto. Por tanto, la Directiva 2014/95/UE estipula que las obligaciones de divulgación de información no financiera se aplican a las grandes empresas que sean entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio.

⁸⁴ Véase, Global Reporting Initiative (GRI) *et al.*, *Member State Implementation of Directive 2014/95/EU. A comprehensive overview of how Member States are implementing the EU Directive on Non-financial and Diversity Information*, Bruselas-Ámsterdam, GRI-CRS Europe, 2017.

presentada por las empresas incluye desde políticas climáticas hasta la cantidad de emisiones de GEI, objetivos específicos de reducción de emisiones de GEI y medidas de adaptación y mitigación de los riesgos asociados a los impactos del cambio climático.⁸⁵

Finalmente, el principio 22 establece que si las empresas han generado o contribuido a generar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos. Los mecanismos de reclamación a nivel operacional deben atender quejas interpuestas por los posibles afectados por los impactos climáticos de sus actividades. Estos mecanismos no deben interferir con los mecanismos judiciales y deben ser legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes y compatibles, así como constituir una fuente de conocimiento continuo (principio 31), con el fin de dar una solución temprana a las quejas de los afectados por los impactos climáticos a los que contribuyen las empresas. En el caso *Lliuya vs. RWE*⁸⁶ en la jurisdicción de Alemania, el afectado, antes de recurrir a la sede judicial, presentó una queja a la empresa en la que exponía los peligros que generaban sus emisiones de GEI y, por ello, solicitaba una indemnización para adoptar las medidas para prevenir posibles inundaciones. No obstante, *RWE* respondió que la queja carecía de fundamento legal y, por tanto, no era responsable de otorgar la indemnización correspondiente.⁸⁷

⁸⁵ Alliance for Corporate Transparency, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁶ En noviembre de 2015, un agricultor de la región andina del Perú, Saúl Luciano Lliuya, con apoyo de la ONG *Germanwatch*, interpuso una demanda en contra de la empresa productora de electricidad *RWE* ante los tribunales alemanes (20171130 Case No-2-O-28515). En este caso se alega que la empresa es parcialmente responsable del deshielo de los glaciares en la cercanía de Huaraz, ciudad donde habita el demandante. El demandante solicita el pago de aproximadamente 21,000 euros en concepto del coste de las medidas de protección y seguridad para hacer frente a las inundaciones de los lagos glaciares, los derrumbes, la probable inundación de su aldea y la destrucción de su propiedad. A la fecha de escritura del presente artículo, el caso aún está pendiente de resolverse. Véase, García-Álvarez, Laura, “El caso Huaraz: David contra Goliat o «Saúl L. contra RWE AG»: Un precedente clave en la justicia climática”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 40, 2018, pp. 63-101.

⁸⁷ Business & Human Rights Resource Centre, “Demanda contra RWE (sobre cambio climático)”, disponible en: www.business-humanrights.org/es/demanda-contra-rwe-sobre-cambio-clim%C3%A1tico (consultado el 1o. de octubre de 2019).

2. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales

En 1976, los Estados miembros de la OCDE adoptaron las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (Líneas Directrices) en el marco de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales.⁸⁸ Las Líneas Directrices son un código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que contiene recomendaciones de carácter no vinculante dirigidas a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Actualmente, 46 gobiernos de países miembros y no miembros de la OCDE se han adherido a las Líneas Directrices.⁸⁹ Se trata de un instrumento *soft law* de gran aceptación, tanto en el sector público como en el privado, que ha sido revisado en cinco ocasiones (1979, 1984, 1991, 2000 y 2011) para incorporar elementos sustantivos que se adecuen a las exigencias del contexto socioeconómico global en el que se aplican.⁹⁰

Como resultado de la última revisión, de 2011, las Líneas Directrices contienen once capítulos.⁹¹ Cabe destacar que la adopción de los Principios Rectores motivó la última revisión de las Líneas Directrices, con el fin de alienarse con los desarrollos alcanzados en el marco de las Naciones Unidas. En consecuencia, la revisión de 2011 tuvo como novedad principal la inclusión de un capítulo sobre derechos humanos y la adopción de un enfoque

⁸⁸ OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, París, OECD Publishing, 2013.

⁸⁹ Véase, “About the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/about/> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

⁹⁰ Sobre las Líneas Directrices y su alcance normativo para imponer estándares sociales y ambientales, véase, De Schutter, Olivier, “The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, en De Schutter, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006, pp. 1-39; Murray, Jill, “A New Phase in the Regulation of Multinational Enterprises: the Role of the OECD”, *Industrial Law Journal*, vol. 30, núm. 3, 2001, pp. 255-270; Karl, Joachim, “The OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, en Addo, Michael K. (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pp. 89-106.

⁹¹ Černič, Jernej Letnar, “The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, *American Society of International Law Insights*, vol. 16, núm. 4, 2012, pp. 1-5.

nuevo y amplio en relación con el principio de diligencia debida y con la gestión responsable de la cadena de suministro.⁹²

A diferencia de los Principios Rectores, las Líneas Directrices sí contienen recomendaciones específicas en materia de medio ambiente sobre cómo mejorar el comportamiento ambiental de las empresas mediante la reducción de emisiones contaminantes, la eficiencia en el uso de recursos, la gestión de residuos tóxicos y la conservación de la biodiversidad.⁹³ El objetivo del capítulo sobre medio ambiente es que las empresas lo protejan en el marco de las disposiciones legales y regulatorias y de las prácticas administrativas de los países en los que ejercen su actividad, considerando acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales pertinentes. El contenido de este capítulo se encarga de compilar algunos de los objetivos y principios de instrumentos internacionales en materia ambiental, como la Declaración de Río, la Agenda 21, la Primera Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Convenio de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en materia de medio ambiente.⁹⁴

Las Líneas Directrices incorporan recomendaciones generales en materia de cambio climático. Durante el proceso de revisión de 2011 se propuso que se clarificara la aplicación de este instrumento en la lucha contra este fenómeno.⁹⁵ Esto tuvo como resultado modificaciones en el capítulo de divulgación de información y el fortalecimiento del capítulo sobre medio ambiente, incluyendo recomendaciones para que las empresas adopten un

⁹² Ruggie, John y Nelson, Tamaryn, "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges", *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 66*, Cambridge, John F. Kennedy School of Government, Harvard University.

⁹³ Al respecto, véase, Iglesias Márquez, Daniel, *La regulación de las empresas transnacionales domiciliadas en la Unión Europea en relación con sus estándares de comportamiento y su responsabilidad por los daños ambientales causados en terceros Estados*, tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 2017, pp. 144-150 y bibliografía allí citada.

⁹⁴ OCDE, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁵ Véase, "International Bar Association Working Group on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Response to the UK Department for Business, Innovation & Skills Consultation on the Terms of Reference for an Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", disponible en: https://www.ibanet.org/LPD/BHR-Committee/WG_Response_to_the_OECD_Consultation_on_an_Update_of_the_Guideli.aspx (consultado el 1o. de octubre de 2019).

papel más activo a la hora de hacer frente al cambio climático. Por tanto, en el marco de las Líneas Directrices, se espera que las empresas implementen la diligencia debida para abordar los impactos climáticos de sus actividades, productos y servicios, así como de sus cadenas de suministro.⁹⁶

El capítulo de divulgación de información de las Líneas Directrices recomienda que las empresas garanticen la publicación, en los plazos oportunos, de información exacta sobre todos los aspectos significativos de sus actividades, estructura, situación financiera, resultados, accionistas y sistema de gobierno corporativo. Con relación a este tema, analizado en párrafos anteriores, las Líneas Directrices promueven la práctica de divulgar información sobre las emisiones de GEI en la medida en que el campo de aplicación de su seguimiento se extiende a las emisiones directas e indirectas, actuales y futuras, por empresa y por producto. Se recomienda que la información se extienda a las actividades de los subcontratistas y proveedores, o bien de socios empresariales o de *joint ventures*, con el fin de controlar la transferencia de las actividades perjudiciales para el medio ambiente a otros socios. Según las Líneas Directrices, la divulgación de información sobre temas que van más allá de los resultados financieros constituye un buen medio para manifestar su compromiso con las prácticas socialmente aceptables. Con relación al tema del presente artículo, la divulgación de información sobre las emisiones de GEI puede considerarse un cierto compromiso de las empresas en la lucha contra el cambio climático.

Por otra parte, en el capítulo sobre medio ambiente, las Líneas Directrices recomiendan a las empresas la mejora constante de los resultados ambientales de sus actividades y, cuando corresponda, de su cadena de suministro. Por tanto, promueven el desarrollo y el suministro de productos y servicios que reduzcan las emisiones de GEI. Esto supone que antes de contratar el suministro de productos y servicios, deben evaluar sus emisiones, para que el criterio de selección no recaiga únicamente en la reducción de los costes del servicio. Asimismo, fomentan una mayor conciencia ambiental entre los consumidores, ya que las empresas deben sensibilizar a los clientes sobre las implicaciones ambientales del uso de sus produc-

⁹⁶ Nieuwenkamp, Roel, “Two Secrets Concerning a Value chain Approach to Corporate Climate Change Risk-Management”, *OECD Insights. Debate theissues*, 29 de noviembre 2015, disponible en: <http://oecdinsights.org/2015/11/29/two-secrets-concerning-a-value-chain-approach-to-corporate-climate-change-risk-management/> (consultado el 1o. de octubre de 2019).

tos y servicios, informando de manera exacta sobre las emisiones de GEI, entre otras implicaciones ambientales. Finalmente, las Líneas Directrices sugieren la elaboración de estrategias de reducción de las emisiones como medios para mejorar los resultados ambientales a largo plazo. Por tanto, en el marco de las Líneas Directrices, las empresas deben elaborar estrategias que contengan medidas diligentes para reducir sus impactos climáticos, incluidos aquellos que se producen en sus cadenas de suministro.

Las recomendaciones en materia de cambio climático también han sido contempladas en algunas de las guías sectoriales de diligencia debida publicadas por la OCDE, por ejemplo, en la Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola. Entre los objetivos de esta Guía se encuentra el aumento de la resiliencia de los sistemas de agricultura y alimentación, los hábitats de soporte y las estrategias de vida dirigidas a la reducción de los efectos del cambio climático a través de medidas de adaptación.⁹⁷ La Guía está dirigida a todas las empresas que operan a lo largo de las cadenas de suministro, incluyendo nacionales y extranjeras, privadas y públicas, pequeñas, medianas y de gran escala, con el objetivo de que cumplan estándares de conducta empresarial responsable. Este documento reconoce que las actividades agrícolas pueden generar impactos externos, incluyendo emisiones de GEI y, por tanto, deben adoptar medidas, conforme resulte adecuado, para reducir o prevenir estas emisiones, con el fin de mejorar su comportamiento ambiental.⁹⁸

No se puede obviar que las recomendaciones de las Líneas Directrices en materia de cambio climático son vagas y generales, ya que no contemplan objetivos específicos de reducción de emisiones de GEI, que podrían contribuir a alcanzar los objetivos del Acuerdo de París. Sin embargo, cabe destacar algunas cuestiones positivas, por ejemplo, que ejercen presión sobre las empresas para que adopten medidas para prevenir que sus operaciones y productos sigan contribuyendo al cambio climático y a sus impactos negativos. Por un lado, a pesar de que las Líneas Directrices son un instrumento no vinculante, su voluntariedad es relativa. En este sentido, Cantú Rivera explica que, dado que las empresas tienen la principal motivación de generar beneficios económicos, el impacto al que su reputación podría

⁹⁷ Véase, OCDE, *Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola*, París, OCDE, 2017.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 66.

estar sujeta con motivo de una conducta irresponsable en el ámbito de los derechos humanos o de la protección del medio ambiente es un aliciente suficientemente poderoso como para alinear su comportamiento con los estándares de conducta empresarial responsable contemplados en las Líneas Directrices. En este sentido, las empresas tienen un interés específico de evitar situaciones en las que tanto ellas como terceros sufran consecuencias negativas (*lose-lose situations*). Por tanto, el hecho de que las Líneas Directrices no sean legalmente obligatorias no implica que tengan un carácter meramente voluntario.⁹⁹

Por otra parte, a diferencia de otros instrumentos de *soft law* que promueven la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, las Líneas Directrices contemplan un mecanismo de seguimiento e implementación. Los países adherentes a este instrumento deben establecer Puntos Nacionales de Contacto (PNC) competentes no sólo para promover e implementar las Líneas Directrices, sino para conocer de instancias específicas planteadas por el sector empresarial, las organizaciones de trabajadores, las organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas en relación con el supuesto incumplimiento de las disposiciones de dicho instrumento por parte de una empresa.¹⁰⁰

Existen precedentes en los PNC en los que se alegan incumplimientos a las disposiciones en materia de cambio climático. En 2007, por ejemplo, se interpuso una instancia específica ante el PNC de Alemania en contra de la empresa *Volkswagen*, alegando que la empresa no estaba divulgando información sobre las emisiones de GEI de sus vehículos y llevaba a cabo una campaña en contra de la normativa climática.¹⁰¹ En 2009, un segundo caso ante el PNC de Alemania se presentó en contra de la empresa *Vattenfall* por los potenciales impactos de las emisiones de GEI de una central térmica

⁹⁹ Cantú Rivera, Humberto, “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2015, vol. 15, núm. 1, pp. 611-658.

¹⁰⁰ Para un análisis sobre la aplicación de las Líneas Directrices y de sus PNC para regular el comportamiento de las empresas y prevenir abusos de derechos humano y daños ambientales, véase, Robinson, Scott, “International Obligations, State Responsibility and Judicial Review Under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2014, vol. 30, núm. 78, pp. 79 y 80.

¹⁰¹ Véase, *Germanwatch vs. Volkswagen*, disponible en: www.oecdwatch.org/cases/Case_119 (consultado el 1o. de octubre de 2019).

de carbón, lo que incumplía las recomendaciones de las Líneas Directrices sobre políticas ambientales nacionales y protección del consumidor.¹⁰² Un tercer caso se presentó en el PNC de Noruega en contra de la empresa estatal *Statoil* por su complicidad con Canadá en el incumplimiento de las obligaciones internacionales de reducir sus emisiones de GEI. En este caso se alegó que las inversiones de la empresa en actividades de extracción de arenas bituminosas (*oilsands*) eran contrarias a lo estipulado en el capítulo sobre medio ambiente de las Líneas Directrices.¹⁰³ No obstante, todas estas instancias específicas relacionadas con el cambio climático fueron desestimadas, ya sea porque las cuestiones alegadas no estaban dentro de las competencias de los PNC, o bien, por la falta de fundamentos en las quejas.

En 2017, diversas ONG, incluidas *OxfamNovib*, *Greenpeace*, *BankTracky Friends of the Earth Netherlands*, interpusieron una queja ante el PNC de los Países Bajos, alegando que *ING Bank* violaba las disposiciones climáticas de las Líneas Directrices. Según las ONG, este banco no evaluaba los impactos climáticos de sus actividades financieras, ni divulgaba información sobre las emisiones de GEI de dichas actividades. Por tanto, se solicitaba al PNC que el banco identificara y publicara las emisiones de GEI directas e indirectas que producían los proyectos y empresas que recibían financiamiento por parte del banco. Este es el primer precedente en que un PNC acepta un caso relacionado con las disposiciones en materia de cambio climático, señalando expresamente que “[u]nder the terms of the OECD Guidelines companies are expected to conduct a due diligence process in respect of their environmental impact, including climate impact”.¹⁰⁴ En abril de 2019, el PNC publicó el informe final del proceso de instancia específica en el que destacó que la observancia de las Líneas Directrices implica que las em-

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Norwegian Climate Network et al v. Statoil*, disponible en: www.oecdwatch.org/cases/Case_248 (consultado el 1o. de octubre de 2019).

¹⁰⁴ Véase, Dutch Ministry of Foreign Affairs-OECD National Contact Point, “Initial Assessment. Notification Oxfam Novib, Greenpeace, BankTrack, Friends of the Earth Netherlands (Milieudefensie) vs. ING”, 14 de noviembre de 2017, disponible en: www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2017/11/14/publication-dutch-ncp-initial-assessment-filed-by-4-ngos-vs.-ing-bank (consultado el 1o. de octubre de 2019). Para una descripción de los hechos, véase, Chiaro, Elisa, “Corporate Responsibility for Climate Change: Litigation and Other Grievance Mechanisms”, *Doing Business Right Blog*, 30 de enero de 2018, disponible en: www.asser.nl/DoingBusinessRight/Blog/post/corporate-responsibility-for-climate-change-litigation-and-other-grievance-mechanisms-by-elisa-chiaro#_ftnref35 (consultado el 1o. de octubre de 2019).

presas deben establecer objetivos concretos para gestionar sus impactos de conformidad con las políticas nacionales y los compromisos internacionales en materia de medio ambiente. Por tanto, sugirió a *ING Bank* que formulara objetivos concretos de reducción de emisiones para sus servicios financieros que estuvieran alineados con el Acuerdo de París.¹⁰⁵

3. *Los Principios sobre Obligaciones Climáticas de las Empresas*

Finalmente, cabe hacer referencia a los Principios sobre Obligaciones Climáticas de las Empresas (*Enterprises Principles*) de 2018,¹⁰⁶ que dan seguimiento a los Principios de Oslo sobre Obligaciones Globales respecto al Cambio Climático.¹⁰⁷ Los Principios de Oslo fueron adoptados en 2015 por un grupo de expertos compuesto por académicos, jueces y abogados de prestigio internacional de diferentes países, como Brasil, China, India, Estados Unidos y Países Bajos. Estos Principios articulan y clarifican las obligaciones de los Estados y, en menor medida, de las empresas, de adoptar medidas urgentes para minimizar los efectos catastróficos del cambio climático.

Los Principios de Oslo se rigen por una interpretación del principio de precaución contenido en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Por ello, señalan que, teniendo en cuenta la evidencia clara y contundente de que los GEI producidos por la actividad humana están causando cambios significativos en el clima y que éstos implican un riesgo grave de daños irreversibles a la humanidad, incluyendo a las actuales y futuras generaciones, se requiere que se reduzcan las emisiones globales de GEI. Esta reducción se debe hacer en la dimensión y al ritmo necesario para procurar la protección frente a las amenazas y riesgos del cambio climático. Para lograr el objetivo de reducción de los niveles

¹⁰⁵ Véase, “NCP Final Statement notification 4 NGOs vs. ING”, disponible en: www.oecd-guidelines.nl/documents/publication/2019/04/19/ncp-final-statement-4-ngos-vs-ing (consultado el 1o. de octubre de 2019).

¹⁰⁶ Expert Groupon Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, La Haya, Eleven International Publishing, 2018.

¹⁰⁷ Sobre los Principios de Oslo y sus comentarios, véase, ExpertGroupon Global Climate Obligations, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, La Haya, Eleven International Publishing, 2015.

de GEI requeridos, debería estar basado en los peores escenarios, creíbles y realistas. Todas las medidas adoptadas en cumplimiento del principio de precaución deberían ser llevadas a cabo sin considerar los costos, excepto cuando éstos sean completamente desproporcionados con relación a las reducciones logradas.¹⁰⁸ Para ello, se propone la elaboración de un plan de reducción de emisiones continuo que garantice que el total del aumento de la temperatura media de la superficie terrestre nunca exceda las temperaturas preindustriales en más de 2°C.¹⁰⁹

Según Spier, uno de los miembros del grupo de expertos, durante el proceso de elaboración de los Principios de Oslo, fue relativamente fácil llegar a un acuerdo sobre las obligaciones climáticas de los Estados, pero no lo fue para el caso de las empresas.¹¹⁰ A pesar de ello, el documento final de los Principios de Oslo incluyó cuatro obligaciones dirigidas a las empresas y a las entidades bancarias y financieras, que son complementarias a las de los Estados (principios 27-30). En el marco de los Principios de Oslo, las empresas deberían evaluar la vulnerabilidad y el efecto financiero que el cambio climático tendrá sobre sus actividades, así como llevar a cabo un análisis de la huella de carbono antes de construir cualquier nueva instalación. Por su parte, las entidades bancarias y financieras deben tener en cuenta los efectos de las emisiones de GEI de cualquier proyecto que vayan a financiar.

Por lo anterior, un grupo de expertos consideró pertinente profundizar en las obligaciones climáticas de las empresas e inversores para complementar los Principios de Oslo y conseguir el objetivo establecido en el Acuerdo de París.¹¹¹ Este grupo de expertos partió de dos consideraciones básicas para la elaboración de dicho documento, que clarifica las obligaciones de las

¹⁰⁸ Borràs Pentinat, Susana y Felipe Pérez, Beatriz, “El régimen jurídico del cambio climático: entre la justicia climática y los derechos humanos”, Working Paper No. 2, disponible en: www.dret-public.urv.cat/media/upload/domain_89/arxius/working%20papers/DEFINITIUS/working%20paper%202.pdf (consultado el 1o de octubre de 2019).

¹⁰⁹ Nagra, Satvinder, “The Oslo Principles and Climate Change Displacement: Missed Opportunity or Misplaced Expectations?”, *Carbon & Climate Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2017, pp. 120-135.

¹¹⁰ Spier, Jaap, “The Oslo Principles and the Enterprises Principles: Legal Strategies to Come to Grips with Climate Change”, *Journal of European Tort Law*, vol. 8, núm. 2, 2017, pp. 218-237.

¹¹¹ El grupo de expertos de los *Enterprises Principles* está conformado por juristas reconocidos de diferentes partes del mundo: Thomas Pogge, Brian Preston, Tianbao Qin, James Silk, Jaap Spier (reporter), Elisabeth Steiner, Philip Sutherland y Daniël Witte.

empresas (públicas y privadas) frente al cambio climático. En primer lugar, las empresas, junto con otros actores, contribuyen a generar un peligro inminente si no reducen de manera significativa sus emisiones de GEI. Es decir, si las empresas continúan con el paradigma del *business as usual* crean un riesgo inaceptable que puede evitarse a un costo relativamente modesto. En segundo lugar, si las empresas no reducen sus emisiones, los Estados no pueden alcanzar sus objetivos de reducción establecidos en sus compromisos internacionales.¹¹²

Los *Enterprises Principles* articulan 30 principios no vinculantes, acompañados de sus respectivos comentarios, que detallan una serie de medidas enfocadas principalmente en la mitigación del cambio climático, a través de la reducción y prevención de emisiones de GEI, las cuales deben alinearse con los compromisos internacionales de los Estados. Asimismo, incluyen medidas relacionadas con los productos y servicios de las empresas y sus cadenas de suministro. Estos principios no crean nuevas obligaciones para las empresas ni remplazan instrumentos en vigor, sino más bien consisten en una interpretación de la legislación en el estado actual combinada con una predicción de los posibles desarrollos legales en materia de cambio climático en un futuro próximo.¹¹³ Por tanto, los *Enterprises Principles* emanan de diversas áreas del derecho positivo: privado, ambiental, derechos humanos, corporativo, así como de instrumentos *soft law*, como códigos de conducta y de buen gobierno corporativo, sentencias de tribunales internacionales y nacionales, informes y doctrina legal.

Las obligaciones de reducción contempladas en el principio 2o. constituyen la piedra angular de los *Enterprises Principles*. Bajo el enfoque preventivo de este instrumento, se pone énfasis en la reducción de emisiones de GEI de las actividades empresariales para mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales. Las obligaciones de reducción no sólo aplican directamente a las

¹¹² Sobre este punto, Spier señala que “[a]fter all, as a rule of thumb, states will only be able to meet their reduction obligations if enterprises under their jurisdiction reduce their emissions at the same rate.” Spier, Jaap, “Legal Obligations of Enterprises and Investors in the Face of Climate Change”, *Chinese Journal of Environmental Law*, 2018, vol. 2, núm. 1, pp. 99-111.

¹¹³ Véase el análisis de los Principios sobre Obligaciones Climáticas de las Empresas en Spier, Jaap, “The Principles on Climate Obligations of Enterprises: An Attempt to Give Teeth to the Universally Adopted View that We Must Keep Global Warming below an Increase of Two Degrees Celsius”, *Uniform Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2018, pp. 1-17.

actividades de una determinada empresa, sino que también garantizan que cualquier otra entidad que esté bajo su control cumpla con las obligaciones de reducir emisiones de GEI (principio 6). Asimismo, estas obligaciones se relacionan directamente con los objetivos y compromisos internacionales de los Estados en los que operan las empresas. Esta flexibilidad puede crear divergencias importantes en las obligaciones de reducción, lo que sigue favoreciendo que las empresas elijan estratégicamente el lugar de sus operaciones, alejándose así de aquellos Estados con compromisos climáticos más estrictos. No obstante, el principio 15 establece que las empresas deben cumplir con las obligaciones de los *Enterprises Principles*, incluso si las leyes nacionales o los acuerdos internacionales, vigentes o adoptados posteriormente, requieren una reducción menos estricta de las emisiones de GEI.

Los *Enterprises Principles* se aplican a todas las empresas, sin embargo, hacen especial énfasis en las globales, entendidas como las empresas, o grupo de empresas, que generan productos u ofrecen servicios en diversos Estados a través de subsidiarias. En el marco de los *Enterprises Principles*, las empresas globales tienen mayores obligaciones de reducción de emisiones en sus operaciones transnacionales, dado que son actores globales con la capacidad de deslocalizar sus actividades a Estados con compromisos climáticos más laxos, así como, por su gran influencia económica y política para poder mejorar la acción climática global.¹¹⁴ Este tratamiento diferenciado se alinea con el régimen internacional del cambio climático, que se ha regido por el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. El artículo 3o. de la CMNUCC determina, de conformidad con el Principio 7o. de la Declaración de Río de 1992, que los Estados parte deben proteger el sistema climático. Sin embargo, impone mayores obligaciones a los países industrializados que, a lo largo de la historia han aumentado exponencialmente el calentamiento global debido a su sistema de consumo y producción, basado en la quema de combustibles fósiles y en prácticas industriales sumamente contaminantes.¹¹⁵ Por tanto, teniendo en cuenta su deuda histórica y su capacidad económica y técnica, las empresas de los *Carbon Majors* adquieren un deber de tomar la iniciativa en lo que respecta a

¹¹⁴ Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

¹¹⁵ Aristegui, Juan Pablo, “Evolución del principio «responsabilidades comunes pero diferenciadas» en el régimen internacional del cambio climático”, *Anuario de Derecho Público UDP*, núm. 1, 2012, pp. 585-611.

combatir el cambio climático y sus efectos adversos. Mientras tanto, las pequeñas y medianas empresas también deben contribuir a alcanzar el objetivo establecido en el Acuerdo de París, a través de obligaciones más flexibles que correspondan con sus contribuciones al cambio climático y atendiendo a sus capacidades y recursos.

El abanico de medidas y acciones de reducción de emisiones de GEI contempladas en los *Enterprises Principles* es amplio y son lo suficientemente generales, pero precisas a la vez como para indicar qué se espera de las empresas. El principio 7o. enumera una serie de medidas, sin costes adicionales, que deben aplicar para reducir sus emisiones de GEI y mejorar su eficiencia energética. Por ejemplo, apagar los equipos que consumen energía cuando no están en uso, eliminar el consumo excesivo de energía en calefacción, refrigeración e iluminación, evitar el consumo innecesario de los dispositivos al proporcionar una función de apagado automático o aumentar la vida útil de los productos. Por su parte, el principio 8o. señala que deben tomar medidas para reducir las emisiones de GEI de sus actividades que incurren en costos adicionales si éstos se compensan con ahorros financieros futuros o ganancias financieras dentro de un periodo razonable.

Por otra parte, los *Enterprises Principles* establecen que las empresas que lleven a cabo actividades, productos y servicios que generen o puedan generar emisiones excesivas de GEI, deben adoptar medidas compensatorias por dichas emisiones. Por tanto, las operaciones de las centrales eléctricas de carbón, la extracción de petróleo y el *fracking*, actividades que en principio generan emisiones de GEI de manera excesiva, deben evitarse a menos que se contemplen medidas para compensar el exceso de emisiones de GEI. En este sentido, también se considera que son desproporcionadas las emisiones de una empresa si son superiores a las de sus competidores. En relación con los productos y servicios que generan emisiones excesivas de GEI, las empresas no sólo deben adoptar las medidas compensatorias, sino que deben plantearse su rediseño (principios 9o. y 10).

A pesar de que las emisiones de las actividades de una empresa sean mínimas o ésta haya cumplido con sus obligaciones de reducción, no la exime de cumplir con otras obligaciones contempladas en los *Enterprises Principles* (principio 14). En estos casos, debe evaluar las emisiones de GEI de sus proveedores de bienes y servicios al momento de seleccionarlos (principio 17). Asimismo, debe evaluar y divulgar información de manera continua sobre los impactos climáticos a los que contribuyen sus actividades, pro-

ductos y servicios (principio 21), así como sobre los riesgos a los que está expuesta, los efectos financieros que produce el cambio climático sobre sus actividades y el coste de las medidas técnicas y financieras de reducción de emisiones (principio 18). Esta información debe estar disponible y accesible en la página web para las partes afectadas, directa e indirectamente, por las actividades de la empresa, incluidos inversores, accionistas, clientes, empleados, reguladores de valores y el público en general (principio 20). De hecho, las obligaciones de divulgar información de los *Enterprises Principles* están inspiradas en la diligencia debida contemplada en los Principios Rectores. Parte del proceso consiste en comunicar a las partes interesadas los impactos de las actividades de las empresas y las medidas adoptadas para hacer frente a dichos impactos.¹¹⁶

Finalmente, los *Enterprises Principles* promueven que las empresas realicen una evaluación de impacto ambiental antes de construir cualquier instalación nueva o ampliar una instalación existente. Dicha evaluación debe realizarse de conformidad con las mejores prácticas existentes y debe incluir la huella de carbono de la instalación propuesta, los efectos climáticos, las formas de reducirlos y las consecuencias que el cambio climático puede tener en la instalación propuesta (principio 24). En este sentido, en el ámbito europeo, la Directiva 2011/92/UE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente determina que los Estados miembros de la UE adoptarán las medidas necesarias para que el promotor de un proyecto suministre información sobre los elementos del medio ambiente que se puedan ver afectados de forma considerable por el proyecto propuesto, incluidos los factores climáticos.¹¹⁷

Los *Enterprises Principles* están sujetos a mejoras, sin lugar a duda. Por ejemplo, se les podría atribuir un mayor enfoque de derechos humanos, alineado con la orientación del Acuerdo de París. Por otra parte, las obligaciones de reparación de daños por los impactos climáticos asociados a las actividades de las empresas merecen un espacio en este instrumento,

¹¹⁶ Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *op. cit.*, p. 185.

¹¹⁷ Véase, Anexo IV de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, DO L 26, de 28 de enero de 2012, p. 1/21, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0092&from=ES> (consultado el 01/10/19).

en caso de que no se cumplan las obligaciones de reducción de emisiones de GEI. Asimismo, aunque no sea un instrumento sujeto a la firma y ratificación de los Estados, requiere de un respaldo por parte de los mismos para una mayor legitimación y sobre todo para que las empresas incorporen sus principios en sus operaciones. No obstante, a pesar de estos puntos mejorables, los *Enterprises Principles* constituyen un instrumento innovador, orientador y único en su clase que contribuye a cubrir los vacíos del régimen internacional del cambio climático respecto a las obligaciones directas de las empresas en la lucha contra este fenómeno de dimensiones globales. Sin embargo, la materialización de los principios en la práctica, por parte de las empresas, se constituye como el principal obstáculo a superar. Como bien indica Spier, a raíz de las consultas con empresarios y entidades financieras, “there was not much appetite in the business community for the idea that enterprises have legal obligations in the face of climate change. Most discussion partners preferred non-binding rules and voluntary pledges”.¹¹⁸

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda que el cambio climático es una amenaza para la comunidad internacional que requiere de acciones urgentes para evitar el colapso de nuestra especie, así como la extinción del resto. Se trata de uno de los principales desafíos del derecho internacional contemporáneo, que requiere que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, reformulen sus sistemas económicos y promuevan una transición energética justa y efectiva. Sin embargo, en los instrumentos internacionales, en materia de cambio climático, persisten importantes lagunas normativas para abordar de manera efectiva la lucha contra este problema global y contrarrestar sus efectos negativos. El régimen internacional del cambio climático, en su estado actual, se ve sobrepasado por el modelo económico global, que continúa dependiendo de la quema de combustibles fósiles. Esto permite que los agentes económicos, como las empresas, sigan obteniendo grandes beneficios a costa de la crisis climática, con base en la especulación del aumento de la demanda energética.

¹¹⁸ Spier, Jaap, “The Principles on Climate Obligations...”, *cit.*, p. 15.

La contribución de las empresas a la crisis climática no es baladí, como tampoco lo son sus intentos de obstaculizar o de influir en las negociaciones y políticas climáticas globales en beneficio propio. El actual régimen internacional del cambio climático descentraliza la gobernanza climática global, lo que atribuye a las empresas un papel más activo. No obstante, se mantiene dentro de los límites del *statu quo* del derecho internacional, por lo que el objetivo de mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales sigue dependiendo en mayor medida de la voluntad política de los Estados, con diferentes capacidades, recursos, culturas y grados de compromisos con la protección del medio ambiente y sus elementos.

Mientras tanto, las acciones climáticas de las empresas, muchas de ellas con mayores capacidades y recursos que algunos Estados, orbitan en el ámbito de la voluntariedad. Estas acciones responden principalmente a la presión de agentes externos (ONG, consumidores, competidores) y a las condiciones del mercado. Este sistema se muestra sobradamente inefectivo para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París, y para influir en el modelo y prácticas corporativas de las empresas. Por ello, la presente investigación propone la aplicación horizontal de los instrumentos internacionales en materia de cambio climático, con el fin de imponer a las empresas mayores obligaciones de reducción de emisiones y de promoción de una transición energética. La evolución hacia un régimen internacional de responsabilidad mutua que imponga a los Estados y empresas compromisos vinculantes de reducción podría ser clave para evitar el fracaso que lleve al colapso del sistema climático. En este sentido, el Acuerdo de París aporta una fórmula novedosa al derecho internacional contemporáneo que se podría ajustar a las actividades de las empresas. Un mecanismo voluntario de compromisos determinados similar al de los Estados podría ser viable para algunas empresas o sectores industriales, que contribuyen de manera significativa al cambio climático. Así, se les impondría una obligación flexible de reducir emisiones teniendo en cuenta sus intereses y circunstancias específicas.

El consenso global con relación a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales supone importantes oportunidades para exigirles que contribuyan a alcanzar los objetivos del Acuerdo de París. No sólo a través de la imposición directa de obligaciones de reducción de emisiones, sino también de obligaciones de diligencia debida para que establezcan un proceso continuo

que permita identificar, prevenir, mitigar y responder por las contribuciones al cambio climático de sus actividades, productos y servicios, así como de sus cadenas de suministro. Si las empresas no contribuyen a asegurar la estabilidad del sistema climático, sus acciones y compromisos con el respeto de los derechos humanos carecen de un fin. En este sentido, cabe destacar los avances en algunos instrumentos internacionales *soft law* que promueven la responsabilidad de respetar los derechos humanos y añaden un valor agregado a la gobernanza climática global, ya que incorporan estándares climáticos aplicables a las actividades y relaciones comerciales de las empresas. Estos instrumentos, analizados en el presente artículo, sirven de modelo para articular obligaciones directas y claras para estas entidades en virtud del régimen internacional del cambio climático.

El debilitamiento del Estado en el contexto de la globalización plantea serias dudas sobre su capacidad y voluntad política para hacer frente a la crisis social y ambiental en la era del Antropoceno. Por tanto, es necesaria una reconceptualización de las nociones básicas y los esquemas obsoletos del orden legal internacional que permita ampliar el umbral de sujetos reconocidos en virtud del derecho internacional. El cambio climático pone en evidencia la necesidad de seguir explorando las fronteras del derecho internacional respecto a las obligaciones y responsabilidades de las empresas. Estos actores globales son entidades clave en la aplicación del régimen internacional del cambio climático y sus acciones son determinantes para alcanzar los objetivos planteados en el Acuerdo de París.

V. BIBLIOGRAFÍA¹¹⁹

- ÁLVAREZ, José E., “Are Corporations Subjects of International Law?”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, núm. 1, 2011.
- AMIS, L., *A Guide for Business: How to Develop a Human Rights Policy*, United Nations Global Compact Office-Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2011.

¹¹⁹ En lo que respecta a las fuentes distintas de la literatura legal, por ejemplo, jurisprudencia o informes de organismos gubernamentales y no gubernamentales, véase notas a pie de página.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- ARATO, Julian, “Corporations as Lawmakers”, *Harvard International Law Journal*, vol. 56, núm. 2, 2015.
- ARÍSTEGUI, Juan Pablo, “Evolución del principio «responsabilidades comunes pero diferenciadas» en el régimen internacional del cambio climático”, *Anuario de Derecho Público UDP*, núm.1, 2012.
- BÄCKSTRAND, Karin *et al.*, “Non-State Actors in Global Climate Governance: from Copenhagen to Paris and beyond”, *Environmental Politics*, vol. 26, no. 4, 2017.
- BORRÀS PENTINAT, Susana y FELIPE PÉREZ, Beatriz, “El régimen jurídico del cambio climático: Entre la justicia climática y los derechos humanos”, Working Paper, no. 2.
- BOYLE, Alan, “Climate Change, The Paris Agreement and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, no. 4, 2018.
- CANTÚ RIVERA, Humberto, “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, núm. 1, 2015.
- ČERNIČ, JernejLetnar, “The 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, *American Society of International Law Insights*, vol. 16, no. 4, 2012.
- CORPORATE ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL *et al.*, *How Big Polluters are Undermining Global Climate Policy*, Johannesburgo-Bruselas-Boston-Davo City, Corporate Accountability International, ActionAid, APMDD, CEO, ETC Group, 2017.
- CORPORATE ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL, *Inside Job: Big Polluters’ Lobbyists on the inside at the UNFCCC*, Londres, Corporate Accountability International, 2017.
- DELLINGER, Myanna, “See You in Court: Around the World in Eight Climate Change Lawsuits”, *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 42, núm. 2, 2018.
- DEVA, Surya, “Taking Nature Seriously Can the UN Guiding Principles Tame Corporate Proiteering?”, en VOIGT, Christina (ed.), *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2013.
- DEVA, Surya, “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles”, en DEVA, Surya y BILCHITZ, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, CUP, 2013.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- EKWURZEL, Brenda *et al.*, “The Rise in Global Atmospheric CO₂, Surface Temperature, and Sea Level from Emissions Traced to Major Carbon Producers”, *Climatic Change*, vol. 144, núm. 4, 2017.
- EXPERT GROUP ON CLIMATE OBLIGATIONS OF ENTERPRISES, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, La Haya, Eleven International Publishing, 2018.
- EXPERT GROUP ON GLOBAL CLIMATE OBLIGATIONS, *Oslo Principles on Global Climate Obligations*, La Haya, Eleven International Publishing, 2015.
- FAJARDO, Teresa, “El Acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, 2018.
- FERREY, Steven, “Corporate social responsibility and climate change”, en FARBER, Daniel A. y PEETERS, Marjan (eds.), *Climate Change Law*, vol I, Cheltenham-Massachusetts, Edwar Elgar, 2016.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Laura, “El caso Huaraz: David contra Goliat o «Saúl L. contra RWE AG»: Un precedente clave en la justicia climática”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 40, 2018.
- GLOBAL REPORTING INITIATIVE (GRI), CSR EUROPE, ACCOUNTANCY EUROPE, *Member State Implementation of Directive 2014/95/EU. A comprehensive overview of how Member States are implementing the EU Directive on Non-financial and Diversity Information*, Bruselas-Ámsterdam, GRI-CRS Europe, 2017.
- GRIFFIN, Paul, *The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017*, Londres, CPD UK, 2017.
- HEEDE, Richard, “Tracing Anthropogenic Carbon Dioxide and Methane Emissions to Fossil Fuel and Cement Producers, 1854-2010”, *Climatic Change*, vol. 122, núm. 1-2, 2013.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, Londres, IBA, 2014.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel y FELIPE PÉREZ, Beatriz, “Anhelando justicia en la era del cambio climático: de la teoría a la práctica”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, vol. 9, núm. 2, 2018.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, “Explorando las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos: hacia la adopción de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos”, *Akademia. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, vol. 1, núm. 1, 2018.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, “La litigación climática en contra de los *Carbon Majors* en los Estados de origen: apuntes desde la perspectiva de empresas y derechos humanos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019.
- IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática”, *Revista de Direito Internacional*, 2019 (en prensa).
- IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, *La regulación de las empresas transnacionales domiciliadas en la Unión Europea en relación con sus estándares de comportamiento y su responsabilidad por los daños ambientales causados en terceros Estados*, tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 2017.
- INFLUENCE MAP, *Big Oil’s Real Agenda on Climate Change*, Londres, Influence Map, 2019.
- IPCC, “Summary for Policymakers”, en IPCC, *Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Ginebra, World Meteorological Organization, 2018.
- IPCC, *Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge/Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- JOACHIM, Karl, “The OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, en ADDO, M. K. (ed.), *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- LÖVBRAND, Eva *et al.*, “Making Climate Governance Global: how UN climate Summitry comes to Matter in a Complex Climate Regime”, *Environmental Politics*, vol. 26, núm. 4, 2017.
- MCCRIMMON, Don, “The Athabaskan Petition to the Inter-American Human Rights Commission: Using Human Rights to Respond to Climate Change”, *The Polar Journal*, vol. 6, núm. 2, 2016.
- MURRAY, Jill, “A New Phase in the Regulation of Multinational Enterprises: the Role of the OECD”, *Industrial Law Journal*, vol. 30, núm. 3, 2001.
- NAGRA, Satvinder, “The Oslo Principles and Climate Change Displacement: Missed Opportunity or Misplaced Expectations?”, *Carbon & Climate Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2017.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- NASIRITOUSI, Naghmeh *et al.*, “The Roles of Non-State Actors in Climate Change Governance: Understanding Agency Through Governance Profiles”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 16, núm. 1, 2016.
- NASIRITOUSI, Naghmeh, “Fossil Fuel Emitters and Climate Change: Unpacking the Governance Activities of Large Oil and Gas Companies”, *Environmental Politics*, vol. 26, núm. 4, 2017.
- NAVA ESCUDERO, César, “El Acuerdo de París. Predominio del Soft Law en el Régimen Climático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, núm. 147, 2016.
- NOLAN, Justine, “Hardening Soft Law: are the Emerging Corporate Social Disclosure Laws Capable of Generating Substantive Compliance with Human Rights?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 15, núm. 2, 2018.
- OCDE, *Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola*, París, OCDE, 2017.
- OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, París, OECD Publishing, 2013.
- OECD y CDSB, *Climate Change Disclosure in G20. Countries Stocktaking of Corporate Reporting Schemes*, París-Londres, OECD-CDSB, 2015.
- OLAWUYI, Damilola S., “Climate Justice and Corporate Responsibility: Taking Human Rights Seriously in Climate Actions and Projects”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, núm. 1, 2016.
- OSOFSKY, Hari M., “The Role of Climate Change Litigation in Establishing the Scale of Energy Regulation”, *Annals of the Association of American Geographers*, 101, núm. 4, 2011.
- ROBINSON, Scott, “International Obligations, State Responsibility and Judicial Review under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Regime”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, núm. 78, 2014.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel, “Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos”, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, vol. 7, núm. 2, 2016.
- RUGGIE, John G., “The Construction of the UN «Protect, Respect and Remedy» Framework for Business and Rights: The True Confessions of a Principled Pragmatist”, *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2011.
- RUGGIE, John y NELSON, Tamaryn, “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Imple-

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- mentation Challenges”, *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 66*. Cambridge, John F. Kennedy School of Government, Harvard University.
- SABIDO, Pascoe, *Receta para el cambio climático. La influencia de las empresas responsables de crímenes del clima sobre la COP 21*, Bruselas, Corporate Europe Observatory, 2015.
- SALINAS ALCEGA, Sergio, “El Acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, núm. 1, 2018.
- SARA L. y SLATTERY, Michael, “Business, Human Rights and the IBA Climate Justice Report”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 34, núm. 1, 2016.
- SPIER, Jaap, “The Oslo Principles and the Enterprises Principles: Legal Strategies to Come to Grips with Climate Change”, *Journal of European Tort Law*, vol. 8, núm. 2, 2017.
- SPIER, Jaap, “Legal Obligations of Enterprises and Investors in the Face of Climate Change”, *Chinese Journal of Environmental Law*, vol. 2, núm. 1, 2018.
- SPIER, Jaap, “The Principles on Climate Obligations of Enterprises: An Attempt to Give Teeth to the Universally Adopted View that We Must Keep Global Warming below an Increase of Two Degrees Celsius”, *Uniform Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2018.
- SCHUTTER, Olivier de, “The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, en SCHUTTER, Olivier de (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006.
- UNEP, *Climate Change and Human Rights*, Nairobi, UNEP, 2015.
- VANASSELT, Harro, “The Role of Non-State Actors in Reviewing Ambition, Implementation, and Compliance under the Paris Agreement”, *Climate Law*, vol. 6, núm. 1-2, 2016.
- VERSCHUUREN, Jonathan, “The State of the Netherlands vs. Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions”, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 28, núm. 1, 2019.

Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático*

Indetermination of Legal Status of the Migrant by Climate Change

Indetermination du statut juridique du migrant par le changement climatique

Rosalía Ibarra Sarlat**

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Cifras que reflejan la problemática*. III. *Estatus jurídico, definiciones y categorías doctrinales*. IV. *El caso de Ioane Teitiota: ciudadano de Kiribati*. V. *Reflexión final*. VI. *Bibliografía*.

* Estudio preliminar en el marco del proyecto en materia de *Migraciones humanas y cambio climático*. En proceso.

** Licenciada en derecho por la UNAM. Doctora en derecho ambiental por la Universidad de Alicante, España. Investigadora adscrita al área de derecho ambiental en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Artículo recibido el 26 de junio de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 135-167
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: El presente trabajo destaca la importancia de la adopción de un concepto jurídico que reconozca al migrante por cambio climático en el ámbito del derecho internacional. Las migraciones poblacionales transfronterizas a causa de los impactos del cambio climático antropogénico son una realidad que requieren del reconocimiento, más que doctrinario, jurídico, en el ámbito del derecho internacional. La variedad de acepciones y categorías doctrinales (no vinculantes), reflejan la falta de enfoque del problema y los vacíos legales a afrontar. Actualmente no existe consenso sobre un concepto legal e unívoco que defina a las personas que se desplazan por cambio climático, su estatus jurídico es indeterminado, así como el instrumento normativo aplicable que proporcione la necesaria protección jurídica internacional, que les asegure a los migrantes una reubicación planificada fuera de sus países de origen y que garantice el respeto de sus derechos. Las consecuencias legales ante la falta de estatus jurídico son reflejadas al analizar el caso del señor Ioane Teitota, ciudadano de Kiribati, quien ante las Cortes de Nueva Zelanda solicitó el estatus de refugiado debido a las dificultades que enfrenta su país con respecto a los impactos del cambio climático, especialmente por la elevación del nivel del mar.

Palabras clave: migración, migrante, refugiado, desplazado, cambio climático, Kiribati.

ABSTRACT: This paper highlights the importance of the establishment of a legal term that recognizes the climate change displaced people in the framework of International Law. Transborder migrations caused by the impacts of anthropogenic climate change are a reality that require recognition, rather than doctrinal, legal, in the field of International Law. The variety of doctrinal meanings and categories (not legally binding) shows up the lack of focus of the problem and the legal gaps to face. Currently there is no consensus on a legal and univocal concept that defines people who are displaced by climate change, its legal status its undetermined, as well as the applicable normative instrument that provides the necessary international legal protection, which assures migrants a planned relocation outside their home countries and that guarantees respect for their rights. The legal consequences of the lack of legal status are reflected when analyzing the case of Kiribati's citizen, Mr. Ioane Teitota, who, before the New Zealand Courts, requested refugee status due to the difficulties that he faced at his country with respect to the impacts of climate change, particularly in the face of sea level rise.

Key words: Migration, Migrant, Refugee, Displaced, Climate Change, Kiribati.

RÉSUMÉ: Cet article souligne l'importance d'adopter un concept juridique qui reconnaît les migrants face au changement climatique dans le domaine du droit international. Les migrations transfrontalières de population dues aux impacts du changement climatique anthropique sont une réalité qui nécessite une reconnaissance, plutôt qu'une doctrine, un fondement juridique, dans le domaine du droit international. La variété de significations doctrinales et de catégories (non contraignantes) reflète le manque de focalisation du problème et les lacunes juridiques à combler. Il n'y a actuellement aucun consensus sur un concept juridique et univoque qui définit les personnes déplacées par le changement climatique, leur statut juridique est indéterminé, ainsi que sur l'instrument normatif applicable qui fournit la protection juridique internationale nécessaire, garantissant aux migrants une réinstallation planifiée en dehors de leur pays d'origine et garantissant le respect de leurs droits. Les conséquences juridiques de l'absence de statut juridique sont reflétées lors de l'analyse du cas de M. Ioane Teitota, citoyen de Kiribati, qui, devant les tribunaux néo-zélandais, a demandé le statut de réfugié en raison des difficultés rencontrées par son pays en ce qui concerne: Impacts du changement climatique, notamment en raison de l'élévation du niveau de la mer.

Mots-clés: migration, migrant, réfugié, déplacé, changement climatique, Kiribati

I. NOTA INTRODUCTORIA

La relación entre las migraciones poblacionales transfronterizas e internas y el cambio climático inducido y acelerado por causa antrópica, es un asunto que cada vez toma más relevancia, requiriendo de especial atención en el marco jurídico internacional.

Newland¹ señala que, básicamente son cuatro los efectos físicos del cambio climático que se vinculan con los desplazamientos masivos: el aumento del nivel del mar, el incremento de las temperaturas, los cambios en los ciclos hidrológicos y los ciclones tropicales cada vez más frecuentes e intensos, lo cual genera riesgos y provoca situaciones de emergencia.

La variabilidad climática y sus efectos en los medios de sustento,² la salud,³ la disponibilidad de agua,⁴ entre otros, afectarán la calidad de vida y la vida misma, lo que propiciará migraciones humanas;⁵ de igual modo, la elevación de los niveles del mar provocará que varias zonas costeras y los pequeños Estados insulares dejen de ser habitables; a su vez, la desertificación, la erosión, las inundaciones y sequías pueden generar movimientos de población.⁶

¹ Newland, Kathleen, *Climate Change and Migration Dynamics*, Washington, Migration Policy Institute, 2011, pp. 4-7.

² Véase, Ibarra, Rosalía, “Cambio climático, seguridad alimentaria y el derecho humano a la alimentación”, en Ibarra, Rosalía (coord.), *Cambio climático y gobernanza. Una visión transdisciplinaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019 (en prensa); Miraglia, M. et al., “Climate Change and Food Safety: An Emerging Issue with Special Focus on Europe”, *Food and Chemical Toxicology*, núm. 47, 2009; FAO, *Climate Change: Implications for Food Safety*, Food and Agriculture Organization of the United Nation, 2008.

³ Véase, OPS, *Proteger la salud frente al cambio climático: evaluación de la vulnerabilidad y la adaptación*, Washington, USA, Organización Panamericana de la Salud, 2012.

⁴ Robles, Agustín y Garatuzza, Jaime, “Cambio climático en México: impactos esperados en la disponibilidad del agua”, en Cruz, Xóchitl et al. (coords.), *México ante la urgencia climática: ciencia, política y sociedad*, México, UNAM, CRIM, CIICH, PCCC, 2015, pp. 219-242; Sánchez, Ignacio et al., “Impacto de la variabilidad climática en la disponibilidad de agua para producción agrícola en México”, en Cruz, Xóchitl et al. (coords.), *op. cit.*, pp. 243-271.

⁵ Orsi, Adriana, “Desplazados ambientales”, *Futuros*, vol. VI, núm. 20, 2008.

⁶ Véase OIM, *Medioambiente, cambio climático y migración: perspectiva y actividades de la OIM*, Ginebra, Suiza, Organización Internacional para las Migraciones, 2011.

Sin embargo, esto no es una novedad, ya que la escasez de recursos naturales y la degradación ambiental han dado lugar a oleadas de emigrantes a lo largo de la historia;⁷ la cuestión es que actualmente el cambio climático agrava los fenómenos naturales repentinos, así como la degradación ambiental paulatina, ocasionando un mayor desarraigo, pérdida de viviendas, deterioro de los medios de sustento y producción de las comunidades afectadas⁸ (las más vulnerables y menos resilientes), lo que pone de manifiesto el alto coste humano y la profunda injusticia que supone el cambio climático.

Actualmente, por la elevación del nivel del mar el foco está puesto en los pequeños Estados insulares del Caribe y el Pacífico donde la existencia de islas y atolones de coral está amenazada, por lo que los impactos del cambio climático son un asunto de supervivencia de personas y naciones que urge ser atendido ante el vacío jurídico en la protección internacional, para enfrentar a las migraciones forzadas transfronterizas provocadas por el fenómeno climático.

II. CIFRAS QUE REFLEJAN LA PROBLEMÁTICA

El profesor Norman Myers, de la Universidad de Oxford, señaló que en 1995 los movimientos migratorios por causas ambientales totalizaron al menos 25 millones de personas procedentes, principalmente, de África, cifra que podría aumentar, pero no sólo en el continente africano sino a nivel mundial hasta alcanzar 200 millones de personas para 2050, como consecuencia del calentamiento global y la elevación del nivel del mar;⁹ cifra que

⁷ Boano, C. et. al., *Environmentally Displaced People Understanding the Linkages between Environmental Change, Livelihoods and Forced Migration*, Oxford, U. K., Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, 2008, p. 5.

⁸ Ibarra, Rosalía, “Cambio climático y conflictos socioambientales: migraciones forzadas”, en Carmona Lara, María del Carmen Aurora y Acuña Hernández, Ana Laura, *La Constitución y los derechos ambientales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 68.

⁹ Myers, Norman, *Environmental Refugees: An Emergent Security Issue*, 13th Meeting of the OSCE Economic Forum, Session III Environment and Migration, Organization for Security and Cooperation in Europe, Praga, 23-27 de mayo de 2005, p. 1.

ha sido ampliamente aceptada y reconocida por el *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC).¹⁰

La recopilación de datos en este contexto no es tarea sencilla, amplio es el trabajo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno —IDMC *Internal Displacement Monitoring Centre*—,¹¹ y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), quienes continúan mejorando la disponibilidad y la cobertura de los datos mundiales sobre las poblaciones en situación de vulnerabilidad; cuyas dificultades metodológicas, operacionales y políticas surgen debido a la naturaleza de las situaciones de emergencia, así como a las características, la vulnerabilidad y la “visibilidad” de las poblaciones objeto de estudio.¹²

Sin embargo, de acuerdo con el *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010* de la OIM,¹³ los mejores datos disponibles que se pueden tener sobre los desplazados por motivos ambientales son “probablemente” los que se obtienen respecto a los movimientos poblacionales que se producen ante los fenómenos meteorológicos extremos, es decir, ante la degradación ambiental repentina.

En este contexto, es destacable la información del IDMC, aunque sólo se refiere a movimientos internos, mas no transfronterizos. En 2017, de acuerdo con el *Global Report on Internal Displacement 2018*, se registraron en 135 países, 18.8 millones de nuevos desplazamientos asociados con este tipo de eventos climatológicos; como en años anteriores las zonas con alto riesgo de desastre son Asia meridional, Asia oriental y el Pacífico, en cuanto a las Américas, éstas se vieron desproporcionadamente afectadas. Se destaca que la gran mayoría de los nuevos desplazamientos se desencadenaron por

¹⁰ Para más estimaciones véase Boano *et al.*, *op. cit.*, p. 12; Brown, Oli, 2008, “El baile de cifras”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, 2008, pp. 8 y 9.

¹¹ El IDMC a nivel mundial es la fuente autorizada de datos y análisis sobre el desplazamiento interno; fue establecido en 1998, como parte del Consejo Noruego para Refugiados —NRC *Norwegian Refugee Council*—; proporcionan datos, análisis y experiencias mediante el monitoreo de situaciones de desplazamiento causadas por conflicto y violencia, desastres y desarrollo a nivel mundial.

¹² OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2018, p. 45.

¹³ OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2010, El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, Ginebra, Suiza, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2010.

inundaciones que representan 8.6 millones; y tormentas, principalmente ciclones tropicales (huracanes), con 7.5 millones; China, Filipinas, Cuba, Estados Unidos e India fueron los más afectados. Los huracanes Harvey, Irma y María rompieron varios registros en el Atlántico y el Caribe, y una serie de tifones en el sur y este de Asia y el Pacífico desplazó a gran número de personas en todo el año.¹⁴

En los registros del IDMC, son relevantes los datos señalados en el estudio: *Displacement due to Natural Hazard-Induced Disasters Global Estimates for 2009 and 2010*, en el cual se estimó que en 2010 más de 42 millones personas en todo el mundo se vieron obligadas a abandonar sus hogares debido a desastres desencadenados por peligros naturales repentinos (incluidos los terremotos); cabe apuntar que 38.3 millones, el 90% del total, fueron desplazados debido a fenómenos relacionados con el clima (hidrológicos, meteorológicos o climatológicos) provocados principalmente por inundaciones y en algunos casos tormentas. Los eventos climatológicos como las temperaturas extremas y los incendios forestales tuvieron un impacto relativamente pequeño.¹⁵

En 2008, de los 36.5 millones de personas desplazadas por fenómenos naturales, 20 millones tuvieron como causa algún evento relacionado con el clima;¹⁶ mientras que en 2012, se vieron desplazadas 32.4 millones, o sea el 98%, por inundaciones y tormentas. Estos tres años, 2010, 2008 y 2012 (en ese orden), cuentan con el mayor registro de desplazados internos por eventos climáticos; la zona que especialmente ha resultado afectada es Asia, seguida de África Occidental y Central.¹⁷

Las cifras señaladas desde luego muestran la relación entre la migración interna y el deterioro repentino generado por el cambio climático, no obs-

¹⁴ IDMC y NRC, *Global Report on Internal Displacement GRID 2018*, Ginebra, Switzerland, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council (NRC), 2018, pp. 6 y 7.

¹⁵ IDMC y NRC, *Displacement due to natural hazard-induced disasters*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council (NRC), 2011, pp. 11-13.

¹⁶ IDMC, NRC y UN OCHA, *Monitoring Disaster Displacement in the Context of Climate Change*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council (NRC), United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (UN OCHA), 2009, pp. 9-13 y 15.

¹⁷ IDMC y NRC, *Global estimates 2012: People displaced by disasters*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council (NRC), 2013, pp. 6, 7 y 11-13.

tante, hasta ahora no se cuenta con una base de datos estadísticos respecto a los movimientos poblacionales transfronterizos por fenómenos meteorológicos extremos, así como por el deterioro ambiental paulatino.¹⁸

Al respecto, la OIM en su reciente *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2018*, reconoce que “una de las principales lagunas es la falta de datos cuantitativos sobre los movimientos asociados con el cambio ambiental, en particular con el cambio climático”, ya que son escasos los datos sobre las tendencias de movilidad a largo plazo asociadas con los desastres desencadenados por fenómenos naturales, así como la duración de los desplazamientos y trayectorias subsiguientes.¹⁹

III. ESTATUS JURÍDICO, DEFINICIONES Y CATEGORÍAS DOCTRINALES

En este apartado analizaremos que, mientras existe una amplia variedad de definiciones y categorías doctrinales para conceptualizar en términos generales a las personas que se desplazan por motivos ambientales y/o, particularmente, por los impactos del cambio climático; por el contrario, jurídicamente, no hay un reconocimiento legal que los defina y en consecuencia los proteja, ello especialmente en el ámbito internacional, ya que la degradación ambiental y/o los impactos del cambio climático no son estipulados para obtener el estatus de “refugiado” de conformidad con el instrumento internacional en la materia, el cual analizaremos enseguida.

1. *El régimen jurídico internacional de los refugiados*

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en un contexto muy particular, el 28 julio de 1951 es adoptada la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la cual se señala en el artículo 1o., apartado A, 2), que el término refugiado es aplicable a toda persona que:

¹⁸ OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, cit., p. 77.

¹⁹ OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2018*, cit., p. 45.

... debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

De la definición anterior se desprende que adquiere el estatus de “refugiado” aquel que se ha desplazado por temor a una persecución, la cual debe estar motivada por cuestiones raciales, religiosas, políticas o sociales, dejando afuera cualquier otro factor que permita a un individuo o a un determinado grupo de personas calificarse como refugiados bajo este régimen internacional;²⁰ de tal manera que, quienes se ven obligados a abandonar su país debido al cambio climático, o que se van porque el cambio climático les dificulta ganarse el sustento en su país de origen, no pueden jurídicamente solicitar el estatus de refugiado conforme a la citada Convención; lo cual queda reforzado en el artículo 33, apartado 1, referente a la *prohibición de expulsión y de devolución* («*refoulement*»), donde se establece explícitamente el alcance de la Convención, al señalar que: “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

En el mismo sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, aprobada el 10 de septiembre de 1969, además de contemplar la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, establece en el párrafo 2 del artículo 1o. que:

El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residen-

²⁰ Ibarra, Rosalía, “Cambio climático y conflictos socioambientales: migraciones forzadas”, *cit.*, p. 74.

cia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.

A su vez, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada el 22 de noviembre de 1984, establece que en América Central, México y Panamá, la definición o concepto de refugiado recomendable es:

... aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Por lo tanto, los refugiados son personas que huyen de conflictos armados o de persecución, su situación es tan peligrosa e intolerable, que cruzan fronteras nacionales para buscar seguridad en países cercanos, y así, ser reconocidos internacionalmente como “refugiados”, con asistencia de los Estados, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otras organizaciones; su reconocimiento es a razón de que para ellos es demasiado peligroso regresar a casa, y necesitan asilo en otros lugares con el fin de evitar consecuencias mortales. De tal manera que la protección de los refugiados implica la protección ante los peligros de los cuales han huido, el acceso a procedimientos de asilo y medidas que garanticen que sus derechos humanos sean respetados, en lo que se encuentra una solución a largo plazo. Los países legalmente aplican el marco jurídico en materia de asilo y la protección de los refugiados.²¹

No obstante, la realidad actual impone nuevas y diversas causas que motivan desplazamientos involuntarios, como las sequías, la desertificación, la deforestación, las inundaciones, la degradación del suelo, etcétera; de ahí la inminente necesidad de adoptar o actualizar disposiciones jurídicas para el reconocimiento y protección de las migraciones climáticas.

²¹ Edwards, Adrian, “¿«Refugiado» o «migrante»? ¿Cuál es el término correcto? Los dos términos tienen diferentes significados, y confundirlos conduce a problemas para ambas poblaciones”, *UNHCR. ACNUR La Agencia de la ONU para los Refugiados*, 11 de julio, 2016 www.acnur.org/noticias/noticia/2016/7/5b9008e74/refugiado-o-migrante-cual-es-el-termino-correcto.html.

En este sentido, es interesante la postura de Biermann y Boas,²² quienes argumentan que no hay una razón convincente para reservar el término de refugiado para una categoría de personas quienes se hicieron el centro de atención, después de 1945, pues al día de hoy existen nuevas categorías de personas que se ven forzadas a abandonar sus hogares con consecuencias igualmente graves; además, consideran que el término “refugiado” tiene fuertes connotaciones morales de protección societal en la mayoría de las culturas y las religiones, por lo que emplear este término para los desplazados climáticos les proporcionará legitimidad y la urgente protección que merecen.

2. *El desplazado interno*

Las migraciones forzadas dentro de un mismo país por causas vinculadas con el cambio climático se entienden reconocidas en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998, ello al establecer que los desplazados internos son:

... las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.²³

Personas a quienes, las autoridades nacionales deben proporcionarles asistencia humanitaria y protección,²⁴ la cual debe comprender acciones que:²⁵

²² Biermann, Frank y Boas, Ingrid, “Climate Change and Human Migration. Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees”, en Scheffran, J. *et al.* (eds.), *Climate Change, Human Security and Violent Conflict*, Berlin, Springer-Verlag, 2012, p. 292.

²³ Numeral 2 del apartado de “Introducción: alcance y finalidad”.

²⁴ Principio 3, numeral 1, “Principios rectores de los desplazamientos internos”.

²⁵ Droege, Cordula, “Progresos en la protección jurídica de los desplazados internos”, *Revista Migraciones Forzadas GP 10*, diciembre, 2018, p. 9.

- 1) Prevengan o erradiquen un patrón concreto de abuso o atenúe sus efectos inmediatos.
- 2) Devuelvan la dignidad a las personas y garanticen condiciones de vida adecuadas.
- 3) Promuevan un entorno que propicie el respeto de los derechos humanos de conformidad con la normativa pertinente.

En este sentido, las soluciones deben ser duraderas y a largo plazo, sobre todo ante el rasgo significativo que se desprende de la definición arriba señalada, y que es la involuntariedad individual o colectiva al no tener otra elección ante conflictos armados, disturbios o catástrofes naturales u ocasionadas por el hombre,²⁶ tal es el caso del cambio climático antropogénico, no obstante en los principios citados no se hace una mención expresa sobre el vínculo entre la migración forzada y el cambio climático, esto más bien se entiende de manera tácita.

A su vez, es relevante lo establecido en la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala), adoptada el 22 de octubre de 2009, con entrada en vigor el 6 de diciembre de 2012, la cual, además de definir en el artículo 1o., inciso k, a los desplazados internos en los términos arriba expuestos, establece en el artículo 5o. la amplia obligación estatal de brindar protección y asistencia conforme a los siguientes puntos, siendo de especial importancia el cuarto:

- 1) En los Estados parte recae el deber primordial y la responsabilidad de brindar protección y asistencia humanitaria, sin discriminación de ningún tipo, a los desplazados internos, que se encuentren en su territorio o jurisdicción.
- 2) Los Estados parte cooperarán entre sí, a petición del Estado parte interesado o de la Conferencia de Estados parte, en la protección y asistencia a los desplazados internos.
- 3) Los Estados parte respetarán los mandatos de la Unión Africana y las Naciones Unidas, así como las funciones de las organizaciones huma-

²⁶ Cfr. "Forced Displacement y Forced Migration", en IOM, *Glossary on Migration*, 2a. ed., International Migration Law, núm. 25, Ginebra, International Organization for Migration, 2011, p. 39.

nitarias internacionales en la prestación de protección y asistencia a los desplazados internos, de conformidad con el derecho internacional.

- 4) Los Estados parte adoptarán medidas para proteger y ayudar a las personas que han sido desplazadas internamente debido a los desastres naturales o producidos por el ser humano, *incluyendo el cambio climático*.²⁷
- 5) Los Estados parte deberán evaluar o facilitar la evaluación de las necesidades y vulnerabilidades de los desplazados internos y de las comunidades de acogida, en cooperación con las organizaciones o agencias internacionales.
- 6) Los Estados parte facilitarán suficiente protección y asistencia a los desplazados internos, y cuando los recursos disponibles sean insuficientes para ello, cooperarán en la búsqueda de la asistencia de organizaciones internacionales y organismos humanitarios, organizaciones de la sociedad civil y otros actores relevantes. Dichas organizaciones pueden ofrecer sus servicios a todos que los que necesiten...

La Convención de Kampala basada en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos es el primer marco regional común que define los roles y responsabilidades de una amplia gama de instituciones y organizaciones que operan en situaciones de desplazamiento;²⁸ sin duda, la Convención representa un avance importante en la creación de un sistema regional de protección y asistencia para los desplazados internos al establecer las obligaciones de los Estados y *reconocer al cambio climático como una causa del desplazamiento*. El secretario general de la ONU ha destacado que la Convención sirve de modelo en los proyectos regionales similares que promuevan la adopción y aplicación de marcos jurídicos y políticos regionales sobre desplazamiento interno.²⁹

²⁷ Énfasis añadido.

²⁸ Global Protection Cluster, *Marcos normativos sobre desplazamiento interno. Desarrollos mundiales, regionales y nacionales*, The UN Refugee Agency (UNHCR), Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council (NRC), 2016, p. 11.

²⁹ *Ibidem*, p. 17.

3. Refugiados ambientales

En 1985 en el Informe *Environmental Refugees*, Essam El-Hinnawi definió el término de “refugiado ambiental” como:

Aquellas personas que han sido forzadas a abandonar su hábitat tradicional de manera temporal o permanente, debido a una marcada perturbación ambiental (natural y/o desencadenada por las personas) que ha puesto en peligro su existencia y/o ha afectado gravemente su calidad de vida. Por “perturbación ambiental” se entiende cualquier cambio físico, químico o biológico en el ecosistema (o sus recursos base) que lo transforma en no apto para la vida humana, ya sea temporal o permanentemente.³⁰

De lo anterior se desprenden tres categorías de “refugiados ambientales”:³¹

- 1) Los temporales a causa de un evento natural inesperado, y con la probabilidad de regresar a su hábitat original. En este caso estaríamos frente al deterioro ambiental repentino.
- 2) Los permanentes, debido a los cambios en su hábitat causados por la actividad humana, como accidentes industriales o la ejecución de mega proyectos de desarrollo. En este caso, Soledad³² los coloca en la categoría de “desplazados inducidos por el desarrollo”, es decir, aquellos afectados “directamente por grandes proyectos de infraestructura como embalses, carreteras, urbanizaciones, nuevos regadíos, medidas urbanas higienistas, adquisiciones y expropiaciones arbitrarias de tierra”.
- 3) Los permanentes en busca de una mejor calidad de vida, debido a que en su hábitat original ya no puede satisfacer sus necesidades básicas; lo que hace referencia al deterioro ambiental paulatino; como es el caso

³⁰ El-Hinnawi, Essam, *Environmental Refugees*, Nairobi, United Nations Environment Programme (UNEP), 1985, p. 4. Traducción propia.

³¹ *Idem*; Lonergan, Steve, “The Role of Environmental Degradation in Population Displacement”, *Environmental Change and Security Program Report*, Issue 4, spring, 1998, pp. 7 y 8.

³² Soledad, Javier Iván, *Desplazamiento interno en Colombia. La situación de los desplazados en El Catatumbo*, España, Editorial Universidad de Granada, 2009, 102.

de los agricultores que abandonan sus tierras a causa de la degradación de los suelos.

Por lo tanto, los refugiados ambientales son aquellas personas que han sido forzadas a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un deterioro ambiental, ya sea causado de manera natural y/o provocado por la actividad humana, como accidentes industriales, la realización de grandes proyectos económicos, la mala gestión de residuos tóxicos, etcétera, lo que provoca en estos últimos casos un desplazamiento permanente, al verse amenazada la calidad de vida, la salud y en sí la vida misma.³³

Por su parte el catedrático Norman Myers define a los refugiados ambientales como:

Personas que ya no pueden ganarse la vida en sus países de origen a causa de la sequía, la erosión del suelo, la desertificación, la deforestación y otros problemas ambientales, junto con problemas asociados de las presiones demográficas y la pobreza profunda. En su desesperación, estas personas sienten que no tienen otra alternativa sino buscar refugio en otro lugar, cuyo intento es peligroso. No todos han huido de sus países, muchos se desplazan internamente, otros por el contrario han abandonado sus países de origen de forma semipermanente, o permanente, con pocas esperanzas de un retorno inmediato.³⁴

Es importante señalar que en las definiciones anteriores se destaca la degradación ambiental inducida por las actividades humanas, pues hay que entender que en el caso que nos ocupa, los movimientos migratorios no se generan por “culpa” de la naturaleza en su estado simple y llano, sino más bien, es a causa del desarrollo insostenible que perturba, acelera y agrava los fenómenos naturales, y que, al día de hoy, nos ha colocado ante el más grande problema ambiental global: el cambio climático por causas antropogénicas con graves consecuencias sociales.

³³ Véase Borràs, Susana, “Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *cit.*, p. 89.

³⁴ Myers, Norman, *Environmental Refugees: An Emergent Security Issue*, *cit.*, pp. 6 y 7. Traducción propia.

Finalmente, no podemos dejar de señalar la definición que, contrario a lo expuesto líneas arriba, la División de Estadística del Departamento de Información, Económica y Social y Análisis de Políticas de las Naciones Unidas, pronuncia de una manera muy simple, restrictiva y con un lenguaje erróneo, pues define al refugiado ambiental en el Glosario de Estadísticas del Medio Ambiente, como aquella persona que ha sido “desplazada debido a causas ecológicas, principalmente la pérdida y degradación de tierras, y los desastres naturales. También se denomina refugiado a causa de problemas ambientales”.³⁵

En principio, habría que señalar que más que ecológicas son ambientales, sin embargo, cabe apuntar que en la versión en inglés acertadamente se redactó “*environmental causes*”;³⁶ segundo, las causas están limitadas al señalar de manera principal sólo la degradación de suelos; tercer aspecto, equivocadamente se habla de desastres naturales, cuando la naturaleza, en sí misma no es un desastre y no causa desastres, lo que existe son fenómenos naturales, el desastre es social, como consecuencia de la gestión errónea de los recursos naturales por parte de la especie humana, al destruir los ecosistemas, y sobre todo al desafiar el curso natural de los fenómenos naturales, y más aún cuando tenemos amplio conocimiento de sus consecuencias. En sí, esta definición justamente no alude a la degradación ambiental antropogénica.

Por otro lado, autores como Black³⁷ niegan la existencia del concepto de refugiado ambiental, al sostener que la degradación ambiental puede ser un factor importante en la decisión de emigrar; sin embargo, establecer un concepto en donde sea la causa principal lo considera sin fundamentos sólidos, y un vínculo que aún está por probar; postura que resulta un tanto escéptica.

³⁵ ONU, *Glosario de Estadísticas del Medio Ambiente*, Nueva York, Naciones Unidas, División de Estadística, Departamento de Información, Económica y Social y Análisis de Políticas, 1997, p. 97.

³⁶ Véase “Environmental Refugee”, en ONU, *Glossary of Environment Statistics*, New York, United Nations, Statistics Division, Department for Economic and Social Information and Policy Analysis, 1997, p. 30, disponible en: <http://unstats.un.org/unsd/environmentgl/gesform.asp?getitem=473>.

³⁷ Black, Richard, “Environmental Refugees: Myth or Reality?”, *New Issues in Refugee Research, Working Paper 34*, UNHCR, 2001, p. 3.

4. *Migrantes ambientales*

Es importante señalar que, a nivel internacional, no existe una definición legal para el migrante; no obstante, las Naciones Unidas lo define como:

Un individuo que ha residido en un país extranjero por más de un año, independientemente de las causas, voluntarias o involuntarias, y los medios, regulares o irregulares, utilizados para migrar. Bajo tal definición, aquellos que viajan por periodos más cortos como turistas y empresarios no serían considerados migrantes. Sin embargo, el uso común incluye ciertos tipos de migrantes a corto plazo, como los trabajadores agrícolas temporales que viajan por periodos cortos para trabajar en la siembra o cosecha de productos agrícolas.³⁸

Los migrantes no son personas que huyen de la guerra o la persecución en su país de origen y que, por tanto, deben cruzar fronteras, los migrantes, a diferencia de los refugiados, pueden volver a su país de forma segura y continúan recibiendo la protección de su gobierno, por lo que son tratados de conformidad con su propia legislación y procedimientos en materia de inmigración. Por lo tanto, el migrante se refiere “a personas que se trasladan por razones no incluidas en la definición legal de refugiado”.³⁹

Por su parte, la palabra migración se refiere a:

El movimiento de una persona o un grupo de personas, ya sea a través de una frontera internacional o dentro de un Estado. Es un movimiento de población, que abarca cualquier tipo de movimiento de personas, cualquiera que sea su duración, composición y causas; incluye la migración de refugiados, personas desplazadas, migrantes económicos y personas que se desplazan para otros fines, incluida la reunificación familiar.⁴⁰

En este contexto, la Organización Internacional para las Migraciones define a los “migrantes por motivos ambientales”, sin que ello tenga repercusiones de carácter normativo, como:

³⁸ IOM, *Glossary on Migration*, cit., p. 62. Traducción propia.

³⁹ Edwards, Adrian, “¿«Refugiado» o «Migrante»? ¿Cuál es el término correcto? Los dos términos tienen diferentes significados, y confundirlos conduce a problemas para ambas poblaciones”, cit.

⁴⁰ IOM, *Glossary on Migration*, cit., pp. 62 y 63. Traducción propia.

[Aquellas] personas o grupos de personas que, por razones insoslayables de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afectan de forma negativa a su supervivencia o a sus condiciones de vida, se ven obligadas a abandonar su hogar habitual, o deciden hacerlo, ya sea temporal o permanentemente, y se desplazan o bien dentro de su país o bien al extranjero.⁴¹

En esta definición, la OIM no hace una distinción entre la degradación ambiental natural y la inducida, sin embargo, al igual que en las definiciones de los “refugiados ambientales”, se hace referencia al carácter temporal o permanente, así como a la migración interna y transfronteriza; por otro lado, resulta destacable el factor voluntario y obligatorio, lo cual nos lleva a plantear la migración voluntaria y la forzada por motivos ambientales.

Al respecto, Graeme señala que la movilidad de la población (en el contexto del cambio ambiental) probablemente ha de considerarse un fenómeno que ocurre a lo largo de un proceso que abarca desde la migración totalmente voluntaria a la migración totalmente forzosa;⁴² esta última entendida como un movimiento migratorio en el que existe un elemento de coacción, incluidas las amenazas a la vida y al sustento, ya sea por causas naturales o provocadas por el hombre, por ejemplo, movimientos de refugiados y de desplazados internos, además de personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres químicos o nucleares, hambruna o proyectos de desarrollo.⁴³

De acuerdo con Egea y Soledad,⁴⁴ la diferencia entre la migración voluntaria y la forzada radica en un factor temporal, al señalar que, en las primeras se planifica la salida según circunstancias y escenarios diversos, mientras que en las segundas no existe tiempo disponible para planificar o diseñar el “proyecto migratorio”, constituyendo, una huida, la salida en más de una ocasión.

⁴¹ OIM, *Diálogo Internacional sobre la Migración. Seminario de Expertos: Migración y Medio Ambiente*, núm. 10, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones y Programa de Políticas e Investigación sobre Migraciones, 2008, p. 23.

⁴² Graeme, Hugo, “Environmental Concerns and International Migration”, *The International Migration Review*, vol. 30, no. 1, Special Issue: Ethics, Migration, and Global Stewardship, primavera de 1996, p. 107.

⁴³ IOM, *Glossary on Migration, cit.*, p. 39. Traducción propia.

⁴⁴ Egea, Carmen y Soledad, Javier Iván, “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”, *Cuadernos Geográficos*, núm. 49, 2011, p. 201.

En este contexto, en el plano ambiental, las migraciones voluntarias están ligadas a la degradación ambiental paulatina, mientras que las forzadas se vinculan con la degradación ambiental repentina, como lo es la derivada por ciclones tropicales; sin embargo, en ambos casos no existe una decisión voluntaria de fondo, es decir la propia migración por degradación ambiental paulatina es forzada, en donde efectivamente la diferencia estriba en un aspecto temporal que permite una planificación, pero el movimiento migratorio se genera obligatoriamente tarde o temprano debido a las dificultades de supervivencia como resultado de la destrucción, sobreexplotación y escasez de recursos naturales en el hábitat de las comunidades, lo cual “obliga” al desplazamiento poblacional.

Al respecto, la Asociación Internacional para el Estudio de la Migración Forzada⁴⁵ considera a los desplazados inducidos por desastres, dentro de cuya categoría se incluyen como causas a los desastres naturales (fenómenos naturales extremos: inundaciones, actividad volcánica, derrumbes, terremotos), el cambio ambiental (deforestación, desertificación, degradación de suelos y calentamiento global), y los desastres producidos por la actividad humana (accidentes industriales, radioactividad). Cabe apuntar que la Asociación distingue a las personas desplazadas por motivos ambientales de entre los otros tipos de migrantes forzados, como refugiados, solicitantes de asilo, personas internamente desplazadas, personas desplazadas por desarrollo, trata de personas y tráfico de personas.⁴⁶

Por otro lado, Richmond destaca otro factor temporal a tomar en cuenta en la definición del migrante por motivos ambientales, al considerar que, independientemente de la necesidad de proveerles de ayuda ante la pérdida de sus medios de vida u hogares, si las personas desplazadas son capaces de volver a la zona de origen en un plazo de días, semanas o incluso meses, no pueden considerarse como migrantes ambientales y menos aún como refugiados ambientales.⁴⁷

⁴⁵ *International Association for the Study of Forced Migration (IASFM)*

⁴⁶ FMO, *What is Forced Migration?*, disponible en: <http://www.forcedmigration.org/about/whatisfm>, 2012.

⁴⁷ Richmond, A. H., “The Environment and Refugees: Theoretical and Policy Issues”, *Population Bulletin of the United Nations*, no. 39, Nueva York, United Nations, 1995, p. 3.

5. Desplazados ambientales

La Organización Internacional para las Migraciones define a las personas desplazadas por motivos ambientales como: Aquellas personas que se desplazan dentro de su país de residencia habitual o que han cruzado una frontera internacional y para quienes la degradación, deterioro o destrucción del medio ambiente es la causa principal, pero no la única de su desplazamiento. Este término se usa como una alternativa menos controvertida a la de refugiado ambiental o de refugiado climático que, no tienen base jurídica o razón de ser en el derecho internacional, para referirse a una categoría de migrantes por motivos del medio ambiente cuyo movimiento es de naturaleza claramente forzosa,⁴⁸ sobre todo en caso de quienes se han desplazado a través de una frontera internacional.

En esta definición se destaca el desplazamiento interno, así como el transfronterizo y, como se aprecia, las causas ambientales naturales e inducidas por la actividad humana están presentes al emplear los calificativos: degradación, deterioro o destrucción ambiental.

Al igual que en las diferentes definiciones sobre los “refugiados ambientales”, podemos estimar que, de alguna manera, se alude a los efectos del cambio climático en el campo migratorio, al hacer referencia a la degradación ambiental repentina y paulatina, así como a la influencia humana.

6. Otros conceptos y expresiones

Las advertencias sobre los impactos del cambio climático en el desplazamiento poblacional han propiciado el uso de otros términos y expresiones como “migración inducida ambientalmente (MIA)”,⁴⁹ “migración inducida por el cambio climático”, “migrantes debido al cambio climático”, “refugiados ecológicos”, “migrantes forzados por motivos medioambientales”,⁵⁰

⁴⁸ IOM, *Glossary on Migration*, cit., p. 34. Traducción propia.

⁴⁹ Oswald-Spring, Úrsula et al., *Vulnerabilidad social y género entre migrantes ambientales*, México, Cuernavaca, UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, 2014, pp. 15 y ss.

⁵⁰ Dun, Olivia y Gemenne, François, “Definir la migración por motivos medioambientales”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, noviembre, 2008, p. 10.

“migrante climático”, “refugiado climático”,⁵¹ “migrante forzoso por motivos climáticos”.⁵²

Incluso se ha empleado la expresión “climigración”; al respecto, Bronen señala que ésta se da “cuando una comunidad ya no puede mantenerse únicamente a causa de acontecimientos climáticos, por lo que se debe reubicar de forma permanente para proteger a sus miembros”,⁵³ asimismo establece tres elementos clave:

- 1) la continuidad de los acontecimientos climáticos;
- 2) el daño reiterado que éstos conllevan para las infraestructuras públicas, y
- 3) la amenaza que suponen para la seguridad de las personas (amenaza que incluye el riesgo de perder vidas).⁵⁴

No menos innovador es el término “ecomigración” empleado por Woods⁵⁵ para hacer referencia al vínculo entre los cambios ambientales y la migración, quien señala que los “ecomigrantes” se desplazan de manera voluntaria en busca de recursos naturales, o bien de un modo forzado cuando los recursos se degradan o destruyen. Para este autor las causas de la “ecomigración” son tres: los desastres naturales, los desastres urbano-industriales, y la explotación y degradación de los recursos naturales; sin embargo, también apunta que este fenómeno migratorio se debe entender dentro del contexto de los vínculos socioeconómicos, culturales, políticos y ambientales entre los lugares de origen y destino.

A pesar del esfuerzo por definir a los movimientos migratorios generados por la degradación ambiental, o bien debido a los efectos del cambio climático, no existe consenso en la adopción de una definición o categoría, ni

⁵¹ Biermann, Frank y Boas, Ingrid, “Climate Change and Human Migration. Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees”, *cit.*, 2012, pp. 291-300.

⁵² OIM, *Migración y cambio climático*, Ginebra, Suiza, Organización Internacional para las Migraciones, Serie de Estudios de la OIM sobre la Migración, núm. 31, 2008, p. 15.

⁵³ Bronen, Robin, “Las comunidades de Alaska: derechos y resistencia”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, noviembre, 2008, p. 31.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Woods, William B., “Ecomigration. Linkages Between Environmental Change and Migration”, en Zolberg, Aristide R. y Benda, Peter M. (eds.), *Global Migrants Global Refugees. Problems and Solutions*, Nueva York-Oxford, Berghahn Books, 2001, pp. 42-61.

tampoco respecto a un marco jurídico internacional que brinde protección a las personas que se desplazan por motivos ambientales y/o climáticos,⁵⁶ lo cual sería fundamental para el desarrollo de políticas públicas que respondan a tal problemática, especialmente cuando se trata de migraciones transfronterizas.

No obstante, de acuerdo con Dun y Gemenne⁵⁷ el principal motivo de la falta de definición o categoría reconocida jurídicamente está vinculado a la dificultad de aislar los factores ambientales de otros factores causantes de la migración; situación que se presenta especialmente cuando se trata de una degradación ambiental paulatina como la desertificación, donde las personas se adaptan u “optan” por emigrar, y cuyo reconocimiento como migrante o refugiado no resulta tan evidente.

A pesar de lo anterior, quienes socialmente están siendo afectados por los impactos del cambio climático, no les importa la definición o categoría doctrinal que sea adoptada, ni si existen nuevas conceptualizaciones, les importa la protección legal, que sigue sin ser estipulada en los instrumentos jurídicos internacionales ante migraciones transfronterizas, les importa un concepto jurídico que los reconozca, que les otorgue un estatus vinculante, eso es lo trascendente, tal cual se desprende del estudio del caso que, a continuación se expone, en donde el vínculo de migración por factores del cambio climático nunca se puso en duda por parte de los tribunales.

IV. EL CASO DE IOANE TEITIOTA: CIUDADANO DE KIRIBATI

Kiribati es un archipiélago y país insular ubicado en el Océano Pacífico al noroeste de Australia, con un poco más de 110,000 habitantes. El país está formado por 32 atolones de origen coralino y una elevada isla de coral llamada Banaba, dispersa en más de 3'500,000 km². Kiribati es un conjunto de islas separadas en tres grupos: las islas Gilbert, las islas Line y las islas Phoenix, con una superficie total de 811 km²; el terreno es en su mayoría

⁵⁶ OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010, El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, cit., p. 77.

⁵⁷ *Cf.* Dun, Olivia y Gemenne, François, “Definir la migración por motivos medioambientales”, cit., p. 10.

atolones de coral bajos, rodeados por extensos arrecifes, con un área costera de 1,143 km de largo.⁵⁸ Es un país fuertemente expuesto a los impactos del cambio climático, cuyo factor principal es la supervivencia ante la elevación del nivel del mar,⁵⁹ lo cual se debe a que geográficamente la escasa elevación sobre el nivel del mar de muchas de las islas que integran este país no supera los tres metros, lo que las hace sumamente vulnerables ante el crecimiento de la marea.⁶⁰ Datos satelitales indican que el nivel del mar ha aumentado en Kiribati entre 1 y 4 mm por año desde 1993, en comparación con el promedio mundial de 2.8 a 3.6 mm por año; y se proyecta para 2030 un aumento en el rango de 5 a 14 cm, ello en un escenario con un alto porcentaje de emisiones de gases de efecto invernadero.⁶¹

Debido a estas circunstancias, Kiribati es un país que se está sumergiendo poco a poco y está en riesgo de desaparecer, con el inminente impacto social que ello conlleva, de ahí que la migración transfronteriza, e indudablemente forzada, a otro territorio sea planteada como una vía para enfrentar tal situación, sin embargo, como ha quedado señalado en el apartado anterior, ante las posibles migraciones a través de fronteras internacionales motivadas por los impactos del cambio climático, en el derecho internacional no está legalmente reconocido un estatus para su protección.

Lo anterior se constata ante el rechazo de otorgar el estatus de refugiados a familias de Kiribati que están sufriendo los efectos del cambio climático, ello bajo el argumento de que no hay una base legal, tal es el caso del señor Ioane Teitiota ante la Suprema Corte de Nueva Zelanda.

⁵⁸ Véase “About Kiribati”, disponible en: <http://www.climate.gov.ki/about-kiribati/>; Environment and Conservation Division, Ministry of Environment, Land, and Agricultural Development Government of Kiribati *Republic of Kiribati. National Adaptation Programme of Action*, 2007, pp. 1-5.

⁵⁹ IPCC, “Resumen para responsables de políticas”, en Field, C. B., et al. (eds.), *Cambio climático 2014: impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Ginebra, Organización Meteorológica Mundial, 2014, pp. 11-25.

⁶⁰ Véase Kelly, Wyett, “Escaping a Rising Tide: Sea Level Rise and Migration in Kiribati”, *Asian & The Pacific Policy Studies*, vol. 1, issue 1, 2013; Ministry of Internal & Social Affairs, 6. *South Tarawa*, Republic of Kiribati Island Report Series, Office of Te Beretitenti and T’Makei Services, 2012, disponible en: http://www.climate.gov.ki/wp-content/uploads/2013/01/6_SOUTH-TARAWA-revised-2012.pdf; AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, párr. 13.

⁶¹ “Changing Climate or Kiribati”, disponible en: <http://www.climate.gov.ki/changing-climate/>; *Future climate of Kiribati*, disponible en: <http://www.climate.gov.ki/changing-climate/>.

1. *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*⁶²

El señor Ioane Teitiota y su esposa llegaron a Nueva Zelanda desde Kiribati en 2007; en ese entonces, él contaba con un visado para trabajar en la construcción por tres años, el cual expiró el 7 de octubre de 2010, a partir de ese momento permanecieron de manera ilegal. Tuvieron en Nueva Zelanda tres hijos; no obstante, por disposiciones legales de la *Citizenship Act 1977* ninguno tiene derecho a la ciudadanía neozelandesa.

En 2011, después de ser detenido el señor Teitiota en una parada de tráfico, solicitó se le otorgara el estatus de refugiado de conformidad con la sección 129, y/o el estatus de persona protegida de acuerdo con la sección 131,⁶³ ambas de la *Immigration Act 2009*.⁶⁴

De especial relevancia son los argumentos de la solicitud, fundamentados en la vulnerabilidad de su tierra natal por el aumento constante del nivel del mar como consecuencia del cambio climático, razón por la cual, los ciudadanos viven con el temor de que con el paso del tiempo, el progresivo aumento del nivel del mar y la degradación ambiental asociada los obligue

⁶² AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413; *Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* [2014] NZCA 173; *Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, [2015] NZSC 107, New Zealand, Supreme Court, 20 July 2015.

⁶³ Section 129(1) establece que: “A person must be recognised as a refugee in accordance with this Act if he or she is a refugee within the meaning of the Refugee Convention”.

Section 131 (1) establece que: “A person must be recognised as a protected person in New Zealand under the Covenant on Civil and Political Rights if there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to arbitrary deprivation of life or cruel treatment if deported from New Zealand

...

(6) In this section, cruel treatment means cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment”.

⁶⁴ Asimismo, solicitó se le reconociera como persona protegida en virtud de la Convención contra la Tortura de 1984, según la sección 130(1) de la *Immigration Act 2009*: “Section 130(1) of the Act provides that: A person must be recognised as a protected person in New Zealand under the Convention Against Torture if there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture if deported from New Zealand”.

Al respecto, cabe señalar que resultó improcedente el otorgamiento del estatus solicitado. Consúltase AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, párrafos 77 y 78.

a abandonar sus islas. Ante tal situación, la vida en Kiribati es gradualmente insegura, por lo que el señor Teitiota pidió protección, en principio para él, pero posteriormente también para su familia, a través del otorgamiento del estatus de refugiado, alegando que su vida, la de su mujer y las de sus tres hijos, nacidos en Nueva Zelanda, corrían peligro en Kiribati.

Un oficial de la Unidad de Refugiados y Protección rechazó su solicitud, la cual fue apelada en primera instancia ante el Tribunal de Inmigración y Protección, a pesar de que el Tribunal aceptó el argumento del señor Teitiota desestimó su apelación, sosteniendo que él “no es considerado un refugiado en los términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ni una persona protegida de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Con posterioridad se presentaron múltiples apelaciones ante la Corte de Apelación y la Corte Superior.

2. Resolución final

La resolución final fue emitida el 20 de julio de 2015 por la Corte Suprema de Nueva Zelanda, en donde se analizaron las situaciones de derecho presentadas ante las cortes anteriores, las cuales en esencia fueron las siguientes:

- 1) Si de conformidad con la *Immigration Act 2009* se extiende la protección a quien enfrenta desplazamiento por motivos ambientales.
- 2) Si deben implementarse convenios internacionales con relación al cuidado de los tres hijos del señor Teitiota, menores de seis años nacidos en Nueva Zelanda.

Respecto a la primera cuestión, en el ámbito del derecho internacional público se planteó si es aplicable la protección al ciudadano de Kiribati de acuerdo con el artículo 1o., apartado A, 2) de la Convención de Ginebra de 1951; lo cual a su vez se debía relacionar con la manera en que dicho artículo es incorporado en la legislación interna de Nueva Zelanda, como una base para la interpretación del término de refugiado en la sección 129 de la *Immigration Act 2009*.

En cuanto a la segunda, se planteó si la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es relevante para la evaluación del daño para los fines de la Convención de Ginebra; y si el derecho a la vida de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos implica el derecho de un pueblo a no ser privado de sus medios de subsistencia.

La resolución finalmente ratificó las decisiones tanto del Tribunal de Inmigración y Protección, así como la de la Corte de Apelación y la Corte Superior, cuyos argumentos a destacar en este breve estudio, especialmente en cuanto a la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, son los siguientes:

En principio, el término de refugiado no puede entenderse únicamente como el establecido por la Convención, por lo que una persona puede ser llamada refugiada por los impactos del cambio climático, sin embargo, esta causa no es contemplada en la definición legal. Tampoco se establece un mecanismo para el reasentamiento internacional de personas que se encuentran en la situación del señor Teitiota.

Especialmente, se puntualizó sobre el concepto de “ser perseguido”, el cual no es definido en la Convención de Ginebra ni en su Protocolo de Nueva York, adoptado en 1967, sin embargo, el Tribunal de Inmigración y Protección de Nueva Zelanda aplica el siguiente concepto: “la violación sostenida y sistemática de derechos humanos como consecuencia de un fallo de protección estatal”,⁶⁵ de tal manera que el riesgo de ser perseguido debe ser bien fundado, en el sentido de ser real y no especulativo.

En este caso, el abogado del señor Teitiota planteó el “acto de huir del cambio climático” debido al daño grave que se causará a su defendido y a su familia junto con la falta de voluntad o incapacidad del gobierno de Kiribati para lidiar con los impactos del cambio climático. Asimismo, sostuvo que la palabra “refugiado” puede abarcar a las personas que tienen que huir independientemente de la causa. Como apoyo, citó la etimología latina de la palabra “perseguir” que, según él, tiene una “voz pasiva de huir de algo o una cualidad activa de seguir a alguien”. En este caso, señaló que la persecución no requiere un actor en el sentido pasivo, como lo es el “acto de huir del cambio climático”.⁶⁶

⁶⁵ Véase Refugee Appeal No. 74665, New Zealand, Refugee Status Appeals Authority, 7 July 2004.

⁶⁶ AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, párr. 51.

Ante lo cual, el Tribunal de Inmigración y Protección se basó en un estudio de Astri Suhkre,⁶⁷ quien distingue entre una “concepción sociológica” de refugiado y una legal donde la primera es más amplia que la segunda. No obstante, tanto el derecho internacional como el interno sólo permiten el reconocimiento como refugiado si los requisitos de la Convención se cumplen, es decir, que exista una persecución por alguna de las cinco causas estipuladas. Se aplica la concepción legal mas no la sociológica, donde quien es legalmente considerado como refugiado está huyendo de su propio gobierno o de un actor no estatal, del cual el gobierno no quiere o no puede protegerlo.

En este caso, tanto el Tribunal de Inmigración y Protección como la Corte de Apelación no encontraron una posibilidad real de que el señor Teitiota sea perseguido individualmente si es devuelto a Kiribati, determinó que no hay pruebas de que él enfrente una posibilidad real de sufrir daños físicos graves a causa de la violencia relacionada con las disputas por la vivienda, la tierra y la propiedad en Kiribati en el futuro; tampoco hay pruebas de que las condiciones ambientales a las que se enfrentó el solicitante o que probablemente enfrentaría al regresar a Kiribati pongan en peligro su vida y la de su familia, impidiéndoles reanudar su vida de subsistencia con dignidad; es decir, al regresar a su tierra natal, no hay evidencias de que sufriría una violación sostenida y sistémica de sus derechos humanos básicos, como el derecho a la vida en virtud del artículo 6o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o el derecho a una alimentación, vestimenta y vivienda adecuadas en virtud del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Si bien es cierto que Kiribati enfrenta grandes desafíos, la Corte señaló que no hay pruebas de que el gobierno de este país no está tomando acciones, en la medida de lo posible, para proteger a sus ciudadanos de los efectos de la degradación ambiental por el cambio climático, donde la posición del señor Teitiota no parece ser diferente a la de cualquier otro nacional de Kiribati.⁶⁸

En concreto la Corte de Apelación resolvió que “los efectos del cambio climático no son una causa incluida en la Convención de Refugiados, por lo que la aplicación de este instrumento legal no es la solución al problema

⁶⁷ *Ibidem*, párrs. 52 y 53.

⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 72-74; Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment [2014] NZCA 173, párrs. 21-29.

de Kiribati”;⁶⁹ lo cual es ratificado en la decisión final de la Suprema Corte de Nueva Zelanda.

Sin embargo, es importante hacer énfasis que en el ámbito temporal de validez estudiado, el asunto fue infundado, pero deja abierta la posibilidad de que en circunstancias fácticas diferentes el resultado jurídico sea otro; lo cual se desprende de lo expuesto por el Tribunal y las cortes de Apelación y Superior, en el argumento siguiente: “their decisions did not mean that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could never create a pathway into the Refugee Convention or protected person jurisdiction”. Secundado por la Suprema Corte al señalar que: “Our decision in this case should not be taken as ruling out that possibility in an appropriate case”.⁷⁰ Por lo tanto, es un precedente no taxativo que abre la posibilidad de reinterpretar la Convención en otros casos, o bien, propiciar su enmienda, que en su caso requerirá del consenso internacional de los Estados Parte; ahora bien, por lo que toca al ámbito interno, quizás sea propicia una interpretación más amplia de la Convención al momento de adoptarla en el régimen nacional.

V. REFLEXIÓN FINAL

Las migraciones por causas ambientales o vinculadas a factores ambientales se han generado a lo largo de la historia; no obstante, actualmente se prevé un mayor movimiento poblacional a consecuencia de los impactos del cambio climático antropogénico, donde el desplazamiento puede ser interno o transfronterizo, con especial repercusión, en este último caso, debido a la alta vulnerabilidad de los pequeños Estados insulares a los impactos del cambio climático, cuyo principal riesgo es la elevación del nivel del mar, observada y proyectada, que propiciará la desaparición de estos Estados, por lo que sus poblaciones requerirán protección jurídica internacional

⁶⁹ Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment [2014] NZCA 173, párr. 21.

⁷⁰ Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment, [2015] NZSC 107, párr. 13; Ioane Teitiota vs. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment [2014] NZCA 173, párr. 18; AF (Kiribati) [2013] NZIPT 800413, párr. 55.

que les asegure una reubicación planificada fuera de sus países de origen que garantice el respeto de sus derechos.

El papel que se le atribuye a los Estados es fundamental ante la responsabilidad de afrontar este tipo de desplazamientos, en el caso de una migración interna, la responsabilidad es, principalmente, de cada gobierno y el asunto es meramente interno, mientras que cuando se tienen que cruzar fronteras es aplicable el marco jurídico internacional, vinculado con el alcance de las políticas nacionales en materia de migración.

En este contexto, aquellos que migran internacionalmente debido a los impactos del cambio climático, difícilmente pueden obtener protección de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ya que esas causas no son expresamente reconocidas para obtener el estatus de refugiado.

En este sentido, el caso del señor Teitiota es indicativo, ello a pesar de haberse destacado las dificultades que Kiribati enfrenta con respecto a los impactos del cambio climático, especialmente por la elevación del nivel del mar y el consecuente daño costero por la erosión; las pérdidas de infraestructura; la reducción de la calidad y cantidad de los recursos hídricos; los daños a la agricultura; y el deterioro de la salud pública. Simplemente, tales circunstancias no fueron suficientes para la Suprema Corte de Nueva Zelanda a efecto de dar cabida a una interpretación legal de la Convención, ya que ésta define al refugiado delimitando los requisitos para obtener ese estatus, los cuales no están estipulados para reconocer y dar protección a los migrantes por el cambio climático. Por ahora, la Convención de Ginebra de 1951 no constituye el instrumento jurídico aplicable, a menos que, en atención a la naturaleza dinámica y evolutiva del derecho, ésta fuese enmendada por consenso de los Estados parte para atender uno de los grandes impactos sociales del cambio climático como son los movimientos poblacionales, una realidad que hoy gira en torno a ausencias legales en el contexto internacional. Su inclusión en la Convención sería lo idóneo, sin embargo, el cambio climático proyecta impactos sin precedentes, cuyas consecuencias son complejas y con repercusiones sociales a gran escala que deben ser tratadas de manera particular con el objetivo de buscar una mayor y eficaz protección.

De tal manera que habrá de actuarse con relación a dos grandes posibilidades: la primera, el reconocimiento del migrante por cambio climático mediante un concepto legal e unívoco en el ámbito del derecho internacional que permita definir con claridad el instrumento jurídico aplicable, entre

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

los existentes; o bien, como segunda opción crear un nuevo instrumento que además de otorgar certidumbre conceptual, en paralelo estructure una regulación específica. Uno u otro camino dependerá del alcance en la protección y de la responsabilidad que los Estados estén dispuestos a asumir.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CLIMATE CHANGE, *About Kiribati*, disponible en <http://www.climate.gov.ki/about-kiribati/>.
- BIERMANN, Frank y BOAS Ingrid, “Climate Change and Human Migration. Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees”, en SCHEFFRAN, J. *et al.* (eds.), *Climate Change, Human Security and Violent Conflict*, Berlin, Springer-Verlag, 2012.
- BLACK, Richard, “Environmental Refugees: Myth or Reality?”, *New Issues in Refugee Research*, Working Paper 34, UNHCR, 2001.
- BOANO, C. *et al.*, *Environmentally Displaced People Understanding the Linkages between Environmental Change, Livelihoods and Forced Migration*, Oxford, U. K., Refugee Studies Centre, Oxford Department of International Development, University of Oxford, 2008.
- BORRÁS, Susana, “Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho*, vol. XIX, núm. 2, diciembre de 2006.
- BRONEN, Robin, “Las comunidades de Alaska: derechos y resistencia”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, 2008.
- BROWN, Oli, “El baile de cifras”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, 2008. *Changing Climate or Kiribati*, disponible en: <http://www.climate.gov.ki/changing-climate/>.
- DIVISIÓN DE ESTADÍSTICA, DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN, ECONÓMICA Y SOCIAL Y ANÁLISIS DE POLÍTICAS, *Glosario de Estadísticas del Medio Ambiente*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997.
- DROEGE, Cordula, “Progresos en la protección jurídica de los desplazados internos”, *Revista Migraciones Forzadas GP 10*, diciembre de 2018.
- DUN, Olivia y GEMENNE, François, “Definir la migración por motivos medioambientales”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 31, 2008.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- EDWARDS, Adrian, “¿«Refugiado» o «migrante»? ¿Cuál es el término correcto? Los dos términos tienen diferentes significados, y confundirlos conduce a problemas para ambas poblaciones”, *UNHCR. ACNUR La Agencia de la ONU para los Refugiados*, 11 de julio de 2016, disponible en www.acnur.org/noticias/noticia/2016/7/5b9008e74/refugiado-o-migrante-cuales-el-termino-correcto.html.
- EGEA, Carmen y SOLEDAD, Javier Iván, “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto”, *Cuadernos Geográficos*, núm. 49, 2011.
- EL-HINNAWI, Essam, *Environmental Refugees*, Nairobi, Kenya, United Nations Environment Programme (UNEP), 1985.
- ENVIRONMENT AND CONSERVATION DIVISION, MINISTRY OF ENVIRONMENT, LAND, AND AGRICULTURAL DEVELOPMENT GOVERNMENT OF KIRIBATI, *Republic of Kiribati. National Adaptation Programme of Action (NAPA)*, 2007.
- FAO, *Climate Change: Implications for Food Safety*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2008.
- FMO, “What is Forced Migration?”, en <http://www.forcedmigration.org/about/whatisfm>, 2012.
- “Future climate of Kiribati”, disponible en: <http://www.climate.gov.ki/changing-climate/>.
- GLOBAL PROTECTION CLUSTER, *Marcos normativos sobre desplazamiento interno. Desarrollos mundiales, regionales y nacionales*, The UN Refugee Agency (UNHCR), Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council (NRC), 2016.
- GRAEME, Hugo, “Environmental Concerns and International Migration”, *The International Migration Review*, vol.30, no. 1, Special Issue: Ethics, Migration, and Global Stewardship, primavera de 1996.
- IBARRA, Rosalía, “Cambio climático y conflictos socioambientales: Migraciones forzadas”, en CARMONA LARA, María del Carmen Aurora y ACUÑA HERNÁNDEZ, Ana Laura, *La Constitución y los derechos ambientales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- IBARRA, Rosalía, “Cambio climático, seguridad alimentaria y el derecho humano a la alimentación”, en IBARRA, Rosalía (coord.), *Cambio climático y gobernanza. Una visión transdisciplinaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019 (en prensa).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- IDMC y NRC, *Displacement Due to Natural Hazard-Induced Disasters*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre, Norwegian Refugee Council (NRC), 2011.
- IDMC y NRC, *Global Estimates 2012: People Displaced by Disasters*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre, Norwegian Refugee Council (NRC), 2012.
- IDMC y NRC, *Global Report on Internal Displacement GRID 2018*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre, Norwegian Refugee Council (NRC), 2018.
- IDMC, NRC y UN OCHA, *Monitoring disaster displacement in the context of climate change*, Ginebra, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), Norwegian Refugee Council, United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 2009.
- IOM, *Glossary on Migration*, 2a. ed., *International Migration Law*, núm. 25, Ginebra, International Organization for Migration, 2011.
- IPCC, “Resumen para responsables de políticas”, en FIELD, C. B., *et al.* (eds.), *Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Ginebra, Organización Meteorológica Mundial, 2014.
- KELLY WYETT, “Escaping a Rising Tide: Sea Level Rise and Migration in Kiribati”, *Asian & The Pacific Policy Studies*, vol. 1, issue 1, 2013.
- LONERGAN, Steve, “The Role of Environmental Degradation in Population Displacement”, *Environmental Change and Security Program Report*, Issue 4, primavera de 1998.
- MINISTRY OF INTERNAL & SOCIAL AFFAIRS, 6. *South Tarawa*, Republic of Kiribati Island Report Series, Office of Te Beretitenti and T’Makei Services, 2012, disponible en: http://www.climate.gov.ki/wp-content/uploads/2013/01/6_SOUTH-TARAWA-revised-2012.pdf.
- MIRAGLIA, M. *et al.*, “Climate Change and Food Safety: An Emerging Issue with Special Focus on Europe”, *Food and Chemical Toxicology*, núm. 47, 2009.
- MYERS, Norman, *Environmental Refugees: An Emergent Security Issue*, 13th Meeting of the OSCE Economic Forum, Session III - Environment and Migration, Organization for Security and Cooperation in Europe, Praga, 23-27 de mayo de 2005.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- NEWLAND, Kathleen, *Climate Change and Migration Dynamics*, Washington, D.C., USA, Migration Policy Institute, 2011.
- OIM, *Diálogo Internacional sobre la Migración. Seminario de Expertos: Migración y Medio Ambiente*, núm. 10, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones y Programa de Políticas e Investigación sobre Migraciones, 2008.
- OIM, *Migración y cambio climático*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, Serie de Estudios de la OIM sobre la Migración, núm. 31, 2008.
- OIM, *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2010.
- OIM, *Medioambiente, cambio climático y migración: perspectiva y actividades de la OIM*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2011.
- OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*, Ginebra, Organización Internacional para las Migraciones, 2018.
- OPS, *Proteger la salud frente al cambio climático: evaluación de la vulnerabilidad y la adaptación*, Washington, USA, Organización Panamericana de la Salud, 2012.
- ORSI, Adriana, “Desplazados ambientales” *Futuros*, vol. VI, no. 20, 2008.
- OSWALD-SPRING, Úrsula *et al.*, *Vulnerabilidad social y género entre migrantes ambientales*, México, UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, 2014.
- RICHMOND, A. H., “The Environment and Refugees: Theoretical and Policy Issues”, *Population Bulletin of the United Nations*, núm. 39, United Nations, Nueva York, 1995.
- ROBLES, Agustín y GARATUZA, Jaime, “Cambio climático en México: impactos esperados en la disponibilidad del agua”, en CRUZ, Xóchitl *et al.* (coords.), *México ante la urgencia climática: ciencia, política y sociedad*, México, UNAM, CRIM, CIICH, PICC, 2015.
- SÁNCHEZ COHEN, Ignacio *et al.*, “Impacto de la variabilidad climática en la disponibilidad de agua para producción agrícola en México”, en CRUZ, Xóchitl *et al.* (coords.), *México ante la urgencia climática: ciencia, política y sociedad*, México, UNAM, CRIM, CIICH, PICC, 2015.
- SOLEDAD, Javier Iván, *Desplazamiento interno en Colombia. La situación de los desplazados en El Catatumbo*, España, Editorial Universidad de Granada, 2009.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

STATISTICS DIVISION, DEPARTMENT FOR ECONOMIC AND SOCIAL INFORMATION AND POLICY ANALYSIS, *Glossary of Environment Statistics*, New York, United Nations, 1997.

WOODS, William B., “Ecomigration. Linkages Between Environmental Change and Migration”, en ZOLBERG, Aristide R. y BENDA, Peter M. (eds.), *Global Migrants Global Refugees. Problems and Solutions*, New York-Oxford, Berghahn Books, 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos y pobreza. Nuevas incursiones a la luz del caso *Hacienda Brasil Verde*

Inter-American Court of Human Rights and Poverty. New Incursions in the Light of the Case Hacienda Brasil Verde

Cour Interamericaine des Droits de l'Homme et la pauvreté. Nouvelles incursions a la lumiere de l'affaire Hacienda Brasil Verde

Ruth MARTINÓN*

Isabel WENCES**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Descripción del caso* Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. III. *Análisis de aspectos clave de la sentencia: contexto, grupo vulnerable, discriminación estructural y responsabilidad estatal*. IV. *Examen crítico y aportaciones*. V. *Bibliografía*.

* Profesora en el área de derecho internacional público y relaciones internacionales, en la Universidad de La Laguna, y directora de su Centro de Documentación Europeo.

** Licenciada y maestra en ciencia política por la UNAM y doctora en derechos fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, donde es profesora titular.

Artículo recibido el 2 de enero de 2019

Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 169-201
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: Desde los años noventa en el ámbito internacional se han sucedido los intentos de aunar la lucha contra la pobreza y la defensa de los derechos humanos. Hasta ahora, ello se ha llevado a cabo a través de instrumentos programáticos o de *soft law*. La Corte IDH dio un giro a esta tendencia con su fallo del caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, donde se concreta la juridificación del vínculo entre pobreza y derechos humanos. El objetivo principal de este trabajo es advertir sobre la envergadura que, en el marco de los esfuerzos por erradicar la pobreza, supone este paso. Para conseguir dicho objetivo, analizamos cómo el Tribunal Interamericano realiza esa construcción que culmina determinando la responsabilidad estatal por violación de derechos humanos con relación al principio de igualdad y no discriminación por posición económica, junto a las consecuencias de dicho razonamiento, especialmente para la identificación de nuevos estándares judiciales en materia de lucha contra la pobreza.

Palabras clave: pobreza, derechos humanos, Corte IDH, grupo vulnerable, discriminación estructural

ABSTRACT: Since the nineties the international arena has born witness to a number of attempts to join the forces against poverty to the defense of human rights. Such a task has been founded so far on programmatic or soft law instruments. The Inter-American Court gave a twist to this trend with its ruling in the Case *Workers of the Hacienda Brasil Verde vs. Brazil*, because it established the juridification of the link between poverty and human rights. The main objective of this research is to unveil the importance of this step in the context of the efforts to eradicate poverty. With this objective in mind, we analyze how the Inter-American Court accomplishes this construction that culminates by determining state responsibility for violation of human rights in relation to the principle of equality and non-discrimination by economic position, together with the consequences of this reasoning, especially for the identification of new judicial standards in the struggle against poverty.

Key words: Poverty, Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Vulnerable Group, Structural Discrimination

RÉSUMÉ: Depuis les années 1990, sur la scène internationale, les tentatives d'unifier la lutte contre la pauvreté et la défense des droits de l'homme s'effectuaient par le biais d'instruments de caractère programmatique ou de *soft law*. La Cour interaméricaine a donné à cette tendance une nouvelle tournure par sa sentence dans l'affaire *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil*, dans laquelle se concrétise le caractère juridictionnel du lien entre pauvreté et droits de l'homme. L'objectif principal de ce travail est de signaler l'importance que, dans le cadre des efforts visant à éradiquer la pauvreté, ce changement signifie. Pour atteindre cet objectif, nous analysons comment la Cour interaméricaine réalise cette construction qui culmine dans la détermination de la responsabilité de l'État devant la violation des droits de l'homme en ce qui concerne, d'une part, le principe de l'égalité et de la non-discrimination pour position économique, et d'autre part, les conséquences d'un tel raisonnement pour l'identification de nouvelles normes juridiques dans la lutte contre la pauvreté.

Mots-clés: pauvreté, droits de l'homme, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, groupe vulnérable, discrimination structurale

I. INTRODUCCIÓN¹

El primero de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) es el de erradicar la pobreza. Esta lucha se debe dar desde todos los frentes posibles, aquí optamos por uno de ellos, el del derecho internacional de los derechos humanos. En concreto, el objetivo de este trabajo es mostrar el hito que supone la sentencia del caso *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,² en la medida en que aporta un vínculo entre pobreza y derechos humanos en un instrumento jurídicamente vinculante, que abre una puerta fundamental para la juridificación de dicha relación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, tras proclamar en su preámbulo el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos fuesen liberados del temor y la miseria, considera que hay una serie de derechos de carácter social y económico que son indispensables para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.³ Sin embargo, el devenir posterior del derecho internacional de los derechos humanos acabó escindiendo el movimiento de los derechos humanos y el de lucha contra la pobreza. Deriva que fue confirmada por la aprobación en dos tratados distintos con diferentes sistemas de protección, por un lado, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y por el otro, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Fue a partir de la década de los años noventa, tras el final de la guerra fría, en particular desde la proclamación de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, cuando cobró relevancia la relación entre po-

¹ El presente artículo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación “Jueces en democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (España). Referencia: DER2016-79805-P (AEI/FEDER, UE), en el que ambas investigadoras participan.

² De ahora en adelante Corte IDH o Tribunal Interamericano.

³ Entre ellos, los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 22); el derecho al trabajo (artículo 23); el derecho a la educación (artículo 26); y el derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 25).

breza y derechos humanos.⁴ Poco tiempo después, en 1997, el secretario general de Naciones Unidas, Kofi Annan, estableció la necesidad de integrar el programa de derechos humanos “en toda la gama de las actividades de la Organización”⁵ y sus diferentes organismos desarrollaron distintas perspectivas de vinculación entre pobreza y derechos humanos. Destaca la labor de la Relatoría Especial Sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos⁶ que, en 2012, presentó los Principios Rectores sobre la misma materia.⁷

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) comenzó su acercamiento a este ámbito mostrando la necesidad de dar mayor importancia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), para los que creó una Unidad Temática en 2012 y una Relatoría Especial en 2014.⁸ Precisamente, dicha Unidad sobre los DESC fue la encargada de la coordinación del *Informe Sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, publicado en 2017. En este trabajo, se afirma que la pobreza constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales y que obstaculiza el goce y ejercicio de los derechos humanos, en condiciones de igualdad real, por parte de quienes viven en dicha situación, lo cual es muestra de una concepción clara de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos.⁹ Uno de los objetivos centrales del Informe es la consolidación y el desarrollo de estándares

⁴ La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, señala en su punto quinto: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.

⁵ Naciones Unidas, *Renovación de las Naciones Unidas: un programa de reforma*, Informe del Secretario General, A/51/950, 14 de julio, 1997, párr. 79.

⁶ Esta surgió en 2011 (A/HRC/RES/17/13) como continuación de la labor desarrollada por la figura del experto especial para la extrema pobreza y derechos humanos creado en 1998 (E/DEC/1998/250).

⁷ Aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (A/HRC/21/39).

⁸ La importancia de esta Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales es que “visibiliza en un sistema tradicionalmente de derechos de “primera generación”, derechos que podrían ayudar a combatir situaciones de carácter estructural, como las de pobreza y la exclusión social que, sin lugar a dudas, tienen sus raíces en la falta de realización de ciertos DESC”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017, p. 205.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147, 2017, p. 11.

que permitan al derecho internacional proveer un marco “normativo explícito e imperativo que guíe u oriente la formulación de políticas y estrategias nacionales” contra la pobreza, llegando a considerar que, en determinados supuestos, la pobreza podría implicar violaciones de derechos humanos “atribuibles a la responsabilidad internacional del Estado”.¹⁰

En cuanto a la definición de estándares interamericanos en materia de pobreza y pobreza extrema, considerando que a la fecha ni la Comisión ni la Corte IDH han desarrollado plenamente los mismos mediante informes o jurisprudencia específicos y sistemáticos, este Informe puede constituir un importante paso histórico, por ser la primera vez que la CIDH desarrolla en detalle las obligaciones internacionales de los Estados para enfrentar la situación de pobreza desde un enfoque de derechos humanos.

Ahora bien, todavía es necesario, por un lado, mejorar la concreción de la relación entre pobreza y derechos humanos, aclarando las obligaciones y los derechos, con los titulares de los mismos, así como los mecanismos y estándares que pueden permitir hacer valer el potencial jurídico y jurisdiccional de dicha relación; y, por el otro, avanzar en un enfoque de mirada amplia de la pobreza, donde se contemple el desarrollo y satisfacción de necesidades y el desarrollo y aplicación de capacidades, con el establecimiento de medidas acordes de reparación y, consecuentemente, de políticas públicas.

Es verdad que, a lo largo de los últimos años, la Corte IDH ha ido dando pasos significativos, de manera indirecta, a través de la consideración cada vez mayor de los DESC, bien a través de la posibilidad explícita abierta por el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador; bien a través de la técnica de la conexión; o bien, de manera más reciente, haciendo uso del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).¹¹ Después de años de reticencia jurisprudencial (salvo lo sostenido en algunos votos

¹⁰ *Ibidem*, pp. 15 y 42, respectivamente.

¹¹ Para un recorrido sobre la evolución del tratamiento de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH, véase Aguirre Castro, Pamela Juliana, “Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 67, 2018.

particulares),¹² en 2017¹³ se aceptó la justiciabilidad directa y autónoma de los DESC a través del artículo 26 de la CADH, con todas las ventajas que ello comporta.¹⁴ Si bien es cierto que no se ha utilizado esta posibilidad para abordar la relación entre pobreza y derechos humanos, no cabe duda que crea una vía posible para ello.

Sin embargo, un cambio sustantivo ya tuvo lugar en octubre de 2016 con la sentencia *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, donde la Corte IDH da un giro y aborda el tratamiento de la pobreza de manera directa.¹⁵ Antes de dicha sentencia, el Tribunal Interamericano sólo había “identificado la pobreza como un factor de vulnerabilidad que profundiza el impacto que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos sometidas a esta condición”.¹⁶ En concreto, se ha asociado la pobreza a grupos vulnerables tradicionalmente identificados (niños, mujeres, indígenas, discapacitados, migrantes...) como agravantes de su vulnerabilidad. Rara vez la pobreza ha sido tratada como causante de vulnerabilidad en sí misma¹⁷ y no con suficiente identidad como para identificarla con la posición económica como categoría prohibida de discriminación y condenar al Estado por ello. La

¹² Véase, por todos, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, Corte IDH. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246.

¹³ Corte IDH, caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, núm. 340. Se declaró la vulneración del derecho a la estabilidad laboral sobre la base del artículo 26, CADH.

¹⁴ Rivera Basulto, Marcela Cecilia, “Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 67, 2018, pp. 134-139.

¹⁵ Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318. De ahora en adelante caso *Hacienda Brasil Verde*. Otra sentencia, más reciente aún, también constituye un hito histórico en la jurisprudencia de la Corte IDH ya que interpreta de manera directa lo dispuesto en la CADH a través de su artículo 26 y da contenido al derecho al trabajo, como un derecho exigible. Nos referimos a: Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340. Con ello se dan pasos significativos hacia una justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

¹⁶ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párr. 26.

¹⁷ Corte IDH, caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y reparaciones, sentencia del 3 de septiembre de 2012, serie C, núm. 249, párr. 204.

Sentencia de la Corte IDH referida al caso *Hacienda Brasil Verde* considera a Brasil responsable de la violación del derecho a no ser sometido a servidumbre, trata y esclavitud, en el marco de una situación de discriminación estructural histórica debido a la posición económica, es decir, la pobreza, de los 85 trabajadores del caso.

Lo que pretendemos en este trabajo es mostrar el punto de inflexión que representa esta sentencia del Tribunal Interamericano en el proceso de incorporación de la pobreza al derecho de los derechos humanos en el SIDH, en la medida en que presenta, en una decisión jurídicamente obligatoria, una vinculación directa entre pobreza y derechos humanos. El alcance de este propósito requiere del desarrollo de dos objetivos secundarios. En primer lugar, analizar la viabilidad y los alcances que, en esta nueva aproximación de la relación entre pobreza y derechos humanos, supone la creación de un nuevo grupo vulnerable, el de los pobres, e indagar cómo la discriminación estructural de dicho grupo puede conllevar la violación del principio de igualdad y no discriminación por posición económica. En segundo lugar, examinamos cómo se concluye la responsabilidad estatal a partir de la determinación de ese grupo vulnerable y de la discriminación estructural. El fin último es desentrañar qué estándares han nacido para la lucha contra la pobreza en el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁸

Para llevar a cabo estos objetivos, el trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera. Bajo el segundo epígrafe se describe el caso y se justifica la importancia del objeto de estudio seleccionado; en el tercer apartado se hace la disección del caso poniendo especial énfasis, por un lado, en la importancia que adquiere el análisis del contexto; por el otro, en el grupo vulnerable de los pobres y en la discriminación por razón de posición económica; y, finalmente, en la responsabilidad estatal. El cuarto apartado

¹⁸ En el ámbito del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha introducido los DESC por conexión, y el Comité Europeo de Derechos Sociales ha emitido conclusiones específicamente vinculadas al artículo 30 de la Carta Social Europea Revisada, de 1996, en la cual se recoge el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/european-committee-of-social-rights>. El trabajo de este Comité ha permitido hablar de un grupo vulnerable de personas en situación precaria. Véase Jimena Quesada, Luis, “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en Sanz Caballero, Susana (ed.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. Sin embargo, en ningún caso hay una sentencia en sentido estricto que responsabilice a un Estado a través de la conexión entre pobreza y violación de derechos humanos.

se centra en el análisis de estos elementos y, a modo de conclusión, de su posible repercusión en el derecho internacional de los derechos humanos.

II. DESCRIPCIÓN DEL CASO *TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL*

En diciembre de 1988 y enero de 1989 se produjeron las primeras denuncias referidas a la existencia de servidumbre y trabajo esclavo en la Hacienda Brasil Verde, tras las cuales se llevaron a cabo sucesivas visitas de representantes del Estado a la Hacienda. Debido a que el Estado no adoptó medidas razonables de prevención y respuesta ante las evidencias de trabajo forzoso y servidumbre, ni proveyó a las víctimas de mecanismos judiciales efectivos para la protección de sus derechos, se hizo una petición de intervención —en diciembre de 1988— a la CIDH. Asimismo y considerando que Brasil se adhirió a la CADH el 6 de noviembre de 1992 y reconoció al competencia de la Corte IDH el 10 de diciembre de 1998, sólo entraron en la competencia *ratione temporis* de la Corte IDH los hechos referidos a las desapariciones forzadas¹⁹ y

... los supuestos hechos y omisiones del Estado que tuvieron lugar en las investigaciones y procesos relacionados a la inspección realizada en la Hacienda Brasil Verde en 1997, ocurridos con posterioridad al reconocimiento por parte de Brasil de la competencia contenciosa del Tribunal, al igual que los hechos relacionados con la inspección realizada en el año 2000 y los procesos iniciados con posterioridad a ésta.²⁰

Los procesos iniciados a raíz de la denuncia de 1997 acabaron con multas irrisorias, suspensiones del procedimiento, declaraciones judiciales de incompetencia y declaración de la acción penal como extinta.²¹ Con base

¹⁹ Entre los hechos recogidos en el Informe de Admisibilidad y Fondo de la CIDH, estaba la desaparición forzada de Luis Ferreira da Cruz e Iron Canuto da Silva, como parte de la denuncia presentada en diciembre de 1988 (párrs. 2, y 129), cuyo carácter de acto continuo o permanente ha sido establecido de manera reiterada por el derecho internacional de los derechos humanos (párr. 64).

²⁰ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párr. 65.

²¹ *Ibidem*, párrs. 153-161.

en el artículo 35.2 del Reglamento, la Corte identificó a 43 trabajadores presentes en la Hacienda Brasil Verde durante la fiscalización de 1997 y consideró al Estado responsable de violar las garantías judiciales de debida diligencia y plazo razonable (8.1 CADH) y el derecho a la protección judicial (25 CADH).²²

En marzo de 2000, dos jóvenes lograron escapar de la Hacienda y denunciaron a la policía la situación de explotación y violencia en que se encontraban. Esto motivó una fiscalización por parte de los inspectores de la Dirección General de Trabajo en compañía de la Policía Federal de Brasil. De dicha inspección resultó un informe que sirvió para fundamentar una acción civil pública ante la justicia laboral contra el propietario de la Hacienda, al considerarse que los trabajadores se encontraban retenidos en un sistema de cárcel privada, realizando trabajos en régimen de esclavitud y viviendo en condiciones de vida degradantes. Asimismo, en el año 2000, el Ministerio Público Federal presentó una denuncia penal, pero el Estado no pudo ofrecer a la Corte IDH más información acerca de este proceso. Finalmente, ninguno de los procedimientos determinó tipo alguno de responsabilidad ni constituyó un medio de reparación de daño a las víctimas.²³

Dado el perjuicio ocasionado a los 85 trabajadores rescatados en el año 2000, la Corte IDH consideró al Estado responsable por la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas (artículo 6.1 de la CADH, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento);²⁴ por la violación del artículo 6.1 de la CADH, con relación al artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica; y por violar sus derechos a las garantías judiciales de debida diligencia y plazo razonable (artículo 8.1, CADH) y a la protección judicial (artículo 25, CADH).²⁵

No cabe duda de que esta sentencia de la Corte IDH es un hito fundamental en la lucha contra la esclavitud, al poner de manifiesto sus formas contemporáneas. Es el primer caso que llega a la Corte directamente rela-

²² *Ibidem*, puntos resolutiveos 5 y 6.

²³ *Ibidem*, párrs. 177, 179, 185, 389, 390 y 405.

²⁴ Se está haciendo referencia a los derechos a la personalidad jurídica, la integridad y libertad personales, al derecho a no ser tratado de manera indigna y a la libertad de circulación, lo que muestra el carácter pluriofensivo de la esclavitud.

²⁵ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda... cit.*, puntos resolutiveos 3-6.

cionado con la vulneración del artículo 6.1 de la CADH, el cual establece que: “Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”, lo que llevó al Tribunal Interamericano a ocuparse ampliamente de la prohibición de la esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso y prácticas análogas a la esclavitud, así como de la trata de esclavos y mujeres en el derecho internacional contemporáneo.²⁶

Sin menoscabo de la importancia que supone la esclavitud denunciada en la sentencia que nos ocupa, en esta ocasión sólo centramos nuestra atención en la identificación de un nuevo grupo vulnerable que sufre discriminación estructural (histórica) debido a su posición económica, esto es, de su pobreza. Una circunstancia que conduce al sufrimiento de graves violaciones de los derechos humanos. Es también la primera vez que, en el contexto del SIDH, se reconoce la pobreza como parte de la discriminación por posición económica establecida en el artículo 1.1. de la CADH,²⁷ lo que está ligado a la configuración de un grupo vulnerable conformado únicamente por la condición de pobre, sin necesidad de ligarlo a otros factores.

De hecho, la calificación de una situación de discriminación estructural de carácter histórico supone asimismo una novedad. El juez Ferrer Mac-Gregor destaca, en su voto razonado de la sentencia, que es “el primer caso en donde expresamente la Corte IDH encuentra responsabilidad internacional contra un Estado por perpetuar esta situación estructural histórica de exclusión”.²⁸

²⁶ *Ibidem*, párrs. 248-306. Previamente a esta sentencia, la Corte IDH sólo se había ocupado de casos relacionados con trabajo forzoso.

²⁷ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, caso *Trabajadores de la Hacienda BrasilVerde vs. Brasil*, párr. 2.

²⁸ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, caso *Trabajadores de la Hacienda BrasilVerde vs. Brasil*, párr. 84. Precisamente, esta calificación provocó el voto particular parcialmente disidente del juez Sierra Porto por considerar que no se había realizado un análisis suficiente para concluir la existencia de dicha discriminación y que la mera existencia de problemas sociales estructurales o vulnerabilidad no puede generar la responsabilidad internacional del Estado (voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, caso *Trabajadores de la Hacienda BrasilVerde vs. Brasil*, párrs. 6, 8, 10-12). El juez Vio Grossi afirma en su voto individual concurrente que la referencia a la discriminación estructural histórica no implica que se esté declarando, en general, la responsabilidad del Estado en virtud de ella, sino que se trata del contexto que explica, pero no justifica, la discriminación de las víctimas

III. ANÁLISIS DE ASPECTOS CLAVE DE LA SENTENCIA: CONTEXTO, GRUPO VULNERABLE, DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

Delineado el esbozo precedente, entramos al estudio de la elaboración y de los contenidos de la sentencia. Primero expondremos el análisis del contexto que realiza la Corte IDH como paso previo para la determinación de un nuevo grupo vulnerable, el de la pobreza. A continuación, examinamos las razones esgrimidas para crear y vincular este nuevo grupo vulnerable con la discriminación estructural. Por último, mostramos las consecuencias de dicha construcción jurídica en términos de la responsabilidad del Estado.

1. *El análisis del contexto*

La determinación de la existencia o identificación de un grupo vulnerable, en razón de la pobreza, se inicia con el análisis del contexto en el que se producen los hechos denunciados de violación de derechos humanos, en particular la situación de sometimiento a esclavitud y trata de los 85 trabajadores que se encontraban en la Hacienda en el momento de la denuncia del año 2000.

En ese análisis del contexto, la Corte IDH constató que el comercio de esclavos en Brasil ha estado históricamente ligado al trabajo forzoso y a la colonización portuguesa. A pesar de que en 1888 la esclavitud fue legalmente abolida en este país, la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras han sido causas estructurales que han provocado la continuación del trabajo esclavo, que incluso siguió creciendo en el siglo XX debido a técnicas de trabajo que requerían mucha mano de obra en los últimos eslabones de la economía globalizada. Todo ello aunado a una situación de impunidad proveniente de la relación establecida entre los terratenientes y los sectores del poder público.²⁹

por pobreza y como causa de su trabajo esclavo (voto individual razonado del juez Eduardo Vio Grossi, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párrs. 1, 3 y 4).

²⁹ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda...* cit., párrs. 111, 114 y 318.

Las víctimas de este trabajo esclavo son personas de la regiones norte y noreste de Brasil, caracterizadas por ser las más pobres y con los mayores índices de analfabetismo. Estas condiciones les convierten en víctimas fáciles de los reclutadores, quienes les prometen salarios atractivos para trabajos alejados de sus casas, que en realidad terminan siendo trabajos forzosos en condiciones de hacinamiento e insalubridad y confinados en espacios de donde es muy difícil escapar.³⁰

Por tanto, a partir del análisis del contexto y, en particular, con base en los estudios de la Organización Internacional del Trabajo y del Ministerio de Trabajo y Empleo de Brasil,³¹ el Tribunal Interamericano considera probado que es la condición de pobreza extrema lo que sitúa a quienes la padecen en una posición de vulnerabilidad que hace mucho más probable que acaben trabajando en las condiciones descritas.³² Esta constatación no debería sorprendernos, dado que la relación entre pobreza y trabajo esclavo es un hecho ampliamente verificado.³³

2. El grupo vulnerable

Las 85 víctimas concretas del caso pertenecen a ese grupo de personas identificadas con una posición económica de pobreza que caracterizó su trato discriminatorio:

La Corte constata, en el presente caso, algunas *características de particular victimización compartidas* por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización. Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía *más susceptibles* de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha *situación de riesgo inmediato* para un grupo determinado de personas

³⁰ *Ibidem.* párrs. 112 y 113. En concreto, la sentencia recoge la expresión de “sistema de cárcel privada” empleada por el Ministerio Público (párr. 302).

³¹ *Ibidem.*, párr. 340.

³² *Ibidem.* párrs. 110-115.

³³ Arcos Ramírez, Federico, “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, en Pérez Alonso, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país.³⁴

La cita anterior constata que el grupo de los 85 trabajadores que se encontraban en la Hacienda Brasil Verde forman parte de un grupo de personas que se caracterizan por vivir en condiciones de extrema pobreza. La “situación de riesgo inmediato” alude a la mayor vulnerabilidad en la violación de los derechos de ese “grupo determinado de personas” que, respecto al resto de la sociedad, comparten ciertas características de origen histórico. Estas inferencias nos llevan a examinar qué se está entendiendo por vulnerabilidad, grupo vulnerable, desigualdad y discriminación estructural histórica en razón de la posición económica y cuál es la relación entre estas condiciones.

El concepto de vulnerabilidad, desarrollado y expandido mayormente por el pensamiento feminista,³⁵ hace referencia al riesgo, siempre presente, de sufrir algún tipo de daño o adversidad. Un tratamiento profundo sobre la vulnerabilidad y con notable influencia en el ámbito jurídico es el realizado por Martha A. Fineman. La teoría de la vulnerabilidad de esta pensadora estadounidense conlleva un reproche al derecho antidiscriminatorio propio del pensamiento liberal dado que se acompaña del principio de igualdad formal que es, desde su punto de vista, una perspectiva estrecha que “ignora la mayoría de los contextos, así como las diferencias en cuanto a circunstancias y habilidades” y que, por demás, “no es efectiva para combatir las fuerzas que han incrementado la desigualdad en riqueza, posición y poder”.³⁶

Fineman parte del presupuesto de que “la vulnerabilidad es inherente a la condición humana”.³⁷ Sin embargo, como también explicó esta autora, la vulnerabilidad concreta de cada persona es particular, dependiendo de su

³⁴ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda...* cit., párr. 339 (la cursiva es nuestra).

³⁵ Véase Young, Iris Marion, “The Gendered Cycle of Vulnerability in the less Developed World”, en Satz, D. & Reich, R. (eds.), *Toward a Humanist Justice: The Political Philosophy of Susan Moller Okin*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Butler, Judith, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Londres, Verso, 2004.

³⁶ Fineman, Martha A., “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en Fineman, M. A. & Grear, A. (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2013, p. 14.

³⁷ *Ibidem*, p. 13.

posición y situación en la sociedad.³⁸ Son las instituciones sociales las que deben encargarse de mediar, compensar y reducir nuestra vulnerabilidad a través de programas, instituciones y estructuras.³⁹

Encontramos aquí una primera consecuencia que resulta de vincular la vulnerabilidad con la desigualdad porque atender a la vulnerabilidad supone encarar las desigualdades que la igualdad formal ante la ley no trata —incluso ayuda a validar— en la medida en que no cuestiona la distribución de recursos y poder.⁴⁰

Una segunda consecuencia de esta vinculación entre vulnerabilidad y desigualdad la encontramos en la construcción de un grupo vulnerable. Con independencia de la existencia de una vulnerabilidad general del ser humano, es la condición de mayor vulnerabilidad de unos grupos respecto a otros lo que permite la construcción pretoriana de un trato diferenciado.⁴¹ Vulnerabilidad que supone una posición de riesgo mayor que el resto de la población respecto a la probabilidad de sufrir la violación de los derechos humanos. Si la vulnerabilidad general demanda cierta atención por parte de los poderes públicos, la vulnerabilidad agravada de estos grupos necesita una intervención más amplia del Estado. En sociedades en que existe un reconocimiento casi general de la igualdad formal (igualdad ante la ley), la noción de vulnerabilidad surge como respuesta a las debilidades del modelo liberal de la igualdad, en particular ante la carencia estrepitosa de igualdad material que se refleja en una falta de garantía de los derechos económi-

³⁸ Maggy Barrere acierta cuando puntualiza que “una cosa es que todos seamos vulnerables y otra, distinta, que todos seamos *igualmente* vulnerables”, un importante matiz que la “postura de Fineman no esclarece”, ya que en su visión de la vulnerabilidad se mezclan las causas accidentales y las estructurales. Véase esta autora para una visión crítica de Fineman. Barrere, Ma. Ángeles (Maggy), “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad o subordinación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 9.

³⁹ Fineman, Martha A., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, núm. 1, 2008, p. 3.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 3.

⁴¹ En este aspecto habría un alejamiento de los presupuestos de Fineman, dado que para ella los englobados bajo la etiqueta de “grupos vulnerables” se encuentran estigmatizados y esto puede ser pernicioso porque agrupa a los individuos con base en dos o más rasgos y enmascara otras diferencias, lo que conduce a que haya agrupaciones “sobre-inclusivas y sub-inclusivas”, Fineman, Martha A., “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, *cit.*, p. 16.

cos y sociales.⁴² Es decir, pese a la igualdad de todos ante la ley, existe un gran número de personas que debido a significativas desigualdades económicas, sociales y culturales han sido sistemáticamente excluidas del disfrute y ejercicio de sus derechos, y tienen un riesgo mayor que otros de sufrir la violación de éstos. Otorgar un mismo trato a personas que se encuentran en posiciones desiguales puede conducir a incrementar las desigualdades existentes; en consecuencia, cuando los Estados adopten medidas para mejorar las condiciones de los grupos vulnerables deben hacerlo sobre la base de una noción de igualdad material.⁴³

3. La discriminación (estructural histórica) en razón de la posición económica

La posición de riesgo mayor de sufrir violaciones de derechos implica que toda vulnerabilidad supone una discriminación de facto; es decir, una desigualdad, una posición de desventaja respecto al resto de los miembros de la comunidad.⁴⁴ Esa mayor vulnerabilidad, con frecuencia, tiene origen en una discriminación estructural.

Entendemos por discriminación *de facto* o fáctica la que existe en la realidad sin estar prescrita en la letra de la ley o en la programación estatal. La discriminación estructural, de acuerdo con la explicación del juez Ferrer

⁴² De acuerdo con Luis Prieto “los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada”. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustantiva”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 16. En el mismo sentido se pronuncia María José Añón cuando señala que los derechos sociales “no presumen que los seres humanos son seres autónomos, libres e iguales, sino que deben serlo y para ello son necesarios contextos institucionales adecuados que lo hagan posible”. Añón, María José, “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en Varios autores, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 39.

⁴³ Parra, Oscar, “Derechos humanos y pobreza en el Sistema Interamericano”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 56, julio-diciembre de 2012, p. 294.

⁴⁴ Entendemos aquí la igualdad y la no discriminación como los aspectos positivo y negativo, respectivamente, de un mismo fenómeno. Bayebsky, Anne F., “El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990, nota 1.

Mac-Gregor en su voto razonado, hace alusión a la existencia de grupos cuyos miembros tienen características inmodificables por su propia voluntad; padecen una exclusión sistemática que les ha impedido acceder a condiciones básicas de desarrollo humano; se concentran en una zona geográfica determinada y, con independencia de la intención de la norma, sufren de hecho una discriminación indirecta por la acción del Estado.⁴⁵

La discriminación indirecta se encuentra “relacionada con el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas u otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, producen efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”.⁴⁶ La discriminación indirecta tiene que ver con una forma determinada de entender el principio de igualdad y para evitarla se requiere una visión de la igualdad que no permanezca ciega ante normas en apariencia neutras y universales, y permita un trato diferencial, sin que necesariamente tenga que interpretarse como preferencial.⁴⁷ También supone introducir la idea de que no es necesario que exista intencionalidad para considerar que se está produciendo discriminación.⁴⁸

En la sentencia Hacienda Brasil Verde se aprecian diferentes aspectos discriminatorios que reflejan características propias de condiciones de discriminación estructural. En primer lugar, se atestigua un trato discriminatorio directo, proveniente del propio Estado como parte de la violación del derecho a la protección judicial. En el fallo del Tribunal Interamericano se hace constar que las autoridades ignoraron la “extrema gravedad” de los hechos y, por consiguiente, no actuaron “con la debida diligencia necesaria para garantizar los derechos de las víctimas”. La falta de actuación y de sanción responde a las condiciones “a las que continuamente eran sometidas personas con determinadas características en los estados más pobres de Brasil”.⁴⁹

⁴⁵ En 2009 la Corte IDH llevó a cabo un relevante desarrollo jurisprudencial sobre el concepto de discriminación estructural en el emblemático caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción, preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 205.

⁴⁶ Parra, Oscar, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁷ Véase, Corte IDH, caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251, párrs. 108 y 235.

⁴⁸ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párr. 86.

⁴⁹ Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda...*, *cit.* párr. 418.

Esta falta de debida diligencia y de castigo por hechos que pueden calificarse de condiciones de esclavitud responde a prejuicios o concepciones preconcebidas de lo que es considerado como circunstancias normales de trabajo. Esta actitud dio como resultado una actuación discriminatoria que entorpeció la posibilidad de sancionar a los responsables.

En segundo lugar, el apartado en que se relaciona la pertenencia de los 85 trabajadores rescatados a un grupo de personas que históricamente han vivido en una situación de pobreza se titula “Discriminación estructural”.⁵⁰ Aquí, los jueces identifican a las víctimas del caso con un grupo social que durante décadas ha sufrido una discriminación fáctica que los sitúa en un contexto de vulnerabilidad que es calificada de estructural histórica. No es una situación de “meros tratos arbitrarios”, sino de un “diseño del sistema social que coloca a determinados grupos en una condición desventajosa”.⁵¹

Esto significa que, en este fallo, por un lado, vulnerabilidad y discriminación estructural se encuentran fuertemente entrelazadas⁵² y, por el otro, que para abordar la pobreza se introduce la noción de grupo vulnerable que sufre discriminación estructural, una discriminación que no puede ser resuelta con la igualdad formal.

La identificación de un grupo vulnerable ha estado frecuentemente asociada a la identificación de una discriminación estructural de ese grupo y, algunas veces, ha llegado a suponer la responsabilidad del Estado por violación del principio de igualdad y no discriminación, tanto del artículo 1.1.

⁵⁰ *Ibidem*, apartado B.12 del capítulo VIII-1.

⁵¹ Parra, Oscar, *op. cit.*, p. 284.

⁵² En su jurisprudencia, la Corte IDH ha aludido a la relación entre vulnerabilidad y discriminación desde múltiples perspectivas. En ocasiones, es el propio Estado el que ha causado la vulnerabilidad a través de políticas directa o indirectamente discriminatorias. En otros casos, se ha considerado la existencia de discriminación sin hacer explícita la vulnerabilidad de las víctimas de la misma; o la identificación explícita de un grupo vulnerable no ha estado ligada a considerar probado el trato discriminatorio. Respectivamente: Corte IDH, caso de *Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 130, párrs. 172, 173, 205, 224 y 227. Corte IDH, caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 360. Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239. Corte IDH, caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 284, párrs. 164, 167, 149, y punto resolutivo 8.

de la CADH,⁵³ como de la igualdad ante la ley interna del artículo 24 del mismo instrumento.⁵⁴ De esto se sigue que la vulnerabilidad va asociada a discriminación estructural cuando el riesgo proviene de una desigualdad material enraizada en la sociedad y en el tiempo.

Como corolario de lo anterior, podemos concluir que en la sentencia del caso *Hacienda BrasilVerde* se considera que los 85 trabajadores rescatados en el año 2000 forman parte de un grupo humano mayor que se encuentra determinado espacialmente (regiones norte y noreste de Brasil) y que se caracteriza por rasgos concretos (pobreza, menor desarrollo humano y perspectivas de empleo, analfabetismo, poca o nula escolarización), que se sintetizan en la condición de pobre, vulnerable y víctima de discriminación estructural histórica. Se identifica así un nuevo grupo vulnerable: el de los pobres de estas regiones de Brasil.

4. *La responsabilidad estatal frente a la vulnerabilidad y la discriminación estructural*

De acuerdo con la sentencia *Hacienda BrasilVerde*, los Estados no sólo deben abstenerse de crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*; tam-

⁵³ En la mencionada sentencia conocida como “Campo algodonero”, el Tribunal Interamericano consideró “que la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación y declara que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana” (párr. 402). Sin embargo, el concepto de discriminación estructural se utilizó, especialmente, como contexto para fijar las medidas de reparación como medidas de reparación transformadora que tuvieran un efecto no sólo restitutivo, sino también correctivo, sin intención de responsabilizar al Estado por ello. Con relación a ello, el fallo señala: “Los tres homicidios por razones de género del presente caso ocurrieron en un contexto de discriminación y violencia contra la mujer. No corresponde a la Corte atribuir responsabilidad al Estado sólo por el contexto, pero no puede dejar de advertir la gran importancia que el esclarecimiento de la antedicha situación significa para las medidas generales de prevención que debería adoptar el Estado a fin de asegurar el goce de los derechos humanos de las mujeres y niñas en México e invita al Estado a considerarlo” (párr. 463).

⁵⁴ La Corte ha precisado que cuando se alega discriminación respecto a un derecho recogido en la propia CADH, debe analizarse bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma. Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 199.

bién están obligados a adoptar medidas positivas para revertir las situaciones de discriminación en las que viven determinados grupos de personas. Asimismo, la Corte IDH ha dictaminado que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial y, en consecuencia, no es suficiente con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que deben adoptar medidas positivas diseñadas en función de las necesidades que requiere el sujeto para estar protegido. En el caso que nos ocupa estas necesidades están determinadas por la condición y situación específica de pobreza y marginación de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde.⁵⁵

Hemos visto que la vulnerabilidad supone una discriminación fáctica, dado que, por definición, implica un mayor riesgo de sufrir violación de los derechos humanos. Ahora bien, para que haya una discriminación que transgreda el principio de igualdad y no discriminación que obliga internacionalmente al Estado,⁵⁶ es necesario que éste genere directamente esa discriminación creando o agravando la vulnerabilidad;⁵⁷ o que, conociendo esa situación de vulnerabilidad, no lleve a cabo las medidas positivas necesarias para evitar la violación de los derechos. Cuando la Corte afirma que “de la prueba aportada al expediente se advierte la existencia de una situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas el 15 de marzo de 2000 que caracterizó un trato discriminatorio”,⁵⁸ está aludiendo a la discriminación que sufrieron por parte del Estado y que acabará implicando su responsabilidad.

La condición de vulnerabilidad hace que no sea suficiente que el Estado se abstenga de violar los derechos para cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía, como son determinadas en el artículo 1.1 de la CADH. Por

⁵⁵ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda...*, cit. párrs. 336 y 337.

⁵⁶ Hay que recordar que la Corte IDH ha considerado que “en la actual etapa del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*” (Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 101. Reproducido en el párr. 416 de la sentencia que aquí es objeto de estudio).

⁵⁷ Véase Corte IDH, caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 360; y Corte IDH, caso de *Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 130, párrs. 172, 173, 205, 224 y 227.

⁵⁸ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda...*, cit., párr. 340.

el contrario, se vuelve imperativa la adopción de “medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.⁵⁹ De modo que aun cuando la violación directa de los derechos provenga de comportamientos de otros sujetos distintos del Estado, éste incurre en responsabilidad. En la medida en que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, el Estado “incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”.⁶⁰

En 1995 Brasil reconoció la existencia de trabajo esclavo y comenzó a tomar medidas para combatirlo. No obstante, pese a que conocía el caso concreto de la *Hacienda Brasil Verde* por una serie de inspecciones realizadas con anterioridad al reconocimiento por parte del Estado de la competencia de la Corte, el Estado no adoptó las medidas a las que estaba obligado para evitar que un grupo de personas en situación de pobreza extrema fueran víctimas de la esclavitud. Además, tras la denuncia del año 2000, tampoco investigó, procesó ni sancionó estos delitos, como razonablemente era de esperarse dada la gravedad de los hechos.⁶¹

Para determinar la responsabilidad estatal, la Corte volvió a recordar (en particular, respecto a los derechos del artículo 6o. de la CADH) que el Estado tiene el deber de prevenir e investigar las posibles violaciones a los derechos y de adoptar medidas integrales con la debida diligencia. El objetivo es claro, no sólo se trata de que exista un adecuado marco jurídico de protección, sino también una aplicación efectiva del mismo y unas políticas

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 316. En el mismo sentido: Corte IDH, caso *Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de noviembre 2012, serie C, núm. 257, párr. 292; Corte IDH, caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2015, serie C, núm. 134, párrs. 111, 113; Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, serie C, núm. 139, párr.103; Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párr. 244; Corte IDH, caso *Furlán y familia vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr.134.

⁶⁰ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda...*, *cit.*, párr. 338.

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 116 y 325-328.

públicas que eviten los factores de riesgo y fortalezcan las instituciones de manera que pueda proporcionarse una respuesta efectiva.⁶²

El deber de prevención no supone que el Estado sea responsable de cualquier violación de derechos humanos entre particulares cometida en su territorio, pues su deber de actuar se encuentra condicionado al “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato”⁶³ para un individuo o grupo de individuos determinado y las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.⁶⁴

En el caso *Hacienda Brasil Verde* se constataron una serie de fallas y negligencias por parte del Estado en dos niveles. Un nivel más general y lejano lo constituye el contexto del caso objeto de la sentencia, configurado por las denuncias que desde 1988 se fueron produciendo periódicamente sobre la existencia de trabajo esclavo en el Estado de Pará y, específicamente, en la Hacienda Brasil Verde. Estas denuncias supusieron la apertura de procedimientos penales y laborales, pero no se logró cambiar la situación de las personas que acudieron a la Corte. El segundo nivel, más inmediato a la realidad de los 85 trabajadores del caso, es el generado por la denuncia de los adolescentes que lograron escapar en marzo de 2000 y que pusieron una denuncia. El Estado no respondió como debía y no desplegó todo su aparato coercitivo para hacer frente a las graves violaciones de derechos humanos que de nuevo llegaban a su conocimiento. Al no hacerlo, violó su deber de impedir la existencia de esclavitud en su territorio.⁶⁵

Lo relevante del caso es que el principio de igualdad y no discriminación se ve vulnerado debido a la “categoría sospechosa” o “rubro prohibido de discriminación” de la posición económica de la persona, que la Corte identificó con la pobreza o pobreza extrema, destacando que, a diferencia

⁶² *Ibidem*, párr. 320.

⁶³ La Corte IDH consideró la existencia de esa “situación de riesgo inmediato” en la caracterización de las víctimas del caso.

⁶⁴ Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda...*, cit., párr. 323.

⁶⁵ “En esa oportunidad, al recibir la denuncia de los adolescentes sobre los delitos ocurriendo en la referida hacienda, la condición de niño de Antônio Francisco da Silva y la gravedad de los hechos denunciados, la policía simplemente informó que no podría atenderlos por ser carnaval y les orientó a regresar dentro de dos días. Dicha actitud estuvo en franca contradicción con la obligación de debida diligencia, sobre todo cuando los hechos denunciados se referían a un delito tan grave como la esclavitud”, *ibidem*, párr. 327.

de otros tratados de derechos humanos, es una de las causales de discriminación prohibida por el artículo 1.1. de la CADH.

Si bien el listado de las categorías sospechosas que acompañan la redacción del principio de igualdad y no discriminación suele ser un *numerus apertus*,⁶⁶ tiene relevancia por varias razones. En primer lugar, porque identifica grupos sociales susceptibles de sufrir discriminaciones injustificadas que tienen el efecto de excluirlos del goce o el ejercicio de derechos; en segundo lugar, porque las categorías recogidas en el listado implican la necesidad de un control estricto del empleo de esos factores como base de distinciones *de jure* o *de facto* (que supondría la inversión de la carga de la prueba, una presunción de invalidez de la distinción y la necesidad de justificación estricta de la medida que se juzga).⁶⁷

IV. EXAMEN CRÍTICO Y APORTACIONES

El profesor argentino Roberto Saba, quien ha estudiado en profundidad el tema de la igualdad y la desigualdad estructural, afirmó que

... si fuera posible establecer un vínculo entre un tipo particular de pobreza y la afectación consiguiente del derecho a ser tratado igual, entonces estaríamos ante un argumento capaz de justificar la responsabilidad constitucional o de derecho internacional del Estado de dismantelar las causas que llevan a esa afectación.⁶⁸

La Corte parece haber logrado esa conexión con la sentencia del caso *Hacienda Brasil Verde* a través de la construcción jurídica siguiente: partiendo del análisis del contexto, identifica un grupo vulnerable por pobreza y su discriminación estructural histórica; determina la pertenencia a ese grupo de las víctimas del caso, así como su situación de riesgo cierto e inmediato.

⁶⁶ El artículo 1.1. de la CADH termina: “o cualquier otra condición social”.

⁶⁷ Curtis, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, julio de 2010, pp. 115 y 122.

⁶⁸ Saba, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012, p. 45.

Ello genera la obligación del Estado de protección activa; su omisión o acción ineficaz le supone incurrir en responsabilidad.

1. *El papel jugado por el análisis del contexto*

El análisis del contexto es fundamental y probablemente imprescindible para abordar un enfoque grupal. De acuerdo con las palabras del juez interamericano Humberto Sierra Porto, en determinadas circunstancias la consideración del contexto es imprescindible por dos motivos. Por un lado, sirve para llenar los vacíos probatorios y precisar el alcance y el contenido de la denuncia; para complementar los hechos específicos del caso concreto, y para entenderlos y valorarlos una vez ubicados dentro del contexto; por otro lado, también es de utilidad para que una vez ubicado el caso en un específico contexto puedan determinarse presunciones de responsabilidad del Estado.⁶⁹

En principio, la Corte IDH fue concebida para conocer de violaciones individuales de derechos humanos. Sin embargo, en la medida en que se ha enfrentado a fenómenos que eran parte de violaciones sistemáticas de derechos se ha ido ocupando de la discriminación estructural de determinados grupos sociales. Cuando la vulnerabilidad está ligada a discriminación estructural, estamos hablando de grupos vulnerables, no de individuos, dado que “esa vulnerabilidad va asociada a una condición determinada que permite identificar al individuo como integrante de un determinado colectivo que, como regla general, está en condiciones de clara desigualdad material con respecto al colectivo mayoritario”.⁷⁰ El análisis del contexto provee el conocimiento de las condiciones de ese grupo —vulnerable y discriminado de manera estructural— al que pertenecen las víctimas concretas del caso.

En la sentencia *Hacienda Brasil Verde*, la identificación de un grupo vulnerable de pobres comienza con el análisis del contexto. Si bien el caso que llega a la Corte IDH es de personas individualmente consideradas, su apreciación como miembros de ese grupo es fundamental. Porque el análisis del

⁶⁹ Palabras pronunciadas en la conferencia “La utilización del «contexto» en la jurisprudencia Interamericana”, celebrada el 15 de marzo de 2016 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

⁷⁰ Felipe Beltrão, Jane *et al.*, “Prólogo” a *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, p. 14.

contexto no sólo sirve para probar la existencia del grupo, sino también su desventaja o el riesgo especial de dicho grupo, el carácter estructural de esa discriminación y, por tanto, su configuración como grupo vulnerable.

De este modo, el análisis del contexto sirve de elemento de prueba respecto a la situación de especial vulnerabilidad de los trabajadores concretos del caso y de la violación de sus derechos humanos. Pero también como prueba de su pertenencia a un grupo de personas que viven en esa situación de vulnerabilidad desde hace mucho tiempo, lo que permitió enunciar la existencia de una discriminación estructural histórica.

En el caso concreto que nos ocupa, el análisis del contexto muestra como causas subyacentes circunstancias históricas, políticas y sociales de exclusión en el goce de los derechos de determinado grupo de población caracterizado, principalmente, por su pobreza. Causas subyacentes que se ven reforzadas por macro fuerzas como la globalización.⁷¹ Al mismo tiempo, se constata el carácter estructural de esos grupos y de su exclusión, puesto que no logran cambiar sus circunstancias a lo largo del tiempo, lo cual facilita o está ligado a la impunidad de las violaciones de sus derechos.⁷² Esto conduce a que “se normalice” su no acceso al desarrollo de sus capacidades y a la satisfacción de sus necesidades. Ante esta situación, la acción del Estado

⁷¹ “En atención al elevado número de víctimas de esclavitud, trata y servidumbre que continúan siendo liberadas por parte de las autoridades brasileñas y al cambio de perspectiva de esos fenómenos y su ocurrencia «en los últimos eslabones de las cadenas de suministro de una economía globalizada», es importante que el Estado adopte medidas para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo, tanto a través de trabajo forzoso como de servidumbre y esclavitud” (Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párr. 318). Sobre causas subyacentes véase: Estupiñán-Silva, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, en Laurence Burgogues-Larsen *et al.* (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

⁷² A este respecto y de cara a la responsabilidad estatal, el análisis del contexto se vería fortalecido si se analiza la relación estructural, por un lado, entre pobreza, trabajo esclavo y colonialismo. Investigaciones, profundamente rigurosas y documentadas, como las de Jacob Gorender pueden ser de gran ayuda (*O escravismo colonial*, São Paulo, Editora Ática, 1978). Y, por otro lado, la relación estructural entre racismo, pobreza y esclavismo. Sobre ello, los trabajos del reconocido intelectual Abdías Nascimento centrados en el racismo, la discriminación y la condición post-abolicionista son una referencia obligada para comprender el trabajo esclavo contemporáneo (*O genocídio do negro brasileiro*, Rio de Janeiro, Paz et Terra, 1978). Mencionamos estos trabajos, pero no profundizamos en ellos porque, como ya hemos mencionado, nuestro objetivo está centrado en la pobreza y no en el trabajo esclavo.

está ausente o es insuficiente, mostrando un contexto de negligencia institucional, puesto que la actuación de los poderes públicos es partícipe de esa “normalización” de la discriminación. Esta es la situación que la propia sentencia describe respecto al derecho de acceso a la justicia.

Otra consecuencia significativa de la utilización del contexto es, siguiendo nuevamente a Sierra Porto, la dinamización del diálogo y la intercomunicación entre los distintos órganos internacionales en materia de derechos humanos, tanto regionales como universales. Ello es así, porque permite que sus trabajos, normalmente propios del *soft law*, van desdibujando su carácter meramente declarativo o programático y, con base en elementos probatorios de casos concretos, coadyuvan a una mejor eficacia jurídica. El contexto, de acuerdo con las palabras de este juez colombiano, es un instrumento para hacer obligatorios, de alguna manera, los informes de los órganos internacionales que velan por los derechos humanos.⁷³ Siguiendo esta línea argumental y tomando en cuenta que, en septiembre de 2017, tan sólo unos meses después de fallada la sentencia *Hacienda BrasilVerde*, la CIDH dio a conocer su “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”, no cabe duda de que estamos ante uno de esos escenarios en el que *soft law* y *hard law* se interrelacionan, en este caso para configurar nuevos estándares de futuro en materia de lucha contra la pobreza.

2. Consecuencias de la identificación de un grupo vulnerable de pobres y la consideración de la discriminación en razón de la posición económica

La identificación de un grupo vulnerable de pobres es clave, como hemos mostrado, para acabar determinando la responsabilidad estatal por las

⁷³ Sobre ello, llama la atención que en la Sentencia Brasil Verde no se hiciera referencia al caso de José Pereira relacionado con trabajo esclavo. Fue el primer caso en llegar a la CIDH, en diciembre de 1994, mediante un litigio realizado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Americas Watch y la Comisao Pastoral da Terra y que, tras la firma de solución amistosa en septiembre de 2003, se responsabilizó internacionalmente al Estado. Tras la denuncia, si bien nadie ha sido condenado, el Estado de Brasil adoptó una serie de medidas como son la creación del Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo y la Comisión Nacional de Erradicación del Trabajo Esclavo. También se crea la “lista sucia” de trabajo esclavo que es considerada una de las principales herramientas en la lucha contra ese delito y es tomada como referencia por las Naciones Unidas. Sin embargo, dicha lista fue recientemente suspendida.

violaciones de derechos humanos de los miembros de este grupo cometidas por terceros. Hemos observado también que la discriminación estructural y, por supuesto, histórica, es predicada de un grupo social identificado, a través del análisis del contexto. Conviene detenernos en el concepto de grupo antes de atender las consecuencias del nuevo grupo considerado vulnerable sólo por pobreza.

Owen Fiss, con cuyo punto de vista suele haber una cierta aquiescencia, señala que para poder hablar de grupo se deben cumplir las características siguientes: el grupo ha de constituir una entidad de modo que tenga una existencia distinta de la de sus miembros, de modo que es viable referirse al grupo sin necesidad de aludir a los miembros que lo integran; existe una interdependencia entre la identidad y bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros; los miembros del grupo se autoidentifican como pertenecientes a él, y su estatus resulta en parte determinado por el estatus del grupo.⁷⁴

Con independencia de la dificultad de determinar en la práctica la existencia de un grupo con esas características, la Corte IDH en este caso parece encontrar un grupo en los pobres que durante décadas han habitado las regiones norte y noreste de Brasil con las características ya descritas.⁷⁵

La aproximación que la Corte IDH hace del grupo de los pobres es muy cercana a la descrita por Saba (quien parte de la definición de grupo de Fiss) al establecer los elementos definitorios del grupo sometido, caracterizado por pobreza estructural: la intergeneracionalidad de la pobreza, la dificultad de acceder a servicios públicos básicos como la educación, la identidad de los pobres como grupo, la concentración territorial, la vinculación del estatus social del individuo al del grupo, la interrelación entre los miembros del grupo, la perpetuación de la situación en el tiempo y su vínculo con otros rasgos ligados al sometimiento (indígenas, mujeres, afrodescendientes...)⁷⁶

⁷⁴ Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de la Igual Protección”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 138 y 139.

⁷⁵ No hay consenso en la apreciación de que los pobres puedan constituir un grupo social. Una voz autorizada como la de Curtis, por ejemplo, cuestiona que “los pobres” puedan considerarse grupo, estimándolos más cerca de la noción de “agrupado”, que es fruto de una mera clasificación intelectual o legal, sin reflejar una experiencia colectiva de carácter social. Curtis, Christian, *op. cit.*, pp. 114 y 115.

⁷⁶ Saba, Roberto, *op. cit.* pp. 49-52.

Se trataría, por tanto, de uno de esos grupos desventajados o especialmente vulnerables identificados con grupos que, históricamente y de manera estructural han padecido dominación, explotación, exclusión, etcétera, de modo que la privación o el daño padecidos por sus miembros “no luce fortuito o casual, pudiéndose anticipar casi siempre mirando el desempeño normal de las prácticas formales e informales en una sociedad”.⁷⁷

Por otro lado, hemos considerado que la vulnerabilidad hace referencia al mayor riesgo, siempre presente, de padecer algún tipo de daño o adversidad. En el contexto que nos ocupa supone la violación de los derechos humanos de personas o grupo de personas debido a su condición personal o su situación específica. Esta dicotomía es establecida por la jurisprudencia de la Corte cuando habla de los deberes especiales de garantía que supone para el Estado el conocimiento de estas situaciones de vulnerabilidad, en tanto que las correspondientes medidas positivas serán “determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su *condición personal* o por la *situación específica* en que se encuentre, como la extrema pobreza o la marginación”.⁷⁸

La lectura de la jurisprudencia de la Corte IDH muestra que esta distinción es adoptada para precisar las situaciones de vulnerabilidad. Así, son personas vulnerables por su condición personal, los miembros de los pueblos indígenas, los niños y jóvenes, las mujeres, los discapacitados, los que tienen una orientación sexual minoritaria, los portadores del VIH. Mientras que se consideran vulnerables por su situación específica los migrantes, especialmente los indocumentados; los que sufren detención ilegal; los privados de libertad, especialmente si son extranjeros o sufren incomunicación; los apátridas y, de acuerdo con la sentencia *Hacienda Brasil Verde*, ahora también los pobres.

El valor de la distinción radica en que la vulnerabilidad por condición personal remite a unas características que no se pueden o no se deben remover. Son las diferencias fruto de las diversidades de nuestras identidades personales que, como explica el profesor Ferrajoli, hay que tutelar.⁷⁹

⁷⁷ Sahuí, Alejandro, “Derechos humanos y grupos desaventajados en el marco del Estado constitucional”, *Perspectivas Internacionales*, vol. 11, núm. 1, febrero-julio de 2015, p. 151.

⁷⁸ Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda...*, cit. párr. 337 (la cursiva es nuestra).

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, en Ruiz, Alfonso y Macía, Andrea (eds.), *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, Madrid, UAM y BOE, 2009, pp. 311 y 312.

Mientras que la vulnerabilidad por situación específica está ligada a circunstancias absolutamente cambiables, corregibles. Es cierto que, muchas veces, elementos de vulnerabilidad de uno u otro tipo se unen y combinan, generando una situación más compleja y de mayor riesgo. Para comprender los alcances reales de riesgo que conlleva la vulnerabilidad hay que observar el contexto concreto. De hecho, la pobreza suele estar presente en casi todas las situaciones de vulnerabilidad, lo cual constituye un reclamo más para exigir respuestas jurídicas y políticas que encaren desde los derechos humanos las situaciones de pobreza.

La constitución de un grupo vulnerable sólo por la condición de pobreza supone la identificación de una vulnerabilidad exclusivamente ligada a una situación específica. ¿Qué tipo de fragilidad caracteriza al grupo vulnerable de los pobres? Parece tratarse de un caso de fragilidad social,⁸⁰ en el que es la situación específica de los miembros del grupo y no su condición personal, lo que determina su vulnerabilidad. Se trata, por tanto, de un problema que es posible afrontar con las políticas públicas adecuadas. No hay factores intrínsecos a los miembros del grupo que determinen su vulnerabilidad; todo lo que les hace vulnerables puede ser y debe ser combatido por la acción del Estado.

La sentencia muestra que la identificación de ese grupo de pobres caracterizado por una desigualdad estructural afecta al derecho a la igualdad y el Estado debe hacerse cargo de dismantelar las condiciones que generan esta situación. Es imprescindible, por tanto, continuar con la superación de un concepto de igualdad formal y adoptar, como lo ha ido haciendo la jurisprudencia interamericana, “un concepto de igualdad material en el que se visibilicen las situaciones de discriminación estructural”.⁸¹

Este esfuerzo en la lucha contra la pobreza podría, además, liberar a otros grupos de gran parte de su carga de vulnerabilidad dado que la pobreza suele ser la situación específica que acompaña, como agravante o de manera combinada, la vulnerabilidad por la condición personal (de mujeres, niños, minorías étnicas, etcétera). Ahora bien, conviene dejar claro que

⁸⁰ Estupiñán-Silva, Rosmerlin, *op. cit.*, p. 212.

⁸¹ Chinchilla, Fernando *et al.*, “Pobreza y derechos humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del sistema interamericano”, en Autores varios *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? Democracia vs. Desigualdad (2007-2011)*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, p. 35.

el “el objeto de la acción de los Estados no ha de ser el de tratar a los pobres como un objeto de medidas de ayuda, de socorro y de control, sino como sujetos de derecho”.⁸²

En definitiva, la creación de este grupo vulnerable que sufre discriminación estructural en razón de la posición económica es un elemento clave en la vinculación jurídica entre pobreza y derechos humanos y, por tanto, de la lucha legal contra la pobreza. Estamos ante un nuevo acicate para hacer más eficaz la protección judicial.

3. *La pobreza como causa de las violaciones de derechos humanos y nuevos estándares para su juridificación*

La pobreza es, al mismo tiempo, causa y consecuencia de graves y numerosas violaciones a los derechos humanos.⁸³ Sin embargo, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, no toda privación constituye una violación de derechos humanos. Los intentos por relacionar ambos ámbitos conceptuales han sido múltiples, pero sin lograr un criterio unificado y desde terrenos de *soft law*.⁸⁴

En la sentencia *Hacienda Brasil Verde*, la Corte IDH ha considerado la pobreza como causa de la violación de los derechos humanos que sufren los trabajadores del caso. Dicha causalidad tiene consecuencias en la determi-

⁸² Nikken, Pedro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 48, julio-diciembre de 2008, p. 103.

⁸³ Véase Cuéllar M., Roberto, “Los derechos humanos de los más pobres: una ruta por construir en el sistema interamericano”, y Dulitzky, Ariel E., “Pobreza y derechos humanos en el sistema interamericano. Algunas aproximaciones preliminares”, ambos trabajos en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 48, julio-diciembre de 2008.

⁸⁴ En el marco de las Naciones Unidas se ha considerado que la pobreza constituye una negación de todos los derechos humanos (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), al menos cuando los derechos humanos involucrados afectan a las capacidades básicas (Alto Comisionado para los Derechos Humanos); se ha concebido el derecho a no ser pobre como un derecho humano en sí mismo (UNESCO); y también se ha considerado la pobreza como una violación del derecho al desarrollo (Programa de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo). Doz Costa, Fernanda, “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales. Una descripción crítica de los marcos conceptuales”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 9, 2008.

nación de la responsabilidad internacional estatal, que se vehiculiza a través del concepto de grupo vulnerable y la consideración de su discriminación estructural que como violación del principio de igualdad y no discriminación por posición económica.

El fenómeno de la pobreza es complejo, y la vinculación entre ésta y la violación de derechos humanos no puede generalizarse. No toda privación específica que pueda ser caracterizada como pobreza es necesariamente una violación de derechos humanos.⁸⁵ Ni todos los pobres (con independencia del enfoque de pobreza que utilicemos) conforman un grupo en el sentido considerado. Es necesario, como en el caso *Hacienda Brasil Verde*, que haya evidencia empírica y analítica que permita vincular pobreza y derechos humanos.

En la sentencia de la Corte IDH del caso *Hacienda Brasil Verde* se consideró que las víctimas concretas e individualizadas del caso pertenecían a un grupo cuya pobreza los colocaba en situación de vulnerabilidad y discriminación estructural histórica. Esa vulnerabilidad por pobreza era causa de las violaciones de derechos humanos sufridas. En tanto el Estado conocía la existencia del grupo, su vulnerabilidad y discriminación, así como el riesgo cierto e inmediato de la violación de sus derechos, incurrió en responsabilidad al no impedir las vulneraciones de derechos efectivamente acontecidas en relación con la violación del principio de igualdad y no discriminación en razón de la posición económica.

Este razonamiento jurídico nos permite concluir la posibilidad de vislumbrar los estándares que pueden llevar al Tribunal Interamericano a responsabilizar a un Estado de situaciones de pobreza causantes de violaciones de derechos humanos. En concreto, podemos afirmar que el Estado incurre en responsabilidad internacional por violación de derechos (aun siendo cometida por terceros) en relación al principio de igualdad y no discriminación, al faltar a su deber de garantía, si: *a)* se determina la existencia de un grupo de pobres; *b)* ese grupo sufre discriminación estructural como grupo vulnerable; *c)* dicha situación constituye un riesgo real e inmediato de violación de derechos humanos; *d)* el Estado conoce esa situación, y *e)* se produce violación de derechos humanos con causa en esa situación porque el Estado, debiendo proteger a los que sabía que estaban en riesgo, no lo hizo.

⁸⁵ Véase: Doz Costa, Fernanda, *op. cit.*, y Chinchilla Fernando *et al.*, *op. cit.*

Queremos cerrar recordando que “erradicar la pobreza está en el corazón de la Agenda 2030, y también lo está el compromiso de no dejar a nadie atrás”, de acuerdo con las palabras de Achim Steiner, administrador del PNUD.⁸⁶ Si nos preguntamos “¿por qué tenemos que seguir intentándolo incluso cuando el reto parece abrumador?”, encontramos la respuesta en las expertas sobre la pobreza Banerjee y Duflo: porque “es posible conseguir un avance muy significativo en la lucha contra el mayor problema del mundo mediante la acumulación de una serie de pequeños pasos, cada uno de ellos bien pensado, probado cuidadosamente y realizado con criterio”.⁸⁷

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE CASTRO, Pamela Juliana, “Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 67, 2018.

AÑÓN, María José, “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada”, en Varios autores, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008.

ARCOS RAMÍREZ, Federico, “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, en PÉREZ ALONSO, Esteban (dir.), *El derecho ante las formas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

BANERJEE, Abhijit y DUFLO, Esther, *Repensar la pobreza. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, Bogotá, Taurus, 2012.

BARRERE, Ma. Ángeles (Maggy), “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad o subdiscriminación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.

BAYEBSKY, Anne F., “El principio de igualdad y no discriminación en el derecho internacional”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990.

⁸⁶ Disponible en: <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>.

⁸⁷ Banerjee, Abhijit y Duflo, Esther, *Repensar la pobreza. Un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, Bogotá, Taurus, 2012, p. 33.

- BUTLER, Judith, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Londres, Verso, 2004.
- CHINCHILLA, Fernando *et al.*, “Pobreza y derechos humanos: hacia la definición de parámetros conceptuales desde la doctrina y acciones del sistema interamericano”, en Autores varios, *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres en América Latina y El Caribe? Democracia vs. Desigualdad (2007-2011)*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147, 2017.
- COURTIS, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, julio de 2010.
- CUÉLLAR M., Roberto, “Los derechos humanos de los más pobres: una ruta por construir en el sistema interamericano”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 48, julio-diciembre de 2008.
- DOZ COSTA, Fernanda, “Pobreza y derechos humanos: desde la retórica a las obligaciones legales. Una descripción crítica de los marcos conceptuales”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 9, 2008.
- DULITZKY, Ariel E., “Pobreza y derechos humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 48, julio-diciembre, 2008.
- ESTUPIÑÁN-SILVA, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence *et al.* (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.
- FELIPE BELTRÃO, Jane *et al.*, “Prólogo” a *Derechos humanos de los grupos vulnerables*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi, “La igualdad y sus garantías”, en RUIZ, Alfonso y MACÍA MORILLO, Andrea (eds.), *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, Madrid, UAM y BOE, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM y CNDH, 2017.
- FINEMAN, Martha A., “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M. A. & GREAR, A. (eds.), *Vulnerability*.

- Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate, Farnham/Burlington, 2013.
- FINEMAN, Martha A., “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, núm. 1, 2008.
- FISS, Owen, “Grupos y la cláusula de la Igual Protección”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- JIMENA QUESADA, Luis, “La protección de los grupos vulnerables por el Consejo de Europa”, en SANZ CABALLERO, Susana (ed.), *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*, Valencia, Tirano lo Blanch, 2010.
- NACIONES UNIDAS, *Renovación de las naciones unidas: un programa de reforma. Informe del Secretario General*, A/51/950 14 de julio, 1997.
- NIKKEN, Pedro, “Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 48, julio-diciembre, 2008.
- PARRA, Oscar, “Derechos humanos y pobreza en el sistema interamericano”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 56, 2012.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustantiva”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995.
- RIVERA BASULTO, Marcela Cecilia, “Justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Después de Lagos del Campo, ¿qué sigue?”, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 67, 2018.
- SABA, Roberto, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2012.
- SAHUÍ, Alejandro, “Derechos humanos y grupos desaventajados en el marco del Estado constitucional”, *Perspectivas Internacionales*, vol. 11, núm. 1, 2015.
- YOUNG, Iris Marion, “The Gendered Cycle of Vulnerability in the Less Developed World”, en SATZ, D. y REICH, R. (eds.), *Toward a Humanist Justice: The Political Philosophy of Susan Moller Okin*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Vulnerability of Special Agreements Signed by Non-State Armed Groups in Non-International Conflicts*

Vulnerabilidad de acuerdos especiales firmados por grupos armados no estatales en conflictos armados no internacionales

Vulnerabilite des accords speciaux signes par des groupes armes non etatiques dans des conflits armes non internationaux

Cecilia Giovannetti Lugo**
Cristina Montalvo Velásquez***

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Non-State Armed Groups and their International Legal Capacity*. III. *Legal Status of Special Agreements in the International Legal System*. IV. *Review of Cases: Implementation of Special Agreements*. V. *Conclusions*. VI. *Bibliography*.

* This paper was written as part of the LL.M. Master of Laws, University of Melbourne, Melbourne, Australia.

** Researcher subscribed to the research group “Law and Territory” of Universidad del Atlántico, e-mail: cgiovannetti@mail.uniatlantico.edu.co; cgiovannetti@uninorte.edu.co.

*** Professor and researcher categorized by Colciencias subscribed to the research group “Pedro Lafont Pianetta” of Universidad del Atlántico, Barranquilla (Colombia), e-mail: cris tinamontalvo@mail.uniatlantico.edu.co; montalvoc@uninorte.edu.co.

Artículo recibido el 12 de enero de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 203-234
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

ABSTRACT: International law has recognized the existence and legal force of special agreements signed by non-state armed groups —NSAG— in the context of non-international armed conflicts -NIAC-. Nevertheless, considering the poor development of this area in International Law, praxis evidences that national governments bring a different legal treatment to those instruments. In consequence, there is not a clear path to oblige the parties to fulfill what they internationally have agreed to. This paper aims to establish the vulnerability of special agreements as result of the lack of protection from international law. As main discussion points, it is approached: *a)* the legal capacity of non-state actors, *b)* the legal treatment that international law confers to these legal instruments and *c)* review of some cases.

Key words: Special Agreements, Post Conflict Agreements, Non-State Armed Groups, Non-International Armed Conflict, Internal Conflict.

RESUMEN: El derecho internacional ha reconocido la existencia y la fuerza legal de acuerdos especiales firmados por actores no estatales (NSAG) en el contexto de conflictos armados no internacionales (NIAC). Sin embargo, considerando el escaso desarrollo de esta área en el derecho internacional, la praxis evidencia que los gobiernos nacionales brindan un tratamiento legal diferente a estos instrumentos. En consecuencia, no existe un camino claro para obligar a las partes a cumplir lo que acordaron internacionalmente. Este documento tiene como objetivo establecer la vulnerabilidad de los acuerdos especiales como resultado de la falta de protección del derecho internacional. Como principales puntos de reflexión, se aborda: *a)* la capacidad legal de los actores no estatales, *b)* el tratamiento legal que el derecho internacional confiere a estos instrumentos, y *c)* revisión de casos.

Palabras clave: acuerdos especiales, acuerdos de pos-conflicto, grupos armados no estatales, conflictos armados no internacionales, conflictos internos.

RÉSUMÉ: Le droit international a reconnu l'existence et la force juridique des Accords spéciaux signés par des acteurs non étatiques (NSG) dans le contexte des conflits armés non internationaux (NIAC). Cependant, compte tenu du faible développement de ce domaine en droit international, dans la pratique, il s'avère que les gouvernements nationaux accordent chaque fois différents traitements juridiques à ces instruments. Par conséquent, il existe un manque de clarté sur leur effectivité pour obliger les acteurs à se conformer aux compromis internationaux acquis. Cet article vise à établir une analyse de la faiblesse et vulnérabilité des accords spéciaux en raison de l'absence d'une claire et adéquate définition et application dans le système de protection du droit international. Les principaux sujets de réflexion sont les suivants: *a)* la capacité juridique des acteurs non étatiques, *b)* le traitement juridique que le droit international attribue à ces instruments, et *c)* études de cas.

Mots-clés: accords spéciaux, post-conflict, groupes armés non étatiques, conflits armés non internationaux, conflits internes.

I. INTRODUCTION

The concept of subjects of international law has progressively changed over the last century. Previous to 20th century, States were the natural subjects of the international system, other participants, such as individuals, were considered as objects with a passive role.¹ Nevertheless, with the dynamic development within the system, nowadays, there are non- state subjects which are independents with their own rights and duties.²

In this sense, non-state armed groups —NSAG— are considered subjects in the international law field, not just in international conflicts, but in the context of conflicts carried out within a State.³ Since the consolidation of the theory related to the international subject hood of non-state armed groups, there have been different cases in which these groups and States have signed legal agreements in the context of a national conflict as the cases of Former Yugoslavia, Sierra Leone, Congo and Sudan.⁴ The legal capacity of NSAGs as treaty makers and the term “special agreements” come from different sources of international law, specifically from the *Geneva Conventions* and its common article 3.⁵

This paper aims to argument that even though international law authorizes and legitimates special agreements signed by NSAGs, different cases in the international system evidence that national legislations rule them, especially those referred to peace. The lack of proper regulation coming from international law has given the States the power to decide the treatment given to special agreements, which implies legal uncertainty for the parties.

¹ Grant, John, *International Law Essentials*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, Edinburgh Law Essentials, p.35.

² *Idem*.

³ *Ibidem*, p.116.

⁴ Sassòli, Marco, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, no. 1, October 2010, pp. 5-51, available at: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12913>

⁵ *Geneva Conventions to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, opened for signature 12 Aug 1949, 75 UNTS 287 (entry into force 21 Oct 1950), available at: http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf.

It is worth to mention that the absence of specific regulations related to special agreements obey to the state's sovereign decision to elude this topic.

The lack of proper legal mechanisms to enforce the agreements is not the only reason that explains their breach. It is worth to consider various factors, such as, lack of political will and the ambitious commitments included in these text. For instance, generally peace agreements contain more complex objectives than other special agreements, such as ceasefire treaties. Agreements that aim to end with a conflict generally include rural reforms or the establishment of a transitional criminal justice system. Regardless, the ambiguous legal treatment given by each state to agreements signed with non-state armed groups in the context of non-international armed conflicts contribute to legal uncertainty which conducts to the non-compliance of the agreement.

This research paper will analyse three key aspects: the first one is the international legal capacity of NSAGs as the enabling condition to play a role under international law. Secondly, the concept of "special agreements" conceived by the international humanitarian law throughout the *Geneva Conventions*. The final chapter concludes considering previous cases accepted under international law as special agreements; however, those cases are also example of vulnerability and legal uncertainty.

II. NON-STATE ARMED GROUPS AND THEIR INTERNATIONAL LEGAL CAPACITY

International legal personality is defined as the legal capacity of international law subjects to carry duties and exercise rights.⁶ Initially, this concept was applied exclusively to States,⁷ even though, in 1949, the International Court of Justice expressed a different approach in the advisory opinion

⁶ Johns, Fleur, *International Legal Personality*, Farnham, United Kingdom, Ashgate, 2010, p. 65.

⁷ For a further description of the primary concept of the international system see Brierly, James Leslie, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., New York, Oxford University Press, 1963, p. 94.

Reparations for Injuries Suffered in the Employment of the United Nations Case.⁸ The Court stated that even though States are natural subjects of the international legal system, there are other actors that exercise an active role with different kind of duties and rights.⁹ The Court expressed “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community”.¹⁰

General provisions of international law accept the legal force of agreements signed by different subjects than States. *Vienna Convention on The Law of Treaties* ratifies this thesis, giving to other entities the capacity to conclude treaties. Article 3 declares that spite the fact that the *Convention* does not apply to treaties concluded by subjects other than states, those agreements are legally binding.¹¹ It means that there are different actors, such as international organizations which are able to agree about duties and rights in the international law field.¹²

Specifically, in the case of non-state armed groups as subjects in international law, it is necessary to allude to the *Geneva Conventions*. In the context of the Diplomatic Conference of Geneva held in august 12 of 1949, the following conventions were established:

- I. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field.
- II. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea.
- III. Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War.

⁸ International Court of Justice “Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations”, Advisory Opinion, General List No. 4, 1949, available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/4>.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹¹ *Vienna Convention on The Law of Treaties*, opened for signature 23 May 1969, 1155 UNTS 331 (entered into force 27 January 1980).

¹² Roberts, Anthea and Sivakumaran, Sandesh, “Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law”, *Yale Journal of International Law*, Yale, 2010, vol. 37, p. 112.

IV. Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.¹³

Furthermore, there are three additional protocols, the first one relating to the protection of victims of international armed conflicts, of June 8 1977; the second, relating to the protection of victims of non-international armed conflicts, of June 8 1977; and the third one, relating to the adoption of an additional distinctive emblem in 8 December 2005.¹⁴

In each one of the Geneva Conventions, the first group of articles include a set of general and common provisions. Even though, most of international humanitarian law norms are referred to international armed conflicts, common article 3 establishes some guidelines for non-international armed conflicts -NIACs,¹⁵ or technically denominated as “armed conflicts not of an international character”.¹⁶ This article entitles NSAGs of non-international armed conflicts as subjects with obligations under the *law of war*; specifically, it mentions that in cases of internal conflicts “The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention”.¹⁷

Notwithstanding, the legal capacity of NSAGs is limited.¹⁸ The legal personality exists since the armed conflict comes to life and it finishes when the conflict ends.¹⁹ Attending to its own nature, NSAGs do not exercise positive rights mainly due to these groups that are receptors of obligations determined by other actors, mainly states.²⁰ The limitation in this case is

¹³ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*, opened for signature 12 August 1949, 75 UNTS 28 (entry into force 21 Oct 1950).

¹⁴ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, opened for signature 8 June 1977, 1125 UNTS 3 (entry into force 7 Dec. 1978).

¹⁵ *Geneva Conventions to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, opened for signature 12 Aug 1949, 75 UNTS 287 (entry into force 21 Oct 1950).

¹⁶ Sassòli, Marco, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ Sivakumaran, Sandesh, “Binding Armed Opposition Groups”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University Press, Oxford, 2006, vol. 55, p. 369.

¹⁸ Anthea, Robert y Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 234.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Waschefort, Gus, “Pseudo Legal Personality of Non-State Armed Groups in International Law”, *South African Yearbook of International Law*, 2011, vol. 36, p. 234.

focused on the fact that NSAGs do not participate in the creation of that set of norms, this characteristic confers to these groups a pseudo-legal personality.²¹ Indeed, some academics as Waschefort argument that exogenous circumstances determine the existence of that legal personality. It means that the decision whether a NSAG is a subject of international law depends upon external situations, such as the existence of an armed conflict and the State recognition of that legal personality through some actions as the signature of peace agreements.²² This is denominated as “conferred personality” because the condition of *subject* in the international system depends on the will of the State.²³

In this sense, academy discusses the praxis of the international humanitarian law theory in armed conflicts and the equal application of rules over the parties in dispute.²⁴ Marco Sassoli asks whether it is possible to give equal treatment to those parties.²⁵ According to the author, the level of compliance with the obligations and duties vary in each case attending to their different nature. In consequence, the reality of conflicts limits the legal capacity of NSAGs as subjects of international law.²⁶

Other perspectives in discussion support the thesis that NSAGs have the legal duty to respect international law due to the imposition of customary international law. The Special Court of Sierra Leone argued that international law of treaties does not bind NASGs with global obligations.²⁷ Still, the tribunal expressed that customary international law is the source that really binds non-state armed groups with the obligations declared in the common article 3.²⁸ Customary international law binds not just States but

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

²³ Walter, Christian, “Subjects of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University, 2007.

²⁴ Sassoli, Marco, “Introducing a sliding-scale of obligations to address the fundamental inequality between armed groups and states?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, no. 882, 2011, p. 427.

²⁵ *Ibidem*, p. 428.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber “Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty”, Case Nos SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72(E), 13 March 2004, p. 22.

²⁸ *Idem*.

all subjects in the international system, depending on the legal personality of each subject.

The United Nations Security Council has endorsed this thesis through different resolutions during last decades. A recent study of the contributions of the United Nations Security Council Resolutions to the law of non-international armed conflict, analysed council resolutions from 1991 to 2013 referred to NIACs.²⁹ In this, it was established that in 35% of the data, the Council ordered NSAGs to respect human rights invoking Chapter VII, of the Charter of the United Nations.³⁰ Furthermore, this research reflects the increasing council practice to impose sanctions to NSAGs, “only four of the sixteen Council sanctions regimes in place in 2017 targeted state actors exclusively; the rest targeted non-state actors exclusively or both state and non-state actors”.³¹ With these actions, there is an implicit recognition of NSAGs as subjects part of the international system.

1. *Non-State Armed Groups as Treaty Makers*

According to Roberts and Sivakumaran, there is resistance to conceive NSAGs as treaty makers.³² There is a predominant state-centric theory which has concerns about NSAGs as active subjects in the international system. One of the most alluded arguments is related to the legal status of armed groups. Some academics affirm that there is a considerable risk whether the State gives to NSAGs the position of lawmaker; it is considering that the group would undertake quasi-state functions.³³ Even so, this theory is dismissed due to the fact that the recognition of their legal capacity to sign treaties does not grant them the same rights and duties than States.³⁴ Additionally, the common article 3 of the *Geneva Conventions* clarifies that “The application of the preceding provisions shall not affect the

²⁹ Fox, Gregory H. *et al.*, “The Contributions of United Nations Security Council Resolutions to The Law of Non-International Armed Conflict: New Evidence of Customary International Law”, *American University Law Review*, Washington, vol. 67, iss. 3, 2018, p. 649-731.

³⁰ *Ibidem*, p. 654.

³¹ *Ibidem*, pp. 671 and 672.

³² Anthea, Robert and Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 132.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

legal status of the Parties to the conflict”.³⁵ This concern was presented during the drafting process of the Geneva Conventions. According to the ICRC commentary about common article 3, the article explicitly established this observation due to states alarm about the possibility to empower the armed groups.³⁶ It means that allowing NSAGs to sign special agreements does not imply the recognition of the status of belligerence or unlimited legal subjectivity.³⁷

The second concern is the legitimization of NSAGs armed actions. It regards giving NSAGs a path towards advantages in the political arena through that legitimization.³⁸ Even though, this is a valid position, engaging NSAGs in special agreements brings advantages to the State especially regarding the respect of international humanitarian law.³⁹ There is a risk of its non-compliance, thereof the existence of special agreements, brings higher possibilities to ensure the respect of IHL on the ground.⁴⁰ Furthermore, NSAGs would be introduced into the logic of negotiation, creating some awareness about other ways to behave during the conflict.⁴¹

The last concern is related with the possibility of degrading regulations established by IHL. This thesis exposes that NSAGs, as active subjects in the law-making process, could stipulate conditions which might violate

³⁵ *Geneva Conventions to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, opened for signature 12 Aug 1949, 75 UNTS 287 (entry into force 21 Oct 1950).

³⁶ International Committee of the Red Cross, “Commentary Of 2016. Article 3: Conflicts Not of An International Character”, 2016, available at https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDF4490736C1C1257F7D004BA0EC#_Toc465169951.

³⁷ International Committee of the Red Cross, “¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en un contexto de un proceso de paz? (What IHL says about the special agreements within the context of a peace process?)”, January 22, 2016, available at: <https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra>.

³⁸ Anthea, Robert and Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 133.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Hottinger, Julian, “The Engagement to Respect Humanitarian Law and Human Rights: A Prerequisite for Peace Negotiations, or a “Future” Component Within Peace Negotiations?”, Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law & Human Rights Law, Conference Report - Geneva, 4-5 June 2007, published November 2008, available at: https://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2013/11/20070605_criteria_conditions_engaging_ansa_to_hl.pdf.

⁴¹ *Idem*.

minimum standards of human rights.⁴² After all, it is necessary to notice that legal agreements shall respect international humanitarian law. It is considering that IHL dispositions are imposed through international treaties, but also, they are considered as norm *ius cogens* and international custom.⁴³ Indeed, the State would act as guarantor of the IHL and its minimum requirements in the law-making process.

In conclusion, there is a clear distinction in the nature of the different subjects of the international system, such as States and non-state armed groups. Still and all, customary international law, international humanitarian law and the interaction between those actors have progressively conferred legal capacity to NSAGs as treaty makers, implying that agreements signed by them are legally binding. Additionally, it is important to bear in mind the advantages that could bring the involvement of NSAGs, “it is necessary to engage them to obtain a sense of ownership by them”.⁴⁴ Including NSAGs in the practice of dialogue and negotiations may conduct to some respect of IHL.

III. LEGAL STATUS OF SPECIAL AGREEMENTS IN THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM

The *Geneva Conventions* in its common article 3 allows to NSAGs to sign special agreements related to international humanitarian law.⁴⁵ According to Ezequiel Heffes and Marcos D. Kotlik, special agreements are “explicit commitments between two or more parties to a non-international armed conflict to comply with certain rules of IHL, and they may be expressed in a signed document, a joint declaration or any other form. They are essentially public expressions of a concurrent will to abide by IHL”.⁴⁶

⁴² Anthea, Robert y Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p 134.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Sassoli, Marco, “The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007, p 64.

⁴⁵ Waschefort, above n. 2.

⁴⁶ Heffes, Ezequiel; Kotlik, Marcos, “Special agreements as a means of enhancing compliance with IHL in non-international armed conflicts: An inquiry into the governing legal regime”, *International Review of the Red Cross* 1198, 2014, pp. 895-896, available at: <https://>

Drafters of the *Geneva Convention* included common article 3 as an answer to non-regulated aspects in the text in grounds of non-international armed conflicts.⁴⁷ In the drafting process, this disposition was intentionally written with a minimum level of specification in order to avoid controversies between States, but also to confer to the parties involved the possibility to self-regulate their obligations.⁴⁸ The common article 3, initially indicates that special agreements were conceived to implement IHL regulations. Still, ICRC has mentioned in its 2016 commentary that those instruments may include dispositions of different nature such as peace settlements and reintegration of combatants.⁴⁹

In the academic and legal community, there is no consensus about the inclusion of special agreements as legal instruments part of international law. Mainly, there are three different approaches: the state-centric, a *sui generis* legal theory and the international approach.

The state-centric view indicates that special agreements are part of national law, implying that these settlements are legally valid and enforceable exclusively in the national context.⁵⁰ This theory considers States as the exclusive drafters of international law.⁵¹

However, this position carries some circumstances that are worth to consider. Firstly, admitting special agreements as part of the national law could produce a clash between the existing domestic legal structure and the new dispositions.⁵² For instance, actions considered as a war crime un-

www.icrc.org/en/international-review/article/special-agreements-means-enhancing-compliance-ihl-non-international.

⁴⁷ Fleck, Dieter, “The Law of Non-International Armed Conflict”, in Fleck, Dieter, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2013, p. 587.

⁴⁸ It is worth to mention additional advantages from including NIACs as treaty makers in the context of a non-international armed conflict. For instance, it is possible to clearly establish the legal status of the conflict or the applicable law. It allows to reaffirm the compliance of the international humanitarian law, but also to include provisions not embraced in this field, as the case of rules from international human rights law. Finally, it conducts to create a system to follow up the compliance of the agreement. For further review see: Mack, Michelle “Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts”, *International Committee of the Red Cross*, Geneva, Switzerland, February 2008, p. 16.

⁴⁹ International Committee of the Red Cross, “Commentary Of 2016...”, *op. cit.*

⁵⁰ Heffes, Ezequiel; Kotlik, Marcos, *op. cit.*, p. 1211.

⁵¹ *Idem.*

⁵² Heffes, Ezequiel; Kotlik, Marcos, *op. cit.*, p. 1212.

der international humanitarian law, may be classified differently under national regulations or *vice versa*.⁵³ Second, there are specific situations that the national regime does not regulate. That is the case of the intervention of a third party in the conflict, as another State.⁵⁴ And the most important argument, whether or not the national law regulates special agreements, there is always the possibility that one of the parties can deny the treaty. This applies specially to States due to the asymmetrical relation between the subjects.⁵⁵

The second approach argues that a *sui generis* legal regime regulates special agreements.⁵⁶ According to this view, this set of instruments creates a new legal regime exclusively for NSAGs, neither an international or national system.⁵⁷ Although, this has difficulties and restrictions. The first one is that a special regime would be based on temporary subjects of international law, implying the limited existence of that set of norms.⁵⁸ Additionally, one of the main incentives to NSAGs for signing special agreements is their legitimation through political recognition; without that motivation, the negotiation of agreements would be more complex.⁵⁹ NSAGs would not be part of an specific legal sphere which conducts to the reduction of their political power and influence.

Roberts and Sivakumaran defend another middle ground position describing special agreements as “hybrid treaties” due to the different condition of the signatory parties in terms of international capacity.⁶⁰ According to the authors, even though those instruments are in that mixed category, it does not imply a diminishment in their legal force.⁶¹

⁵³ Some actions which are considered under international humanitarian law as war crimes generally receive other treatment in national law systems. Peace agreements are an excellent example due to the inclusion of amnesty laws and special treatments to combatants. *Idem*.

⁵⁴ *Ibidem*, 1212.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Sassòli, Marco, “Taking Armed Groups...”, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ International Committee of the Red Cross, Report: “Improving Compliance with International Humanitarian Law ICRC Expert Seminars”, Geneva, 2003, available at: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/improving_compliance_with_international_report_eng_2003.pdf.

⁶⁰ Anthea, Robert y Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p 144.

⁶¹ *Idem*.

The last theory affirms that international law regulates special agreements.⁶² Embracing this approach brings advantages to both sides in the conflict. One of the strongest arguments is the symmetrical relation between the parties.⁶³ Even though in the national context the State has a preponderant status over NSAGs, when those subjects are located on an international level, both get a similar status.⁶⁴ It is recognized an equal capacity to negotiate in content. Both parties get duties and obligations that shall be accomplished. This thesis considers the international legal subjectivity as the conclusive characteristic needed to include special agreements as part of international law.⁶⁵ It means whether the parties are considered subjects of international law and the instrument meets the requirements; the resulting document might be considered as part of the international legal system.⁶⁶ Understanding special agreements as part of the international legal system implies that commitments included would be enforceable to the parties before international law institutions.⁶⁷

The general opinion of international courts, international organizations and academy, sustain that NSAGs are able to hold obligations in the international legal system through treaties, custom, unilateral positions or general principles of law.⁶⁸ Notwithstanding, there is not a consensus about how NSAGs acquire those obligations.⁶⁹ It is possible to get an idea with the *lex specialis* of different areas of international law. That is the case of the international humanitarian law or international human rights law, fields where it is easier to apply the concept.⁷⁰ Regardless, this approach commonly presents difficulties before traditional theories of international relations and inter-

⁶² Heffes, Ezequiel; Kotlik, Marcos, *op. cit.*, p 1216.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Another point of discussion would be ¿which institution would act as guarantor of the special agreements in the international law system? ¿would it be possible to stablish liability about the unfulfillment of special agreements?

⁶⁸ Tzeng, Peter, “Non-State Actors as Respondents before International Judicial Bodies”, *LSA J. Int’l & Comp. L*, 2018, p. 404, available at: <https://heinonline-org.ezp.lib.unimelb.edu.au/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ilsaic24&jd=432>.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 405.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 406.

national law. This is due to the intervention of NSAG and their relevant role in the creation of law and regulations.⁷¹

In conclusion, from a pragmatic point of view, it is possible to understand special agreements as instruments which imply both legal levels, the national and the international. The international system enables the subjects and brings the legal support to the agreement. The national sphere is the context where dispositions would be carried out (implying the intervention of national institutions, civil society, and so on). Considering special agreements as international treaties would arise multiple complexities for the international system.⁷² That is the reason why it is necessary to reinforce the protection with other mechanisms from international law in order to ensure their proper compliance.

IV. REVIEW OF CASES: IMPLEMENTATION OF SPECIAL AGREEMENTS

The legal concept of “special agreements” includes a set of different instruments.⁷³ The most alluded in theory are cease-fire agreements, peace agreements, and unilateral declarations, among others.⁷⁴ According to common article 3, those documents should contain substantial commitments from both sides related to IHL norms.⁷⁵ After the Second World War Two, there has been a proliferation of peace agreements in the world.⁷⁶ It is affirmed that after 1990, 50% of civil wars around the world have ended with a peace settlement.⁷⁷ The implementation of special agreements relies on multi-

⁷¹ *Idem.*

⁷² Heffes, Ezequiel; Kotlik, Marcos, *op. cit.*, p. 1217.

⁷³ International Committee of the Red Cross, “¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en un contexto de un proceso de paz? (What IHL says about the special agreements within the context of a peace process?)”, *cit.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Geneva Conventions to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Common Article 3, opened for signature 12 Aug 1949, 75 UNTS 287 (entry into force 21 Oct 1950).

⁷⁶ Bell, Christine, “Peace Agreements: Their Nature and Legal Status”, *The American Journal of International Law* 373, 2006, p. 373.

⁷⁷ *Idem.*

ple factors such as, state capacity and political will.⁷⁸ Indeed, cases as ceasefire agreements and unilateral declarations count with better predictions in their implementation due to the lower level of complexity in comparison to peace agreements. In cases as those analysed subsequently, it is inevitable to notice the ambitious objectives included in those instruments. Generally, ceasefire obligations are only one section in addition to aspects such as rural reforms, reintegration of combatants, transitional justice, among others. With this kind of structural changes, peace agreement implementation requires the full capacity and political will of states.⁷⁹

Not the less, the legal treatment given from international law to special agreements in general, conducts to its legal vulnerability due to that there is not a clear path to make them enforceable as international obligations. Indeed, States determine the legal status conferred to special agreements, which implies that in some cases, these are left without a proper legal guarantee. The lack of protection has contributed to the underestimation and unfulfillment of those agreements, conducting to gaps in the praxis and their legal development.

As exposed previously, it is possible to identify three different legal treatments in the international community. The first one, national legislations ruling special agreements. Second, in a restricted number of situations, special agreements accepted and formalized as international agreements. Finally, the third group where it is not clear whether they belong to national or international legal system. This chapter will review specific cases where there has been a breach of the rules agreed between the parties.

1. *Sudan and South Sudan*

Several chapters of civil and ethnic violence has marked North-south Sudan's recent history, in addition to frontier disputes, political instability and massive transgression of basic human rights.⁸⁰ This conflict left more

⁷⁸ DeRouen, Karl *et al.*, "Civil War Peace Agreement Implementation and State Capacity", *Journal of Peace Research*, núm 47(3), 2010, 333-346.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Bona, Malwal, *Sudan and South Sudan: from one to two*, Basingstoke, Hampshire, New York: Palgrave Macmillan, in association with St Antony's College, Oxford, 2015, p.16.

than two million deaths, four million displacement cases and 600,000 Sudanese seeking asylum overseas.⁸¹ In this context, there has been different agreements between the parties, but the most important is the Comprehensive Peace Agreement —CPA— (2005) which led to the independence of South Sudan.⁸²

This legal instrument signed in Sudan in 2005 is one example of special agreement under the disposition of the common article 3 of the *Geneva Convention*. The agreement signed between the Sudanese government and the Sudan's People Liberation Movement/Army —SPLM/A— was the end of more than 21 years of war.⁸³ This legal instrument is conformed by six different protocols which include IHL dispositions and meaningful aspects such as the right of self-determination of South Sudan, the reform of the state's administrative structure and power sharing rules.⁸⁴

There are multiple reasons that explain why the Comprehensive peace agreement, signed between a non-state armed group and the Sudanese Government is considered as a special agreement and might be enforceable before international law.⁸⁵ First of all, it is possible to deduce the intent of the parties to be bound with the agreement due to some words and expressions such as: "Shall", "obligations" and "equally authoritative".⁸⁶ It establishes "all

⁸¹ Brosche, Johan and Duursma, Allard, "Hurdles to peace: a level-of-analysis approach to resolving Sudan's civil wars", *Third World Quarterly*, vol. 39, no. 3, p. 6.

⁸² *Idem*.

⁸³ United Nations Mission in Sudan, "The background to Sudan's Comprehensive Peace Agreement" 28 August 2016, available at: <https://unmis.unmissions.org/background-0>.

⁸⁴ The first one is the Protocol of Machakos (2002) which is focused on structural issues as the transitional process, the principle of governance, the recognition of the self-determination of South Sudan and the state structure. Five additional agreements are added to this protocol. The protocol on security arrangements (2003), The Protocol on wealth-sharing (2004), The Protocol on Power-sharing (2004), The Protocol on the resolution of conflict in southern Kordofan/Nuba Mountains and the Blue Nile States (2004), and The Protocol on the resolution of conflict in Abyie (2004).

⁸⁵ Another peace agreement which recognizes the right to self-determination was signed between the Communist Party of Nepal (Maoist) [CPN (M)] and the Government of Nepal in 2006. The objective of this agreement was the cessation of hostilities. The People's Liberation Army [PLA] and the governmental armed forces were committed to deposit their weapons in stipulated cantonments. See: Sheeran, Scott, "International Law, Peace Agreements and Self-Determination: The Case of the Sudan", *International and Comparative Law Quarterly*, no. 2, 2011, p. 428.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 434.

the obligations and commitments specified in the CPA shall be binding in accordance with the provisions thereof”.⁸⁷ In addition, there is a deep intervention from the international community as guarantors and facilitators during the peace negotiations, the signing of the agreement and its implementation.⁸⁸ There was a deep involvement from some States and international organizations in its negotiation process, as the East African Regional Organization and the company of the international community.⁸⁹ Finally, it is worth to mention the inclusion of the right to self-determination in the text inducing an *erga omnes* and *jus cogens* character.⁹⁰ The CPA included the possibility to led the creation of South Sudan as independent State.⁹¹

Notwithstanding, there are flaws in the implementation of this agreement. The CPA stated the realization of a referendum for the people of Abyei Region on whether to become part of the South or to stay part in the north with its special status.⁹² It had to be hold in 2011; however, this commitment is still pending due to political reasons and the parties’ lack of willingness.⁹³ South Sudan is experiencing a similar case. After its independence, since 2013 South Sudan has been immersed into a civil war between government forces and opposition rebels, including Sudan’s People Liberation Movement-In Opposition —SPLM-IO—, dissident from the original SPLM.⁹⁴ It has created “one of the world’s biggest humanitarian crisis” due

⁸⁷ Comprehensive Peace Agreement between the Government of the Republic of The Sudan and The Sudan’s People Liberation Movement/ The Sudan’s People Liberation Army, p. 16, available at: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_060000_The%20Comprehensive%20Peace%20Agreement.pdf.

⁸⁸ Sheeran, Scott, *op. cit.*, p. 442.

⁸⁹ Woodrow Wilson International Centre for Scholars, “Implementing Sudan’s Comprehensive Peace Agreement: Prospects and Challenges”, May 2008, available at: <https://www.ciaonet.org/attachments/1347/uploads/5>.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 446.

⁹¹ *Idem*.

⁹² The Carter Center, “Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan: Final Report”, p. 6, available at: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/finalreport-sudan-2011-self-determination-referendum.pdf.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ United Nations Mission in the Republic of South Sudan (UNMISS), “*Conflict in South Sudan: A Human Rights Report*”, May 8 2014, available at: https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/unmiss_conflict_in_south_sudan_-_a_human_rights_report.pdf.

to massive violation of basic human rights.⁹⁵ In this context, there have been different attempts to restore the peace in the country through different peace agreements. The most feasible occasion was the first peace agreement in 2015, where the transitional government was established and specific commitments to include all the parties in the political and State power.⁹⁶

The growing cynicism towards the peace process (2015) also underscores the unwieldy politics of South Sudan and the many interrelated factors (including corruption, military factionalism and economic instability) complicating efforts to structure the peace process. South Sudan, in other words, is not simply the product of hundreds of years of bloodletting and tribal savagery. Rather, it is a country whose political elite continues to steal from the people and the land, fight with one another and operate with impunity.⁹⁷

In October 2018, the South Sudan Government and the rebels signed a new peace agreement.⁹⁸ The international community is deeply involved, considering the number of States which have participated in the negotiation process, such as Sudan and Uganda which have the role of guarantors.⁹⁹ Nevertheless, there is a clear scepticism about the parties' real willingness to execute the treaty and its obligations.¹⁰⁰

As it is possible to observe, Sudanese comprehensive peace agreement is one of the most ambitious settlements in recent history. It looked to intro-

⁹⁵ Brosché, Johan, Höglund, Kristine, "Crisis of Governance in South Sudan: Electoral Politics and Violence in the World's Newest Nation", *Journal of Modern African Studies*, no. 1, 2016, p. 22.

⁹⁶ Roach, Steven C. "South Sudan: A Volatile Dynamic of Accountability and Peace." *International Affairs*, vol. 92, no. 6, Nov. 2016, p. 1343.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ Hauenstein, Matthew and Joshi, Madhav, "What are the prospects for South Sudan's new peace agreement? Here are the critical next steps", *The Washington Post*, October, 2019, available at: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/10/29/what-are-the-prospects-for-south-sudans-new-peace-agreement-here-are-the-critical-next-steps/?noredirect=on&utm_term=.76c5b34b937a.

⁹⁹ *The Guardian*, "South Sudan celebrates new peace accord amid joy – and scepticism", October, 2018, available at: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/oct/31/south-sudan-celebrates-new-peace-accord-amid-joy-and-scepticism>.

¹⁰⁰ *Idem*.

ducing deep structural changes in the political, social and economic organization in Sudan. In consequence, it demands a huge effort not just from the parties in conflict, but from the entire society. Indeed, during its negotiation process, some observers expressed a common concern whether the parties were going to be able to implement the agreement.¹⁰¹

In addition to the intricated matters covered in the agreement, and the lack of political willingness, one of the main reasons that explains why there is a recurrent pattern of non-compliance of special agreements in Sudan is closely linked with the concept of identity.¹⁰² It goes beyond tangible or negotiable goods in the society, such as power or wealth; and it is more related to aspects as historical and cultural interpretations, different conceptions of social values, and ethnic differences. Commonly this kind of aspects are more complex to negotiate, considering that those are part of people's personal beliefs and concept of individuality.¹⁰³

Bearing in mind this background and Sudan's recent history, the recognition from international law, as a binding treaty with international obligations, would bring better predictions for the future implementation of this peace agreement. Besides, the parties in the conflict would count with more efficient mechanisms to oblige to put it into practice and denounce its breach. In the same way, the international community would count with a legitimation to call for its implementation.

2. Colombia

According to the International Committee of the Red Cross, during the Colombian conflict, there has been a set of special agreements between the parties.¹⁰⁴ The first one was concluded in 2001 during the period of former president Andrés Pastrana Arango (1998-2002) between the FARC

¹⁰¹ Woodrow Wilson, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰² Silva Freitas, Jeane and Loyolla, Paulo, "La naturaleza de la disputa entre el Norte y el Sur y las implicaciones del Tratado General de Paz para el proceso de formación de Sudán del Sur" (The nature of the dispute between the North and the South and the implications of the General Peace Agreement for the formation process of South Sudan), *Relaciones Internacionales*, no. 29, June-December 2015, pp. 153-178.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ "¿Qué dice el DIH sobre...?", *International Committee of the Red Cross*, *cit.*

and the Colombian government.¹⁰⁵ The subjects agreed on a humanitarian exchange of prisoners which allowed the liberation of 358 kidnaped soldiers in exchange of 14 subversives.¹⁰⁶ However, the guerrilla breached its commitments and the government ended the negotiation process.¹⁰⁷

The most important special agreement in Colombian history, is the deal signed between the government and the FARC in 2016.¹⁰⁸ After 4 years of negotiations, the *Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace* became a reality.¹⁰⁹ It includes 5 main sections: 1) rural reform; 2) political participation; 3) definitive ceasefire and abandonment of arms; 4) illicit drugs; 5) victims and transitional justice.¹¹⁰ This agreement has contributed to the diminishment of the statistics about murderers in

¹⁰⁵ International Crisis Group, “Rehenes por prisioneros: ¿un camino hacia la paz en Colombia?” (Hostages for Prisoners: Is It a Way to Get Peace in Colombia?), *Boletín Informativo Sobre América Latina*, available at: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_766.pdf?view=1.

¹⁰⁶ Heyck, Ana Caterina, “Análisis del acuerdo humanitario como alternativa de negociación para lograr la libertad de los secuestrados políticos en Colombia” (Analysis of the humanitarian agreement as an alternative to negotiation in order to achieve the freedom of the kidnapped politicians in Colombia), *Revista Paz y Conflicto*, España, núm. 2, 2009, p. 92.

¹⁰⁷ It is necessary to bear in mind the fact that the Colombian conflict involves multiple sides. The FARC was the most robust group. However, there are other illegal organizations, such as the National Liberation Army —ELN— and paramilitary groups, which are still part of the conflict. See: National Center of Historical Memory, General Report “Bata Ya”, Colombia, 2012, pp. 111-194, available at: http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap2_110-195.pdf.

¹⁰⁸ It is important to mention, that the FARC and the Colombian government signed two different agreements. The first one was sealed in Cuba on June 23 2016. Subsequently, the president Juan Manuel Santos decided to submit the final text to popular endorsement holding a national plebiscite. It was an astonishment surprise when the “No” turned out to be the winning option of the elections, which evidenced the Colombian people displeasure about the pact. In consequence, the government took some proposal from the opposition and decided to modify specific points of the deal. The last text was signed in a more discreet ceremony in Bogotá on November 24 2016. See: Torrijos, Vicente and Arévalo, Walter, “Del plebiscito a la reforma: movimientos políticos y cambios fundamentales a los Acuerdos de Paz en Colombia tras la victoria del No en el Plebiscito de 2016 (From the Plebiscite to The Reform: Political Movements and Fundamental Changes to Peace Agreements in Colombia After the Victory of No in The Plebiscite Of 2016)”, *Revista Política y Estrategia*, no. 129, 2017, p. 132, available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6123849>.

¹⁰⁹ Colombian Government, “Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace”, November 24 2016, available at: <http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170620-dejacion-armas/acuerdos/acuerdo-final-ingles.pdf>.

¹¹⁰ *Idem*.

combat, landmine victims and children recruited for war.¹¹¹ However, the implementation is questionable considering the lack of government and guerrillas' willingness to fulfil their commitments. Most of the measures foresaw in the agreement are still pending such as, programs of reinstatement of combatants, rural reform and proper implementation of the transitional justice.¹¹² In different scenarios, national and international subjects have expressed their concern about the possibility to return to worldlike conflict.¹¹³

The legal treatment given to special agreements in Colombia has changed during the years. In the constitutional ruling C – 225 of 1995, the Colombian Constitutional Court adopted the thesis that special agreements cannot be considered as international treaties due to NIAGs are not subjects in the international law system.¹¹⁴ Notwithstanding, with the peace agreement in 2016 there was the initiative to recognize the deal as special agreement. The legislative act 01 Of July 7 of 2016 stated in its article 4:

The Final Agreement for the Termination of the Conflict and the Building of a Stable and Lasting Peace constitutes a Special Agreement under the terms of common Article 3 to the Geneva Conventions of 1949. In order to offer guarantees of compliance with the Final Agreement, once it has been signed and entered into force will enter.¹¹⁵

¹¹¹ Technical Secretariat of the International Verification Component. CINEP / PPP-CER-AC, "Third report verifying the implementation of the Final Agreement of Peace in Colombia for International Verifiers", Colombia, August, 2018, p. 11, available at: <https://www.cinep.org.co/images/csivi/Tercer-Informe-Trimestral-Secretaria-Tcnica.pdf>.

¹¹² *Ibidem*, pp. 1-369.

¹¹³ United Nations Verification Mission in Colombia, "Comunicado Tercer Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad Sobre la Misión de Verificación de la ONU en Colombia" (Press Release Third Report of The Secretary General to The Security Council on The UN Verification Mission in Colombia), Colombia, July 25 2018, available at: <https://colombia.unmissions.org/co-municado-tercer-informe-del-secretario-general-al-consejo-de-seguridad-sobre-la-misi%C3%B3n-de>.

¹¹⁴ Constitutional Court of Colombia, Ruling C-225/95, Reporting Judge: Alejandro Martínez Caballero, Colombia, 18 May 1995, available at: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-295-95.htm>.

¹¹⁵ The Congress of the Republic of Colombia, "Legislative Act 01", July 27 of 2016, available at: <https://www.comisionprimerasenario.com/actos-legislativo/1074-acto-legislativo-01-del-7-de-julio-de-2016/file>.

Furthermore, in the same article, the Colombian Congress inserted the agreement into the block of constitutionality, trying to bring constitutional force and guarantees to its implementation.¹¹⁶

After the plebiscite that made evident the disapproval of the Colombian people towards the agreement, the Government derogated article 4 ending with the recognition of the text as special agreement.¹¹⁷ For all that, this is a controversial issue in the legal field in the country. The characteristics of this agreement, in addition to the subjects and the procedure itself; bring enough arguments to consider this as special agreement.

In the Colombian case, the polarization experienced in politics and in the society is one of the main reasons that has prevented the proper implementation of the peace agreement. After the period of former president Juan Manuel Santos, the opposition political party assumed the command of the executive branch with the democratically elected president Ivan Duque Marquez. The “Democratic Centre”, the president’s political party, has been the strongest opposition to the peace process with the FARC. In many opportunities its members have expressed the necessity to “shatter” the settlement.¹¹⁸ Although, during its presidential period, Duque has not endorsed the party’s radical position, however, he has drove reforms initiatives in aspects such as transitional justice and the political participation of ex-combatants.¹¹⁹ These initiatives have not succeeded yet, notwithstanding, it has slowed the agreement implementation course. In the same way, some ex-members of the FARC have continued committing criminal acts

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ Amaya-Villareal, Alvaro and Guzman-Duarte, Valeria, “La Naturaleza Jurídico-Internacional de los Acuerdos de Paz y Sus Consecuencias en la Implementación” (International Legal Nature of Peace Agreements and its Consequences on their Implementation in Colombia), *Colombian Journal of International Law*, Colombia, No. 30, June 2017 p. 52.

¹¹⁸ “«Hacer trizas» el acuerdo con las FARC: ¿es posible?” («Shattering» the agreement with the FARC: is it possible?), *Revista Semana*, August, 2017, available at: <https://www.semana.com/nacion/articulo/uribismo-hara-trizas-acuerdo-acuerdo-con-farc-esta-blindado/524529>.

¹¹⁹ “Las cuatro reformas que el gobierno Duque quiere hacerle al Acuerdo con las Farc” (The four reforms that the Duque government wants to make to the Agreement with the Farc), *El Espectador*, August, 2018, available at: <https://www.elespectador.com/colombia2020/politica/las-cuatro-reformas-que-el-gobierno-duque-quiere-hacerle-al-acuerdo-con-las-farc-articulo-857074>.

and abandoning the peace process.¹²⁰ There is a generalized distrust in the process, which has conducted to the rearmament of guerrilla cells.

In the Colombian case, in addition to the issues related to its implementation, there is a clear intention in modifying the agreement dispositions. In consequence, it is necessary to give legal protection to the agreements signed between NSAGs and states in the context of non-international armed conflicts. This would not close the possibility of future amendments or changes agreed between the parties according to the *Vienna Convention on the Law of treaties*. So far, recognizing the existence of international obligations inserted in special agreements would bring certain legal stability and legal guarantees to the signing parties for any future modification process. In conclusion, it will help to diminish the current legal vulnerability present in multiple post-conflict processes.

3. Guatemala

Guatemala is an example of non-compliance with what was agreed between non-state armed groups and the government in the framework of a peace agreement. In 1996, after 36 years of war, the Guatemalan State and the Guatemalan National Revolutionary Front -URNG- signed the “Accord for a Firm and Lasting Peace”.¹²¹ With more than three decades of confrontations, according to the Commission for Historical Clarification, It was registered 42,275 victims, 83% were mayas and 7% were ladinos.¹²²

¹²⁰ Rios Escobar, Federico, “Colombia Struck a Peace Deal With Guerrillas, but Many Return to Arms”, *New York Times*, Sept. 2018, available at: <https://www.nytimes.com/2018/09/18/world/americas/colombia-farc-peace.html>

¹²¹ This final agreement is the closure of precedent deals sealed between the parties in the Salvadorian conflict. Some of them were: Agreement on the Establishment of the Commission for the Historical Clarification of violations of human rights and acts of violence that have caused suffering to the Guatemalan population (Oslo, Norway, June 23, 1994), Agreement on the Definitive Ceasefire (Oslo, Norway December 4, 1996), Agreement on Constitutional Reforms and Electoral Regime (Stockholm, Sweden 7 December, 1996) and so on. See: Secretariat of Peace Presidency of the Republic, “Peace Agreements in Guatemala” (Los Acuerdos de Paz en Guatemala), available at: <https://www.sepaz.gob.gt/images/Descargas/Acuerdos-de-Paz.pdf>

¹²² It is necessary to bear in mind the deep discrimination culture present in this country. The peace agreement was foreseen as a path towards a more inclusive Guatemalan society.

Whether it is added the causalities of political violence, it is estimated that the conflict left more than two thousand victims.¹²³

In order to guarantee social equality, the peace agreement included dispositions related to substantial alterations in the constitution which would modify the state's structure in aspects such as, electoral mechanisms, indigenous rights, reinstatement of combatants and agrarian reform.¹²⁴ Still, its implementation has been questioned as well as the cases of South Sudan and Colombia. Even though, there were successful measures as ending with the forced recruitment and the demobilization of combatants, other relevant aspects are still waiting to be modified or implemented.¹²⁵ The first one that is worth to mention is the reform of the Guatemalan Constitution in order to introduce the peace agreement into the national legal system.¹²⁶ After a long and intricated process of drafting the new articles, when the text was submitted to popular approval, the Guatemalan people rejected the constitutional draft. There is still a debate trying to explain, ¿why did it win the "NO" option? Some critics allude to the actions of the opposition groups. Others refer to the fact that after a very participative drafting process, when the text arrived to the National Congress, the articles were modified by the legislators, fact that brought people's rejection.¹²⁷ With this, the social society noted the lack of willingness from the State about this process and protested demanding the agreement implementation. 5 years later, peace agreements were included in the national law through decree. The main repercussion derived from this instability was its partial implementation; "As a consequence of the unsuccessful implementation of the peace

See: Guatemalan Studies Centre, "Proceso de paz en Guatemala: un estudio de caso sobre la negociación y el proceso de diálogo nacional en Guatemala" (Peace process in Guatemala: a case study on the negotiation and the process of national dialogue in Guatemala), Guatemala, 2016, available at: https://www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/pdf/Mediation/Estudio_de_caso_sobre_Proceso_de_paz_en_Guatemala.pdf.

¹²³ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁴ Alvarez, Enrique and Palencia, Tania, "Guatemala's peaceprocess: context, analysis and evaluation", 2002, p. 42, available at: https://www.c-r.org/downloads/Accord%2013_7Guatemala's%20peace%20process_2002_ENG.pdf.

¹²⁵ Centro de Estudios de Guatemala, *op. cit.*, p. 21.

¹²⁶ Saati, Abrak, "Guatemala: Twenty Years After the Signing of the Peace Accords", *Peace Agreements in the 1990s – what are the outcomes 20Years Later?*, Sweden, 2015, p. 11, available at: <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1022571/FULLTEXT01.pdf>.

¹²⁷ *Idem*.

accord due to the rejected constitutional draft, deep social inequalities persist in Guatemala, as does a high level of impunity for crimes committed, both by members of URNG and the military, during the war, as does very high levels of violence”.¹²⁸

Main issues, such as the modification of the electoral system and the reform of the branches of public power (judiciary, legislative and executive) were cornerstones to improve the social inclusion, democratization and social inequality deeply present in this State. Up to now, that set of changes would have implied redistribution of power affecting the current elite in power. In consequence, changes in this area, and others such as land distribution, have been slow without significant achievements.¹²⁹ In the same sense, the implementation of the tax reform failed as well as the changes in the education system.¹³⁰ The government, as party in the agreement, did not conceive the binding character of its clauses. In effect, in the collective imaginary of those on power there were no repercussions over the unfulfillment.

In addition to the complex aspects and ambitious objectives included in the final settlement, the implementation process of this peace agreement reflects the lack of political willingness to fulfil the dispositions agreed. The legal vulnerability is evidenced in the hierarchical position given to the agreement in the legal structure of the country. After the rejection of the Guatemalan society, specific sections could have been modified in order to guarantee a proper application in the constitution as it was established in the agreement.

V. CONCLUSION

In conclusion, NSAGs have been taking part as subjects in the international law system. Even though, there are reluctant sectors of allowing NSAGs act as treaty-makers, system's dynamic shows the increasing trend to elevate

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ Gomez, Sori, “Implications of the 1996 Peace Agreements of Guatemala in the Trade Balance” (Implicaciones de los Acuerdos de Paz de 1996 de Guatemala en la balanza comercial), *Journal of International Relations, Strategy and Security*, 2010, available at: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632012000200008.

special agreements, signed in the context of non-international armed conflicts, to the international field.

The cases are becoming more frequent in the international scenario. Multiple deals such as, the Dayton Accord (reached in Bosnia and Herzegovina), Chapultepec Peace Agreement (signed between the Salvadorian Government and the Farabundo Martí Liberation Front), Nepal's Peace Agreement (subscribed between the Government of Nepal and the Communist Party of Nepal), and so on; can be object of study in order to analyse the level of compliance with the terms of the agreement.

Some of the reasons that explain the breach of special agreements are common in the conflicts studied above. Some of them are referred to the high level of complexity of the issues covered, the ambitious objectives proposed and the lack of political willingness in the state. Other cases, as Sudan, reflect own social characteristics as the ethnic and identity concept and differences. Prior to, special agreements such as those signed in South Sudan, Colombia and Guatemala evidence the need to create legal mechanisms to enforce compliance and diminish their legal vulnerable condition. Whether special agreements are recognized as international treaties with international obligations for the parties, it would bring more efficient instruments to demand their implementation before international courts or the community of states.

The breach of special agreements, such as peace agreements, represent risks for the State to return to war, but also the possibility to deepen the initial war causes as social inequality, monopoly of power, ethnic and religious discrimination. In addition, it could lead to disregard the norms established by the international humanitarian law. In consequence, with an accurate legal disposition it would be possible to establish liability for failure to comply with the treaty in both sides of the settlement.

From the academic perspective, there are multiple issues to consider that are part of the discussion on this topic. For instance, praxis has shown that current special agreements go beyond the established in the common article 3. Current instruments include not just IHL dispositions, but others related with multiple aspects different to the rules of war, such as, wealth and power distribution; rural reforms and political participation. This fact constitutes another argument to reinforce the legal institution of "special agreements" considering that, as it is conceived in the Geneva Conventions, it does not reflect the contemporary practice inside states.

In conclusion, international community, including states and international organizations; must attend to this topic in the international law field. Even though it is an intricate area which may cause alarms, especially to states, it is necessary to clarify the legal status of special agreements in order to give legal stability and a homogenous legal treatment.

VI. BIBLIOGRAPHY

- ALVAREZ, Enrique and PALENCIA, Tania, “Guatemala’s Peace Process: Context, Analysis and Evaluation”, 2002, available at: https://www.c-r.org/downloads/accord%2013_7Guatemala's%20peace%20process_2002_ENG.pdf.
- AMAYA-VILLAREAL, Alvaro and GUZMÁN-DUARTE, Valeria, “La naturaleza jurídico-internacional de los acuerdos de paz y sus consecuencias en la implementación” (International Legal Nature of Peace Agreements and its Consequences on their Implementation in Colombia), *Colombian Journal of International Law*, Colombia, no. 30, June 2017.
- BELL, Christine, “Peace Agreements: Their Nature and Legal Status”, *The American Journal of International Law* 373, 2006.
- BONA, Malwal, *Sudan and South Sudan: from One to Two*, Basingstoke, Hampshire, New York: Palgrave Macmillan, in association with St Antony’s College, Oxford, 2015.
- BRIERLY, James Leslie, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., New York, Oxford University Press, 1963.
- BROSCHÉ, Johan and DUURSMA, Allard, “Hurdles to peace: a level-of-analysis approach to resolving Sudan’s civil wars”, *Third World Quarterly*, vol. 39, no. 3.
- BROSCHÉ, Johan, HÖGLUND, Kristine, “Crisis of Governance in South Sudan: Electoral Politics and Violence in the World’s Newest Nation”, *Journal of Modern African Studies*, no. 1, 2016.
- Colombian Government, “Final Agreement to End the Armed Conflict and Build a Stable and Lasting Peace”, November 24 2016, available at: <http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170620-dejacion-armas/acuerdos/acuerdo-final-ingles.pdf>.
- “Comprehensive Peace Agreement between the Government of the Republic of The Sudan and The Sudan’s People Liberation Movement/ The

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- Sudan's People Liberation Army", available at: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SD_060000_The%20Comprehensive%20Peace%20Agreement.pdf.
- Constitutional Court of Colombia, Ruling C-225/95, Reporting Judge: Alejandro Martínez Caballero, Colombia, 18 May 1995, available at: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-295-95.htm>.
- DEROUEN, Karl *et al.*, "Civil War Peace Agreement Implementation and State Capacity", *Journal of Peace Research*, núm 47 (3), 2010.
- FLECK, Dieter, "The Law of Non-International Armed Conflict", in FLECK, Dieter, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2013.
- FOX, Gregory H. *et al.*, "The Contributions of United Nations Security Council Resolutions to The Law of Non-International Armed Conflict: New Evidence of Customary International Law", *American University Law Review*, Washington, vol. 67, iss. 3, 2018.
- Geneva Conventions to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, opened for signature 12 Aug 1949, 75 UNTS 287 (entry into force 21 Oct 1950).
- GRANT, John, *International Law Essentials*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010, *International Law Essentials*, available at: <http://www.jstor.org.ezp.lib.unimelb.edu.au/stable/10.3366/j.ctt1g0b3rwr.9>.
- Guatemalan Studies Center, "Proceso de paz en Guatemala: un estudio de caso sobre la negociación y el proceso de diálogo nacional en Guatemala" (Peace Process in Guatemala: a Case Study on the Negotiation and the Process of National Dialogue in Guatemala), Guatemala, 2016, available at: https://www.swisspeace.ch/fileadmin/user_upload/pdf/Mediation/Estudio_de_caso_sobre_Proceso_de_paz_en_Guatemala.pdf.
- HAUENSTEIN, Matthew and JOSHI, Madhav, "What are the prospects for South Sudan's new peace agreement? Here are the critical next steps", *The Washington Post*, October, 2019, available at: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/10/29/what-are-the-prospects-for-south-sudans-new-peace-agreement-here-are-the-critical-next-steps/?noredirect=on&utm_term=.76c5b34b937a.
- HEFFES, Ezequiel and KOTLIK, Marcos, "Special agreements as a means of enhancing compliance with IHL in non-international armed conflicts: An inquiry into the governing legal regime", *International Review of the Red Cross* 1198, 2014.
- HEYCK, Ana Caterina, "Análisis del acuerdo humanitario como alternativa de negociación para lograr la libertad de los secuestrados políticos en

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- Colombia” (Analysis of the humanitarian agreement as an alternative to negotiation in order to achieve the freedom of the kidnapped politicians in Colombia), *Revista Paz y Conflicto*, España, no. 2, 2009.
- HOTTINGER, Julian, “The Engagement to Respect Humanitarian Law and Human Rights: A Prerequisite for Peace Negotiations, or a «Future» Component Within Peace Negotiations?”, *Exploring Criteria & Conditions for Engaging Armed Non-State Actors to Respect Humanitarian Law & Human Rights Law*, Conference Report - Geneva, 4-5 June 2007, published November 2008, available at: https://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2013/11/20070605_criteria_conditions_engaging_ansa_to_hl.pdf.
- International Committee of the Red Cross, “¿Que Dice el DIH Sobre los Acuerdos Especiales en un Contexto de un Proceso de Paz? (What IHL Says about the Special Agreements within the Context of a Peace Process?)”, January 22, 2016, available at: <https://www.icrc.org/es/document/acuerdos-especiales-acuerdos-de-paz-dih-colombia-comentarios-convenios-de-ginebra>.
- International Committee of the Red Cross, “Commentary Of 2016. Article 3: Conflicts Not of An International Character”, 2016, available at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDEA490736C1C1257F7D004BA0EC#_Toc465169951.
- International Committee of the Red Cross, Report: “Improving Compliance with International Humanitarian Law ICRC Expert Seminars”, Geneva, 2003, available at: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/improving_compliance_with_international_report_eng_2003.pdf.
- International Court of Justice, “Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations”, Advisory Opinion, General List No. 4, 1949.
- International Crisis Group, “Rehenes por prisioneros: ¿un camino hacia la paz en Colombia?” (Hostages for Prisoners: is it a Way to Get Peace in Colombia?), *Boletín Informativo sobre América Latina*, available at: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_766.pdf?view=1.
- JOHNS, Fleur, *International Legal Personality*, Farnham, United Kingdom, Ashgate, 2010.
- MACK, Michelle, “Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts”, *International Committee of the Red Cross*, Geneva, Switzerland, February 2008.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- National Center of Historical Memory, General Report, “Basta Ya”, Colombia, 2012, available at: http://centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-cap2_110-195.pdf.
- ROACH, Steven C., “South Sudan: A Volatile Dynamic of Accountability and Peace”, *International Affairs*, vol. 92, no. 6, Nov. 2016.
- ROBERTS, Anthea and SIVAKUMARAN, Sandesh, “Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law”, *Yale Journal of International Law*, Yale, vol. 37, 2010.
- SAATI, Abrak, “Guatemala: Twenty Years After the Signing of the Peace Accords”, *Peace Agreements in the 1990s – what are the Outcomes 20 Years Later?*, Sweden, 2015, available at: <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1022571/FULLTEXT01.pdf>.
- SASSOLI, Marco, “Introducing a Sliding-Scale of Obligations to Address the Fundamental Inequality between Armed Groups and States?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, no. 882, 2011, p. 427.
- SASSOLI, Marco, “Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, no. 1, October 2010, available at: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12913>.
- SASSOLI, Marco, “The Implementation of International Humanitarian Law: Current and Inherent Challenges”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 10, 2007.
- SILVA FREITAS, Jeane and LOYOLLA, Paulo, “La naturaleza de la disputa entre el Norte y el Sur y las implicaciones del Tratado General de Paz para el proceso de formación de Sudán del Sur” (The nature of the dispute between the North and the South and the implications of the General Peace Agreement for the formation process of South Sudan), *Relaciones Internacionales*, no. 29, June-December 2015.
- SIVAKUMARAN, Sandesh, “Binding Armed Opposition Groups”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oxford University Press, Oxford, 2006, vol. 55.
- “South Sudan Celebrates new Peace Accord Amid Joy – and Scepticism”, *The Guardian*, October, 2018, available at: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/oct/31/south-sudan-celebrates-new-peace-accord-amid-joy-and-scepticism>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber “Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty”, Case Nos SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72(E), 13 March 2004.

Technical Secretariat of the International Verification Component. CINEP / PPP-CERAC, “Third report verifying the implementation of the Final Agreement of Peace in Colombia for International Verifiers”, Colombia, August, 2018, available at: <https://www.cinep.org.co/images/csivi/Tercer-Informe-Trimestral-Secretaria-Tcnica.pdf>.

The Carter Center, “Observing the 2011 Referendum on the Self-Determination of Southern Sudan: Final Report”, available at: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/finalreport-sudan-2011-self-determination-referendum.pdf.

The Congress of the Republic of Colombia, “Legislative Act 01”, July 27 of 2016, available at: <https://www.comisionprimerasenario.com/actos-legislativo/1074-acto-legislativo-01-del-7-de-julio-de-2016/file>.

TORRIJOS, Vicente and ARÉVALO, Walter, “Del plebiscito a la reforma: movimientos políticos y cambios fundamentales a los Acuerdos de Paz en Colombia tras la victoria del No en el plebiscito de 2016”, From the Plebiscite to The Reform: Political Movements and Fundamental Changes to Peace Agreements in Colombia After the Victory of No in The Plebiscite Of 2016, *Revista Política y Estrategia*, no. 129, 2017, available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6123849>.

TZENG, Peter, “Non-State Actors as Respondents before International Judicial Bodies”, *LSA J. Int’l & Comp. L.*, 2018.

United Nations Mission in Sudan, *The Background to Sudan’s Comprehensive Peace Agreement*, 28 August 2016, available at: <https://unmis.unmissions.org/background-OVIENNA> Convention on The Law of Treaties, opened for signature 23 May 1969, 1155 UNTS 331 (entered into force 27 January 1980).

United Nations Mission in the Republic of South Sudan (UNMISS) “Conflict in South Sudan: A Human Rights Report”, May 8 2014, available at: https://unmiss.unmissions.org/sites/default/files/unmiss_conflict_in_south_sudan_-_a_human_rights_report.pdf.

United Nations Verification Mission in Colombia, “Comunicado Tercer Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad Sobre la Misión de Verificación de la ONU en Colombia” (Press Release Third Report of The Secretary General to The Security Council on The UN Verifica-

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- tion Mission in Colombia), Colombia, July 25 2018, available at: <https://colombia.unmissions.org/comunicado-tercer-informe-del-secretario-general-al-consejo-de-seguridad-sobre-la-misi%C3%B3n-de>.
- WALTER, Christian “Subjects of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University, 2007.
- WASCHEFORT, Gus, “Pseudo Legal Personality of Non-State Armed Groups in International Law”, *South African Yearbook of International Law*, 2011, vol. 36.
- Woodrow Wilson International Centre for Scholars, *Implementing Sudan’s Comprehensive Peace Agreement: Prospects and Challenges*, May 2008, available at: <https://www.ciaonet.org/attachments/1347/uploads/5>.

The Legal Definition of the Caspian Sea

La definición legal del Mar Caspio

La definition legale de la Mer Caspienne

Rodrigo Labardini*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *The Caspian Sea*. III. *The Caspian Summits*. IV. *Legal issues of the Caspian Sea*. V. *The Convention on the Legal Status of the Caspian Sea*. VI. *Conclusion*. VII. *Bibliography*.

* This paper is part of a Ph.D. Program at Khazar University (*The Hinge. Reshaping of Geopolitics in Eurasia*). Opinions are solely of the author's and are not of any entity or institution he is associated to; e-mail: rodrigo.labardini@live.com.mx.

Artículo recibido el 10 de junio de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 235-272
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

ABSTRACT: Eurasia (Caucasus, Caspian Sea and Central Asia) is a natural link connecting Europe and China, in commercial, logistics, transport and energetic issues, while avoiding Russia, Iran and sanctions. For over twenty-five years, the legal definition of the Caspian Sea remained unresolved. In 2018, the five riparian Caspian Sea states adopted the Convention on the Legal Status of the Caspian Sea. The Convention draws heavily from maritime law, yet avoids defining the Caspian Sea as a sea or a lake and stipulates it as an endorheic basin in specific charts. The Convention is pragmatic, to jointly exploit subsoil [hydrocarbon] resources and lay pipelines without demarcation mechanisms, yet enabling possible restrictions on account of environmental issues.

Key words: Convention on the Legal Statute of the Caspian Sea; Law of the sea, international energy law; international treaties.

RESUMEN: Eurasia (Cáucaso, Mar Caspio y Asia Central) es un vínculo natural conectando Europa y China en temas comerciales, logísticos, energéticos y de transporte, evitando Rusia, Irán y sanciones. Por más de 25 años, el estatuto legal del Mar Caspio permaneció irresoluto. En 2018, los cinco países ribereños del Mar Caspio adoptaron la Convención sobre el Estatuto Jurídico del Mar Caspio. La Convención se apoya fuertemente en derecho marítimo, evita definir si el Mar Caspio es un lago o un mar, y estipula que, es una cuenca endorreica establecida en mapas específicos. La Convención es pragmática, para conjuntamente explotar recursos submarinos [de hidrocarburos] y colocar ductos sin demarcación fronteriza, permitiendo restricciones ambientales.

Palabras clave: Convención sobre el Estatuto Jurídico del Mar Caspio; derecho del mar, derecho internacional de la energía; tratados internacionales.

RÉSUMÉ: L'Eurasie (Caucase, Mer Caspienne et Asie centrale) est un lien naturel entre l'Europe et la Chine, pour commerce, logistique, transports et l'énergie, tout en évitant la Russie, l'Iran et les sanctions. Pendant plus de vingt-cinq ans, la définition légale de la mer Caspienne n'a pas été résolue. En 2018, les cinq États riverains ont adopté la Convention sur le statut juridique de la mer Caspienne. La Convention est largement basée sur le droit maritime; évite toutefois de définir la mer Caspienne comme une mer ou un lac, mais comme un bassin endoréique sur certaines cartes. La Convention est pragmatique et vise à exploiter conjointement les ressources souterraines [hydrocarbures] et à installer des pipelines, au milieu de restrictions environnementales.

Mots-clés: Convention sur le Statut Juridique de la Mer Caspienne; droit de la mer, droit international de l'énergie; traités internationaux.

I. INTRODUCTION

Goods travelling by sea between China and Europe take 60 days, by land they will take 12-15 days.¹ All land routes must journey through one of three possibilities: Russia, Iran or the Caspian Sea/Caucasus. Thus, "... the Caspian region threatens Russia's role as a major energy supplier and, by extension, Moscow's political influence over Europe".²

One latent issue has been the legal status of the Caspian Sea. The demise of the USSR transformed this body of water controlled by two states into an object of desire for all five riparian States (Caspian-5).³ The legal regime of the former USSR and Iran governing the Caspian Sea was inadequate as it did not deal with aquatic borders nor subsoil resources.⁴ Vast potential of hydrocarbon resources are the main point of contention, aggravated by unilateral claims.

Academic discussions focused on whether the Caspian Sea is a lake or a sea and consequently apply a predefined legal status. If defined as a sea, the *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS)⁵ should apply, in spite of only Russia (1997) and Azerbaijan (2016) being a party. If defined as a lake, navigational and non-navigational uses of international watercourses⁶ or lacustrine regimes, would apply, supplemented by customary international law.

¹ Shahbazov, Fuad, "The Trans-Caspian International Transit Route is set to reinvigorate regional economic growth", *The Diplomat*, February 2018.

² Coffey, Luke, "A Secure and Stable Caspian Is in America's Interest", *Backgrounder*, The Heritage Foundation, No. 3070, December 4, 2015, p. 4.

³ Azerbaijan, Iran, Kazakhstan, Russia, and Turkmenistan.

⁴ The Russian-Persian border was established by the 1881 Border Commission, under the Convention on the Regulation of the Boundary to the East of the Caspian Sea Between Russia and Persia (December 9, 1881). The 1921 Treaty, with some minor modifications, confirmed the land boundary established in 1881 (Article III). However, no maritime border was defined.

⁵ Montego Bay, 10 Dec. 1982, No. 31363, 1833 UNTS 396, entry into force 16 November 1994. *UN Treaty Collection*. As of May 12, 2019: Azerbaijan acceded 16 Jun. 2016, Iran signed 10 Dec. 1982, Russia ratified 12 Mar. 1997, Kazakhstan and Turkmenistan have not signed.

⁶ Vinogradov, Sergei & Wouters, Patricia, "The Caspian Sea: Quest for a New Legal Regime", *9 Leiden Journal of International Law* 87, 1996, 90.

Five presidential Caspian Sea Summits have taken place, one in each riparian State.⁷ The Summits established general negotiation points alongside strategic issues, *v. gr.*, no foreign military allowed to use the Caspian Sea, environmental issues are quintessential, and only consensus of the Caspian-5 could allow anything to happen in the Caspian Sea. The Fifth Summit (Aug. 12, 2018, Aktau) adopted the Convention on the Legal Status of the Caspian Sea (CLSCS).⁸ It regulates the rights and obligations of the parties dealing with sovereignty, navigation, waters, subsoil, natural resources, and environment. While CLSCS avoids defining the Caspian a lake or sea, by bringing *verbatim* texts from international law and UNCLOS it resembles a lake or a sea.

I present the Caspian Sea basin. I review CLSCS from an international law standpoint, recurring to maritime, lacustrine and customary international law. I present what CLSCS purports to do and future prospects, to determine the legal status of the Caspian Sea: a sea, a lake or a stipulated body of water. It is for the Caspian States to decide the future of the Caspian Sea. No other country nor other sayer may participate in the legal definition of this endorheic basin.

RODRIGO LABARDINI

⁷ Ashgabat, Turkmenistan (2002); Tehran, Iran (2007); Baku, Azerbaijan (2010); Astrakhan, Russia (2014); and Aktau, Kazakhstan (2018).

⁸ *Convention on the Legal Status of the Caspian Sea*, signed at Aktau, Kazakhstan, 12 Aug, 2018, not in effect as of May 10, 2019. Official texts in Azerbaijani, Farsi, Kazakh, Russian, Turkmen, and English available at <http://en.kremlin.ru/supplement/5328>. In case of disagreement, English prevails (article 24). Kazakhstan's Parliament approved CLSCS on December 26, 2018, and sent it to the Senate, which approved it on January 31, 2019, *Мажиліса Парламентта Республикасы Қазақстан*, Dec. 26, 2018, available at: <http://www.parlam.kz/ru/mazhilis/sent-to-the-senate>. On February 8, 2019, the President of Kazakhstan approved the law for the ratification of CLSCS. "Главой государства подписан Закон Республики Казахстан «О ратификации Конвенции о правовом статусе Каспийского моря».", *Президента Республики Казахстан*, Feb. 8, 2019, available at http://www.akorda.kz/ru/legal_acts/laws/glavoi-gosudarstva-podpisan-zakon-respubliki-kazakhstan-o-ratifikacii-konvencii-o-pravovom-statuse-kaspiiskogo-morya. On January 12, 2019, Turkmenistan's parliament approved the ratification of CLSCS. "Парламент Туркменистана ратифицировал Конвенцию о правовом статусе Каспийского моря", *Информационный портал Туркменистана*, Jan. 12, 2019, available at <https://turkmenportal.com/blog/16642/parlament-turkmenistana-ratifiroval-konvenciyu-o-pravovom-statuse-kaspiiskogo-morya>.

II. THE CASPIAN SEA

The Caspian Sea is the world's largest inland body of water, lying east of the Caucasus Mountains and west of Central Asia. It is an endorheic basin, *i.e.*, with no outflows.⁹ Due to its large size and brackish waters, people saw a sea, and, as an endorheic basin it also saw a lake.

The Caspian Sea drainage basin has three sectors. The northern part, mainly shallow, occupies 27% of its surface.¹⁰ The middle part occupies 36% of the surface with 35% of its water volume. On the south, the Caspian contains 64% of its water volume and an average depth of 300 meters, with a maximum depth of 1025 meters¹¹—quite more than regional seas, such as the Persian Gulf (max. 90 meters, with an avg. 50 meters). At present, the Caspian Sea is only connected to the world's oceans through the Sea of Azov/Black Sea/Mediterranean Sea, the Baltic Sea, and the White Sea by means of channels constructed in Russian territory using the Volga, Don, Neva, and Svir Rivers.¹² The Caspian Sea receives water from 130 rivers, albeit 88% comes from three rivers: Kura, Terek and Volga. The latter accounts for 80% of the water inflow,¹³ thus Northern waters are sweeter than in the South.

⁹ With an elongated shape it sprawls nearly 1,200 kms. from north to south, with an average width of 320 km. (maximum 435 kms., minimum 124 kms.) and a coastline of 6,500 kms. It has an area of about 386,400 square kms. Heydar Aliyev Foundation, "Caspian Sea/Nature/Formation and Physiography of the Caspian Sea", *Azerbaijan*, 2011, available at http://www.azerbaijan.az/_Geography/_Caspian/_caspian_e.html?caspian_02.

¹⁰ United Nations Environment Programme (UNEP), *Global International Waters Assessment*. UN, October 2006, available at: <https://shop.un.org/books/global-intl-waters-assess-caspian-36474>. The average depth is 5-6 meters, NASA, "Caspian Sea", *Earth Observatory*, 2010, available at: <https://earthobservatory.nasa.gov/44253/caspian-sea>, and water volume accounts for less than 1% of the Caspian Sea, Huseynov, Said, "Fate of the Caspian Sea", *Natural History Magazine*, October 2010-January 2011.

¹¹ Aladin, Nicolai and Plotnikov, Igor, "The Caspian Sea", *Lake Basin Management Initiative*, 2004, Vlaams Instituut voor de Zee, available at: www.vliz.be/imisdocs/publications/133415.pdf.

¹² The Volga-Don Canal, the Volga-Baltic Waterway, and the White Sea-Baltic Canal—several of them subject to seasonally freezing waters.

¹³ UNEP, *op. cit.*

Attention has fallen on it due to its hydrocarbons resources. Estimates state the Caspian basin contains 48 billion barrels of proven oil reserves, 8.76 trillion cubic meters of natural gas reserves.¹⁴ Hence, it is “another Persian Gulf”.¹⁵

III. THE CASPIAN SUMMITS

The Commonwealth of Independent States adopted the Alma Ata Declaration to respect all treaty obligations undertaken by the former USSR (1991). Such treaties did not refer to aquatic borders nor subsoil resources. Unilateral claims surged, opposed by other riparians. Turkmenistan (1993) and Kazakhstan (1994) established their claims in domestic legislation.¹⁶ Azerbaijan included its claim into article 12 of its constitution and in 1994 signed the Contract of the Century with a foreign consortium to develop its maritime oil fields; agreement that “signaled the beginning of a new era in world energy politics”.¹⁷ All other riparians opposed this,¹⁸ stating nothing could be unilaterally defined; Russia threatened sanctions¹⁹ and added “it would retain the right to take any appropriate and necessary measures to

¹⁴ Indeo, Fabio, “Settling the Caspian Issue and Realizing the Trans-Caspian Energy Corridor”, *The Diplomat*, July 10, 2018, available at: <https://thediplomat.com/2018/07/settling-the-caspian-issue-and-realizing-the-trans-caspian-energy-corridor/>.

¹⁵ Altunisik, Meliha, “The Political Economy of Caspian Oil”, *Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik 1999*, available at Federal Ministry of Defence - Austria: http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/03_jb99_32.pdf.

¹⁶ The former signed an agreement with foreign companies to develop its “Cheleken” oil field. Granmayeh, Ali, “Legal history of the Caspian Sea”, Akiner, Shirin (ed.), *The Caspian: Politics, Energy and Security*, London, 2004, Routledge, pp. 16 and 17.

¹⁷ Sanei, Faraz, “The Caspian Sea Legal Regime, Pipeline Diplomacy, and the Prospects for Iran’s Isolation from the Oil and Gas Frenzy: Reconciling Tehran’s Legal Options with its Geopolitical Realities”, *34 Vanderbilt Journal of Transatlantic Law* 681 (2001), at 681.

¹⁸ UN Doc. A/49/475, annex, October 5, 1994 (Russian Federation); UN Doc. A/51/59, annex, January 27, 1996 (joint statement of Iran and Russia October 30, 1995); UN Docs. A/51/73, annex, March 1, 1996 (joint statement by Russia and Turkmenistan August 12, 1995); A/51/138, Annex II, May 17, 1996 (joint statement of Kazakhstan and Russia April 27, 1996); UN Doc. A/52/324, Annex, 8 September 1997 (Iran).

¹⁹ Abilov, Shamkal, “Legal Status of the Caspian”, *Hazar Raporu / Caspian Report*, 2013, p. 142, available at https://www.academia.edu/4919798/Legal_Status_Of_The_Caspian.

restore the proper regime of the Caspian Sea”.²⁰ Kazakhstan reciprocally awarded Azerbaijan and Turkmenistan the right to exploit natural resources in the Caspian Sea²¹ In 1993, the Presidents of Azerbaijan, Kazakhstan, Russia, and Turkmenistan stated that “the comprehensive solution of the problem of rational utilization of the Caspian Sea requires the participation of all Caspian states”.²² All Caspian-5 submitted drafts for a Convention.²³

There have been five Caspian Sea Summits. Tense moments characterized the First (Ashgabat, 23-24 Apr 2002).²⁴ The Second (Tehran, 16 Oct 2007) adopted a declaration as a political guide in Caspian affairs, until the adoption of CLSCS.²⁵ The Third (Baku, 18 Nov 2010) adopted the *Agreement on Cooperation in the Field of Security in the Caspian Sea*, envisaging a conceptual agreement on sovereignty and fishing zones. The Fourth (Astrakhan, 29 Sep 2014) defined further principles applicable to the Caspian Sea, including safety and military issues, and a territorial sea of 15 miles and an exclusive economic rights (over biological resources) sea in further 10-miles.

The Fifth Summit (Aktau, 12 August 2018) was held with protracted expectations for a legal definition of the Caspian Sea or it would remain “a hotly contested piece of water thanks to its oil resources, navigation, and

²⁰ UN Doc. A/49/475, annex, October 5, 1994 (Russian Federation).

²¹ UN Doc. A/51/529 (21 October 1996) (Azerbaijan-Kazakhstan); UN Doc. A/52/93 (17 March 1997); UN Doc. A/52/324 (8 September 1997) (Kazakhstan-Turkmenistan).

²² *Communique, Conference on the Problems of the Caspian Sea*, 14 October 1993, Astrakhan.

²³ Iran proposed to jointly use and manage the Caspian. Azerbaijan considered it an international or boundary lake. Kazakhstan would apply, with modifications, principles and rules of the international law of the sea. Russia adduced the exclusive character of the rights of the riparian states. Russia and Iran opposed partitioning the waters. Vinograd & Wouters, *op. cit.*

²⁴ From the outset of this much postponed First Summit, it was doomed to fail. On the first day, all five presidents (Putin, Aliyev, Nazarbayev, Niyazov, and Khatami) stressed their positions with no flexibility or mutual understanding in sight. While Russia and Iran were distant, the main confrontation was between Azerbaijan and Turkmenistan (President Niyazov condemned unilateral operations in disputed areas and stated that “There is a field 84 kms. from the Turkmen shore, and 180 kms. from the Azeri shore; whose territory is it?” to immediately warn: “One can smell blood behind the Caspian Sea issue, and everyone of us must understand that it is not an easy problem to solve”, Granmayeh, *op. cit.*, p. 31.

²⁵ Establishing the Caspian Sea to be exclusively used by vessels flying the Caspian Sea states’ flags, with no other country having the right to deploy ships or military forces into the Caspian Sea. Abilov, *op. cit.*, p. 142.

access to the Middle East and Europe for pipeline routes”.²⁶ Four years spanning from the Fourth Summit, developments became evident. Russia needed economic development and realized its national sector contains important hydrocarbon resources, and evolved from a closed sea/ condominium to an area used by all. Azerbaijan divided the basin in sectors with full sovereignty on available resources, particularly subsea –significant for its development. Kazakhstan partitioned with Russia (1998) and Azerbaijan (2002) the North Caspian Sea. Turkmenistan several times hinted at a Trans-Caspian pipeline as an alternative to its gas exports to China. Iran claimed 20% to stall adverse progress.

After the December 2017 Turkmenistan-Azerbaijan agreement to jointly develop sectors of the Caspian Sea, the Iran’s President Rouhani visit to Baku in March 28-29, 2018, was the turn of the times. One agreement²⁷ was highly relevant. Iran accepted to use the Caspian Sea’s resources without border demarcation but *jointly* developing resources. The day before, Rouhani similarly signed in Turkmenistan.²⁸ The jointly developed fields would seemingly constitute the limits of claims, becoming a pragmatical diffuse border. Five of six additional agreements signed in Aktau include an identical provision: “Nothing in this Agreement [Protocol] shall be interpreted [considered] as predetermining the legal status of the Caspian Sea”.²⁹ Thus, CLSCS is authoritative on the matter.

RODRIGO LABARDINI

²⁶ Bebb, Matthew, “The Contested Caspian Sea: Oil, Gas, and Legal Disputes. An Overview and Forecast”, *Lynx Global Interlligence*, Feb. 15, 2017, available at: <http://lynxglobalintelligence.com/2017/02/15/the-contested-caspian-sea-oil-gas-and-legal-disputes-an-overview-and-forecast/>.

²⁷ *Memorandum of Understanding on Joint Development of Relevant Blocks in the Caspian Sea*.

²⁸ Xinhuanet, “Iran’s Rouhani kicks off trip to Turkmenistan, Azerbaijan”, *Xinhuanet*, Mar. 23, 2018, available at: http://www.xinhuanet.com/english/2018-03/27/c_137069517.htm.

²⁹ Agreements 1) *On Prevention of Incidents in the Caspian Sea*, 2) *among the Governments of the Caspian littoral States on Trade and Economic Cooperation*, 3) *among the Governments of the Caspian littoral States on Cooperation in the Field of Transport*, and Protocols to the *Agreement on Cooperation in the Field of Security in the Caspian Sea of November 18, 2010*, 4) *on Cooperation in Combating Terrorism in the Caspian Sea*, 5) *on Cooperation in Combating Organized Crime in the Caspian Sea*, and 6) *on Cooperation and Interaction among Border Authorities*. See article 9-Trade and Economic Cooperation, 7-Transport Agreement, 13-Terrorism Protocol, 17-Organized Crime Protocol, and 13-Border Authorities Protocol.

IV. LEGAL ISSUES OF THE CASPIAN SEA

The legal regime of the Caspian Sea comprises treaties, declarations, joint communiqués and other instruments.³⁰ None deal with maritime boundaries, national sectors nor subsoil demarcation. Relevant is the 1970 Soviet Union's Ministry of Petroleum and Gas Industry administrative decision dividing the soviet Caspian Sea, along a median line, into sectors belonging to Azerbaijan SSR, Kazakh SSR, Russian Federative SSR, and Turkmen SSR. After the USSR collapse, they were reciprocally recognized as borders of the newly independent states.³¹ Russian Prime Minister Viktor Chernomyrdin confirmed it in Astrakhan (1993).

1. Lake or Sea

Historically, the Caspian Sea has been considered lake or sea depending on who geopolitically controlled its waters.³² Researchers—even official documents—³³

³⁰ These include the conventions and treaties of Saint Petersburg (1723), Resht (1729), Golestan (1813), Turkmenchai (1828), Regulation of the East Boundary of the Caspian Sea (1881), Friendship and Cooperation (1921), Fisheries (1927), three on Commerce and Navigation (1931, 1935 and 1940), Russia-Kazakhstan (1998), Azerbaijan-Kazakhstan (2001), Russia-Azerbaijan (2002), Russia-Azerbaijan-Kazakhstan (2003), Framework Convention on Protection of Marine Environment (2003), and Agreement on Cooperation in the Field of Security in the Caspian Sea (2010).

³¹ Shafiyev, Farid, "The Legal Regime of the Caspian Sea: Views of the Littoral States", *Prism*, 7(6), Jun 30, 2001, available at: <https://jamestown.org/program/the-legal-regime-of-the-caspian-sea-views-of-the-littoral-states/>.

³² It was a lake "when it was entirely or to a considerable degree under the control of a single power which supervised the access to it and determined the legal-political regime that governed navigation and trade. When, on the other hand, the geopolitical influence was diffused among several states or when a geopolitical void prevailed in the area, it was a «sea». Raczka, Witt, "A sea or a lake? The Caspian's long odyssey", *Central Asian Survey*, 19 (2), p. 197.

³³ "If the Caspian is a «sea» in legal terms, coastal countries would apply the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 (UNCLOS). If the Caspian is legally defined as a «lake», the countries could use the international law concerning border lakes to set boundaries", considering border lakes are part of the internal waters of a country. EIA,

concentrated on the Caspian Sea as a lake or sea.³⁴ The debate was fundamental to the region's future.³⁵

Discussions indicated that "lakes with their delimitation and resources are not subject to any particular international convention and are left to be governed predominantly by customary international law".³⁶ For others, UNCLOS "enjoys no direct application to a border lake; however, some of its legal principles may serve as guidance".³⁷ Save few exceptions, border lakes are divided among coastal states, "in the absence of an international treaty governing delimitation and governance of the international or transboundary lakes".³⁸ Lake delimitation has used: "thalweg" (line of the lowest elevation within a watercourse) mainly for international rivers, rarely for border lakes,³⁹ "coastal line",⁴⁰ astronomical line,⁴¹

Caspian Sea Region, Overview of oil and natural gas in the Caspian Sea region, U.S. Energy Information Administration, Aug. 26, 2013, p. 4, available at: https://www.eia.gov/beta/international/analysis_includes/regions_of_interest/Caspian_Sea/caspian_sea.pdf.

³⁴ "The legal status of a geographical area determines the application of the body of laws governing that area", Janusz, Barbara, *The Caspian Sea Legal Status and Regime Problems*, Royal Institute of International Affairs, 2011, p. 2, available at: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Russia%20and%20Eurasia/bp0805caspian.pdf>.

³⁵ Coffey, Luke, "A Secure and Stable Caspian Is in America's Interest", *Backgrounder*, The Heritage Foundation, Dec. 4, 2015, p. 17, available at: <http://report.heritage.org/bg3070>.

³⁶ Karataeva, Elena, "Can the Caspian Sea Survive Its Own Oil - Environmental Regulation of the Offshore Oil and Gas Industry in the Caspian Sea", *29 International Journal of Marine and Coastal Life* 2014, p. 421.

³⁷ Janusz-Pawletta, Barbara, *The Legal Status of the Caspian Sea: Current Challenges and Prospects for Future Development*, Berlin: Berlin Center for Caspian Region Studies Environmental Policy Research Centre, 2015, p. 24.

³⁸ The only exceptions being the *Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes*, Helsinki, Mar. 17, 1992, in force Oct. 6, 1996, 1936 UNTS 269, and the *Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, New York, May 21, 1997, in force Aug. 17, 2014, UN. Doc. A/51/869.

³⁹ *Minnesota vs. Wisconsin*, 252 US 273 (1920), *Louisiana v. Mississippi*, 202 US 1 (1906).

⁴⁰ Lake Ladoga: *Moscow Peace Treaty* (1940). Used in colonial countries. Later replaced by the principle of middle line. Lake Malawi: *Anglo-German Agreement* (1890) and *Luso-British Agreement* (1891), *Anglo Portuguese Agreement* (1954). Caspian Sea: *Treaty of Turkmenchay* (1828), *Treaty of Commerce and Navigation Russia-Iran* (1940).

⁴¹ Lake Victoria (Uganda, Kenya, Tanzania): *Anglo-German Agreement* (1890). Lake Chad (Chad, Cameroon, Niger, Nigeria): *Anglo-French Conventions* (1898, 1904 and 1906). Lake Prespa: *Florence Protocol* (1926). Lake Tanganyika (Tanzania, Burundi, Congo): *English-Belgian Protocol* (1924).

straight line,⁴² historical boundaries,⁴³ geographical middle lines,⁴⁴ and formal middle line.⁴⁵ Some lakes, like Lake Constance, require consent of all littoral states to set boundary lines. Only Lake Titicaca has a condominium status.⁴⁶

Were the Caspian a sea, several⁴⁷ ascertained UNCLOS would —implying should— apply —as *conventional* law— not inquiring about customary international law. Hence, “oceans and seas in international law are governed by the United Nations Convention of the Law of the Sea”,⁴⁸ assuming UNCLOS would apply in all circumstances, regardless of *necessary* conditions such as ratification.⁴⁹

International agreements refer to “customary law of the sea as reflected in” UNCLOS⁵⁰ and various international judicial bodies —*ex. gr.*, International Court of Justice and International Tribunal on the Law of the Sea— have ruled certain issues are recognized as customary law, including in-

⁴² Lake Ohrid: *Florence Protocol* (1926). Lake Doyran: *Border Treaty between Yugoslavia and Greece* (1959). Lake Khanka: *Convention of Peking* (1860).

⁴³ Neusiedler See: *Treaty of Trianon* (1920).

⁴⁴ Lakes Malawi/Nyasa: *British-Portuguese Agreement* (1954); and Lugano: *Switzerland–Italy Agreement*.

⁴⁵ Lake Geneva: *Convention between Switzerland and France on the Determination of the frontier in Lake Geneva* (1953). Lake Albert (Uganda and DRC): *London Agreement* (1915).

⁴⁶ *Agreement for the boundary correction Peru-Bolivia* (17 September 1909) and its *Additional Protocol* (2 June 1925), *Treaty Amendment* (19 February 1957). According to these instruments, there is an “indivisible and exclusive condominium over the waters of Lake Titicaca” between Peru and Bolivia “without amending the fundamental conditions of navigation, sheries and water column” (article 1).

⁴⁷ Vinograd & Wouters, *op. cit.*, Bebb, *op. cit.*

⁴⁸ Karataeva, *op. cit.*, p. 421.

⁴⁹ Shafiyev, *op. cit.* See *supra* note 6. Iran’s signature of UNCLOS obliges it to not defeat the object and purpose of UNCLOS, article 18, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, No. 18232, 1155 UNTS 331 (1980), entry into force 27 Jan 1980; the latter to which Azerbaijan acceded 11 Jan. 2018, Kazakhstan 5 Jan 1994, Russia 29 Apr 1986, and Turkmenistan 4 Jan. 1996, while Iran signed it 23 May 1969.

⁵⁰ *Ex. gr.*, article 15, *International Convention on the Control of Harmful Anti-Fouling Systems on Ships*, 5 October 2001, available at: <https://www.state.gov/documents/organization/208110.pdf>, article 16, *Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution Preparedness and Response in the Arctic*, 15 May 2013, available at: <https://oarchive.arctic-council.org/handle/11374/529>, and article 16, *International Convention for the Control and Management of Ships’ Ballast Water and Sediments*, 13 February 2004, available at: <http://library.arcticportal.org/1913/1/International%20Convention%20for%20the%20Control%20and%20Management%20of%20Ships%27%20Ballast%20Water%20and%20Sediments.pdf>.

nocent passage, territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone, immunity of warships, international navigation straits, continental shelf, and submarine cables.

Even if UNCLOS may not apply, other international instruments that regulate the use of marine resources and protect marine environment may still be applicable.⁵¹ Since 1999, the Caspian Sea has been included in the Regional Seas Programme (RSP)⁵² under the United Nations Environmental Programme (UNEP).⁵³ RSP was the animus behind the *Framework Convention for the Protection of Marine Environment of the Caspian Sea* (Tehran Convention).⁵⁴ Work on the Tehran Convention involved significant assistance from International Maritime Organization (IMO).⁵⁵ IMO standards are referred to in *Protocol Concerning Regional Preparedness, Response and Cooperation in Combating Oil Pollution Incidents* to the Tehran Convention.⁵⁶ Thus, while the Caspian Sea may not be a sea under UNCLOS or CLSCS, it is recognized as a sea for purposes of RSP and IMO.

This obviates that the Caspian Sea is, in fact, accessible only to the five riparian Caspian States.⁵⁷ Only the Caspian-5 possess the natural reality to define the Caspian's legal status recurring to local and regional practices.

2. Closed Sea

The former Soviet Union pushed forward the highly controversial closed sea⁵⁸ doctrine whereby “because of geographical, historical and military-

⁵¹ Karataeva, *op. cit.*, p. 422.

⁵² The Caspian is in the same category as other regional seas such as the Mediterranean, Black and Baltic. All these are enclosed or semi-enclosed seas regulated by UNCLOS.

⁵³ Available at: <http://www.unep.org/regionalseas/programmes/independent/caspian/default.asp>. The RSP aims to address the degradation of marine environment through comprehensive management, covering causes and consequences of environmental degradation. The list of the Regional Sea Conventions is available on the UNEP Regional Seas Programme website: <http://www.unep.org/regionalseas/>.

⁵⁴ Tehran, 4 November 2003, in force 12 August 2006, 44 ILM 1.

⁵⁵ IMO, *Implications of the United Nations Law of the Sea Convention on the International Maritime Organization*, LEG/MI sc/3/Rev.i, 6 January 2003.

⁵⁶ Aktau, 12 Aug. 2011, into force 25 Jul. 2016. Text available at: www.tehranconvention.org.

⁵⁷ “The unique characteristics of the Caspian Sea precluded its geographical and legal classification as either an enclosed sea or a transboundary lake”, Karataeva, *op. cit.*, p. 422.

⁵⁸ A “closed sea” is different from an “enclosed sea” included in article 122 of UNCLOS (“a gulf, basin or sea surrounded by two or more States and connected to another sea or the

strategic reasons, certain seas located on the periphery of the USSR should be governed by special and exceptional international law rules”.⁵⁹ The doctrine was to restrict/protect the use of water corridors accessing such seas from foreign warships,⁶⁰ and forgotten after the USSR’s demise.

3. *Condominium principle*

Only USSR and Iran (and their nationals) were entitled to naval and commercial navigational rights on the Caspian Sea.⁶¹ A theory arising from the Soviet-Iranian Treaties of 1921, 1935 and 1940 was that they created a condominium regime.⁶² Per condominium, a border sea is under all coastal states joint political authority, which are equally sovereign in the sea.⁶³ The regime requires a “clear convincing” consent on the existence of the condominium.⁶⁴ Condominium applies in very few cases, notably the Gulf of

ocean by a narrow outlet or consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States”).

⁵⁹ Darby, J., “The Soviet Doctrine of the Closed Sea”, *23 San Diego Law Review* 685 (1986), p. 688. This responded to the fact that its international maritime boundary consisted of (a) the Caspian Sea, bordering Iran, (b) the Black Sea, bordering Turkey, Bulgaria and Romania, (c) the Baltic Sea, bordering Finland, Poland, Sweden, Germany, and Denmark, (d) the Barents Sea, bordering Norway (Spitzbergen, Svalbard) and its inlet the White Sea, (e) the Kara, Laptev and East Siberian Seas, bordering the Arctic Circle, (f) the Sea of Okhotsk, bordering Japan, (g) the Sea of Japan, bordering Japan and Korea, and (h) the Bering Sea, bordering the United States (Alaska).

⁶⁰ Bradshaw, R., “The Politics of Soviet Maritime Security: Soviet Legal Doctrine and the Status of Coastal Waters”, *Journal of Maritime Law and Commerce* (1979), pp. 411-447.

⁶¹ Articles 12, 13, 16 and 17 of the 1940 Treaty. See also the *Treaty of Establishment, Commerce and Navigation Between the USSR and Iran*, 27 August 1935, 176 LNTS 299 (1937). The 1940 Treaty replaced the *Convention of Establishment, Commerce and Navigation Between the USSR and Iran*, 27 October 1931.

⁶² This “implies that the Caspian is a shared resource that legally cannot be privatized by any littoral state and has to remain an object of joint usage”, Zimmitskaya, H., & von Geldern, J., “Is the Caspian Sea a sea; and why does it matter?”, *2(1), Journal of Eurasian Studies* 1 (2011), p. 9. The principle must be established by treaty or recognized by customary international law. Gizzatov, Vyacheslav, “Negotiations on the legal status of the Caspian Sea 1992-1996: view from Kazakhstan”, Akiner, Shirin, *The Caspian. Politics, energy and security*, Routledge Curzon, 2004, pp. 42-53.

⁶³ Janusz-Pawletta, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁴ *Lake Lanoux Arbitration Case*, 24 Int’l L. Rep. 101 (1957) (Spain vs. France).

Fonseca⁶⁵—quite different, as the area had previously been under one single sovereign—. Russia and Iran in 1990’s supported condominium, with occasional Turkmeni support.

International practice disputed condominium in the Caspian Sea.⁶⁶ Post-Soviet Russia and Iran supported a “common sea”,⁶⁷ not reflected in practice.

V. THE CONVENTION ON THE LEGAL STATUS OF THE CASPIAN SEA

The Convention has 11 preambular paragraphs and 24 articles. It refers to multiple issues, including sovereignty, navigation, environment, borders, innocent passage, fisheries, peace, military, and scientific research.⁶⁸

⁶⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute, El Salvador and Nicaragua (intervening) v Honduras*, I.C.J. Reports 1992, Judgment, Merits, 11th September 1992, 351-598, f. para 400. Also see *Convention of Gastein* (1865); *Cromer-Ghali Agreement* (1899); *Anglo-Egyptian Condominium of Sudan* (1898-1955); *Anglo-French Condominium of New Hebrides* (1914-1980).

⁶⁶ The Soviet Union began exploring oil in the Caspian Sea in 1949. Had there been a condominium principle, it would have entailed joint ownership. Yet there was no bilateral cooperation. Furthermore, Iran also began extracting oil without consulting the USSR. The 1966 Soviet naval international-juridical reference book declared that “the resources of the continental shelf also belong to each party (USSR and Iran) within the limits or its respective area of the sea”, Gizzatov, *op. cit.*, p. 46. The official Soviet Union-Iran land boundary was drawn in 1956 connecting Astara village in Azerbaijan to Hasankuli, Turkmenistan. While “the agreement did not demarcate the Caspian Sea, it had been in practice the unofficial demarcation line”, Abilov, *op. cit.*, p. 126. The 1964 Soviet Union-Iran aviation agreement confirmed the Astara-Hasankuli line as an airspace boundary and heavily guarded by the USSR. “Those who wished to over-fly the area had to obtain permission from the Soviet authorities”, Gizzatov, *op. cit.*, *supra* note 63, p. 46. In July 2001, an Iranian air force jet crossed the Astara-Hasankulu line, “the sea border between Iran and the Soviet Union”, Haghayeghi, M., “The Coming of Conflict to the Caspian Sea”, *Problems of Post-Communism*, 50(3), p. 35, and circled over two Azeri survey ships, demanding they move 5 miles northward. Six days later, another Iranian jet entered the area at an altitude of 600 feet. In August 2001 Azerbaijan announced that the its air-defense forces would prevent further incursions. Iran continued to violate Azerbaijan’s airspace and sea borders. On April 18, 2002, an Iranian ship entered Azeri waters prior to the First Caspian Summit.

⁶⁷ Abilov, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁸ Unless otherwise noted, articles cited are from CLSCS.

1. *Definitions in the Convention*

“Parties” to the Convention are the “Caspian littoral States” that execute CLSCS (1st-Preamble paragraph [Pp]), term only used in the definition of “normal baseline” (article 1). It repeatedly uses “Party” or “Parties” (136 times) —distinguishing the “Parties” to the Convention from “parties” to other agreements (article 20)—. A “Party” is any of the Caspian-5, also referred as a “coastal State”. Like UNCLOS, CLSCS repeatedly uses “coastal State” without defining it.⁶⁹

The differing use of “coastal State” and “Party” in the Convention may impact the *lege ferenda* period between signature and entry into force.⁷⁰ CLSCS will enter into force with the fifth instrument of ratification (article 22), simultaneously for all signatories. By signing CLSCS, all are obliged to not defeat its object and purpose.⁷¹ As CLSCS refers to activities and regulations of the “coastal State” and not of the Parties, any “coastal State” may not freely regulate/use live resources in view of CLSCS-obligations to other “coastal States”, such as “shared aquatic biological resources”, “jointly managed by the Parties” (article 1).

2. *Links to international law*

CLSCS is adopted based on the UN Charter, as well as international law (1st Pp) and “arrangements”.⁷² CLSCS does not affect rights and obligations

⁶⁹ Definitions of straight baseline, territorial waters and fishery zone (article 1), principles of freedom of navigation and conduct of maritime scientific research (articles 3(8) and 3(17)), in addition to articles 8(2), 8(4), 11(2), 11(3), 11(6), 11(6)a, 11(6)c, 11(6)d, 11(6)g, 11(6)k, 11(8)e, 11(8)f, 11(8)h, 11(10), 11(12), 11(14), 11(15), 14(4) and 19.

⁷⁰ The five signatories are obliged to respect sovereignty, exclusive fishery, administration of biological resources, and regulations adopted by “coastal States”, *i. e.*, the Caspian-5, even before the entry into force of CLSCS.

⁷¹ See *supra* note 50. International State practice on this respect was evidenced when on May 6, 2002, the USA announced that it “does not intend to become a party” to *Rome Statute of the International Criminal Court* and “[a]ccordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000”. Israel (2002), Sudan (2008) and Russia (2016) also withdrew their signatures.

⁷² CLSCS recognizes “the existing arrangements between the Parties” and intends to “strengthen the legal regime of the Caspian Sea” (11-Pp). CLSCS refers to “arrangements”

from other treaties (article 20). CLSCS-Parties must comply with international law.⁷³

3. *Principles to follow in activities in the Caspian Sea*

Seventeen principles regulate the Parties' conduct in the Caspian Sea. They relate to international law (article 3(1)), peace and security (articles 3(2) and 3(3)), military (articles 3(4), 3(5), 3(6), and 3(7)), and navigation and overflight issues (articles 3(8), 3(9), 3(10), 3(11), and 3(16)), environmental matters (articles 3(12), 3(13), 3(14), and 3(15)), and scientific research (articles 3(15) and 3(17)). Activities shall be conducted in accordance with: 1) the Convention, 2) "other agreements between the Parties consistent with this Convention, and [3] their national legislation" (article 4). One ponders whether "other agreements between the Parties consistent" with CLSCS only refers to agreements executed between *all* the Parties or between some of them.

4. *The Caspian Sea: stipulated endorheic basin. Not a lake, not a sea.*

In a pragmatic way, the drafters did not define the Caspian Sea as a lake or a sea. "Caspian Sea" is the current designator for the body of water between contemporaneous Azerbaijan, Iran, Kazakhstan, Russia, and Turkmenistan. CLSCS stipulated it is the body of water surrounded by the territories of the Caspian Sea States as outlined in three nautical charts of the General Department of Navigation and Oceanography of the Ministry of Defense

and not "treaties" nor "international agreements". Hence, it would encompass formal and informal agreements and arrangements.

⁷³ All Caspian Sea activities must respect "the sovereignty, territorial integrity, independence and sovereign equality of States, non-use of force or the threat of force, mutual respect, cooperation and non-interference into the internal affairs of each other" (article 3(1)-CLSCS). Navigation of ships bearing a Party's flag (article 3(10)-CLSCS) and delimitation of the fishery zones (article 9(1)-CLSCS) must be in accordance with international law principles and norms.

of the Russian Federation in Saint Petersburg (article 1).⁷⁴ The evident—silent—truth of this endorheic basin is that only these five states have natural means to reach its waters. With no other country claiming Caspian Sea’s waters, only they can purport to exercise sovereignty over any part.

The Convention strives to avoid a legal inference to identify it as lake or sea.⁷⁵ Nonetheless, CLSCS implies it is a lake, for it is “the body of water surrounded by the land territories of the Parties” (article 1). Its provisions affect the Caspian Sea waters and the “land affected by the proximity of the [Caspian] Sea”.⁷⁶ The latter may portray the Caspian Sea as common good and transboundary resource—with joint administration of its waters and sources. On the other hand, the Convention alludes to a maritime context by referring to the “Kronstadt sea-gauge” (article 1), establishing “sea lanes” (article 11(11)) and using “belt of sea” and “sea belt” to define territorial waters and fishery zones. More striking, CLSCS refers to “sea water”,⁷⁷ connections “to other seas and the Ocean”,⁷⁸ prevention of “smuggling of migrants by sea”⁷⁹ and mentions seven times the “seabed”.⁸⁰

⁷⁴ Charts No. 32003, archive edition Apr. 17, 1997, published 1998, No. 31004, archive edition July 4, 1998, published 1999, and No. 31005, archive edition Nov. 16, 1996, published 1998.

⁷⁵ Калмыков, Алексей, *Ни море, ни озеро”: Каспий поделили на пятерых. На это ушло 22 года*, *BBC News*, Aug. 12, 2018, available at <https://www.bbc.com/russian/features-45156199>.

⁷⁶ “Ecological System of the Caspian Sea” (article 1). The individual use of the word “Sea” in capitalized form indicates the drafters’ desire to refer to the Caspian Sea in another way.

⁷⁷ “... including harvesting of aquatic biological resources and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities.” (“Pollution”, article 1) (emphasis added). While the first mention of sea may refer to the “Caspian Sea”, it is not capitalized as in “Ecological System of the Caspian Sea”, *supra* note 77 (article 1-CLSCS). Hence, the first “sea” refers to a marine space, separate from a misnomer for the Caspian Sea. The second mention of sea clearly refers to marine water.

⁷⁸ “The Parties shall carry out their activities in the Caspian Sea in accordance with the following principles: ... (10) The right to free access from the Caspian Sea to other seas and the Ocean, and back” (article 3(10)) and “The Parties shall have the right to free access from the Caspian Sea to other seas and the Ocean, and back. ...” (article 10(4)-CLSCS).

⁷⁹ “The Parties shall cooperate ... in preventing and suppressing smuggling of migrants by sea and other crimes in the Caspian Sea” (article 17-CLSCS).

⁸⁰ “... parts of the seabed and subsoil delimited between the Parties ...”, Definition of “Sector”, article 1-CLSCS, and articles 2(2), 4, 6, 8(1), 12(3), and 13(2)-CLSCS.

5. *The water area*

Similar to UNCLOS, CLSCS divides the Caspian Sea waters into blocks (article 5).

- I. 15 nautical mile territorial waters (article 7(1)) where sovereignty applies, including internal waters (article 1).
 - a) The outer limit may not exceed 15 miles from the baselines.
 - b) The outer limit is a line resulting from every point located at a distance from the nearest point of the baseline (article 7(2)). The outermost permanent harbour works point forms part of the coast; not off-shore installations and artificial islands (as in article 11-UNCLOS).
 - c) Adjacent coast States must effect the delimitation of internal and territorial waters by agreement (article 7(3)).
 - d) Roadsteads may become an issue, as CLSCS is silent. Article 12-UNCLOS specifically states that roadsteads “which are normally used for the loading, unloading and anchoring of ships, and which would otherwise be situated wholly or partly outside the outer limit of the territorial sea, are included in the territorial sea”. Should no CLSCS-Party have such roadsteads, the issue may become moot.
- II. 10 mile (article 9(1)) fishery zones adjacent to territorial waters (article 1), and
- III. The common maritime space used “by all Parties” (articles 1 and 5). It is unclear if the intention was to allow open use of “by all Parties” in joint or separate activities. *I.e.*, individual or joint use by all Parties.

6. *Sovereignty and exclusive competence*

Parties “exercise their sovereignty, sovereign and exclusive rights, as well as jurisdiction” (article 2(1)). Sovereignty over the land territory and internal waters is extended to territorial waters, seabed and subsoil thereof, and airspace over it (article 6). Exploitation of subsoil resources and economic

activities are exercised as sovereign rights (article 8(1)).⁸¹ The Parties consider CLSCS akin to a “Constitution of the Caspian Sea” because this document “shall define and regulate the rights and obligations of the Parties in respect of the use of the Caspian Sea” (article 2(2)), including its waters, seabed, subsoil, natural resources, and airspace over the Caspian Sea.

The Caspian Sea is “of vital importance” to the littoral States (5-Pp). Solving any issue related to the Caspian Sea “falls within the exclusive competence” of the Parties (6-Pp)].⁸² CLSCS conveys that Caspian Sea issues fall within the “exclusive competence” of all CLSCS-Parties acting as a unique body of decision.⁸³ No other state may aspire sovereignty or jurisdiction in the Caspian, because “only they possess sovereign rights over the Caspian Sea and its resources” (5-Pp). Consensus is needed for “exclusive competence” to solve Caspian Sea issues, falling to *all* Caspian-5 and not to any one of them.

7. Jurisdiction

Each Party exercises jurisdiction over ships flying its flag (article 12(1)) and “artificial islands, installations, structures, its submarine cables and pipelines” (article 12(2)) in its national sector. Laconic provisions compared to articles 27, 28, 91, 92, and 94-UNCLOS dealing with criminal and civil jurisdiction, nationality and status of ships, and duties of the flag State, including maintaining a register of ships and assuming jurisdiction under domestic law over ships and its crews.

Parties may adopt measures regarding ships to ensure compliance with its laws and regulations, including boarding, inspection, hot pursuit, detention, arrest, and judicial proceedings (article 12(3)). The Convention is silent on their meaning, wherefore UNCLOS becomes supplementary—particularly articles 110 and 111, regarding the right to visit, hot pursuit,

⁸¹ These provisions are similar to article 2-UNCLOS, where sovereignty extends, beyond its land territory, to the territorial sea, the airspace above the latter, and the bed and subsoil thereof.

⁸² The term “exclusive competence” is used in the *Treaty on the Functioning of the European Union*, applicable to areas in which the EU alone is able to legislate and adopt binding acts.

⁸³ This falls in line with prior agreements by the Caspian-5 whereby fundamental decisions pertaining the Caspian are decided by all littoral states by consensus.

criminal and civil jurisdiction on ships bearing another flag. Boarding, inspection, hot pursuit and detention may only be undertaken by warships or vessels bearing external marks indicating government service and authorized for such purposes (article 12(3)).⁸⁴

8. Borders

CLSCS does not set mechanisms for border demarcation. A “baseline” (article 1) consists of “normal baselines” and “straight baselines”. While a normal baseline is the “low-water line along the coast as marked on large-scale charts officially recognized by the coastal State” (article 5-UNCLOS), CLSCS fixes the normal baseline at minus 28 meters below median sea level (article 1).⁸⁵ This responds to substantial fluctuations of the Caspian Sea level recorded in past centuries, including several meters in recent decades. The current 7 cm. annual decrease in its level—evaporation rates [due to rising global temperatures] overcome the influx of water—will disappear the Northern Caspian in 75 years.⁸⁶ This will have an impact on subsoil resources—currently underwater. Since the Caspian Sea is identified at minus 28 meters below median sea level, the median baselines will become—in no more than 75 years—the Parties’ boundary between its territory and “landed-Caspian Sea” territory with no fish in dried up territorial waters and fishery zones, but with easier access to hydrocarbon resources.

Whereas article 7-UNCLOS defines a straight baseline and its methodology, CLSCS provides that such methodology “shall be determined in a

⁸⁴ Such activities may not be exercised against warships and government ships operated for non-commercial purposes, as only the cases specified in article 11 may affect the corresponding immunity. This is somewhat similar to articles 30, 31 and 32, and Subsection A of UNCLOS, regarding non-compliance by warships of a coastal State laws and regulations or responsibility by warships and government ships for non-commercial purposes, and right of innocent passage.

⁸⁵ “The line of the multi-year mean level of the Caspian Sea measured at minus 28.0 meters mark of the 1977 Baltic Sea level Datum from the zero-point of the Kronstadt sea-gauge, running through the continental or insular part of the territory of a Caspian littoral State as marked on large-scale charts officially recognized by that State”, article 1-CLSCS.

⁸⁶ American Geophysical Union, *Caspian Sea Evaporating as Temperatures Rise, Study Finds*, AGU, Aug. 29, 2017, available at: <https://news.agu.org/press-release/caspian-sea-evaporating-as-temperatures-rise-study->

separate agreement among all the Parties” (article 1).⁸⁷ Taking into account “existing arrangements” (13-Pp) between Parties, methodologies therein should prevail.

Delimitation of the Caspian Sea seabed and subsoil into national sectors may only be effected by agreement between States with adjacent and opposite coasts (article 8(1)).⁸⁸ Delimiting seabed national sectors will amount to exploit subsoil resources in quasi-territories.⁸⁹ Within its sector, a coastal State has the exclusive right to construct and regulate construction, operation and use of artificial islands, installations and structures (article 8(2)).⁹⁰

9. *Freedom of navigation*

Ships flying the flags of the Parties have freedom of navigation beyond territorial waters (article 10(1)). All Caspian-5 ships receive the same national treatment a Party gives to its ships (article 10(2)) in ports “open to ships flying the flags of the Parties” (article 10(3)). These would not apply to military ports.

Freedom of navigating in accordance to the Convention “and other compatible agreements between the Parties” without prejudice to sovereign and

⁸⁷ If the coastal configuration would put a “coastal State” at “a clear disadvantage”, it must be taken into account in order to reach consensus among all Parties. These provisions require the consensus of *all* Parties in order to delineate (bilateral) borders. This entails the formal recognition by all Caspian-5 of baselines between two adjacent Parties.

⁸⁸ There are two “opposite coasts”: Azerbaijan-Kazakhstan and Azerbaijan-Turkmenistan. Said agreements must take into account generally recognized principles and norms of international law. Delimitation of seabed and subsoil amounts to a border, but only up to 25 miles.

⁸⁹ UNCLOS elaborates that neither of the opposite or adjacent coast States, failing agreement to the contrary, may extend its territorial sea beyond the median line every point of which is equidistant from the nearest points on the baselines (article 15).

⁹⁰ Safety zones not exceeding 500 meters may be established surrounding these artificial facilities and must be communicated to all Parties to the Convention. “All ships”—civil and military— must respect such safety zones (article 8(3)). The exercise of seabed and subsoil exploitation and economic activities sovereign rights is limited inasmuch as it may not infringe rights and freedoms of other Parties nor unduly interfere with their enjoyment (article 8(4)). These provisions mirror article 60-UNCLOS.

exclusive rights of the Parties (article 10(1)). CLSCS is silent on ships flying other flags.⁹¹

The Caspian Sea is not naturally connected to the world's oceans. CLSCS recognizes the Parties "the right to free access from the Caspian Sea to other seas and the Ocean, and back" (articles 3(10) and 10(4)). Wherefore the Parties have "the freedom of transit for all their means of transport through the territories of transit Parties" (article 10(4)).⁹² Terms and procedures are determined bilaterally with the transit Parties or in accordance with the latter's legislation. Thus, Russia retained control yet opened its canals to CLSCS-Parties.

10. *Innocent passage*

CLSCS does not formally include innocent passage, yet uses similar wording to articles 17 and 18(1)-UNCLOS and refers to ships flying the flags of the Parties may navigate through territorial waters.⁹³ Navigation through territorial waters is only to traverse territorial waters "without entering internal waters" or for calling at a port facility outside internal waters, and to proceed to/from internal waters (article 11(1)). This applies to civil vessels. Military vessels may traverse territorial waters and internal waters in case of force majeure or distress. CLSCS does not define submarines or underwater vehicles as warships, but later encompasses all three in one phrase (article 11(2)).

⁹¹ This contrasts with UNCLOS which specifically provides freedoms of the high seas (article 87) and of navigation (article 90) to (other) coastal or land-locked states. CLSCS is not incompatible with UNCLOS, with no explicit ban on ships flying non-Parties' flags and the Caspian Sea is not identified as a sea, but it implies that the Caspian is only open to Caspian-5 ships.

⁹² Azerbaijan put at least three ships to berth in Baku through Russian channels. The former U.S. Coast Guard Cutter Point Brower was officially turned over to Azerbaijan on 20 September 2003. Two smaller U.S. Coast Guard cutters were given to Azerbaijan in 2000. They were piloted it to the Caspian across the Black Sea and Sea of Azov, through the Volga Don canal to the Caspian Sea, and then to Baku.

⁹³ The "right of innocent passage" through territorial sea included in article 17-UNCLOS is not in CLSCS. However, CLSCS articles closely follow UNCLOS by using "right of passage through territorial waters", thus equivalent to the right of innocent passage.

11. Navigation rules

CLSCS does not allude to “foreign ship”. UNCLOS uses “foreign ship” to refer to a ship flying the flag of an UNCLOS-Party different to the coastal State. CLSCS forbids non-Parties’ armed forces in the Caspian (article 3(6)), but does not forbid ships from non-Caspian countries. Article 11(16) (a) closely follows article 24-UNCLOS: a Party shall not hamper passage of ships by imposing requirements which have the practical effect of denying or impairing the right of passage, substituting “foreign ships” with “ships flying the flags of other Parties”. The Convention seemingly confines navigation to CLSCS-Parties’ vessels. Yet, article 11(16)(b) brings *verbatim* article 24-UNCLOS and allows for the presence in the Caspian Sea of “ships flying the flags of other Parties *or ships carrying cargoes*” (emphasis added). Article 16 provides cooperation with non-CLSCS persons as well as international organizations. It is foreseeable they will own non-Caspian flag ships. Thus, the presence of non countries’ ships is not inconceivable.⁹⁴

A Party may adopt laws and regulations, in conformity with CLSCS and other “norms” of international law, relating to passage through territorial waters, including safety of navigation, regulation of maritime traffic, protection of navigational aids and facilities, cables and pipelines, living resources, fishing, environment, scientific research and surveys. CLSCS includes ensuring national security, unforeseen in UNCLOS.⁹⁵

As in article 22(1)-UNCLOS, navigation lanes and traffic separation in territorial waters may be set by each Party (article 11(11)).⁹⁶ As in article

⁹⁴ Freedom of navigation outside territorial waters is a CLSCS-principle, “subject to respect for sovereign and exclusive [fishery zone] rights of the coastal States”, and to rules “established by them” regarding “activities specified by the Parties” (article 3(8)). Freedom of navigation must comply with the coastal States. It is unclear if this refers to each individual Party or all CLSCS-Parties. Safety of navigation is another principle (article 3(9)). Air navigation by civil aircraft will be executed in accordance with the International Civil Aviation Organization (article 3(16)).

⁹⁵ Navigation through territorial waters must comply with coastal State laws and regulations (article 11(10)). Per article 21(3)-UNCLOS ships abide with generally accepted international regulations relating to prevention of collisions at sea. Hence the Aktau 2018 Summit also adopted the *Agreement on Prevention of Incidents in the Caspian Sea*.

⁹⁶ Like article 25(2)-UNCLOS, CLSCS may take necessary steps to prevent breach of admission conditions of ships proceeding to internal waters or calling at port facilities outside

30-UNCLOS, per article 11(14) a State may require a warship not complying with its laws and regulations to leave its territorial waters immediately. The Convention also includes in this provision any government ship, operated for non-commercial purposes; issue not included in UNCLOS.⁹⁷

In similar fashion to article 24-UNCLOS, a Party shall not hamper the right of passage except by means of laws and regulations adopted in conformity with CLSCS, and must give appropriate publicity of any danger to navigation within its territorial waters of which it has knowledge (article 11(16)).⁹⁸

12. *A sea of peace*

Per article 88-UNCLOS, high seas are reserved to peaceful purposes. CLSCS underlines a favorable atmosphere of cooperation, good-neighbourliness and mutual understanding (3-Pp) wanting to expand such good relations (4-Pp). Thus, the Parties use the Caspian “for peaceful purposes... solving all issues related to the Caspian Sea through peaceful means” (article 3(2)).

13. *Military issues*

“Warship” is a naval vessel belonging to Party’s armed forces with external marks and under military discipline under the command of an officer

internal waters. A Party may temporarily suspend navigation in territorial waters to protect its security; but only after being duly published (article 11(13)), with practically the same wording as article 25(3)-UNCLOS. In fact article 11(6)(b) is drafted *verbatim* to article 19(2)(b)-UNCLOS.

⁹⁷ In identical fashion to article 31-UNCLOS, article 11(15) provides that the flag Party bears international responsibility for any loss or damage to another Party due to non-compliance by a warship or government ship operated for non-commercial purposes with the coastal State’s laws and regulations. CLSCS however also includes specifically damages resulting from entering territorial waters and anchoring therein.

⁹⁸ It may not impose requirements which would have the practical effect of denying or impairing such passage, and must not discriminate in form or in fact against other CLSCS-Parties’ ships. article 11(16)(a) provides such denial or impairment may not be in unjustifiable terms. This is in contrast with UNCLOS where the term unjustifiable is not used in this context. The term unjustifiable is used in UNCLOS only four times (article 78(2), 194(4), 240(c) and 246 (8)) in its 320 articles and the 116 articles of the nine annexes to UNCLOS.

governmentally commissioned (article 1).⁹⁹ Passage through territorial waters must not be prejudicial to the peace, good order or coastal State's security.

Activities will ensure "a stable balance of armaments of the Parties... developing military capabilities within the limits of reasonable sufficiency with due regards to the interests of all the Parties and without prejudice to the security of each other" (article 3(4)). This is subject to the interests of all Caspian-5. It is unclear if no Party should develop military capabilities in excess of their neighbors or maintain the current balance of weaponry in the Caspian Sea.¹⁰⁰

The presence of armed forces from countries not party to the CLSCS is prohibited (article 3(6)). All Parties are prohibited from providing its territory "to other States to commit aggression and undertake other military actions against any Party" (article 3(7)). Nothing is said about military conducts against non parties; situation against a sea of peace (3-Pp, 4-Pp, 11-Pp, articles 3(2) and 3(3)) and the UN Charter. But one that recognizes past *de facto* situations in the region,¹⁰¹ while also implying that "common

⁹⁹ CLSCS does not formally include a submarine, yet later speaks about "warships, submarines and other underwater vehicles" (article 11(2)). It follows UNCLOS, which speaks of "ships of all States" (article 17) and later talks about submarines and underwater vehicles (article 20). article 11(5), as article 18-UNCLOS, requires submarines and underwater vehicles to navigate on the surface and show their flag while passing through territorial waters.

¹⁰⁰ Parties will comply "with the agreed confidence-building measures in the military field in the spirit of predictability and transparency" to strengthen regional security and stability, "including in accordance with treaties concluded among all the Parties" (article 3(5)). Measures to maintain the "stable balance of armaments" (article 3(4)) shall be in accordance with "international treaties concluded among all the Parties", hence not allowing for treaties where one littoral state is a party. The drafting, however, is imprecise whether such treaties are executed only by the Caspian-5, or by all the Caspian-5 and additional parties. Examples would be *Agreement on Cooperation in the Field of Security in the Caspian Sea of November 18, 2010*, and *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, A/RES/55/25, 15 Nov. 2000, UNTS 39574 (Azerbaijan ratified 30 Oct. 2003, Iran signed 12 Dec. 2000, Kazakhstan ratified 31 Jul. 2008, Russia ratified 26 May 2004, and Turkmenistan acceded 28 Mar. 2005).

¹⁰¹ Defence Minister Shoigu said Russia launched 26 sea-based cruise missiles at 11 Islamic State group targets in Syria from four Russian warships in the Caspian Sea - about 1,500km away, BBC News, "Russian missiles 'hit IS Syria from Caspian Sea', *BBC News*, Oct. 7, 2015, available at: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-34465425>.

waters” are akin to “high seas”.¹⁰² The main concerns, for Russia and Iran,¹⁰³ were not pipelines nor environment issues but security, non-interference and military aspects.¹⁰⁴ Impasse over the Caspian’s status contributed to naval buildups and militarization albeit it never resulted in massive clash between littoral states; common security as norm.¹⁰⁵

14. *Military navigation*

Warships, submarines and other underwater vessels are entitled to freedom of navigation in territorial waters in terms accorded between the flag and coastal States.¹⁰⁶ In case of force majeure and distress, including rendering assistance, warships may approach territorial waters and en route the warship’s captain must agree with the coastal State terms, procedures, and exit.¹⁰⁷

Article 11(6) provides, alike article 19-UNCLOS, that certain conducts are prejudicial to peace, good order and security of the coastal state.¹⁰⁸

¹⁰² If non-territorial and non-fishery waters are “common waters”, would there be some “common” responsibility for acts undertaken by a ship in “common waters”? Particularly, where the security and protection of the Caspian Sea is guaranteed by the Caspian-5 in CLSCS.

¹⁰³ O’Byrne, D., “With draft convention, resolution of Caspian Sea status appears closer than ever”, *Eurasia.net*, Jun. 6, 2018, available at: <https://eurasianet.org/with-draft-convention-resolution-of-caspian-sea-status-appears-closer-than-ever>. Mamedov, R., “International Legal Status of the Caspian Sea: Issues of Theory and Practice”, *32 Turkish Yearbook of International Relations* 217 (2001), p. 243, available at: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/44/672/8561.pdf>.

¹⁰⁴ Zimmitskaya, & von Geldern, J., *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁵ Gurbanov, I., “Difficult Geopolitics of the Caspian Complicate Potential Energy Projects”, *Eurasia Daily Monitor*, 15(18), Feb. 2, 2018, available at: <https://jamestown.org/program/difficult-geopolitics-caspian-complicate-potential-energy-projects/>.

¹⁰⁶ Absent such agreement, passage through territorial waters follows coastal State’s legislation (article 11(2)) and not be prejudicial to peace, good order or security of the coastal State (article 11(3)).

¹⁰⁷ This does not include the right to call at ports and anchor within the territorial waters of another Party unless having proper permission or need to do so due to force majeure or distress, or to render assistance to persons, ships or aircraft in distress (article 11(4)).

¹⁰⁸ They include threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal State or in violation of international law principles embodied in the UN Charter, exercise or practice with weapons, acts of propaganda, willful and serious pollution, and fishing activities.

CLSCS expands UNCLOS to include carrying out “hydrographic survey” (article 11(6)(j)), “boarding or disembarking” of any person contrary to coastal state laws and regulations (article 11(6)(g)-CLSCS), “putting afloat, submerging or taking on board any military device and controlling it” (article 11(6)(f)), and “controlling” the launching, landing or taking on board any aircraft or military device (article 11(6)(e)). This refers to the 2015 launch of sea-based missiles from warships in the Caspian.

15. *Security and safety*

The Parties agree to combat crimes in the Caspian. Namely, international terrorism and financing thereof, trafficking in arms, drugs, psychotropic substances and their precursors, poaching, preventing and suppressing smuggling of migrants by sea, and other crimes (article 17-CLSCS).¹⁰⁹

16. *Economic development*

The Caspian Sea is an important source of political, economic, social, and cultural development for the Parties (7-Pp). CLSCS is the vehicle “to create favorable conditions for the development of mutually beneficial economic cooperation in the Caspian Sea” (10-Pp). With economic development in view, there is a right to free access from the Caspian Sea and back (article 3(10)) in principle restricted ships flying the flag of one of the Parties (article 3(11)).¹¹⁰

17. *Submarine cables and pipelines*

Of interest is the possibility to lay submarine cables and pipelines on the Caspian Sea’s bed.¹¹¹ The issue is driven by proposals for a Trans-Cas-

¹⁰⁹ In Aktau 2018 three protocols to *Agmt on Cooperation in the Field of Security in the Caspian Sea* were adopted on combating terrorism, organized crime and border authorities cooperation.

¹¹⁰ CLSCS foresees vessels carrying cargoes (article 11(16)(b)), possibly non-CLSCS flag ships.

¹¹¹ Articles 79 and 112-UNCLOS allow Parties to lay submarine cables or pipelines on the seabed, continental shelf and beyond.

pian Pipeline to transport hydrocarbons to Europe, something European officials have long hoped for, but which Russia and Iran had opposed.¹¹² To lay such infrastructure (article 14(1)) must comply with environmental standards and requirements of international agreements,¹¹³ and for cables or pipelines require the agreement of the Party whose sector is to be crossed (article 14(3)). They must comply with environmental standards, wherefore the obligation to prevent, reduce and control pollution of the Caspian Sea “from any source” (article 15) may be used to dampen any such possibilities.¹¹⁴

18. *Biological resources*

Having 90% of world’s sturgeon stock —source of caviar—, exploitation and administration of living organisms is in article 1-CLSCS. “Aquatic biological resources” are “fish, shellfish, crustaceans, mammals and other aquatic species of fauna and flora” distinguishable from “shared aquatic biological resources” “jointly managed by the Parties”. “Harvesting” may happen in a “fishery zone” as well as in the “common maritime space”. The Parties commit to conserve, restore and rationally use biological resources (article 3(14)-CLSCS).¹¹⁵ While biological resources will be administered in an exclusive manner by the coastal State in its fishery zone, the same stocks shall be harvested in conformity with “agreed norms” while found in

¹¹² O’Byrne, D., “Caspian Pact Paves Way for Turkmen Gas Exports to Europe”, *Eurasia.net*, Dec. 13, 2017, available at: <https://eurasianet.org/caspian-pact-paves-way-for-turkmen-gas-exports-to-europe-eventually>. The World Bank and the European Union have given a clean bill of health to the Trans-Caspian Pipeline.

¹¹³ Including *Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea* and its protocols (article 14(2)-CLSCS). The Convention is not clear on whether all Parties to CLSCS, or only the Parties involved in the corresponding cable or pipeline, must be a party to such international agreements. The Parties must communicate to the other littoral states the coordinates for submarine cables and pipelines, as well as where anchoring, fishing with near-bottom gear, submarine and dredging operations are not allowed (article 14(4)).

¹¹⁴ In fact, in July 2019, Russia voiced its opposition to trans-Caspian pipelines on environmental issues. “Россия выступает против строительства Транскаспийского газопровода”, *Regnum*, Jul. 5, 2019, available at: <https://regnum.ru/news/polit/2660741.html>.

¹¹⁵ The Parties shall apply “agreed norms and rules related to the reproduction and regulation” of “shared aquatic biological resources” (article 3(12)-CLSCS).

the common maritime space. This may present complications as such stocks do not restrict themselves to specific areas.¹¹⁶

19. *Fishery zones*

CLSCS provides fishery zones (article 9(1)) similar to an exclusive economic zone (EEZ) in UNCLOS-Part V. While EEZ measures 200 miles (article 57-UNCLOS), the fishery zone is 10 miles adjacent to territorial waters (article 9(1)), hence a maximum 25 miles.

In its fishery zone, each Party has exclusive right to harvest aquatic biological resources, with CLSCS-compliant rules. Agreements have to be separately executed by “all Parties” based on CLSCS and national legislation (article 9(2)). Adjacent coastal States will jointly determine the total allowable catch of *shared* aquatic biological resources and divide it into national quotas (article 9(3)-CLSCS). A striking difference is that article 9(4)-CLSCS makes this a prerogative of the Party (“it may grant access”) while article 62(2)-UNCLOS makes it mandatory to grant such access (“it shall... give access”).

20. *Environmental issues*

A recurrent theme is the CLSCS-Parties’ responsibility to secure the environment and the region’s sustainable development. The Parties are conscious of “their responsibility before the present and future generations” to preserve the Caspian Sea, as well as the need for its sustainable development (8-Pp), with “rational management of its resources as well as exploration, protection and conservation of its environment” (9-Pp). Ecol-

¹¹⁶ The Parties shall develop scientific research for the [rational] use of biological resources (article 3(15)-CLSCS). This is in contrast with UNCLOS which includes specific provisions dealing with stocks occurring within the exclusive economic zones of two or more coastal States or both within the exclusive economic zone and in an area beyond and adjacent to it (article 63), and dealing with highly migratory species (article 64), marine mammals (article 65), anadromous (article 66) and catadromous species (article 67) [respectively, fish migrating to spawn up rivers from sea or migrating down rivers to the sea], as well as sedentary species (article 67).

ogy scientific research is facilitated by the Parties (article 3(15)-CLSCS).¹¹⁷ Harm by pollution occur to “biological resources and marine life” (article 1-CLSCS). The inclusion of “marine life”, from UNCLOS-1(1)(4), is odd, since it is only used in the definition of “pollution” and CLSCS deals with “biological resources”.¹¹⁸

A point not discussed is whether to consider the totality of the aquifer and its basin as a *shared natural resource*.¹¹⁹ *I. e.*, since the Caspian Sea receives waters from rivers crossing multiple countries, this seemingly needs to precise the (*joint*) rights and obligations of upstream and downstream states, just as the Caspian-5 would have towards each other.¹²⁰

21. Final provisions

Amendments to CLSCS become an integral part of the Convention (article 18(1)). While the entry into force of CLSCS requires an instrument of

¹¹⁷ The “ecological system of the Caspian Sea” includes the aquatic component of this body of water, human beings and “parts of the land affected by the proximity of the Sea”. The purpose of the Parties is to prevent “pollution” (article 1-CLSCS), similarly defined to article 1(1)(4)-UNCLOS stating it is the introduction by man, directly or indirectly of substances or energy into the marine environment. However CLSCS adds that pollution may occur from land-based sources and by introduction of organisms.

¹¹⁸ As in article 192-UNCLOS, the Convention provides that the Parties commit to protect the regional environment and the ecological system of the Caspian Sea and all elements thereof (articles 3(14) and 15(1)). Should pollution occur, the polluting Party is liable for damage caused to the ecological system (articles 3(13) and 15(4)). Liability determination is not foreseen in CLSCS.

¹¹⁹ The International Law Commission has worked on the Law of Transboundary Aquifers. It also touched upon the relationship of these transboundary aquifers with oil and natural gas. ILC adopted a complete set of 25 articles of a draft convention on transboundary aquifers, Yamada, C., *Fifth Report on Shared Natural Resources: Transboundary Aquifers*, International Law Commission, Feb. 21, 2008.

¹²⁰ With over 130 rivers irrigating, Huseynov, *op. cit.*, this could become very complex with several basins in the Caspian Sea. *Ex. gr.*, Volga River basin: Russia; Kura/Aras River basin: Turkey, Georgia, Armenia, Iran, Azerbaijan, and Russia; Terek River basin: Georgia and Russia; Atrek River basin: Iran and Turkmenistan; Ural River basin: Russia and Kazakhstan; Emba River basin: Turkmenistan (on years prone to precipitation), “Caspian Sea/Nature/Gulfs, Rivers and Harbors”, *Azerbaijan.az*, (2016), available at: http://www.azerbaijan.az/_Geography/_Caspian/_caspien_e.html?caspien_04. Examples may be the European regime applicable to the Danube river, or the Mexico-USA regime on the Colorado and Bravo rivers.

ratification (article 22), amendments only require notification of completion of internal procedures. As a follow-up mechanism a regular high-level five-party consultation under their Ministries of Foreign Affairs must meet annually (article 19).

Disagreements and disputes about interpretation and application of CLSCS shall be settled by the Parties through consultations and negotiations. Any unsettled dispute may be referred to international law peaceful means, “at the discretion of the Parties” (article 21), without identifying if a dispute occurs between two Parties or between *all* Parties. Furthermore, one should ponder whether “discretion of the Parties” requires the acquiescence of *all* Parties, the discretion of one Party or of those involved in the dispute. One should also consider what will be a dispute in the Caspian Sea; particularly with recent case law by the International Court of Justice,¹²¹ with a different regional standard.¹²²

VI. CONCLUSION

The Caspian Sea is neither a lake nor a sea. Per CLSCS, it is a stipulated body of water—identified in specific archived documents—with a unique legal regime.

¹²¹ International courts had established case law that “A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.” *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*, Judgment of 30 August 1924, 1924 PCIJ (Ser. A) No.2, at 11, and that it is “a situation in which the two sides held clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations.”, *Interpretation of the Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion of 30 March 1950 (first phase), 1950 ICJ Rep. 65, at 74, as well as in other case law, such as the *South West Africa cases (South West Africa (Ethiopia vs. South Africa, Liberia v South Africa) (Preliminary Objections)*, Judgment [1962] ICJ Rep 328), the *Nuclear Tests cases (Nuclear Tests (Australia v France, New Zealand v France)*, Judgment [1974] ICJ Rep 253, para 55). However, the *Marshall Islands cases (Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v United Kingdom, Marshall Islands v India, Marshall Islands v Pakistan) (Preliminary Objections)*, ICJ Judgment 5 October 2016) have rendered “the proof of the existence of a dispute unnecessarily difficult and uncertain when there were no prior diplomatic exchanges between the parties”.

¹²² Upon signature, the Convention became open to ratification; such instruments should be deposited with Kazakshtan. CLSCS shall enter into force on the date the Depositary receives the fifth ratification, who registers the Convention per article 102 of the UN Charter. The Convention has no time limit once it enters into effect (articles 22, 23 and 24).

The Caspian Sea is an endorheic basin, *i.e.*, with no outflows. It is the largest body of water surrounded by land. Ancient peoples saw a lake. Due to its size and salinity it was concomitantly considered a sea. This ambivalence is reflected in the *Convention on the Legal Status of the Caspian Sea*. While CLSCS does not define the Caspian Sea as lake or sea, by *verbatim* drawing on international law and UNCLOS, it sometimes implies a lake or a sea. Regardless, CLSCS sets a unique legal regime applicable to the Caspian Sea.

CLSCS incorporates into (regional) international law, practices and principles adopted by the Caspian-5 before and after the demise of the USSR.

- 1) The Caspian Sea is a body of water identified in specific archived charts.
- 2) Territorial waters: 15 miles.
- 3) Exclusive economic (fishing) zone: 10 miles.
- 4) Other waters are considered common waters.
- 5) Seabed pipelines require approval only from States whose territories are involved, yet opposable by any Caspian-5 on environmental issues.
- 6) No foreign military forces are allowed in the Caspian Sea.
- 7) Only vessels of the Caspian-5 may formally navigate its waters.
- 8) CLSCS only applies to the riparian States, who could only *ab initio* define the Caspian Sea's legal regime because *per natura* only they have access to it.

The Caspian Sea shares provisions with a sea status and with rules of bordering lakes. It follows international maritime norms, such as territorial sea, exclusive economic zones, and high seas, albeit with different designations and dimensions. It resembles a lake wherein only riparian States may use the Caspian Sea, only Caspian littoral State's military presence is allowed, no third country may demand to use waterways connecting the Caspian Sea. The CLSCS is aligned with public international law with a general concept of innocent passage, freedom of high seas and international legal responsibility (*vis-à-vis* third countries for environmental damages).

Per CLSCS, the Caspian-5 have jurisdiction over 15 nautical miles of territorial waters and exclusive fishing rights in 10 additional miles. CLSCS allows laying of pipelines requiring approval of the countries whose territory they pass, subject to environmental issues. It forbids military assets in the region from non-Caspian countries. To preserve its ecology, CLSCS

regulates human beings and “parts of the land affected by the proximity of the Sea”. After delimitation, each state enjoys sovereign rights for subsoil use within its national sector.

CLSCS combines important political factors with substantive legal elements. It is a treaty agreeing to disagree on fundamental issues, such as demarcation of borders —unsolved for twenty-five years— yet *with a very pragmatic fashion* the Caspian-5 found compromise and set rules for joint/non-vetoed exploration and exploitation of subsoil [hydrocarbon] resources. The delimitation of the seabed, which caused past disputes, requires additional agreements between littoral nations. With CLSCS, the Caspian-5 signaled the world their desire to move forward and establish a legal framework to jointly develop and exploit the Caspian Sea’s biological but particularly subsoil resources. With CLSCS, all Caspian littoral states enjoy a much stronger legal position for developing projects —as do transnational companies and international financial institutions.

CLSCS allows the Caspian-5 to use the Russian canals connecting the Caspian Sea to other seas and the oceans, yet Russia retained control over them. On the other hand, no discussions have surfaced touching the Caspian Sea as a common good, requiring joint administration of rivers, the Caspian Sea itself, and land affected by it.

The Convention’s approach regarding seabed delimitation was deemed “evasive” but “expected”¹²³ or having “kicked the can down the road”.¹²⁴ Yet it opened the way for littoral States to develop the Caspian Sea’s subsoil resources. In 2017 and 2018 they agreed to jointly develop offshore Caspian hydrocarbon resources: Azerbaijan and Iran, Iran and Turkmenistan, Azerbaijan and Turkmenistan, and even trilaterally¹²⁵ These agreements announced the adoption of CLSCS and propelled arrangements to jointly de-

¹²³ O’Byrne, *op. cit.*

¹²⁴ Dudley, D., “Teheran Tries To Face Down Domestic Critics Of Caspian Sea Deal”, *Forbes*, Aug. 14, 2018, available at: <https://www.forbes.com/sites/dominicdudley/2018/08/14/tehran-skeptics-of-caspian-sea-deal/#2d0012b750fc>.

¹²⁵ Rahimov, Rahim, “Azerbaijan, Iran Reach Breakthrough on Disputed Fields in the Caspian Sea”, *Eurasia Daily Monitor*, 15(52), Apr. 5, 2018, available at: <https://jamestown.org/program/azerbaijan-iran-reach-breakthrough-on-disputed-fields-in-the-caspian-sea/>, and O’Byrne, *op. cit.* “Azerbaijan, Iran, Russia, create joint energy corridor”, *AzerNews*, Mar. 13, 2018, available at: https://www.azernews.az/oil_and_gas/128685.html.

velop the Caspian Sea in oil and gas matters (Azerbaijan-Kazakhstan, and Azerbaijan-Russia), as well as marine research (Azerbaijan-Russia).¹²⁶

CLSCS leaves undefined the specific demarcation mechanisms to define borders, issue that could prove disruptive in the future. But it provides momentum to develop Caspian Sea resources, allowing bordering States to define the conditions on (joint) exploration and exploitation in disputed areas yet subjecting these to the implied veto of any and all Caspian-5 on environmental concerns. CLSCS, without border demarcation nor defining ownership of disputed areas, paves the way for States to benefit from the exploration and exploitation of (hydrocarbon) resources.

The Convention opens the way for Trans-Caspian (oil and gas) pipelines (TCP). It evidences the need to coordinate between coastal states regarding environmental issues, as environmental impact evaluations of TCP may delay any TCP construction. From the outset, Russia and Iran demanded construction of TCPs contingent on environmental authorization by all Caspian-5. While there are high hopes CLSCS will enter into force soon, any country may oppose any TCP, which they hitherto succeeded in blocking by subjecting any TCP's construction to the approval of all Caspian-5.¹²⁷ Just a month after CLSCS was adopted, Russia recalled that, while it does not have plans to lay pipelines on the basin's seabed, "the laying of pipelines along the Caspian Sea bottom is ruled out in case of objections on the part of Caspian states",¹²⁸ and less than a year later it stated opposition to a TCP due to environmental issues.¹²⁹

The Convention is a hiatus; a very important achievement. It evidences the will to move beyond past disputes and jointly develop the Caspian Sea.

¹²⁶ Respectively, "Kazakhstan and Azerbaijan plan joint oil and gas venture", *AzerNews*, Nov. 9, 2018, available at: https://www.azernews.az/oil_and_gas/140647.html, "Azerbaijan, Russia to develop gas fields in northern part of Caspian Sea", *AzerNews*, Nov. 19, 2018, available at: https://www.azernews.az/oil_and_gas/141138.html, Mammadova, L., "Russia is eager to conduct joint expeditions in Caspian Sea", *AzerNews*, Nov. 23, 2018, available at: <https://www.azernews.az/nation/141462.html>.

¹²⁷ Gurbanov, *op. cit.*

¹²⁸ "Russian FM Hopes Caspian Sea Convention Will Be Ratified Without Delay", *AzerNews*, Sep. 16, 2018, available at <https://www.azernews.az/region/137615.html>.

¹²⁹ "Посол РФ в Баку заявил, что Россия выступает против Транскаспийского газопровода", *Хроника Туркменстана*, Jul. 5, 2019, available at: <https://www.hronikatm.com/2019/07/tf-against-pipeline/>.

Pragmatism hoping to develop this stipulated at minus 28 meters below median sea level non-lake/non-sea endorheic basin.

VII. BIBLIOGRAPHY

- ABILOV, Shamkhal, “Legal Status of the Caspian”, *Hazar Raporu / Caspian Report*, 2013.
- ALADIN, Nicolai, and PLOTNIKOV, Igor, “The Caspian Sea”, *Vlaams Instituut voor de Zee*. 06 28, 2004. Available at: www.vliz.be/imisdocs/publications/133415.pdf (accessed May 12, 2019).
- ALTUNISIK, Meliha, “The Political Economy of Caspian Oil”, *Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik* 1999, 1999.
- AMERICAN GEOPHYSICAL UNION, “Caspian Sea Evaporating as Temperatures Rise, Study Finds”, *American Geophysical Union*. 08 29, 2017. Available at: https://news.agu.org/press-release/caspian-sea-evaporating-as-temperatures-rise-study-finds/?utm_source=CPRE&utm_medium=email&utm_campaign=press+releases&utm_content=17-65+Caspian+Sea+level (accessed November 08, 2018).
- AZERBAIJAN. AZ, *Caspian Sea / Nature / Gulfs, Rivers and Harbors*. 2016. http://www.azerbaijan.az/_Geography/_Caspian/_caspian_e.html?caspian_04 (accessed September 03, 2018).
- Azernews*, “Azerbaijan, Iran, Russia, create joint energy corridor”, *AzerNews*, March 13, 2018.
- Azernews*, “Azerbaijan, Russia to develop gas fields in northern part of Caspian Sea.” *AzerNews*, November 19, 2018c.
- Azernews*, “Kazakhstan and Azerbaijan plan joint oil and gas venture”, *AzerNews*, November 09, 2018b.
- Azernews*, “Russian FM Hopes Caspian Sea Convention Will Be Ratified Without Delay”, *AzerNews*, Sep 16, 2018a.
- BBC News*, “Russian missiles ‘hit IS Syria from Caspian Sea’”, *BBC News*, October 7, 2015.
- BEBB, Matthew C., “The Contested Caspian Sea: Oil, Gas, and Legal Disputes. An Overview and Forecast”, *Lynx Global Intelligence*, 02 15, 2017. Available at: <http://lynxglobalintelligence.com/2017/02/15/the-contested->

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- caspian-sea-oil-gas-and-legal-disputes-an-overview-and-forecast/* (accessed June 4, 2018).
- BRADSHAW, R.E., “The Politics of Soviet Maritime Security: Soviet Legal Doctrine and the Status of Coastal Waters”, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1979.
- BRIGAGLIA, Marco, “Rules and norms. Two kinds of normative behaviour”, *Revus online*, 2018.
- COFFEY, Luke, “A Secure and Stable Caspian Is in America’s Interest”, *Background*, December 4, 2015.
- BRIGAGLIA, “Caspian Sea Ownership: Not an Issue the U.S. Should Ignore”, *Issue Brief*, September 13, 2016.
- DARBY, Joseph, “The Soviet Doctrine of the Closed Sea”, *San Diego Law Review* 23, 1986.
- DUDLEY, Dominic, “Tehran Tries To Face Down Domestic Critics Of Caspian Sea Deal”, *Forbes*. August 14, 2018. Available at: <https://www.forbes.com/sites/dominicdudley/2018/08/14/tehran-skeptics-of-caspian-sea-deal/#2d0012b750fc> (accessed November 22, 2018).
- EIA, *Caspian Sea Region, Overview of oil and natural gas in the Caspian Sea region*. U.S. Energy Information Administration, 2013, 25.
- GIZZATOV, Vyacheslav, “Negotiations on the legal status of the Caspian Sea 1992-1996: view from Kazakhstan”, Chap. 3 in *The Caspian. Politics, energy and security*, by Shirin Akiner, 42 - 53. Routledge Curzon, 2004.
- GRANMAYEH, Ali, “Legal History of the Caspian Sea”, in AKINER, Shirin (ed.), *The Caspian. Politics, Energy and Security*, Routledge Curzon, 2004.
- GURBANOV, Ilgar, “Difficult Geopolitics of the Caspian Complicate Potential Energy Projects”, *Eurasia Daily Monitor*, February 06, 2018.
- HAGHAYEGHI, Mehrdad, “The Coming of Conflict to the Caspian Sea”, *Problems of Post-Communism* 50, no. 3, May/June, 2003.
- HEYDAR ALIYEV FOUNDATION, *Caspian Sea/Nature/Formation and Physiography of the Caspian Sea*. 2011. Available at: http://www.azerbaijan.az/_Geography/_Caspian/_caspian_e.html?caspian_02, accessed 11 25, 2018.
- HUSEYNOV, Said, “Fate of the Caspian Sea”, *Natural History Magazine*, no. 12/10-01/11, January, 2011.
- INDEO, Fabio, *Settling the Caspian Issue and Realizing the Trans-Caspian Energy Corridor*, 07 10, 2018. Available at: <https://thediplomat.com/2018/07/settling-the-caspian-issue-and-realizing-the-trans-caspian-energy-corridor/> (accessed September 25, 2018).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- JANUSZ, Barbara, *The Caspian Sea Legal Status and Regime Problems*, Royal Institute of International Affairs, Chatham House, 2005, 8.
- JANUSZ-PAWLETTA, Barbara, *The Legal Status of the Caspian Sea: Current Challenges and Prospects for Future Development*, Berlin, Berlin Center for Caspian Region Studies Environmental Policy Research Centre, 2015.
- KARATAEVA, Elena, “Can the Caspian Sea Survive Its Own Oil - Environmental Regulation of the Offshore Oil and Gas Industry in the Caspian Sea”, *International Journal of Marine and Coastal Life* 29, 2014.
- LEE, Dmitry, “Aktau and Kuryk Ports should be provided with own vessels”, *Astana Times*, November 04, 2016.
- MAMEDOV, Rustam, “International Legal Status of the Caspian Sea: Issues of Theory and Practice”, *Turkish Yearbook of International Relations* 32, 2001.
- MAMMADOVA, Leman, *Russia is eager to conduct joint expeditions in Caspian Sea*. Available at: <https://www.azernews.az/nation/141462.html>.
- MEHDIYOUN, Kamyar, “Ownership of Oil and Gas Resources in the Caspian Sea”, *American Journal of International Law*, 2000.
- MOHSEIN, Mehrdad, “The evolving security role of Iran in the Caspian region”, in GHUFRIN, Gennady (ed.), *The Security of the Caspian Sea Region*, Oxford University Press, 2001.
- NASA, “Earth Observatory”, *Caspian Sea*. June 04, 2010. Available at: <https://earthobservatory.nasa.gov/44253/caspian-sea>.
- O’BYRNE, David, “Caspian Pact Paves Way for Turkmen Gas Exports to Europe”, *Eurasia.net*. Dec 13, 2017. Available at: <https://eurasianet.org/caspian-pact-paves-way-for-turkmen-gas-exports-to-europe-eventually>.
- O’BYRNE, David, “With draft convention, resolution of Caspian Sea status appears closer than ever”, *Eurasia.net*. June 27, 2018. Available at: <https://eurasianet.org/with-draft-convention-resolution-of-caspian-sea-status-appears-closer-than-ever>.
- PEUCH, Jean-Christophe, “The privatization of international affairs: Caspian Sea oil: the role of private corporations”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, 1998.
- RACZKA, Witt, “A sea or a lake? The Caspian’s long odyssey”, *Central Asian Survey*, 2000.
- RAHIMOV, Rahim, “Azerbaijan, Iran Reach Breakthrough on Disputed Fields in the Caspian Sea”, *Eurasia Daily Monitor*, April 05, 2018.
- SANEI, Farah, “The Caspian Sea Legal Regime, Pipeline Diplomacy, and the Prospects for Iran’s Isolation from the Oil and Gas Frenzy: Reconciling

- Tehran's Legal Options with its Geopolitical Realities", *Vanderbilt Journal of Transatlantic Law*, 34, 2001.
- SHAFIYEV, Farid, "The Legal Regime of the Caspian Sea: Views of the Littoral States", *Prism*, June 30, 2001.
- UNEP, *Global International Waters Assessment*, UN, 2006.
- VINOGRADOV, Sergei and WOUTERS, Patricia, "The Caspian Sea: Quest for a New Legal Regime", *Leiden Journal of International Law* 9, 1996.
- XINHUANET, *Iran's Rouhani kicks off trip to Turkmenistan, Azerbaijan*. March 27, 2018. Available at: http://www.xinhuanet.com/english/2018-03/27/c_137069517.htm.
- YAMADA, Chusei, "Fifth Report on Shared Natural Resources: Transboundary Aquifers", *International Law Commission*, February 21, 2008.
- ZIMNITSKAYA, Hanna and VON GELDERN, James, "Is the Caspian Sea a sea; and why does it matter?", *Journal of Eurasian Studies* (Macalester College) 2, no. 1, January 2011.
- КАЛМЫКОВ, Алексей, "Ни море, ни озеро": Каспий поделили на пятерых. На это ушло 22 года", *BBC News*, Aug. 12, 2018, available at: <https://www.bbc.com/russian/features-45156199>.
- МАЖИЛИСА ПАРЛАМЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН, Dec. 26, 2018. Available at: <http://www.parlam.kz/ru/mazhilis/sent-to-the-senate>.
- "Парламент Туркменистана ратифицировал Конвенцию о правовом статусе Каспийского моря", *Информационный портал Туркменистана*, Jan. 12, 2019, available at: <https://turkmenportal.com/blog/16642/parlament-turkmenistana-ratificiroval-konvenciyu-o-pravovom-statuse-kaspiiskogo-morya>.
- ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН, "О ратификации Конвенции о правовом статусе Каспийского моря", *Президента Республики Казахстан*, Feb. 8, 2019. Available at: http://www.akorda.kz/ru/legal_acts/laws/glavoi-gosudarstva-podpisan-zakon-respubliki-kazahstan-o-ratifikacii-konvencii-o-pravovom-statuse-kaspiiskogo-morya.
- "Россия выступает против строительства Транскаспийского газопровода", *Regnum*, Jul. 5, 2019, available at: <https://regnum.ru/news/polit/2660741.html>.
- "Посол РФ в Баку заявил, что Россия выступает против Транскаспийского газопровода", *Хроника Туркменистана*, Jul. 5, 2019. Available at: <https://www.hronikatm.com/2019/07/rf-against-pipeline/>.

Sobre la independencia de los tribunales arbitrales CIADI

*About the Independence of the ICSID
Arbitral Tribunals*

*À propos de l'indépendance des tribunaux
arbitraux du CIRDI*

Dícar Bonyuet Lee*
Yaritza Pérez Pacheco**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Independencia e imparcialidad*. III. *Resultados ganadores*. IV. *Independencia de los tribunales arbitrales CIADI*. V. *Conclusiones*. VI. *Cuadro de composición del tribunal arbitral, en cuanto a la nacionalidad de sus árbitros*. VII. *Bibliografía*.

* *Magister Scientiarum* en derecho internacional privado y comparado por la Universidad Central de Venezuela. Profesor de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

** Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Actualmente es la subdirectora de investigación del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

Artículo recibido el 18 de febrero de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 273-315
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es una institución dedicada a la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). A partir de la década de los noventa, el número de casos sometidos al CIADI se ha venido incrementando. Sin embargo, se ha cuestionado la independencia de sus árbitros en la toma de decisiones, afirmando que los laudos emitidos por estos tribunales favorecen a los países desarrollados, de los cuales suelen provenir los inversores extranjeros demandantes. El objeto de este trabajo es determinar, a través de un estudio estadístico de los laudos, si efectivamente los árbitros se han parcializado hacia los inversores demandantes en los laudos del CIADI, para ello se determinará el número de casos en los cuales los tribunales arbitrales favorecen a los inversores y los que favorecen a los Estados demandados. Además, se investigará si las decisiones de los tribunales arbitrales CIADI son independientes de la integración de éstos, en cuanto a la nacionalidad de sus árbitros.

Palabras clave: arbitraje internacional, Convenio CIADI, derecho internacional de inversiones, solución de controversias entre inversionistas y Estados, independencia e imparcialidad.

ABSTRACT: The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is an institution devoted to the investor-State dispute settlement (ISDS). From the 1990's the number of cases filed before the ICSID has increased. Nevertheless, the ICSID arbitrators' independence for making their decisions has been questioned, since their awards are said to benefit the developed countries from where foreign investors/claimants tend to be. In this regard, the purpose of this research is to determine whether the decisions made by the ICSID arbitral tribunals are actually independent from their composition, as for their arbitrators' nationality, through a statistical study of the awards.

Key words: International Arbitration, ICSID Convention, International Investment Law, Investor-State Dispute Settlement, Impartiality and Independence.

RÉSUMÉ: Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) est une institution dédiée au règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Depuis les années 1990, le nombre de cas soumis au CIRDI a augmenté. Pourtant, l'indépendance des arbitres au moment de prendre leurs décisions a été mise en cause, car les sentences de ces tribunaux favorisent les pays développés d'où généralement viennent les investisseurs demandeurs étrangers. L'objectif de cette investigation est de déterminer si les décisions des tribunaux arbitraux du CIRDI sont indépendantes de leur composition, quant à la nationalité des arbitres, par le biais d'une étude statistique des sentences.

Mots-clés: arbitrage international, Convention CIRDI, droit international des investissements, règlement des différends entre investisseurs et états, indépendance et impartialité.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo presentamos los resultados de un análisis estadístico sobre la independencia de los árbitros que integran los tribunales de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio CIADI); con la finalidad de esclarecer si la integración de éstos, en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, influye en la toma de decisiones (laudos).

Audley Sheppard ha enfatizado la importancia, para el debido proceso y la confianza en el arbitraje de inversiones, de contar con árbitros independientes e imparciales. Señala, además, que en el siglo XXI, es probable un escrutinio aún mayor de los antecedentes de los árbitros, su relación con las partes y cualquier escrito previo sobre los asuntos en controversia, con un aumento concomitante en las recusaciones de los árbitros, por conflicto de intereses.¹ La doctrina, e incluso los Estados, han cuestionado la independencia de los tribunales CIADI, señalando que: “los laudos que los mismos dictan son mayoritariamente favorables a los inversionistas, y que incluso, existe un tratamiento injusto de los Estados que han sido y son demandados”;² “el CIADI es un Tribunal absolutamente desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales”³ y “dicta laudos a favor de las empresas privadas y los inversores”.⁴

¹ Sheppard, Audley, “Arbitrator Independence in ICSID Arbitration”, *International Investment Law for the 21st. Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 131.

² Rondón de Sansó, Hildegard, *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*, Caracas, Editorial Exlibris, 2010, p. 100.

³ Razón esgrimida por Bolivia para renunciar al CIADI, citado por Rodríguez Jiménez, Sonia, “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia, una actualización”, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Wöss, Herfried (coords.), *Arbitraje de inversiones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 249, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/13.pdf>. Consultado el 6 de noviembre de 2015.

⁴ Minaverry, Cecilia, “El arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas. El caso argentino en el CIADI”, disponible en: www.becanestorkirchner.org/.../Paper%20Final%20-%20Cecilia%20Minaverry.pdf.

Se observa una matriz de opinión que considera que el arbitraje CIADI tiende a favorecer a los inversores de los países desarrollados, dado que éstos pudieran tener mayor influencia política o económica sobre los árbitros que integran estos tribunales, en comparación con los países en desarrollo (el criterio utilizado para diferenciar los países desarrollados y los países en desarrollo es la afiliación a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE).⁵ Sin embargo, aparentemente el Convenio CIADI procura un arbitraje autónomo e independiente de factores externos, como la política y el poder económico.⁶ De hecho, con respecto a la conformación de la lista de conciliadores y lista de árbitros, el artículo 14(1) del Convenio CIADI establece lo siguiente:

Las personas designadas para figurar en las listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

Ante las críticas, el CIADI ha impulsado una serie de acciones con miras a enmendar sus reglas con la participación de los Estados parte del Convenio CIADI y de otras instituciones y personalidades vinculadas con el arbitraje de inversiones. El documento de trabajo expresa que el objetivo general de la propuesta está dirigido a “modernizar, simplificar y agilizar aún más las reglas del CIADI”. La propuesta incluye modificacio-

⁵ Conocida extraoficialmente como el “club de los países ricos”, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) fue fundada en 1961 y tiene la misión de promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Agrupa a 35 países miembros: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. Con excepción de Polonia, todos estos Estados son parte del Convenio CIADI, tomando en cuenta que a partir de enero de 2018, México se convirtió en el Estado 162 en firmar el Convenio del CIADI. Un total de 153 Estados habían ratificado el Convenio CIADI al 30 de junio de 2018.

⁶ Por ejemplo, con respecto a la electividad de la lista de conciliadores y de árbitros (artículos 12, 13 y 14) y la constitución del tribunal arbitral (artículos 37, 38, 39 y 40).

nes referidas a “el nombramiento y la recusación de los árbitros”.⁷ También la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el Grupo de trabajo III dedicado a la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), entre los varios aspectos examina se incluye la cuestión de independencia e imparcialidad de los árbitros.⁸

Dicho lo anterior, y en virtud de que la independencia e imparcialidad de los árbitros es un tema de fundamental importancia para la legitimidad del sistema de SCIE, la hipótesis de este trabajo es la siguiente: las decisiones de los tribunales arbitrales CIADI son independientes, no se ven afectadas por la nacionalidad de los árbitros que lo integran. Para comprobar la hipótesis planteada, se realizó un estudio estadístico de los laudos emitidos por tribunales arbitrales CIADI desde la puesta en funcionamiento del Convenio CIADI (en 1972 se registró el primer caso) hasta el 4 de enero de 2015 (este estudio reporta los resultados de una investigación de posgrado), con los siguientes objetivos específicos: (i) determinar el número de árbitros con nacionalidad de países desarrollados y de países en desarrollo; (ii) cuantificar el número de laudos favorables a los inversores demandantes y los favorables a los Estados demandados; y (iii) determinar la posible correlación y dependencia estadística entre las decisiones de los tribunales arbitrales CIADI y la nacionalidad de los árbitros.

⁷ Esta iniciativa sería la cuarta actualización de las reglas del CIADI, la cual es considerada la más integral. Véase, en el *Boletín de Noticias del CIADI*: “Compendio de comentarios recibidos de Estados y del público sobre la Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIAD”, del 18 de enero de 2019, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/News.aspx?CID=311>.

⁸ Véase los siguientes documentos de la CNUDMI: *Informe del Grupo de trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35o. periodo de sesiones (Nueva York, 23 al 27 de abril de 2018)*, A/CN.9/935 del 14 de mayo de 2018, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/935>; *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE*, Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.151 del 30 de agosto de 2018), disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.151>; *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Árbitros y decisores: mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas*, Nota de Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.152 del 30 de agosto de 2018), disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.152>.

Para el estudio estadístico, se tomaron 500 casos, número total de casos registrados ante este Centro para el 4 de enero de 2015,⁹ de los cuales 300 se encontraban concluidos y 200 casos estaban pendientes. De los 300 casos concluidos, 293 casos se llevaron a cabo mediante arbitraje y 7 casos mediante conciliación. Entre los casos concluidos mediante arbitraje, 33 fueron resueltos de acuerdo con el Reglamento del Mecanismo Complementario, por lo cual se excluyeron del objeto de estudio de este trabajo. De manera que sólo se consideraron los 260 casos concluidos bajo las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI. Por otra parte, los casos concluidos por arbitraje se pueden dividir en dos categorías: 1) casos concluidos mediante laudos (153), y 2) casos concluidos por arreglo o discontinuación del procedimiento (107). En este estudio consideraremos solamente los 153 casos registrados bajo las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI y concluidos mediante laudo.¹⁰

II. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

La independencia y la imparcialidad son elementos clave de todo sistema de administración de justicia y están concebidos para asegurar un juicio imparcial y el respeto de las debidas garantías procesales. En el actual sistema de SCIE se cuestiona si existen suficientes garantías de independencia e imparcialidad de los árbitros.¹¹

Si bien la independencia y la imparcialidad son conceptos diferentes, se encuentran estrechamente vinculados entre sí. En general, la independencia se refiere a la ausencia de una relación comercial, financiera o personal

⁹ Al cierre del ejercicio fiscal 2018, se habían registrado un total de 676 casos en el CIADI desde su creación. Véase, Informe Anual 2018, p. 11, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.SPA.pdf>.

¹⁰ Esta investigación toma como base un estudio más amplio llevado a cabo por Díckar Bonyuet Lee, coautor de este artículo, en el cual se analizaron los laudos emitidos por tribunales arbitrales CIADI desde 1972 hasta el 4 de enero de 2015 y cuyos resultados hemos considerado importante divulgar. Véase, Bonyuet Lee, Díckar, *Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones al amparo del convenio CIADI* (tesis de maestría), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2018, p. 149.

¹¹ CNUDMI: *Posible reforma...* (A/CN.9/WG.III/WP.151 del 30/08/2018), *cit.*, párr. 9.

entre un árbitro y una de las partes en el arbitraje, mientras que por imparcialidad se entiende la inexistencia de todo sesgo o predisposición del árbitro respecto de una de las partes.¹² Así, la falta de independencia suele deberse a las relaciones problemáticas entre el árbitro y una de las partes o su asesor.¹³ El proceso mediante el cual se nombra a los árbitros puede llegar a crear una relación entre la parte que lo ha designado y el árbitro.¹⁴ Una de esas relaciones es la nacionalidad.

Es importante recordar cuál es el proceso de designación de los árbitros que integran un tribunal CIADI. En general, los árbitros son nombrados por una de las partes litigantes, por las partes conjuntamente, por una institución arbitral o por una autoridad nominadora. Muchos contratos y tratados de inversión contienen disposiciones específicas que rigen este nombramiento, y éstas tienen prelación sobre las reglas del CIADI; en ausencia de estas disposiciones, las reglas del CIADI establecen un procedimiento supletorio para el nombramiento de los miembros de un tribunal.¹⁵ El proceso de nombramiento de los miembros de un tribunal plantea tres cuestiones básicas: la manera en que será seleccionado el tribunal (número de miembros y método), la selección de cada uno de los árbitros que formarán parte del tribunal (quién o quiénes), y la manera en que se constituirá el tribunal (aceptación del nombramiento y constitución). Además, los árbitros deben cumplir ciertos requisitos (nacionalidad, experiencia) y de no ser así, la parte contraria podría iniciar la recusación de un árbitro.¹⁶

En el Informe anual 2018, el CIADI reportó que dos tercios de los nombramientos de árbitros fueron realizados por las partes o por los árbitros nombrados por éstas, en tanto que un tercio correspondió a nombramientos realizados por el CIADI, ya sea sobre la base de un acuerdo de las partes o de las disposiciones supletorias aplicables. En total, en el ejercicio fiscal 2018, el Centro actuó como autoridad nominadora en 91 oportunidades,

¹² *Ibidem*, párrs. 10-13.

¹³ *Ibidem*, párr. 11.

¹⁴ *Ibidem*, párr. 13.

¹⁵ CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados: Observaciones de organizaciones intergubernamentales internacionales e información adicional: nombramiento de árbitros*, nota de la Secretaría, A/CN.9/WG.III.P.146 del 19/02/2018, A/CN.9/WG.III/WP.152 del 30 de agosto de 2018, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.146>, párr. 10.

¹⁶ CNUDMI: *Posible reforma...* (A/CN.9/WG.III/WP.152 del 30/08/2018), *cit.*, párr. 13.

casi el doble del número de veces que en el ejercicio fiscal 2017, y nombró 63 personas de 33 nacionalidades distintas.¹⁷

III. RESULTADOS GANADORES

En el sistema de arbitraje del CIADI, hay sólo un laudo, el cual constituye la última decisión del tribunal que resuelve el caso. Cualquier otro fallo anterior al laudo definitivo, por ejemplo, una decisión sobre responsabilidad, no se considera un laudo, y no puede ser objeto de recurso alguno hasta después que ha sido dictado el laudo. Si el tribunal emite una decisión sobre jurisdicción que confirma su jurisdicción, tal decisión forma parte del laudo final; en caso contrario, si el tribunal resuelve que carece de jurisdicción, dicta un laudo que pone fin al procedimiento arbitral. El laudo es definitivo y obligatorio, y puede reconocerse y ejecutarse en cualquier Estado miembro del CIADI. El laudo es inapelable, si bien hay una cantidad limitada de recursos posteriores al laudo disponibles en virtud del Convenio (decisión suplementaria o rectificación, aclaración, revisión y anulación).¹⁸

En esta sección, se presenta un análisis de los resultados de los laudos publicados en la página web del CIADI al 4 de enero de 2015. Es importante señalar que hubo casos que no concluyeron con un solo procedimiento. Por ejemplo, el caso *Amco v. Indonesia* tuvo cinco procedimientos: 1) procedimiento de arbitraje original, 2) procedimiento de anulación, 3) segundo procedimiento de arbitraje, 4) procedimiento de rectificación y decisión suplementaria, y 5) segundo procedimiento de anulación.¹⁹ De manera similar, el caso *Klöckner vs. Camerún* tuvo cuatro procedimientos: 1) procedimiento de arbitraje original, 2) procedimiento de anulación, 3) segundo procedimiento de arbitraje, y 4) segundo procedimiento de anulación.²⁰

Por otra parte, hubo casos donde el procedimiento posterior fue discontinuado. Por ejemplo, en el caso *Ahmonseto vs. Egipto*, el Comité *ad hoc*

¹⁷ Véase, Informe Anual 2018, *op. cit.* p. 33.

¹⁸ Véase, Laudo – Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Award-Convention-Arbitration.aspx>.

¹⁹ *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1).

²⁰ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case núm. ARB/81/2).

emitió una orden para la terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos necesarios, de conformidad con el Reglamento Administrativo y Financiero CIADI 14(3), (d) y (e), el 13 de octubre de 2010.²¹ Para todos esos casos, se tomó en cuenta el último procedimiento que dio por concluida la controversia, por lo cual sólo se analizan 147 laudos, en virtud que se tomaron en cuenta las siguientes consideraciones:

- Los casos *Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia* y *Ron Fuchs vs. Georgia* se decidieron mediante un solo laudo.²²
- El caso *Province of East Kalimantan vs. Kaltim Prima Coal*, es el único caso donde el demandante es el Estado. A fin de tener una muestra uniforme, donde los demandantes son los inversores y el demandado es el Estado receptor; este caso se excluye del estudio estadístico.²³
- En los casos *Fraport vs. Filipinas* y *Malaysian Historical Salvors vs. Malasia*, el tribunal arbitral declaró falta de jurisdicción, posteriormente los laudos fueron anulados; pero no se volvieron a someter a arbitraje. Por consiguiente, estos casos se retrotrajeron a la situación inicial antes del arbitraje. Por tal razón, se excluyen del estudio estadístico.²⁴
- En los casos *Astaldi vs. Honduras* y *Türkiye Petrolleri vs. Kazakhstan*, una vez iniciado el procedimiento de arbitraje, las partes llegaron a un acuerdo y solicitaron al tribunal arbitral asentar dicho acuerdo en un laudo. Por tal motivo se excluyeron de este estudio estadístico.²⁵

En la gráfica 1 se muestran los laudos emitidos por los tribunales arbitrales CIADI, los cuales son objeto del presente estudio. Se presentan los laudos favorables al Estado, en los cuales se declaran sin lugar las reclamaciones (46

²¹ *Ahmonseto, Inc. and others vs. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/02/15).

²² *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs vs. The Republic of Georgia* (ICSID Case no. ARB/05/18 and ARB/07/15).

²³ *Government of the Province of East Kalimantan vs. PT Kaltim Prima Coal and others* (ICSID Case no. ARB/07/3).

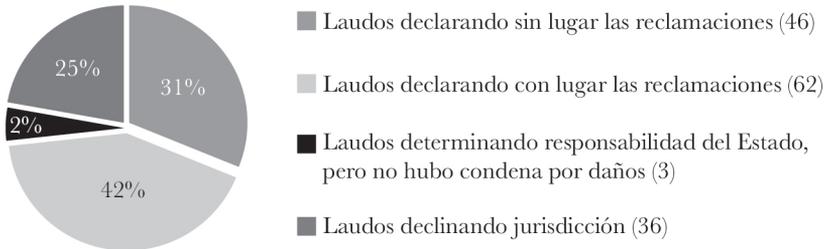
²⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25) y *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD vs. Malaysia* (ICSID Case no. ARB/05/10).

²⁵ *Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. vs. Republic of Honduras* (ICSID Case no. ARB/99/8) y *Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı vs. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case no. ARB/11/2).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

laudos); los laudos que declinan la jurisdicción (36 laudos), y los laudos favorables a los inversores, en los cuales se declaran con lugar las reclamaciones (62 laudos). Además, existen algunos laudos en los cuales se determinó la responsabilidad del Estado, pero no hubo condenas por daños (3 laudos).

GRÁFICA 1. Decisiones de los tribunales arbitrales en los casos estudiados

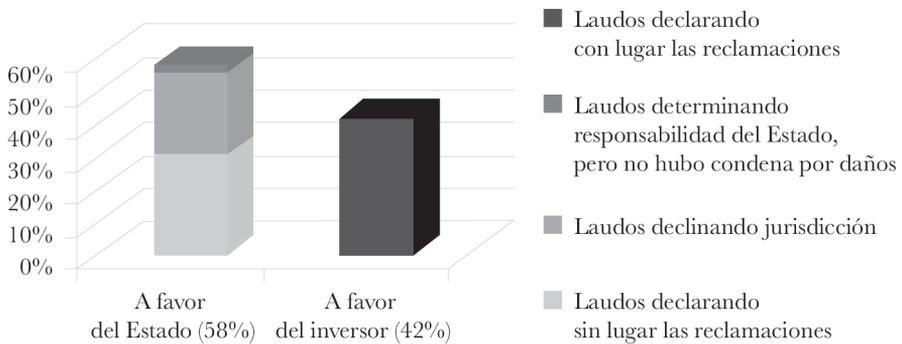


FUENTE: elaboración propia.

Tomando en cuenta que la objeción a la jurisdicción es la primera línea de defensa del Estado demandado, entonces la decisión del tribunal de declinar la jurisdicción se puede considerar una decisión favorable al Estado. Por otra parte, hubo tres casos donde se determinó responsabilidad del Estado, pero no hubo condena por daños: *Biwater Gauff vs. Tanzania*, *Romp petrol vs. Rumania* y *AES Corporation vs. Kazakstán*.²⁶ En vista de que el Estado no fue condenado por daños, se considera, para este análisis, que se decidió a favor del Estado. Por consiguiente, se tiene que en 85 casos fueron favorecidos los Estados demandados, mientras que en 62 casos resultaron favorecidos los inversores demandantes. En la gráfica 2 se muestran estos resultados.

²⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), *The Rompetrol Group N.V. vs. Romania* (ICSID Case no. ARB/06/3) y *AES Corporation and Tau Power B.V. vs. Republic of Kazakhsta* (ICSID Case no. ARB/10/16).

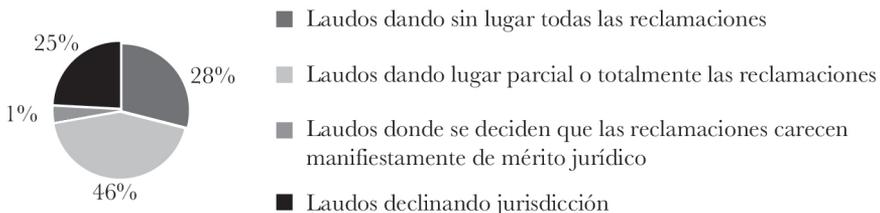
GRÁFICA 2. Comparación entre los casos decididos a favor del Estado y los casos favorables al inversor



FUENTE: elaboración propia.

Estos resultados son consistentes con los presentados por el CIADI en su Informe Estadístico 2015-1, los cuales se muestran en la gráfica 3, a pesar de que se incluyen los resultados del Mecanismo Complementario y hay algunas diferencias en la forma de llevar la estadística.²⁷

GRÁFICA 3. Diferencias decididas por tribunales de arbitraje bajo el Convenio CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario (Resultados)



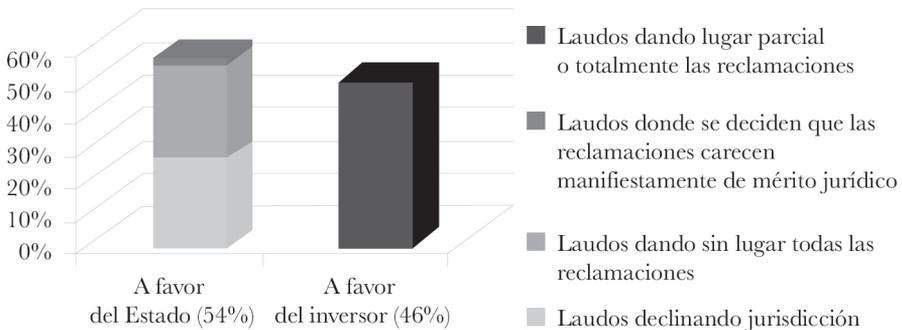
FUENTE: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Carga de casos del CIADI-Estadística (edición 2015-1), 2015, p. 14.

²⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas (Edición 2015-1)*, 2015, p. 14.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

En la gráfica 4, se representan los datos de la gráfica 3 de otra manera, tomando en cuenta que los casos donde se declina la jurisdicción son favorables al Estado. Igualmente, los casos donde se deciden que las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico son favorables al Estado.

GRÁFICA 4. Comparación entre los casos decididos a favor del Estado y los casos favorables al inversor a partir de los datos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Carga de casos del CIADI-Estadística (edición 2015-1), 2015



FUENTE: Elaboración propia.

A partir de los casos estudiados, se observa que los Estados demandados han ganado más casos que los inversores demandantes. Por lo tanto, los tribunales arbitrales CIADI no han favorecido mayoritariamente a los inversores demandantes. Además, este resultado es consistente con los datos publicados por el CIADI.

IV. INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES CIADI

En este apartado presentamos los resultados del análisis de la composición del tribunal arbitral CIADI y sus decisiones, a fin de dilucidar si la nacionalidad de los árbitros influyó en la decisión adoptada en el laudo. En los casos donde los tribunales están compuestos mayormente por árbitros de nacionalidad de países desarrollados y una de las partes sea un inversor de

un país desarrollado y la otra parte (el Estado) de un país en desarrollo, se podría pensar que el laudo sea favorable al inversor del país desarrollado, ya que los inversores de los países desarrollados podrían tener suficientes recursos financieros y mayor influencia política que los países en desarrollo. En esos casos, los tribunales CIADI podrían no ser imparciales.

Los 147 casos objeto de análisis, se dividen en cuatro categorías: 1) país desarrollado vs. país desarrollado, 2) país desarrollado vs. país en desarrollo, 3) país en desarrollo vs. país desarrollado, y 4) país en desarrollo vs. país en desarrollo. El primer país es el Estado nacional del inversor y el segundo es el Estado demandado.²⁸

Para determinar la posible influencia de la integración de los tribunales CIADI en sus laudos, se verificó si la nacionalidad de los árbitros afectó el resultado de los arbitrajes. Si bien, en la página web del CIADI, en los casos decididos o pendientes, aparece la nacionalidad de cada árbitro, los laudos no muestran la decisión de cada árbitro en particular, excepto cuando hay una opinión disidente. Normalmente los laudos expresan la decisión del tribunal y, a veces, agregan que la decisión es por unanimidad o por mayoría. De acuerdo con los datos recopilados, en la mayoría de los casos, el tribunal está integrado por tres árbitros y, ocasionalmente, por uno solo.²⁹

A fin de tener una muestra más uniforme en cuanto a la integración del tribunal arbitral, se descartaron tres casos en los cuales el tribunal estaba compuesto por un solo árbitro: *Philippe Gruslin vs. Malaysia, Pantechniki S.A. vs. Albania* y *Astaldi S.p.A. vs. Republic of Honduras*.³⁰ De esta forma, se clasificaron los tribunales arbitrales en cuatro grupos, de acuerdo a la nacionalidad de los árbitros, según sean de un país desarrollado o en desarrollo: 1) tres de un país desarrollado y ninguno de un país en desarrollo (3:0); 2) dos de un país desarrollado y uno de un país en desarrollo (2:1); 3) uno de un país desarrollado y dos de un país en desarrollo (1:2), y 4) ninguno de un país desarrollado y tres de un país en desarrollo (0:3).

²⁸ Park, In Jae, *Autonomy and Independence of International Institutions: ICSID* (Master Thesis), University of Tennessee, 2011, p. 62. Disponible en: http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1932&context=utk_gradthes.

²⁹ Véase, apartado VI, “Cuadro de composición del tribunal”.

³⁰ *Philippe Gruslin vs. Malaysia* (ICSID Case no. ARB/99/3), *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers vs. Republic of Albania* (ICSID Case no. ARB/07/21), *Astaldi S.p.A. vs. Republic of Honduras* (ICSID Case no. ARB/07/32).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

En el cuadro 1 se muestra la composición de los tribunales y las partes en los 144 casos considerados en este apartado. Se puede apreciar que los tribunales con mayoría de árbitros de países desarrollados son más numerosos que los tribunales con mayoría de árbitros de países en desarrollo. Además, los inversores de países desarrollados han llevado más casos que los inversores de países en desarrollo. Puesto que los inversores de países desarrollados son generalmente compañías transnacionales, se podría esperar que los tribunales con mayoría de árbitros de países desarrollados tiendan a favorecer a dichos inversores y deberían ganar en la mayoría de los casos.

Sin embargo, en el cuadro 1 se observa que en los casos donde los países desarrollados y los países en desarrollo están involucrados en una controversia, a pesar de que hay más árbitros nacionales de países desarrollados, los países en desarrollo han ganado más casos (69 casos) que los países desarrollados (58 casos). Además, si consideramos los “resultados ganadores” en los 144 casos, encontramos que los Estados demandados ganaron más casos (83 casos) que los inversores demandantes (61 casos).

CUADRO 1. Integración de los tribunales y las partes

Partes → Tribunal ↓	Des. v. Des.		Des. v. En des.		En des. v. Des.		En des. v. En des.	
	Des.	Des.	Des.	En des.	En des.	Des.	En des.	En des.
3:0	1	3	18	39	1	3		4
2:1	1	2	20	21	1		2	2
1:2			14	5				1
0:3			3	2				1
Subtotal	2	5	55	67	2	3	2	8
Total	144							

ABREVIATURAS: Des.: país desarrollado. En des.: país en desarrollo.

FUENTE: elaboración propia.

Para determinar si la composición de los tribunales afecta los resultados ganadores cuando se involucran países desarrollados y países en desarrollo, se seleccionaron los casos entre países desarrollados vs. países en desarrollo y países en desarrollo vs. países desarrollados. Por lo tanto, se tomará en cuenta 127 casos del total de 144. En el cuadro 2 se han agrupado en dos columnas los países desarrollados y los países en desarrollo.

CUADRO 2. Integración de los tribunales arbitrales y casos ganados por los países desarrollados y por los países en desarrollo

<i>Composición del tribunal</i>	<i>Países desarrollados</i>	<i>Países en desarrollo</i>
3:0	21	40
2:1	20	22
1:2	14	5
0:3	3	2
Subtotal	58	69
Total	127	

FUENTE: elaboración propia.

Con el fin de aplicar la prueba *chi cuadrado*³¹ para determinar la independencia de la composición de los tribunales CIADI y los resultados ganados en las controversias entre países desarrollados y países en desarrollo, se elaboró una tabla de contingencia, la cual se muestra en el cuadro 3, donde las celdas correspondientes a las composiciones del tribunal se han agrupado en dos: tribunales con mayor número de árbitros de países desarrollados y tribunales con mayor número de árbitros de países en desarrollo.

CUADRO 3. Tabla de contingencia para los “resultados ganadores” de los países desarrollados y países en desarrollo y la integración del tribunal arbitral

<i>Composición del tribunal</i>	<i>Países desarrollados</i>	<i>Países en desarrollo</i>
Con mayor número de árbitros de países desarrollados	41	62
Con mayor número de árbitros de países en desarrollo	17	7

FUENTE: elaboración propia.

³¹ La prueba *chi cuadrado* permite determinar si dos variables cualitativas están o no asociadas. Si al final del estudio concluimos que las variables no están relacionadas podremos decir con un determinado nivel de confianza, previamente fijado, que ambas son independientes. Para su cómputo es necesario calcular las frecuencias esperadas (aquellas que deberían haberse observado si la hipótesis de independencia fuese cierta), y compararlas con las frecuencias observadas en la realidad. Bajo la hipótesis nula de independencia, se sabe que los valores del estadístico *chi cuadrado* se distribuyen según una distribución denominada *chi cuadrado*, que depende de un parámetro llamado grados de libertad. Para el caso de una tabla de contingencia de *r* filas y *k* columnas, los grados de libertad son igual al producto del número de filas menos 1, (*r*-1), por el número de columnas menos 1 (*k*-1). De ser cierta la hipótesis nula, el valor obtenido debería estar dentro del rango de mayor probabilidad según la distribución *chi cuadrado* correspondiente.

En el cuadro 4 se muestran los resultados del estudio estadístico de la correlación e independencia entre la integración de los tribunales, tomando en cuenta la nacionalidad de los árbitros, y los “resultados ganadores” en las controversias entre los países desarrollados y países en desarrollo. Se puede observar que el valor del coeficiente de correlación de Pearson³² indica una baja correlación entre esas dos variables. Además, el valor del estadístico *chi cuadrado* cae fuera de la región crítica. Por lo tanto, se acepta la hipótesis nula de independencia entre la composición de los tribunales y los resultados ganadores en las controversias entre los países desarrollados y los países en desarrollo, con un nivel de significación de 0.005. Además, puesto que el valor *p* es mayor que *alfa*, se concluye igualmente que se acepta la hipótesis nula.³³

CUADRO 4. Correlación y contraste de *chi cuadrado* de independencia entre la integración de los tribunales arbitrales y los “resultados ganadores” entre países desarrollados y países en desarrollo

Coeficiente de correlación de Pearson	0.2529
Alfa	0.005
Valor crítico	7.8794
Chi cuadrado	7.5521
Valor p	0.006

FUENTE: elaboración propia.

Por otra parte, cuando se consideran los “resultados ganadores” entre las partes en todos los 144 casos estudiados, se observa, en general, que los Estados demandados resultaron vencedores en más casos que los inversores

³² El coeficiente de correlación de Pearson es un parámetro que indica el grado de relación simultáneo entre dos variables. Tiene valores comprendidos entre -1 y +1, los cuales pueden ubicarse en intervalos: De ± 0.96 a ± 1.0 (correlación perfecta), de ± 0.85 a ± 0.95 (correlación fuerte), de ± 0.70 a ± 0.84 (correlación significativa), de ± 0.50 a ± 0.69 (correlación moderada), de ± 0.20 a ± 0.49 (correlación débil), de ± 0.10 a ± 0.19 (correlación muy débil), de ± 0.09 a ± 0.00 (correlación nula o inexistente).

³³ El valor *p* es el menor nivel de significancia que corresponde a un valor observado de la estadística de prueba, en el cual la hipótesis nula podría haberse rechazado, es decir, si $p \leq \alpha$, se rechaza la hipótesis nula.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

demandantes. En el cuadro 5 se han agrupado en dos columnas los inversores demandantes y los Estados demandados.

CUADRO 5. Integración de los tribunales y casos ganados por los inversores demandantes y los Estados demandados

<i>Composición del tribunal</i>	<i>Inversores demandantes</i>	<i>Estados demandados</i>
3:0	20	49
2:1	24	25
1:2	14	6
0:3	3	3
Subtotal	61	83
Total	144	

FUENTE: elaboración propia.

Nuevamente, con el fin de aplicar la prueba *chi cuadrado* para determinar la independencia de la composición de los tribunales CIADI y los resultados ganadores en las controversias entre inversores demandantes y Estados demandados, se elaboró una tabla de contingencia; la cual se muestra en el cuadro 6, donde las celdas correspondientes a la integración del tribunal se han agrupado en dos: tribunales con mayor número de árbitros de países desarrollados y tribunales con mayor número de árbitros de países en desarrollo.

CUADRO 6. Tabla de contingencia para los “resultados ganadores” de inversores demandantes y los Estados demandados y la composición del tribunal arbitral

<i>Composición del tribunal</i>	<i>Inversores demandantes</i>	<i>Estados demandados</i>
Con mayor número de árbitros de países desarrollados	44	74
Con mayor número de árbitros de países en desarrollo	17	9

FUENTE: elaboración propia.

En el cuadro 7 se muestran los resultados del estudio estadístico de la correlación e independencia entre la integración del tribunal y el “resultado ganador” en las controversias entre los inversores demandantes y Estados

demandados. Se puede observar nuevamente que el valor del coeficiente de correlación de Pearson indica una baja correlación entre esas dos variables. Puesto que el valor estadístico *chi cuadrado* cae fuera de la región crítica, se acepta la hipótesis nula de independencia entre la integración del tribunal y el resultado ganador en las controversias entre los inversores demandantes y Estados demandados, con un nivel de significación de 0.005. Además, puesto que el valor *p* es mayor que *alfa*, se concluye igualmente que se acepta la hipótesis nula.

CUADRO 7. Correlación y contraste de *chi cuadrado* de independencia entre la integración del tribunal arbitral y el resultado ganador entre inversores demandantes y Estados demandados

<i>Coefficiente de correlación de Pearson</i>	0.2598
Alfa	0.005
Valor crítico	7.8794
<i>Chi cuadrado</i>	6.8883
Valor <i>p</i>	0.0087

FUENTE: elaboración propia.

Se puede concluir en esta sección que existe una baja correlación entre la integración de los tribunales y los “resultados ganadores” en las controversias entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Asimismo, existe una baja correlación entre la integración de los tribunales y los resultados ganadores en las controversias entre los inversores demandantes y Estados demandados.

Por otra parte, los resultados de la prueba *chi cuadrado* indican que se debe aceptar la hipótesis nula de independencia entre la integración de los tribunales y los “resultados ganadores” en las controversias entre los países desarrollados y países en desarrollo, e independencia entre la composición de los tribunales y los resultados ganadores en las controversias entre los inversores demandantes y Estados demandados; en ambos casos, con un nivel de significación *alfa* igual a 0.005. Esto es corroborado por los valores *p* que, en los dos casos (0.006 y 0.0087), es mayor que *alfa* (0.005).

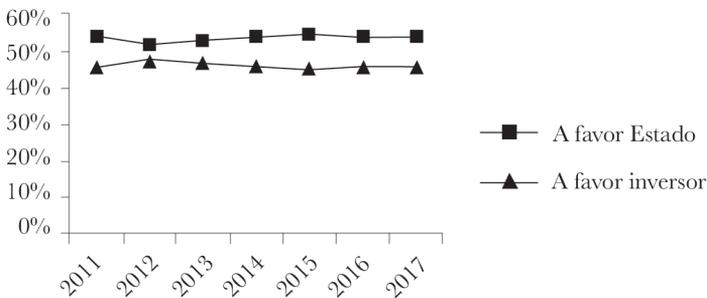
Estos resultados son consistentes con los reportados por In Jae Park, quien presentó un estudio estadístico sobre los casos de arbitraje del CIADI

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

concluidos hasta el 30 de septiembre de 2010, incluyendo los casos resueltos mediante el Mecanismo Complementario.³⁴

Es importante señalar que los resultados obtenidos no respaldan la opinión de algunos autores, en el sentido de que los tribunales arbitrales CIIADI deciden los laudos a favor de los inversores de países desarrollados.³⁵ Tal afirmación parece una declaración sin fundamento fáctico. Por el contrario, en este estudio se ha encontrado que los tribunales CIADI, con mayoría de árbitros de países desarrollados, han decidido a favor de los países en desarrollo.

GRÁFICA 5. Comparación entre los casos decididos a favor del Estado y los casos favorables al inversor, entre 2011 y 2017, según la data presentada en los informes del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en Carga de casos del CIADI-Estadística (ediciones 2011-2 hasta 2017-2)



FUENTE: elaboración propia.

Sin embargo, es difícil pensar que estos árbitros se hayan parcializado meramente hacia los países en desarrollo. Si se toma en cuenta que un alto porcentaje de las demandas de los inversores ante el CIADI fueron desechadas por falta de jurisdicción, eso implica que muchas demandas de los inversores no cumplían con los requisitos de competencia exigidos por el artículo 25 del Convenio CIADI.³⁶ Incluso, en algunos casos el tribunal

³⁴ In Jae Park, *op. cit.*, p. 68.

³⁵ Véase *supra*, notas al pie 2, 3 y 4.

³⁶ Convenio CIADI. Artículo 25. "(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado

arbitral no sólo ha rechazado la demanda por carecer de fundamento, sino que incluso ha condenado al inversor a pagar al Estado demandado; como en el caso *Convial Callao vs. Perú*. Por consiguiente, es más factible pensar que los tribunales arbitrales del CIADI, en general, han decidido ajustados a derecho.³⁷

Es posible pensar que estos resultados puedan variar con el tiempo. Sin embargo, si se revisan las estadísticas anuales del CIADI, publicadas en sus correspondientes informes desde el 2011 hasta el 2018,³⁸ se encuentra que hay poca variación porcentual en los “resultados ganadores”, tal como se puede apreciar en el Gráfico 5. Por lo tanto, se puede afirmar que, desde el 2011, los Estados demandados, que en su mayoría son países en desarrollo, han ganado más casos que los inversores demandantes.

contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (2) Se entenderá como “nacional de otro Estado contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo 28 o en el apartado (3) del artículo 36, la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria. (4) Los Estados contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El secretario general transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratante. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.

³⁷ *Convial Callao S.A. and CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. vs. Republic of Perú* (ICSID Case No. ARB/10/2), Laudo, 21 de mayo de 2013, párrafo 681.

³⁸ Disponible en: <https://icsid.worldbank.org>.

V. CONCLUSIONES

Los resultados del estudio estadístico realizado fueron los siguientes:

- 1) A pesar de que hay una mayoría de tribunales arbitrales con más árbitros nacionales de países desarrollados, los Estados demandados han resultado vencedores en más casos que los inversores demandantes.
- 2) Se encontró que existe una baja correlación entre la composición de los tribunales CIADI y los “resultados ganadores” en las controversias entre los países desarrollados y los países en desarrollo.
- 3) Se encontró, además, que existe una baja correlación entre la composición de los tribunales CIADI en cuanto a la nacionalidad de los árbitros que lo integran y los “resultados ganadores” en las controversias entre los inversores demandantes y los Estados demandados.
- 4) La aplicación de la prueba *chi cuadrado* arrojó como resultado que se debe aceptar la hipótesis nula de independencia de la integración de los tribunales CIADI y los “resultados ganadores” en las controversias entre países desarrollados y países en desarrollo, con un nivel de significación *alfa* igual a 0.005. El valor *p* corrobora que se debe aceptar la hipótesis nula.
- 5) Asimismo, los resultados de la prueba de *chi cuadrado* indican que se debe aceptar la hipótesis nula de independencia de la composición de los tribunales y de los “resultados ganadores” en las controversias entre los inversores demandantes y los Estados demandados, con un nivel de significación *alfa* de 0.005. En este caso, el valor *p* igualmente corrobora que se debe aceptar la hipótesis nula.
- 6) Los resultados encontrados en este trabajo son consistentes con la estadística publicada en la página web del CIADI y con los resultados obtenidos por In Jae Park, en 2010.

En conclusión, y como se planteó en la introducción, uno de los objetivos del presente trabajo fue determinar si los tribunales arbitrales en los arbitrajes del CIADI favorecían a los países desarrollados en perjuicio

de los países en desarrollo, como han afirmado algunos autores y que ha servido de justificación para que algunos países, como Bolivia y Venezuela, denunciaran el Convenio CIADI.³⁹ El estudio estadístico realizado permite concluir que tales afirmaciones no tienen fundamento, como se puede apreciar en las gráficas 1 y 2. Es decir, los tribunales arbitrales del CIADI no están parcializados con los países desarrollados. Además, tal resultado es consistente con la data publicada en la página web del CIADI y con el trabajo de In Jae Park.⁴⁰

Por otra parte, otro de los objetivos de este trabajo consistió en investigar si la composición de los tribunales arbitrales tiene alguna influencia sobre las decisiones de dichos tribunales. Pero se presenta el problema de que en los laudos publicados por el CIADI, no se expresan las decisiones individuales de cada árbitro, excepto cuando uno de ellos emite una opinión disidente. Sin embargo, puesto que se podría pensar que los árbitros nacionales de países desarrollados deberían favorecer a los inversores demandantes, quienes en su mayoría son nacionales de países desarrollados, se hizo un estudio considerando la nacionalidad de los árbitros y las decisiones de los tribunales arbitrales, a fin de determinar si existe alguna correlación o dependencia entre ambas variables. Aunque este enfoque pudiera ser criticable, el mismo se podría considerar una primera aproximación cuantitativa y, en un futuro estudio, se podrían analizar otros factores para alcanzar otros objetivos.

En este trabajo se encontró que estadísticamente no existe correlación ni dependencia entre la composición de los tribunales arbitrales del CIADI, en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, y los resultados ganadores expresados en los laudos. Este enfoque fue utilizado igualmente por In Jae Park en un estudio que incluyó los casos del Mecanismo Complementario. Los resultados obtenidos en este trabajo son consistentes con los que obtuvo el mencionado autor.⁴¹

³⁹ Véase *supra* “Introducción”.

⁴⁰ Park, In Jae, *op. cit.*, p. 67.

⁴¹ *Ibidem*, p. 69.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

**VI. CUADRO DE COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL,
EN CUANTO A LA NACIONALIDAD DE SUS ÁRBITROS**

Núm.	Caso CIADI No.	Demandante	Demandado	Árbitro	Árbitro	Árbitro	Resultado
1	ARB/74/1	Adriano Gardella S.p.A.	Costa de Marfil	Pierre Cavin (suizo)	Jacques Michel Grossen (suizo)	Dominique Pon- cet (suizo)	A favor del Estado
2	ARB/77/1	AGIP S.p.A.	Congo	Jørgen Trolle (danés)	René-Jean Du- puy (francés)	Fuad Rouhani (irani)	A favor del Inversor
3	ARB/77/2	S.A.R.L. Benve- nuti & Bonfant	Congo	Jørgen Trolle (danés)	Rudolf Bystricky (che- coslovaco)	Edilbert Razafin- dra-Lambo (mal- gache)	A favor del in- versor
4	ARB/81/1	Amco Asia Cor- poration	Indonesia	Sompong Sucha- ritkul (tailandés)	Arghyrios A. Fa- tours (Griego)	Dietrich Schin- dler (suizo)	A favor del in- versor
5	ARB/81/2	Klöckner In- dustrie-Anlagen GmbH	Camerún	Sompong Sucha- ritkul (tailandés)	Andrea Giardina (Italiano)	Kéba Mbaye (senegales)	A favor del in- versor
6	ARB/82/1	Société Ouest Africaine des Bé- tons Industriels	Senegal	Aron Broches (holandés)	J.C. Schultsz (holandés)	Kéba Mbaye (senegales)	A favor del in- versor

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

7	ARB/83/2	Liberian Eastern Timber Corporation	Liberia	Bernardo M. Cremades (español)	Jorge Goncalves Pereira (tu)	D. A. Redfern (británico)	A favor del inversor
8	ARB/84/1	Atlantic Triton Company Limited	Guinea	Pieter Sanders (holandés)	Jean-François Prat (francés)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	A favor del inversor
9	ARB/84/3	Southern Pacific Properties (Middle East) Limited	Egipto	Eduardo Jiménez de Arechaga (uruguayo)	Mohamed Amin Elabassy El Mahdi (egipcio)	Robert F. Pictorski, Jr. (estadounidense)	A favor del inversor
10	ARB/84/4	Maritime International Nominees Establishment	Guinea	Sompong Sucharitkul (tailandés)	Aron Broches (holandés)	Kéba Mbaye (senegalés)	A favor del inversor
11	ARB/87/3	Asian Agricultural Products Limited	Sri Lanka	Ahmed Sadek El-Koshery (egipcio)	Berthold Goldman (francés)	Samuel K. B. Asante (Ghanés)	A favor del inversor
12	ARB/92/1	Vacuum Salt Products Ltd.	Ghana	Robert Y. Jennings (británico)	Charles N. Brower (Estadounidense)	Kamal Hossain (Bangladesí)	No competente
13	ARB/92/2	Scimitar Exploration Limited	Bangladesh	Keith Highet (estadounidense)	Edward C. Chiasson (Canadiense)	Ian Brownlie (británico)	No competente
14	ARB/93/1	American Manufacturing & Trading Inc.	Congo	Sompong Sucharitkul (tailandés)	Heribert Golsong (alemán)	Kéba Mbaye (senegalés)	A favor del inversor

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

15	ARB/94/2	Tradex Hellas S.A.	Albania	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Fred F. Fielding (estadounidense)	Andrea Giardina (italiano)	A favor del Es-tado
16	ARB/95/2	Cable Television of Nevis, Ltd	F. St. Kitts y Nevis	Woodbine Augustus Davis (barbadense)	Arthur A. Maynard (barbadense)	Rex McKay (Guyanés)	No competente
17	ARB/96/1	Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A.	Costa Rica	L. Yves Fortier (canadiense)	Elihu Lauterpacht (británico)	Prosper Weil (francés)	A favor del in-versor
18	ARB/96/3	Fedax N.V.	Venezuela	Francisco Orrego Vicuña (chileno)	Meir Heth (israelí)	Roberts B. Owen (estadounidense)	A favor del in-versor
19	ARB/97/1	Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière	Burkina Faso	Arghyrios A. Fattouros (griego)	Séna Agbayissah (togolés)	Pierre Tercier (suizo)	A favor del Es-tado
20	ARB/97/3	Compañía de Aguas del Aconquija S.A.	Argentina	Ahmed Sadek El-Koshery (egipcio)	Andreas J. Jacobides (chipriota)	Jan Hendrik Dalhuisen (holandés)	A favor del in-versor
21	ARB/97/4	Československa obchodní banka, a.s.	R. Eslovaca	Hans Van Houtte (belga)	Andreas Bucher (suizo)	Piero Bernardini (italiano)	A favor del in-versor
22	ARB/97/7	Emilio Austín Maffezini	España	Francisco Orrego Vicuña (chileno)	Thomas Buegental (estadounidense)	Maurice Wolf (estadounidense)	A favor del in-versor

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

23	ARB/98/1	Houston Industries Energy, Inc.	Argentina	Piero Bernardini (italiano)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	Santiago Torres Bernárdez (Español)	A favor del inversor
24	ARB/98/4	Wena Hotels Limited	Egipto	Konstantinos D. Kerameus (griego)	Andreas Bucher (suizo)	Francisco Orrego Vicuña (Chileno)	A favor del inversor
25	ARB/98/5	Eudoro A. Olinguin	Paraguay	Rodrigo Oreamuno (Costarricense)	Eduardo A. Mayora (Guatemalteco)	Francisco Rezek (Brasileño)	A favor del Estado
26	ARB/98/7	Banro American Resources, Inc.	Congo	Prosper Weil (francés)	Carveth Harcourt Geach (sudafricano)	Alioune Diagne (senegalés)	No competente
27	ARB/98/8	Tanzania Electric Supply Company Limited	Tanzania	Kenneth S. Rokison (británico)	Charles N. Brower (estadounidense)	Andrew Rogers (australiano)	A favor del Estado
28	ARB/99/3	Philippe Gruslin	Malasia	Gavan Griffith (australiano)			No competente
29	ARB/99/2	Alex Genin	Estonia	L. Yves Fortier (canadiense)	Meir Heth (israelí)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	A favor del Estado
30	ARB/99/6	Middle East Cement Ship-ping and Hand-ling Co. S.A.	Egipto	Karl-Heinz Böck-Stiegel (alemán)	Piero Ber-Nardini (italiano)	Don Wallace Jr. (estadounidense)	A favor del inversor
31	ARB/99/7	Patrick Mitchell	Congo	Antonias C. Dimolitsa (griego)	Robert S. M. Dossou (beninés)	Andrea Giardina (italiano)	A favor del Estado

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

32	ARB/99/8	Astaldi S.p.A.	Honduras	Roberto Andino (Hondureño)	German Flores (Hondureño)	Carlos Roberto Castillo (Hondureño)	Acuerdo
33	ARB/00/1	Zhinvali Development Ltd.	Georgia	Davis R. Robinson (estadounidense)	Andreas J. Jaconides (chipriota)	Seymour J. RUBIN (estadounidense)	No competente
34	ARB/00/2	Mihaly International Corporation	Sri Lanka	Sompong Sucharitkul (tailandés)	David Su-Ratgar (británico)	Andrew Rogers (Australiano)	No competente
35	ARB/00/5	Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.	Venezuela	Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza)	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Bernardo M. Cremades (español)	A favor del inversor
36	ARB/00/6	Consortium R.F.C.C.	Marruecos	Bernard Hantiau (belga)	Argyrios A. Fattouros (griego)	Franklin Berman (británico)	A favor del Estado
37	ARB/00/7	World Duty Free Company Limited	Kenia	Gilbert Guillaume (francés)	Andrew Rogers (australiano)	V.V. Veeder (británico)	A favor del Estado
38	ARB/00/9	Generation Ukraine Inc.	Ucrania	Jan Paulsson (francés)	Eugen Salpius (austriaco)	Jürgen Voss (alemán)	A favor del Estado
39	ARB/01/2	Antoine Goetz	Burundi	Gilbert Guillaume (francés)	Jean-Denis Breddin (francés)	Ahmed Sadek El-Kosheri (egipcio)	A favor del inversor
40	ARB/01/5	Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola S.A.	Mali	Bernardo M. Cremades (español)	Ibrahim Fadlallah (francés, libanés)	Robert S.M. Dossou (beninés)	A favor del inversor
41	ARB/01/6	AIG Capital Partners, Inc.	Kazakstán	Fali S. Nariman (indio)	Piero Bernardini (italiano)	Branko Vukmir (croata)	A favor del inversor

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

42	ARB/01/7	MTD Equity Sdn. Bhd.	Chile	Gilbert Guillaume (francés)	James R. Crawford (australiano)	Sara Ordoñez Noriega (colombiana)	A favor del inversor
43	ARB/01/8	CMS Gas Transmission Company	Argentina	Gilbert Guillaume (francés)	Nabil Elaraby (egipcio)	James R. Crawford (australiano)	A favor del inversor
44	ARB/01/10	Repsol YPF Ecuador S.A.	Ecuador	Judd L. Kessler (estadounidense)	Piero Bernardini (italiano)	Gonzalo Biggs (chileno)	A favor del inversor
45	ARB/01/11	Noble Ventures, Inc.	Rumania	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Jeremy Lever (británico)	Pierre-Marie Dupuy (francés)	A favor del Estado
46	ARB/01/12	Azurix Corp.	Argentina	Gavan Griffith (australiano)	Bola A. Ajibola (nigeriano)	Michael Hwang (Singapurense)	A favor del inversor
47	ARB/01/14	F-W Oil Interests, Inc.	Trinidad y Tobago	Fali S. Nariman (indio)	Franklin Berman (británico)	Michael Mustill (británico)	A favor del Estado
48	ARB/02/5	PSEG Global Inc.	Turquía	Francisco Orrego Vicuña (Chileno)	L. Yves Fortier (canadiense)	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza)	A favor del inversor
49	ARB/02/7	Hussein Nuaman Soufraki	Emiratos Árabes	Florentino P. Feliciano (filipino)	Omar Nabulsi (jordano)	Brigitte Stern (francés)	No competente
50	ARB/02/8	Siemens A. G.	Argentina	Andrés Rigo Sureda (español)	Charles N. Brower (estadounidense)	Domingo Bello Janeiro (español)	A favor del inversor
51	ARB/02/9	Champion Trading Company	Egipto	Robert Briner (suizo)	L. Yves Fortier (canadiense)	Laurent Aynès (francés)	A favor del Estado

52	ARB/02/13	Salini Construttori S.p.A.	Jordania	Gilbert Guillaume (francés)	Bernardo M. Cremades (español)	Ian Sinclair (británico)	A favor del Estado
53	ARB/02/14	CDC Group plc	Seychelles	Charles N. Brower (estadounidense)	Michael Hwang (singapurense)	David A. R. Williams (neozelandés)	A favor del inversor
54	ARB/02/15	Ahmonseto, Inc.	Egipto	Pierre Tercier (suizo)	Ibrahim Fadlallah (francés, libanés)	Alain Viandier (francés)	A favor del Estado
55	ARB/02/18	Tokios Tokelès	Ucrania	Michael Mustill (británico)	Daniel M. Price (estadounidense)	Piero Bernardini (italiano)	A favor del Estado
56	ARB/03/4	Industria Nacional de Alimentos, S.A.	Perú	Hans Danielius (sueco)	Andrea Giardina (italiano)	Franklin Berman (británico)	No competente
57	ARB/03/5	Metalpar S.A.	Argentina	Rodrigo Oreamuno (Costarricense)	Duncan H. Cameron (estadounidense)	Jean Paul Chabaneix (peruano)	A favor del Estado
58	ARB/03/6	M.C.I. Power Group, L.C.	Ecuador	Dominique Hascher (francés)	Hans Danielius (sueco)	Peter Tomka (eslovaco)	A favor del Estado
59	ARB/03/8	Consortium Groupement L.E.S.I.-Dipenta	Argelia	Pierre Tercier (suizo)	André J.E. Faure (belga)	Emmanuel Gaillard (francés)	No competente
60	ARB/03/9	Continental Casualty Company	Argentina	Gavan Griffith (australiano)	Bola A. Ajibola (nigeriano)	Christer Söderlund (sueco)	A favor del inversor
61	ARB/03/11	Joy Mining Machinery Limited	Egipto	Francisco Orrego Vicuña (chileno)	C.G. Weeramantry (esrilanqués)	William Laurence Craig (estadounidense)	No competente

62	ARB/03/15	El Paso Energy International Company	Argentina	Lucius Cafilich (suizo)	Piero Bernardini (italiano)	Brigitte Stern (francés)	A favor del inversor
63	ARB/03/16	ADC Affiliate Limited	Hungría	Neil Kaplan (británico)	Charles N. Brower (estadounidense)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	A favor del inversor
64	ARB/03/24	Plama Consortium Limited	Bulgaria	Carl F. Salans (estadounidense)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	V.V. Veeder (británico)	A favor del Estado
65	ARB/03/25	Frapport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	Filipinas	Peter Tomka (eslovaco)	Dominique Hatcher (francés)	Campbell Alan Mc-Lachlan (neozelandés)	No competente
66	ARB/03/26	Inceysa Vallisoletana S.L.	El Salvador	Rodrigo Orearomuno (Costarricense)	Burton Landy (estadounidense)	Claus Von Wobeser (mexicano)	No competente
67	ARB/03/28	Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd.	Perú	Campbell Alan Mc-Lachlan (neozelandés)	Dominique Hatcher (francés)	Peter Tomka (eslovaco)	A favor del inversor
68	ARB/03/29	Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.	Pakistán	Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza)	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Franklin Berman (británico)	A favor del Estado
69	ARB/04/4	SAUR International	Argentina	Eduardo Zuleta (colombiano)	Alvaro Rodrigo Castellanos Howell (guatemalteco)	Abdulqawi Ahmed Yusuf (somalí)	A favor del inversor

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

70	ARB/04/5	Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais	Gabón	Franklin Berman (británico)	Ahmed Sadek El-Kosheri (egipcio)	Rolf Knieper (alemán)	A favor del inversor
71	ARB/04/6	OKO Pankki Oyj	Estonia	Otto L. O. De Witt Wijnen (holandés)	V.V. Veeder (británico)	L. Yves Fortier (canadiense)	A favor del inversor
72	ARB/04/7	Sociedad Anónima Eduardo Vieira	Chile	Christer Söderlund (sueco)	Piero Bernardini (italiano)	Eduardo Silva Romero (colombiano, francés)	No competente
73	ARB/04/13	Jan de Nul N.V.	Egipto	Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza)	Pierre Mayer (francés)	Brigitte Stern (francesa)	A favor del Estado
74	ARB/04/14	Wintershall Aktiengesellschaft	Argentina	Fali S. Nariman (indio)	Piero Bernardini (italiano)	Santiago Torres Bernárdez (español)	No competente
75	ARB/04/15	Telenor Mobile Communications AS	Hungría	Royston Goode (británico)	Nicholas W. Allard (estadounidense)	Arthur L. Marriott (británico)	No competente
76	ARB/04/19	Duke Energy Electroquil Partners	Ecuador	Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza)	Enrique Gómez-Pinzón (colombiano)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	A favor del Inversor
77	ARB/05/3	LESI, S.p.A.	Argelia	Pierre Tercier (suizo)	Bernard Hanon (belga)	Emmanuel Gailard (francés)	A favor del Estado
78	ARB/05/5	TSA Spectrum de Argentina, S.A.	Argentina	Hans Danelius (sueco)	Grant D. Aldonas (estadounidense)	Georges Abi-Saab (egipcio)	No competente

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

79	ARB/05/6	Bernardus Henricus Funnekotter	Zimbabwe	Gilbert Guillaume (francés)	Ronald A. Cass (estadounidense)	Mohammad Wasi Zafar (pakistaní)	A favor del in- versor
80	ARB/05/7	Saipem S.p.A.	Bangladesh	Gabrielle Kaufmann-Kohler (suiza)	Christoph H. Schreuer (austriaco)	Philip Otton (británico)	A favor del in- versor
81	ARB/05/8	Parkerings-Compagniet AS	Lituania	Laurent Lévy (suizo, Brasileño)	Marc Lalonde (Canadiense)	Julian D. M. Lew (británico)	A favor del Es- tado
82	ARB/05/9	Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc.	Ecuador	Bernardo Sepúlveda Amor (mexicano)	John H. Rooney (estadounidense)	W. Michael Reisman (estadounidense)	No competente
83	ARB/05/10	Malaysian Historical Salvors, SDN, DHB	Malasia	Stephen M. Schwebel (estadounidense)	Mohamed Shahabud-Den (guyanés)	Peter Tomka (Eslovaco)	No competente
84	ARB/05/13	EDF (Services) Limited	Rumania	Piero Bernardini (italiano)	Arthur W. Rovine (estadounidense)	Yves Derains (francés)	A favor del Es- tado
85	ARB/05/15	Waguil Elie George Siag	Egipto	David A.R. Williams (neozelandés)	Francisco Orrego Vicuña (chileno)	Michael C. Pryles (australiano)	A favor del in- versor
86	ARB/05/14	RMS Production Corporation	Granada	V.V. Veeder (británico)	Bernard Audit (francés)	David Berry (estadounidense, canadiense)	A favor del Es- tado
87	ARB/05/16	Rumeli Telekom A.S.	Kazakstán	Stephen M. SCHWEBEL (estadounidense)	Campbell McClachlan (neozelandés)	Eduardo Silva Romero (colombiano, francés)	A favor del in- versor

88	ARB/05/17	Desert Line Projects LLC	Yemen	Pierre Tercier (suizo)	Jan Paulsson (francés)	Ahmed Sadek El-Kosheri (egipcio)	A favor del inversor
89	ARB/05/18	Ioannis Kardassopoulos	Georgia	L. Yves Fortier (canadiense)	Francisco Orrego Vicuña (Chileno)	Vaughan Lowe (británico)	A favor del inversor
90	ARB/05/19	Helnan International Hotels A/S	Egipto	Stephen M. Schwebel (estadounidense)	Bola Ajibola (nigeriano)	Campbell McLaughlan (neozelandés)	A favor del Estado
91	ARB/05/21	African Holding Company of America, Inc.	Congo	Francisco Orrego Vicuña (chileno)	Otto L.O. De Witt Wijnen (holandés)	Dominique Grisay (belga)	No competente
92	ARB/05/22	Biwater Gauff (Tanzania) Limited	Tanzania	Bernard Hanontiau (belga)	Gary B. Born (estadounidense)	Toby Landau (británico)	Se determinó responsabilidad del Estado, pero no hubo condena por daños
93	ARB/05/23	Ares International S.r.l.	Georgia	J. William Rowley (británico, canadiense)	Emmanuel Gaillard (francés)	John Beechey (británico)	A favor del inversor
94	ARB/06/1	Spyridon Rousalis	Rumania	Bernard Hanontiau (belga)	Andrea Giardina (italiano)	W. Michael Reisman (estadounidense)	A favor del Estado

95	ARB/06/3	The Rompetrol Group N.V.	Rumania	Franklin Berman (británico)	Donald Donovan (estadounidense)	Marc Lalonde (canadiense)	Se determinó responsabilidad del Estado, pero no hubo condena por daños
96	ARB/06/5	Phoenix Action Ltd	R. Checa	Brigitte Stern (francesa)	Andreas Bucher (suizo)	Juan Fernández-Armesto (español)	No competente
97	ARB/06/7	Togo Electricité	Togo	Ahmed Sadek El-Koshery (egipcio)	Marc Grüninger (suizo)	Marc Lalonde (canadiense)	A favor del inversor
98	ARB/06/8	Libananco Holdings Co. Limited	Turquía	Andrés Rigo Sureda (español)	Hans Danelius (sueco)	Eduardo Silva Romero (colombiano, francés)	A favor del Estado
99	ARB/06/10	Chevron Bangladesh Block Twelve, Ltd.	Bangladesh	Thomas Buegental (estadounidense)	John Beechey (británico)	Fali S. Nariman (indio)	A favor del Estado
100	ARB/06/13	Aguaytia Energy, LLC	Perú	Robert Briner (suizo)	J. William Rowley (británico, canadiense)	Claus Von Wobeser (mexicano)	A favor del Estado
101	ARB/06/15	Azpetrol International Holdings B.V.	Azerbaiyán	Florentino P. Feliciano (Filipino)	Charles N. Brower (estadounidense)	Christopher Greenwood (británico)	No competente
102	ARB/06/18	Joseph C. Lemire	Ucrania	Claus Von Wobeser (mexicano)	Azzedine Kettani (marroquí)	Eduardo Zuleta (colombiano)	A favor del inversor
103	ARB/06/19	Nations Energy, Inc.	Panamá	Alexis Mourre (francés)	José María Chillon Medina (español)	Claus Von Wobeser (mexicano)	A favor del Estado

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

104	ARB/07/2	RSM Production Corporation	R. Centro-africana	Bernardo M. Cremades (español)	Abdulqawi Ahmed Yusuf (Somali)	Fernando Mantilla-Serrano (colombiano)	A favor del Estado
105	ARB/07/3	Government of the Province of East Kalimantan	PT Kaltim Prima Coal	Gabriele Kaufmann-Kohler (suiza)	Michael Hwang (singapurense)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	No competente
106	ARB/07/10	M. Meerapfel Söhne AG	R. Centro-africana	Azzedine Kettani (marroquí)	François Tkont (Belga)	Marie-Madeleine Bborantsuo (Gabonesa)	A favor del inversor
107	ARB/07/12	Toto Costruzioni Generali S.p.A.	Líbano	Hans Van Houtte (belga)	Stephen M. Schwebel (estadounidense)	Fadi Moghaizel (Libanes)	A favor del Estado
108	ARB/07/15	Ron Fuchs	Georgia	L. Yves Fortier (canadiense)	Francisco Orrego Vicuña (Chileno)	Vaughan Lowe (británico)	A favor del inversor
109	ARB/07/14	Liman Caspian Oil BV	Kazakstán	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Kaj Hobér (Sueco)	James R. Crawford (australiano)	A favor del Estado
110	ARB/07/17	Impregilo S.p.A.	Argentina	Rodrigo Oreamuno (costarricense)	Eduardo Zuleta (colombiano)	Teresa Cheng (china)	A favor del inversor
111	ARB/07/16	Alpha Projekt-holding GmbH	Ucrania	Davis R. Robinson (estadounidense)	Yoram A. Turbowicz (israelí)	Stanimir A. Alexandrov (búlgaro)	A favor del inversor
112	ARB/07/20	Saba Fakes	Turquía	Emmanuel Gaillard (francés)	Hans Van Houtte (belga)	Laurent Lévy (suizo, brasileño)	No competente

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

113	ARB/07/21	Pantechniki S.A. Contractors & Engineers	Albania	Jan Paulsson (francés)			A favor del Estado
114	ARB/07/22	AES Summit Generation Limited	Hungría	Bernard Hantiau (belga)	Rolf Knieper (alemán)	Abdulqawi Ahmed Yusuf (somalí)	A favor del Estado
115	ARB/07/23	Railroad Development Corporation	Guatemala	Andrés Rigo Sureda (español)	Stuart E. Eizenstat (estadounidense)	James R. Crawford (australiano)	A favor del inversor
116	ARB/07/24	Gustav F W Hamster GmbH & Co KG	Ghana	Brigitte Stern (francesa)	Bernardo M. Cremades (español)	Toby Landau (británico)	A favor del Estado
117	ARB/07/29	SGS Société Générale de Surveillance S.A.	Paraguay	Rodrigo Orearmino (costarricense)	Abdulqawi Ahmed Yusuf (somalí)	Eduardo Zuleta (colombiano)	A favor del inversor
118	ARB/07/32	Astaldi S.p.A.	Honduras	Eduardo Sancho González (costarricense)			A favor del inversor
119	ARB/08/1	Marion Unglaub	Costa Rica	Judd L. Kessler (estadounidense)	Franklin Berman (británico)	Bernardo M. Cremades (español)	A favor del inversor
120	ARB/08/2	ATA Construction, Industrial and Trading Company	Jordania	L. Yves Fortier (canadiense)	Ahmed Sadek El-Kosheri (egipcio)	W. Michael Reisman (estadounidense)	A favor del inversor

121	ARB/08/3	Brandes Investment Partners, LP	Venezuela	Rodrigo O-Rea-Romano (costarricense)	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Brigitte Stern (Francesa)	No competente
122	ARB/08/4	Murphy Exploration and Production Company International	Ecuador	Rodrigo O-Rea-Romano (costarricense)	Horacio A. Grigera Naón (argentino)	Raúl E. Vinuesa (español, argentino)	No competente
123	ARB/08/8	Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH	Ucrania	Stanimir A. Alexandrov (búlgaro)	Bernardo M. Cremades (español)	Noah Rubins (estadounidense)	A favor del inversor
124	ARB/08/11	Bosh International, Inc.	Ucrania	Gavan Griffith (australiano)	Donald M. Mcrae (canadiense, neozelandés)	Philippe Sands (británico, francés)	A favor del Estado
125	ARB/08/12	Caratube International Oil Company LLP	Kazakstán	Juan Fernández-Armesto (español)	Cecil W.M. Abraham (malayo)	Hans Danelius (sueco)	No competente
126	ARB/08/13	Alapli Elektrik B.V.	Turquía	Bernard Hanontiau (belga)	Karl-Heinz Böckstiegel (alemán)	Makhdoom Ali Khan (pakistaní)	No competente
127	ARB/08/16	GEA Group Aktiengesellschaft	Ucrania	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	Toby Landau (británico)	Brigitte Stern (francesa)	A favor del Estado
128	ARB/08/18	Malicorp Limited	Egipto	Andrés Rigo Suarez (español)	Stanimir A. Alexandrov (búlgaro)	Eduardo Silva Romero (colombiano, francés)	A favor del Estado

129	ARB/08/19	Karmer Marble Tourism Construction Industry	Georgia	Marc Lalonde (canadiense)	Francisco Orreleno (chileno)	Eric Schwartz (estadounidense, francés)	A favor del inversor
130	ARB/09/8	KT Asia Investment Group B.V.	Kazakstán	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza)	Ian Glick (británico)	J. Christopher Thomas (canadiense)	No competente
131	ARB/09/11	Global Trading Resource Corp.	Ucrania	Franklin Berman (británico)	Emmanuel Gailard (francés)	J. Christopher Thomas (canadiense)	No competente
132	ARB/09/16	Swisslion DOO Skopje	Macedonia	Gilbert Guillaume (francés)	Daniel M. Price (estadounidense)	J. Christopher Thomas (canadiense)	A favor del inversor
133	ARB/09/17	Commerce Group Corp.	El Salvador	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	Horacio A. Giger Naón (argentino)	J. Christopher Thomas (canadiense)	No competente
134	ARB/09/18	Cambodia Power Company	Camboya	Neil Kaplan (británico)	John Beechey (británico)	Toby Landau (británico)	A favor del Es-tado
135	ARB/09/20	Reinhard Hans Unglaube	Costa Rica	Judd L. Kessler (estadounidense)	Franklin Berman (británico)	Bernardo M. Cremades (español)	A favor del inversor
136	ARB/10/2	Convial Callao S.A.	Perú	Yves Derains (francés)	Eduardo Zuleta (colombiano)	Brigitte Stern (francés)	A favor del Es-tado
137	ARB/10/3	Metal-Tech Ltd.	Uzbekistán	Gabrielle Kaufmann-Kohler (Suiza)	John M. Townsend (estadounidense)	Claus Von Wobeser (mexicano)	No competente

138	ARB/10/6	RSM Production Corporation	Granada	J. William Rowley (británico, canadiense)	Edward Nottingham (estadounidense)	Pierre Tercier (suizo)	A favor del Estado
139	ARB/10/14	Opic Karimum Corporation	Venezuela	Dong Jones (australiano, irlandés)	Philippe Sands (británico, francés)	Guido Santiago Tawil (argentino)	No competente
140	ARB/10/17	Renée Rose Levi de Levi	Perú	Rodrigo Oreamuno (costarricense)	Bernard Hanotiau (belga)	Joaquín Morales Godoy (chileno)	A favor del Estado
141	ARB/10/16	AES Corporation	Kazakstán	Pierre Tercier (suizo)	Vaughan Lowe (británico)	Klaus Sachs (alemán)	Se determinó responsabilidad del Estado, pero no hubo condena por daños
142	ARB/10/19	Flughafen Zürich A.G.	Venezuela	Juan Fernández-Armesto (español)	Henri C. Álvarez (canadiense)	Raúl E. Vinuesa (español, argentino)	A favor del inversor
143	ARB/10/22	Ömer Dede	Rumania	William W. Park (suizo, estadounidense)	Nicolas Herzog (suizo)	Brigitte Stern (francesa)	No competente
144	ARB/11/2	Türkiye Petroleri Anonim Ortaklığı	Kazakstán	Donald M. Mcrae (canadiense, neozelandés)	Charles N. Brower (estadounidense)	Brigitte Stern (francesa)	Acuerdo
145	ARB/11/7	National Gas S.A.E.	Egipto	V.V. Veeder (británico)	L. Yves Fortier (canadiense)	Brigitte Stern (francesa)	No competente

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

146	ARB/11/9	Caraveli Cotaruse Transmisor de Energía S.A.C.	Perú	Luiz Olavo Baptista (brasileño)	Alexis Mourre (francés)	Horacio A. Grigera Naón (argentino)	A favor del Estado
147	ARB/11/11	AHS Niger	Nigeria	Fernando Mantilla-Serrano (colombiano)	Patrick Hubert (francés)	Gaston Kenfack Douajni (camerunés)	A favor del inversor
148	ARB/11/12	Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide	Filipinas	Piero Bernardini (italiano)	Stanimir A. Alexandrov (búlgaro)	Albert Jan Van Den Berg (holandés)	No competente
149	ARB/11/18	Burimi SRL	Albania	Daniel M. Price (estadounidense)	Bernardo M. Cremades (español)	Ibrahim Fadlallah (francés, libanés)	No competente
150	ARB/11/22	Vigotop Limited	Hungría	Klaus Sachs (alemán)	Doak Bishop (estadounidense)	Veijo Heiskanen (Finlandés)	A favor del Estado
151	ARB/11/23	Franck Charles Arif	Moldavia	Bernardo M. Cremades (español)	Bernard Hantiau (belga)	Rolf Knieper (alemán)	A favor del inversor
152	ARB/12/2	Emmis International Holding, B.V.	Hungría	Campbell Alan Mc-Lachlan (neozelandés)	Marc Lalonde (canadiense)	J. Christopher Thomas (canadiense)	No competente
153	ARB/12/8	Société Industrielle des Boissons de Guinée	Guinea	Pierre Mayer (francés)	Jean-Michel Jacquet (francés)	Alexis Mourre (francés)	No competente

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BONYUET LEE, Díckar, *Derecho Aplicable en el Arbitraje de Inversiones al Amparo del Convenio CIADI* (tesis de maestría), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2018.
- CIADI, “Boletín de Noticias: Compendio de Comentarios recibidos de Estados y del Público sobre la Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIAD”, del 18 de enero de 2019, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/News.aspx?CID=311>.
- BONYUET LEE, Carga de Casos del CIADI-Estadísticas (Edición 2015-I), disponible en: <https://icsid.worldbank.org>.
- BONYUET LEE, Informe Anual 2018, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.SPA.pdf>
- BONYUET LEE, Laudo – Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/process/Award-Convention-Arbitration.aspx>.
- CNUDMI, *Informe del Grupo de trabajo III (Reforma del sistema de Solución de controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 35o. período de sesiones (Nueva York, 23 al 27 de abril de 2018)*, (A/CN.9/935 del 14/05/2018), disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/935>.
- CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados: Observaciones de organizaciones intergubernamentales internacionales e información adicional: nombramiento de árbitros*, Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III.P.146 del 19/02/2018) (A/CN.9/WG.III/WP.152 del 30/08/2018), disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.146>.
- CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE*, Nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.151 del 30/08/2018), disponible en: <http://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.151>.
- CNUDMI, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): Árbitros y decisores: mecanismos para su nombramiento y cuestiones conexas*, Nota de Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.152 del

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

30/08/2018), disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/ WP.152>

MINAVERRY, Cecilia, “El arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas. El caso argentino en el CIADI”, disponible en: www.be-canestorkirchner.org/.../Paper%20Final%20-%20Cecilia%20Minaverry.pdf

PARK, In Jae, *Autonomy and Independence of International Institutions: ICSID* (Master Thesis), University of Tennessee, 2011, disponible en: http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1932&context=utk_gradthes.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia, una actualización”, en Rodríguez Jiménez, Sonia y Wöss, Herfried (coords.), *Arbitraje de Inversiones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/13.pdf>.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión*, Caracas, Editorial Exlibris, 2010.

SHEPPARD, AUDLEY, “Arbitrator Independence in ICSID Arbitration”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken?

*The Inter-American Court of Human Rights
in the 1980s: A “Court” Pedro Nikken?*

*La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme
dans les années 80: une “Cour” Pedro Nikken?*

Siddharta **Legale***

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Pedro Nikken, os direitos humanos e o desenvolvimento progressivo*. III. *A Corte IDH nos anos 80: uma Corte de opiniões consultivas*. IV. *O ciclo de casos hondurenhos e a competência contenciosa da Corte IDH*. V. *Apontamentos finais*. VI. *Referências bibliográficas*.

* Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Artículo recibido el 20 de noviembre de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 315-349
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMO: A história da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) permite identificar perfis diferentes que se alteraram ao longo do tempo. Nos anos 80, os primeiros casos submetidos a sua apreciação revelam uma Corte tipicamente consultiva que avança em direção a uma corte mais contenciosa e interveniente nos anos 90. A judicatura e a presidência do magistrado Pedro Nikken permitem traçar uma metonímia do comportamento da Corte IDH durante nesse período, devido as suas obras enquanto jurista e de suas decisões enquanto juiz. O contexto histórico de ascensão dos Direitos Humanos e a ideia de desenvolvimento progressivo traz o plano de fundo no qual se insere a proposta de uma “Corte Pedro Nikken” que analisa criticamente a expansão da jurisdição contenciosa Corte IDH. As opiniões consultivas e os casos contencioso julgados pela Corte IDH demonstram etapas diferentes de desenvolvimentos e formação da própria identidade da Corte.

Palavras-chave: Pedro Nikken, Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva.

ABSTRACT: The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) changes over time. In the 1980s, the main cases were submitted to Advisory Opinion that moves towards a more Decisions and judgements in a interventional way at the Court Caselaw in 90's. Judicature and the Presidency of Pedro Nikken allows a company to have the freedom of decision during the period, as their own laws while preparing for justice. The historical context of the rise of human rights and an idea of progressive development is the most qualified background of the proposal of “Court Nikken” that critically analyzes the expansion of the contentious jurisdiction IACHR. The advisory companies and contentious cases judged by the IACHR have demonstrated stages of development and formation of the Court's own identity.

Key words: Pedro Nikken, Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion.

RÉSUMÉ: L'histoire de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) permet d'identifier les différents profils qui ont changé au fil du temps. Dans les années 80, les premières affaires soumises à leur appréciation révèlent un tribunal typiquement consultatif qui avance vers un tribunal plus contentieux et intervenant dans les années 90. La procédure judiciaire et la présidence du magistrat Pedro Nikken permettent de retracer une métonymie du comportement de la Cour IDH au cours de cette période, en raison de ses œuvres en tant que juriste et de ses décisions en tant que juge. Le contexte historique de l'ascension des Droits de l'Homme et l'idée de développement progressif apportent le plan de fond dans lequel s'insère la proposition d'une “Cour Pedro Nikken”, qui analyse de manière critique l'expansion de la juridiction contentieuse devant la Cour de la CIDH. Les avis consultatifs et les affaires contentieuses jugés par la CIDH démontrent différentes étapes du développement et de la formation de la propre identité de la Cour.

Mots-clés: Pedro Nikken, Droits de l'Homme, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, avis consultatif.

I. INTRODUÇÃO

Existem diversos artigos sobre as opiniões consultivas e sobre os casos contenciosos clássicos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) durante anos 80. Nenhum deles, porém, investigou a existência de uma identidade comum no perfil decisório dos magistrados e dos fundamentos dominantes empregados nessa época. Investiga-se se existe uma Corte IDH coerente e com um perfil claramente definido a partir de uma metodologia de estudo de casos,¹ que constrói um catálogo exaustivo de todas as decisões para por meio da análise delas compreender as características dessa jurisdição internacional em sua primeira década de funcionamento.

A hipótese é que existe uma tendência comum nessa década que difere das décadas posteriores em relação ao exercício da competência consultiva e contenciosa. A identidade ou perfil decisório dessa época desvela-se no fato de a Corte IDH ser mais consultiva do que contenciosa. Nos últimos anos, a situação se inverteu: a Corte IDH tornou-se mais contenciosa. Nos sete primeiros anos de sua atuação,² porém, foram expedidas 4 opiniões consultivas e nenhum caso contencioso. Como o mandato dos magistrados tem duração de seis anos, a “Primeira Corte Interamericana” expirou por

¹ Yin, Robert K., *Estudo de caso: planejamento de métodos*, Porto Alegre, Bookman, 2001.

² A Corte IDH se instala na Costa Rica em 3 de 1979 e, em 1980, complementam os trabalhos referentes ao acordo de sede negociado. Sobre o tema, as duas das obras mais detalhadas, profunda e completas são Cançado Trindade, Antônio Augusto, *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2013; e Ramos, André de Carvalho, *Direitos humanos em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2002 Para uma visão geral, existem diversos trabalhos, *cfr.* Pereira, Antônio Celso Alves, “Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista da EMERJ*, 2009, v. 12, no. 45. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf. Menezes, Wagner, *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 188-192. Bolfer, Sabrina Ribas, “Corte Interamericana de direitos Humanos”, in: Piovesan, Flávia (coord.), *Direitos Humanos*, vol. I, Curitiba, Juruá, 2006, pp. 621 e ss. Machado, Isabel Penido de Campos, “Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: comissão e corte interamericana de direitos humanos”, in: Oliveira, Bárbara da Costa Pinto e Silva, Roberto Luiz (orgs.), *Manual de direito processual internacional*, São Paulo, Saraiva, 2012.

assim dizer sem apreciar a responsabilidade internacional de nenhum Estado.³ Até 1989 foram 10 opiniões consultivas e 4 casos contenciosos.

Há, ainda assim, nestes casos contenciosos, uma Corte IDH mais autocontida do que interveniente na soberania dos Estados. A sua jurisdição opta por uma fundamentação decisória pautada mais no desenvolvimento progressivo do que nas normas de *jus cogens*; e um processo de responsabilização que busca um acordo entre o Estado e as partes lesionadas mesmo na fase de responsabilização e custas; e, ainda, o conceito de “indenização justa” se circunscreve mais a aspectos pecuniários do que em obrigações de fazer em sentido amplo.

A esse conjunto de características da jurisprudência da Corte IDH nos anos 80 denominaremos de “Corte” Pedro Nikken, tomando como referência teórica esse ex-magistrado da Corte IDH, cuja judicatura foi exercida entre 1980 a 1989, tendo sido Presidente da mesma entre 1983-85.⁴ Seus textos e obras são bastante representativas dessa visão predominante na jurisprudência internacional nessa época. A sua principal obra, por exemplo, aposta num desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos,⁵ que resvalam numa postura menos ativista do que a dos magistrados dos anos 90, como Cançado Trindade, cuja ênfase será no acesso à justiça.

Pedro Nikken pode ser mobilizado, por isso, como uma verdadeira metonímia na Corte da IDH. Nesse acervo inicial, essa identidade se fez presente, consciente ou inconscientemente, como será apresentado nas três partes centrais do presente texto: (i) o marco teórico na produção de Pedro Nikken; (ii) a função consultiva da Corte IDH em termos teóricos e de con-

³ A Corte chegou a admitir inicialmente o caso “Viviana Gallardo”, referente à uma auto-denúncia da Costa Rica, inclusive com renúncia ao esgotamento dos recursos internos. O processo foi posteriormente remetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por se entender que não é possível levar um caso contencioso à Corte sem que o mesmo sequer passe pela CIDH. É curioso ver que o caso se encontra indexado, atualmente, como uma espécie de opinião consultiva n. 0 (zero) da Corte Interamericana em seu site. Confira-se: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.frm?lang=es. Buergenthal, Thomas, “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.

⁴ Informações do site da própria Corte IDH, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/PNI.pdf>.

⁵ Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

teúdo das OC proferidas; e (iii) os casos contenciosos em especial o ciclo de casos hondurenhos.⁶

II. PEDRO NIKKEN, OS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO

A concepção teórica de Pedro Nikken será abordada em quatro partes: (i) o contexto histórico da Corte IDH; (ii) o papel das opiniões consultivas; (iii) o conceito de direitos humanos; e (iv) o conceito de desenvolvimento progressivo, previsto no art. 26 da CADH e muito utilizado pela jurisprudência interamericana, que o magistrado foi o principal teórico a lapidar em seu clássico livro, “A proteção internacional dos direitos humanos: seu desenvolvimento progressivo”.⁷

2. Contexto histórico da “Corte” Pedro Nikken

A Corte IDH não começou a funcionar da noite para o dia. Declarações foram aprovadas, convenções foram assinadas e algumas práticas antecederam a construção desse mecanismo judicial para fazer prevalecer a paz contra a força e resolver as violações aos direitos humanos pelo Estado. Em 1948, oito meses antes da aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) foi aprovada em abril na OEA, tornando-se, oficialmente, o primeiro documento do pós-guerra a enunciar de forma mais ampla a necessidade de proteção geral e irrestrita aos direitos humanos. Vale destacar que, embora tenha sido aprovada como uma Resolução da Assembleia-Geral da OEA, a OC-10/89 reconheceu que seus princípios são obrigatórios por se integrarem à Carta da OEA.

⁶ Nos dois anos, não incluímos na contagem a supervisão de cumprimento de sentença e as medidas provisórias, o que aumentaria a contagem. Por “casos contenciosos”, o buscador da Corte IDH registra apenas sentenças e interpretações de sentenças ou de exceções preliminares.

⁷ Nikken, Pedro. *La protección internacional...*, cit.

Em 1959, a Resolução VIII da Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos originalmente destinada a ser um órgão de consulta para questões urgentes. Progressivamente, a CIDH foi se institucionalizando. A Resolução IX da VIII reunião da Consulta de Ministros das Relações Exteriores de 1962 recomendou emendar o Estatuto. Em 1965, a Resolução XXII ampliou os poderes da CIDH para receber petições ou comunicações sobre violações a direitos humanos. Em 1967, o Protocolo de Buenos Aires de Reformas à Carta da OEA erigiu a CIDH a categoria de órgão principal, determinando que a CIDH velaria por seus princípios até a entrada em vigor da CADH.⁸

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. A CIDH deve velar pela sua aplicação e produzir relatórios, contendo informações sobre o progresso na realização dos objetivos da DADDH. Na época, a CIDH chegou a conclamar os Estados a incorporarem em suas Constituições certas categorias de direitos para se harmonizar com as convenções e recomendações de direitos humanos da ONU, da OEA e da OIT.⁹

Em 1978, a CADH entra em vigor, constituindo um divisor de águas entre a antiga e a atual CIDH, que passou a se fortalecer institucionalmente. Em 1988, foi aprovado o Protocolo de São Salvador em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao sistema interamericano, que entraria em vigor apenas em 1999.

Na década de 80, foram julgados apenas 4 casos contenciosos. Três deles são oriundos de Honduras, razão pela qual se optou por batizá-los como o “ciclo de casos hondurenhos” da Corte IDH. O primeiro caso com manifestação da Corte IDH, porém, é Viviana Gallardo e outros vs Costa Rica (1981 e 1983). Embora revele o perfil mais autocontido típico da Corte IDH da época, não merece um papel de destaque. É singular em demasia.

⁸ Protocolo de Buenos Aires de 1967, artículo 112 “Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

⁹ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos*, Rio de Janeiro, SBERJ, 1988, pp. 67 e ss.

O site da Corte erra, chegando a enquadrá-lo/indexá-lo no site da Corte IDH equivocadamente como uma estranha espécie de “opinião consultiva zero” —seja lá o que isso for—.

A Costa Rica, no caso, acionou diretamente a Corte IDH e pretendia, a um só tempo, renunciar ao esgotamento dos recursos internos e ao procedimento na CIDH para submeter à jurisdição contenciosa o assassinato de Viviana Gallardo na cela e às lesões causadas às suas companheiras de cela por um policial da Costa Rica.¹⁰ A decisão de 13 de novembro de 1981, em síntese, esquivou-se do pronunciamento sobre a questão do esgotamento e remeteu a questão à CIDH.

O então professor Antonio Augusto Cançado Trindade afirma que, em 1978, chegavam a 3200 os casos examinados pela CIDH, enquanto, posteriormente, somente em 1980 foram recebidas 3402 denúncias, totalizando 6756 denúncias recebidas, que chegaram a originar na época 437 resoluções. A década de 70 e 80 foi de um reinado pleno da CIDH. Embora Cançado Trindade não realize tal contraste, causa espanto com os olhos de hoje que, das 6756 denúncias presentes na CIDH exclusivamente no ano de 1980, apenas 4 casos tenham sido efetivamente julgados pela Corte IDH em uma década inteira.

É preciso destacar que, a despeito de eventuais questões políticas e institucionais, um fator jurídico influenciou bastante nesse cenário: o baixo número de países que haviam reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte IDH. Embora muitos países tenham assinado a CADH na década do 60, 70 e 80, o mesmo não ocorreu com relação ao aceite da competência obrigatória da Corte IDH. Em toda a década de 80, apenas nove países o fizeram: Costa Rica (02/07/1980), Peru (21/01/1981), Honduras (09/09/1981), Argentina (05/09/1984), Equador (13/08/1984), Uruguai (19/04/1985), Colômbia (21/06/1985), Suriname (12/11/1987), Guatemala (09/03/1987).¹¹

A América Latina vivia uma instabilidade política generalizada, decorrente das ditaduras militares que se aparelharam por meio de práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, execuções extrajudiciais, torturas e desaparecimento forçado de pessoas. Diversas ditaduras militares na América

¹⁰ *Ibidem*, pp. 198 e 199.

¹¹ Dados extraídos da base de dados da CEJIL para construir o gráfico próprio, disponível em: <http://jurisprudencia-sidh.cejil.org/instruments/>.

Latina utilizaram o desaparecimento forçado para gerar medo e controlar a população, como os governos de Juan María Bordaberry no Uruguai (1973-1976), Jorge Videla na Argentina (1976-1983), Hugo Nanzer na Bolívia (1971-1978), Augusto Pinochet no Chile (1974-1990), Alfredo Stroessner no Paraguai (1954-1989), Alberto Fujimori no Peru (1990-2000) e a ditadura militar no Brasil, especialmente nos governos Humberto Castello Branco (1964-1967) e Arthur da Costa e Silva (1967-1969).¹²

O “ciclo de casos hondurenhos”, formado pelos *Velasquez Rodrigues vs Honduras* (1988), *Fairen Garbi vs. Honduras* (1989), *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989), até por esse contexto político, é uma metonímia não só que viria a ser outros casos da própria Corte IDH na década de 90 e 2000, mas se revelam muito representativos do que se vivia à época na América Latina como um todo.

2. O papel das opiniões consultivas

A opinião consultiva como modalidade decisória da Corte IDH tem uma vantagem no contexto dos direitos humanos de tornar politicamente mais fácil fazer o governo aderir e cumprir seus conteúdos, já que ela, como destaca Thomas Buergenthal “não estigmatiza o estado como um violador de direitos e permite que o governo delinquente apareça como um cumpridor voluntário de tais atos”.¹³

O pensamento de Pedro Nikken a respeito, por sua vez, segue uma linha um pouco diferente. Concorde, inicialmente, com a afirmação de Faúndez Ledesma ao tratar dessa competência: “ela opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos”.¹⁴ Em seguida, contextualiza melhor as

¹² Cfr. Burgorgue-Larsen, Laurence e Torres, Amaya Úbeda, *The Inter-american Court of Human Rights*, New York: Oxford University Press, 2011, p. 299.

¹³ O trecho é tradução livre da passagem do artigo de Buergenthal, Thomas, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights”, *The American Journal of International Law*, 1985, vol. 79, no. 1, p. 26.

¹⁴ O trecho é tradução livre da passagem do artigo de Pedro Nikken, que se dedica especialmente ao alcance e aos efeitos das opiniões consultivas, cfr. Nikken, Pedro, *La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos*, disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>, acessado em: 18 de julho de 2016. Aparentemente

afirmações das opiniões consultivas, de modo a reconhecer a natureza jurisdicional e vinculante das OCs, ou seja, adota uma concepção que fortalece a obrigatoriedade da função consultiva, já que elas poderão fundamentar em casos contenciosos a responsabilidade internacional.

A afirmação da OC-1/82 é ressignificada de que as opiniões consultivas de que “não têm o mesmo efeito vinculante que se reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa”. Pedro Nikken esclarece que a possível ambiguidade da Corte deve ser vista como uma decisão contingente e contextual para esclarecer que uma OC não gera responsabilidade internacional do Estado, embora os seus efeitos jurídicos sejam obrigatórios para o sistema interamericano. Na OC, fixou que pode ser objeto de consulta qualquer tratado de direitos humanos de caráter bi ou multilateral.

Quanto à afirmação na OC-03/83, solicitada pela CIDH de que, neste plano, cumpre “función asesora”, Nikken esclarece que a expressão serve para evitar um incidente à objeção da Guatemala na opinião consultiva, que vivenciava um contexto de possível aplicação da pena de morte. A Guatemala chegou a suspender a execução de pessoas condenadas à pena de morte em seu território. Foi nesse delicado contexto que foram apresentadas as diferenças entre as funções contenciosas e consultivas, de modo que a decisão não fosse interpretada pelo Governo da Guatemala como uma provocação para precipitar as execuções. Uma redação que soasse mais como uma sugestão do que como uma imposição seria, nesse contexto, mais palatável ou diplomática ao Estado.

Esta posição favorável à obrigatoriedade dos efeitos da opinião consultiva de Pedro Nikken, portanto, é a mais consistente com uma leitura que fortalece à CADH. Isso porque interpreta e descreve à eficácia das decisões da Corte IDH de acordo com o objetivo do artigo 2o. da CADH, segundo o qual os Estados devem adotar normas de direito interno que respeitem os direitos humanos. A propósito, vale destacar a OC-07/86 que envolveu o direito humano fundamental de retificação ou resposta, consagrado no art. 14 da CADH. Solicitada pela Costa Rica, a Corte IDH fixou o dever de o Estado respeitar tal direito, bem como de adotar procedimentos constitucionais, legislativos e outros para tornar efetivo o direito de resposta do art.

no mesmo sentido, *cf.* Pereira, Antônio Celso Alves, “A Competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in: Mello, Cleyson de Moraes *et al.*, *O direito em movimento*, Juiz de Fora, Editar, 2015, p. 28.

14 e 2º da CADH. Decidiu, ainda, que apenas por lei é possível restringir tal direito.

3. O conceito de direitos humanos

Pedro Nikken, como afirmado anteriormente, foi escolhido por sua compreensão dos direitos humanos retratar fielmente o espírito e a visão predominante de uma época, especialmente nos magistrados da Corte IDH. O conceito de direitos humanos, apresentado neste item, é a sua compreensão teórica.

Em primeiro lugar, direitos humanos, para o magistrado, são direitos inerentes à pessoa humana, flertando com um estoicismo e um jusnaturalismo que se contrapunha às barbáries cometidas na segunda guerra mundial.¹⁵

Em segundo lugar, estes direitos são oponíveis aos Estados, mais especificamente ao poder público e, portanto, estariam fora do âmbito de discricionariedade do Estado. De forma mais precisa, existem, para ele, “direitos legais” e “direitos programa”. Os primeiros constituem imediatamente limites à ação estatal em decorrência da possibilidade de controles judiciais ou quase-judiciais. Já os da segunda espécie seriam controlados apenas por órgãos técnico-políticas a partir da situação socioeconômica do país.¹⁶

Sua matriz surge do processo de constitucionalização de direitos e garantias fundamentais que alçaram relevo internacional em detrimento sua importância acima dos poderes políticos do Estado. Surge pela primeira vez através da consolidação de direitos civis e políticos, sendo esta chamada de primeira geração. São direitos tipicamente individualistas que buscam garantir a proteção contra o arbítrio estatal e a sua não interferência na esfera pessoal de cada indivíduo.

Posteriormente, ganha especial importância a ideia de condições dignas de vida da pessoa, que pressupõe a capacidade do ser humano de desenvolver necessidades básicas de vida. Essa foi a noção de direitos econômicos, sociais e culturais que chamada de direitos humanos de “segunda geração”. Tais direitos partem da ideia de insuficiência da simples previsão de direi-

¹⁵ Nikken, Pedro, *La protección internacional...*, cit., p. 29.

¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

tos. É necessário que o estado proporcione mecanismos eficazes de concretizações desses direitos sob pena violação desses mesmos direitos.

Apesar de igualmente importantes e oponíveis ao estado, os direitos dessa geração se diferenciam em relação a sua exigibilidade. Os primeiros podem ser exigidos a qualquer tempo, devendo o Estado dar-lhe cumprimento imediato. Já os segundos, possuem certa margem de discricionariedade do poder público. Sua sindicabilidade judicial não depende apenas do seu descumprimento, mas também dos *standards* técnicos e das políticas públicas adotadas.¹⁷

Tem-se cogitado a possibilidade de se falar em uma “terceira geração” de direitos humanos, que seriam aqueles direitos conhecidos como “coletivos”, como, por exemplo, o direito a paz e ao meio ambiente saudável.

Essas “gerações” de direitos humanos são apenas divisões epistemológicas que representam momentos de surgimento e maior relevância de alguns direitos em relação a outros. Não obstante, relacionam-se de forma construtiva agregando novos conceitos a proteção dos direitos humanos. Isso significa que a superação de uma geração não implica na mitigação de sua importância, mas sim o advento de novos direitos que irão agregar e reforçar a proteção da pessoa Humana.

4. O desenvolvimento progressivo

A noção de desenvolvimento progressivo surge exatamente dessa perspectiva dos direitos humanos que avançam de maneira gradativa e incremental em determinados contextos sem negar os anteriores. São resultados de lutas que culminaram na emancipação de grupos sociais historicamente oprimidos.¹⁸ Em linhas gerais, envolve a tendência a tornar o conjunto de meios de proteção do direito internacional mais amplo, completo e eficaz. Isso significa, segundo Pedro Nikken, (i) tornar mais precisos o alcance e conteúdo dos direitos protegidos; (ii) dotar de eficácia vinculante o dever

¹⁷ Nikken, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, p. 10, disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>.

¹⁸ Nikken, Pedro, *La protección internacional...*, cit., p. 12.

do Estado de respeitá-los; e (iii) criar de instituições e mecanismos com a finalidade de verificar o seu cumprimento das obrigações internacionais.¹⁹

Quanto à primeira ideia, é possível destacar os seguintes elementos: (i) o rol de direitos constitucionais não deve ser considerado taxativo, ou seja, deve ser enunciativo; (ii) a ideia de direitos “inerentes a pessoa humana” não se esgota nas previsões constitucionais; (iii) todos os direitos constitucionalmente previstos, via de regra, devem ser considerados como “inerentes a pessoa humana”; (iv) todo direito “inerente a pessoa humana” poderia ter sido positivado no texto constitucional expressamente; (v) uma vez reconhecido como direito “inerente a pessoa humana”, o fato de não estarem previstos literalmente no texto constitucional não deve significar a diminuição de sua importância.²⁰

Quanto ao segundo elemento, Pedro Nikken sustenta a importância da difusão do direito internacional dos direitos humanos e de ampliar a sua força vinculante. Em primeiro lugar, essa expansão deve se dar no próprio plano internacional, reforçando compromissos existentes. Por exemplo, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem nasce como declaração e, portanto, formalmente desprovida de efeito vinculante, mas, progressivamente, a DADDH passa a ser invocada por outras convenções, como a própria Carta da OEA, adquirindo esse caráter, como reconhece da OC-10/87.²¹ Os direitos humanos, nessa concepção, devem ser integrados com o direito interno dos Estados como uma forma de ampliar os horizontes de proteção da pessoa e consolidar seus mecanismos de defesa. Esse reconhecimento posterior da força obrigatória pode igualmente decorrer de um costume que insere no tratado normas de *jus cogens*.

Quanto ao terceiro, é preciso notar que não raro as convenções são complementadas por outros protocolos. Não raro essa evolução posterior pode ser resultado de cláusulas facultativas colocadas nos tratados. Nessa linha, por exemplo, é a cláusula da CADH que prevê a facultatividade do aceite da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Da mesma forma, competências dos órgãos de supervisão podem ser exercidos em di-

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²⁰ *Ibidem*, p. 6.

²¹ Bastos Netto, Cláudio Cerqueira, *A Opinião Consultiva no. 10/89 da Corte IDH: a força da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*, Disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>.

ferentes graus, em razão do contexto ou da complexidade da relação entre esses órgãos, como a dinâmica que varia entre a Corte IDH e a CIDH.

Nessa linha, Nikken chega até mesmo a falar em uma “competência progressiva”, exemplificando com a Comissão Interamericana que foi criada pela Conferência da V Reunião de Ministros das Relações exteriores de 1959 em Santiago do Chile sem apoio em um tratado formal e, gradativamente, foi se institucionalizando, notadamente a partir da Carta da OEA depois da Reforma de Buenos Aires de 1967 e da entrada em vigor da CADH em 1978.

Em qualquer uma dessas dimensões, Nikken destaca uma dupla dimensão da progressividade em estabelecer uma garantia ou piso mínimo ao qual os Estados estão obrigados, assim como a impossibilidade de interpretar as disposições do tratado de direitos humanos de forma menos ampla, já que essa é uma imposição da cláusula do artigo 29, da norma mais favorável ao ser humano. Trata-se de realizar uma interpretação evolutiva ou humanitária que vede retrocessos.

Por isso, o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos pode estar presente em termos gerais ou específicos. No primeiro caso, implícita ou explicitamente, ocorre quando há previsão de conceitos indeterminados, como “ordem pública”, “bem-estar geral” ou “saúde pública”. A segunda via resulta de termos específicos, como quando a CADH prevê no artigo 4o. que os Estados que aboliram a pena de morte não podem restabelecê-la.

III. A CORTE IDH NOS ANOS 80: UMA CORTE DE OPINIÕES CONSULTIVAS

A função consultiva da Corte IDH está prevista no artigo 64 da CADH.²² Para esclarecê-la dividiremos este item em duas partes. Muitas questões

²² Comitê jurídico interamericano também serve como corpo consultivo da OEA para assuntos jurídicos. Difere, porém, da competência consultiva da Corte IDH em três aspectos. O Comitê pode por iniciativa própria realizar estudos, trabalhos e sugerir a realização de conferências jurídicas especializadas. O Comitê pode ser solicitado apenas pela Assembleia-geral, Reunião de consulta de Ministros das Relações exteriores e Conselhos da Organização. Note-se: os Estados-membros da OEA não podem formular consultas a este órgão. Por fim, o Comitê não atua como órgão judicial, quase-judicial ou arbitral. Sua função circunscreve-se a opinar sobre um tema, que sequer precisa ser de direitos humanos. Poderá proferir

operacionais relacionadas às OCs constam do art. 60 e seguintes do Regulamento da Corte Interamericana, bem como em uma construção jurisprudencial da própria Corte IDH.²³

Em linhas gerais, qualquer membro da OEA —faça ou não parte da CADH— poderá solicitar um parecer da Corte IDH.²⁴ O indivíduo, em que pese os avanços promovidos pelas reformas ao Regimento Interno da Corte, ainda não está legitimado explicitamente pela CADH a submeter um caso a Corte por esse dispositivo.²⁵ A própria Corte IDH também não possui legitimidade para iniciar uma opinião consultiva de ofício. Não obstante, uma vez iniciado o procedimento, a desistência do Estado não vincula a Corte IDH (OC-15/97). A Corte IDH entende, ainda, pela possibilidade de reformular as perguntas apresentadas (OC-7/86).²⁶

Vale enfatizar: apenas os Estados podem pleitear especificamente a análise da compatibilidade entre a legislação interna com a CADH. Essa possibilidade tem um interesse prático para que essa função interpretativa auxilie o cumprimento pela legislação interna e por tratados fora do marco interamericano a partir dos direitos humanos previstos no sistema interamericano (OC-01/82).

Os órgãos e os organismos da OEA também podem consultar à Corte IDH. Eles estavam originalmente enumerados no Capítulo X da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, como dispõe o artigo 64.

opiniões sobre “assuntos jurídicos” de caráter internacional, desprovidas de efeito vinculante aos Estados ou aos órgãos da OEA. Sobre o tema, *cf.* Correia, Theresa Rachel Couto. *Corte Interamericana de direitos humanos: Repercussão jurídica das opiniões consultivas*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 136.

²³ Nesse sentido, *cf.* Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidade Externado de Colombia e Instituto de Estudios Constitucionales, 2015, pp. 67 e ss. Para um comentário ao dispositivo com os trechos mais importantes de cada OC da Corte IDH, *cf.* Piovesan, Flávia, *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, DPL Editora, 2008, pp.1306 e ss.

²⁴ Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 238.

²⁵ *Ibidem*, p. 103.

²⁶ O fundamento foi de que, mesmo inexistindo regras específicas, é possível aplicar por analogia o direito de reter o caso, previsto para a competência contenciosa. Sobre o tema, vale conferir: Salvioli, Fabián, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, in: *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, t. II, Brasília, Porto Alegre, Sergio Fabris, 2004, pp. 417-472.

Atualmente, porém, depois de outras reformas do Pacto,²⁷ eles estão presentes no Capítulo VII, no artigo 53: Assembleia-geral, Reunião da Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, Conselhos, a Secretaria-geral, a Comissão Interamericana dos direitos Humanos (CIDH), as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados.²⁸ Como bem destaca a OC-03/83, nesse caso, a OC deve ser relevantes para “assistir e orientar o solicitante no cumprimento de sua missão”. Thomas Buergenthal, à época da aprovação da CADH, destacou que, por incluir tais entes e não apenas os Estados, a competência consultiva era uma das mais amplas competências consultivas estabelecidas até então.²⁹

O objetivo central da OC, segundo a própria Corte IDH, é “*desentranhar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos*” (OC-16/99 e OC-17/02). Não servem para resolver questões de fato, já que a proteção de direitos e liberdades das pessoas cabe a jurisdição contenciosa, que não pode “*resolver casos abstratos*” (OC-14/94). Como não existem propriamente demandados ou atores, não se coloca como requisito a defesa do Estado no procedimento (OC-03/83). Ao fixar os sentidos válidos para interpretação antes de um litígio concreto, a Corte IDH acaba por realizar um controle de convencionalidade prévio ao caso contencioso.

As primeiras opiniões consultivas envolvem predominantemente aspectos relacionados ao próprio funcionamento do sistema interamericano. Por exemplo, das 15 primeiras, pelo menos estas 7 centram-se em questões relacionadas ao acesso, eficácia e competência formal da Corte: OC-1/82 (objeto da função consultiva), OC-2/82 (efeito das reservas à CADH), OC-6/86 (significado da expressão leis no artigo 30 da CADH), OC-10/89 (a DADDH), OC-11/90 (esgotamento aos recursos internos), OC-12/91 (compatibilidade de projeto de lei com a CADH), OC-13/93 (atribuições da CIDH).

²⁷ Protocolo de Cartagena das Índias (1985), Protocolo de Washington (1992) e Protocolo de Managua (1993).

²⁸ Exemplos de organismos especializados: Organização Pan-americana da Saúde, Instituto Interamericano da Criança, Comissão Interamericana das Mulheres, Instituto Pan-americano de geografia e história, Instituto Indigianista Americano e Instituto Interamericano de Cooperação para a agricultura.

²⁹ Buergenthal, Thomas, “The Inter-American Court of Human Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 76, no. 2, 1982, p. 242.

Nessa fase, da década de 80 e início dos anos 90, a Corte IDH parece centrada em montar as suas próprias engrenagens. É claro que existem exceções nos dois contextos contrapostos. No primeiro cenário, algumas opiniões consultivas também delimitaram sentidos da Convenção, como a OC-3/83 (pena de morte), OC-4/84 (naturalização) e OC-5/85 (associação não obrigatória).

No segundo cenário posterior, por outro lado, também existem considerações sobre as engrenagens da Corte IDH, como, por exemplo, OC-19/05 (legalidade de atos da CIDH) e OC-20/09 (utilização de juízes *ad hoc*). No entanto, como tendência amplamente predominante, é real a passagem de uma Corte IDH mais autocentrada na definição de suas próprias competências e nas atribuições do sistema interamericano nos anos 80 para uma Corte IDH mais ativista e interveniente de meados dos anos 90 em diante.

É possível dizer, lendo essas características das opiniões consultivas a partir do pensamento de Pedro Nikken, que houve uma aposta num desenvolvimento progressivo das competências para só posteriormente, ocorrer uma tutela mais ativa de direitos pela Corte IDH. Vejamos as OCs em ordem cronológica.

A OC-01/82 decidiu que a Corte pode ser consultada sobre qualquer dispositivo de direitos humanos em qualquer tratado internacional bilateral ou multilateral, independentemente de ser constituído sob o sistema interamericano ou de que Estados não americanos sejam Partes. Apenas por decisão motivada poderá deixar de exercer a jurisdição consultiva quando o pedido verse, essencialmente, sobre obrigações assumidas por um Estado não americano ou sobre a estrutura ou operação de órgãos internacionais fora do sistema interamericano, bem como quando dele resulte alteração ou enfraquecimento do sistema estabelecido pela CADH, em detrimento do indivíduo.³⁰

No primeiro eixo, a OC-02/82 esclareceu o momento a partir da qual a Corte IDH é competente para julgar o Estado. Decidiu que a CADH entra em vigor, obrigando os Estados que a ratificam ou aderiram, com ou sem reservas, na data do depósito do instrumento de ratificação ou de adesão. A partir desse momento, o indivíduo desfrutará da proteção da jurisdição

³⁰ Para mais detalhes, *cf.* Legale, Siddharta. Causanilhas, Tayara, “A Opinião Consultiva n.01/82 da Corte IDH: Uma «Metaopinião?»”, disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniaao-consultiva-n-1-82-da-corte-idh-uma-metaopiniaao/>.

internacional, caso seus direitos humanos sejam violados. A própria Corte IDH observou, a propósito, que os tratados de direitos humanos, como a CADH, não são tratados multilaterais clássicos que buscam benefícios mútuos. Destacou que os tratados direitos humanos almejam proteger seres humanos sob e para além da jurisdição do Estado.³¹

A OC-3/83, solicitada pela CIDH, abordou as restrições à pena de morte, previstas no artigo 4o. da CADH. Após refutar objeções preliminares interpostas pela Guatemala, a Corte afirmou, unanimemente, que a CADH impõe uma proibição absoluta de ampliar as hipóteses de aplicação da pena de morte para além dos casos já previstos na lei interna após a entrada em vigor da CADH. Mesmo que o Estado tenha feito uma reserva ao art. 4.4, isso não lhe confere o direito de aplicar penas de mortes para crimes que anteriormente à vigência da CADH, o Estado não aplicara tal penalidade. Trata-se de uma posição da Corte para estimular a abolição progressiva da pena de morte.

Na OC-4/84, Costa Rica solicitou uma opinião da Corte IDH sobre a compatibilidade com a CADH de uma proposta de emenda à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. A Corte IDH decidiu que a proposta de emenda não afetava o direito à nacionalidade garantido pelo art. 20 da CADH, pois ela busca apenas restringir a concessão de naturalização, o que está dentro da atuação aceitável do Estado. Defende, unanimemente, que a simplificação da naturalização para centro-americanos, ibero-americanos e espanhóis também não indica discriminação e que dar esse tratamento preferencial apenas a indivíduos natos também não é discriminatório. Por fim, entende que o tratamento preferencial dado às esposas para fins de naturalização viola à igualdade e à não discriminação, sendo incompatível com os artigos 17 (4) e 24 da CADH.

A OC-05/85, solicitada pela Costa Rica, dispunha sobre a compatibilidade da sua Lei doméstica que exigia a associação obrigatória para o exercício da profissão de jornalista com os artigos 13 e 29 da CADH. A Corte IDH entendeu que a obrigatoriedade viola o artigo 13 da CADH, por impedir o pleno uso dos meios de comunicação, tanto na dimensão referente

³¹ Para uma reflexão mais detalha, *cf.* Barretto, Rafael Zelesco, “A Opinião Consultiva n. 02/82 da Corte IDH: as reservas à Convenção Americana de Direitos Humanos”, disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-02-82-da-corte-idh-as-reservas-a-convencao-americana-de-direitos-humanos/>.

à liberdade de expressão, quanto na difusão da informação. A Lei Orgânica da Associação de Jornalistas da Costa Rica, portanto, é incompatível com o sistema interamericano.³²

Essa OC-5/85 é emblemática, porque a Corte IDH começa a tatear as suas competências materiais de forma menos tímida ao definir o conteúdo jurídico da liberdade de associação e de expressão contida na CADH, utilizando-se de uma interpretação a partir do princípio *pro persona* como uma interpretação extensiva dos direitos humanos, que é um componente fundamental na argumentação do desenvolvimento progressivo³³ A Corte IDH acaba por apresentar o gérmen da noção do controle de convencionalidade —ainda sem utilizar o termo—. O pedido de verificação da compatibilidade da legislação da Costa Rica com a CADH partiu do próprio Estado, o que torna a acomodação dessa função consultiva, prevista no art. 64 da CADH menos delicada e menos intrusiva à soberania, seja pela competência estar expressamente prevista na CADH, seja pela solicitação ter partido do próprio Estado. Contudo, ao observar a sua utilização na prática, verifica-se que, utilizando ou não o termo, realiza-se um controle de convencionalidade.

A OC n. 6/86, por sua vez, foi requisitada pelo Uruguai e dispõe sobre o alcance da expressão “lei” no artigo 30 da CADH, que versa sobre as restrições permitidas aos direitos humanos. Admitiu restrições a tais direitos, mas não a supressão dos mesmos. O governo Uruguaio questionou se a exigência de “leis” para restrição de direitos deve ser interpretada em seu sentido formal, ou seja, apenas como aquela norma jurídica aprovada pelo Parlamento e promulgada pelo Poder Executivo. Em outras palavras, questionou se poderiam ser objeto de interpretação as leis no sentido material ou amplo, que abrigue outras espécies normativas do ordenamento jurídico, que não passaram por um processo legislativo. A Corte IDH decidiu que a expressão “leis” do artigo 30 da CADH designa norma jurídica de caráter geral, emanada dos órgãos legislativos democraticamente eleitos e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados

³² Legale, Siddharta e Causanilhas, Tayara, “A Opinião Consultiva N. 05/85 da Corte IDH: dimensões e restrições da liberdade de expressão”, disponível em: <https://nidh.com.br/oc5/>.

³³ Legale, Siddharta; e Cerqueira, Cláudio, “O papel do princípio *pro persona* na Corte Interamericana de direitos humanos: esse enigmático desconhecido”, in: Menezes, Wagner (org.), *Tribunais Internacionais: extensão e limites de sua jurisdição*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2018, p. 412.

partes para a formação de leis. Lei, portanto, não é qualquer ato normativo. A Corte IDH não invalidou, nessa oportunidade, uma lei estatal por uma restrição convencionalmente inválida. Apenas traçou os parâmetros a partir dos quais apreciará as restrições.

Na OC-07/86, a Corte IDH se autoconteve. Afirmou que seria necessária uma lei em sentido formal para restringir o direito de resposta, mas a Corte IDH se recusou, apesar do pedido expresso da Costa Rica, a apreciar a forma como esse direito de resposta seria aplicado no direito interno por ser uma questão a cargo de cada Estado. Portanto, essa OC, típica da década de 80, revela uma postura comedida ou menos interveniente da Corte IDH. Mesmo com o Estado solicitando uma opinião de como regular o direito de resposta no plano interno, a Corte IDH não ingressou em um domínio próprio da atividade soberana do Estado de legislar. Apenas interpretou o sentido da CADH, em seu artigo 30, no sentido de que a expressão “lei” para restringir direitos deve ser compreendida lei em sentido formal, aprovada pelo Poder Legislativo.

A OC-08/87, solicitada pela CIDH, versava sobre a suspensão do *Habeas Corpus* no caso de estado de exceção. A Corte IDH opinou pela impossibilidade de se realizar tal suspensão, por conta dos procedimentos jurídicos consagrados nos artigos 25.1 e 7.6 da CADH. O artigo 27.2 prevê inclusive que as garantias judiciais indispensáveis para proteger direitos e liberdades não podem ser suspensas. Esclareceu que o *habeas corpus* é essencial para verificar a legalidade da prisão e garantir o respeito ao direito à vida e à integridade física. Consignou que garantias como essa não podem ser suspensas por atentar contra o princípio democrático. Quando se desvincula do exercício da democracia, a suspensão torna-se ilegítima e viola inclusive o artigo 3o. da Carta da OEA.

A OC-9/87 dispôs sobre as garantias judiciais nos estados de emergência, previstas nos artigos 27.2, 25 e 8 da CADH.³⁴ O Uruguai questionou qual seria o alcance da proibição de suspensão de garantias judiciais indispensáveis, determinado pela CADH, mais especificamente se mesmo em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a

³⁴ Legale, Siddharta e Marcolino, Danilo Sardinha, “As Opiniões Consultivas OC-08/87 e OC-09/87 da Corte IDH: a suspensão de habeas corpus e de outras garantias judiciais em estados de emergência”, disponível em: <https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corpus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/>.

independência ou segurança do Estado parte a suspensão seria impossível? Pretendeu, com isso, definir quais são as indispensáveis garantias? A Corte IDH entendeu, seguindo a mesma linha da OC-8/87, que são os procedimentos judiciais para garantir plenamente direitos e liberdades, tal como o habeas corpus. O artigo 27.1 da CADH exige que os meios sejam idôneos para o controle das disposições no estado de emergência, adequem-se às necessidades da situação e não excedam os limites da CADH. Enfatizou, ainda, que o artigo 1.1 prevê o dever de o Estado respeitar direitos e liberdades, assim como que haja um recurso efetivo e rápido a tribunais competentes nos termos do art. 25.1 para fazer valer os direitos asseguradas tanto na Constituição nacional, quanto na CADH.

A OC-10/89, por sua vez, foi solicitada pela Colômbia sobre a interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH) de acordo com o artigo 64 da CADH.³⁵ A questão era se a Corte IDH poderia dar opinião consultiva sobre a interpretação da DADDH ou tomá-la por base, já que a Declaração não é um Tratado. Respondeu-se positivamente à questão com base em três argumentos. Em primeiro lugar, o artigo 29 da CADH faz referência expressa à DADDH. Em segundo, a DADDH contém e define direitos humanos essenciais mencionados pela Carta da OEA, razão pela qual não se pode desconsiderar pura e simplesmente as suas disposições. Em terceiro lugar, a DADDH, mesmo não sendo um tratado no sentido conferido pelas CVDT, constitui importante fonte de obrigações em razão da evolução costumeira do direito internacional contemporâneo. Portanto, a DADDH também é parâmetro de interpretação para a Corte IDH que tem competência para interpretá-la aos Estados.

As OCs do início dos anos 90 ainda continuam com um perfil semelhantes. A OC-11/90, por exemplo, fixou uma compreensão material do esgotamento das instâncias internas, permitindo introduzir exceções. A OC-12/91 fixou a impossibilidade de acessar a Corte pela via consultiva, quando o pedido de OC for um disfarçado caso contencioso. A OC-13/93, por exemplo, dispôs que a CIDH pode reconhecer violações à CADH, mas não à legislação interna a cada Estado.

³⁵ Bastos Netto, Cláudio Cerqueira, “A Opinião Consultiva no. 10 da Corte IDH: a força da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem”, disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>.

Vale notar as OCs da Corte IDH até aqui acabam por dispor mais sobre as engrenagens da própria Corte IDH ou do sistema interamericano em geral do que sobre o conteúdo material de direitos para limitar condutas estatais. Há exceções, é claro, como as OCs 3 (pena de morte), 4 (naturalização) e 5 (associação dos jornalistas). Seja como for, esse processo de definição de suas competências não deixa de ser uma espécie de opção pelo desenvolvimento progressivo das mesmas que intensifica a função consultiva em detrimento da contenciosa em um momento de desabrochar da Corte IDH.

IV. O CICLO DE CASOS HONDURENHOS E A COMPETÊNCIA CONTENCIOSA DA CORTE IDH

O “ciclo de casos hondurenhos” é composto por três casos fundacionais do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: Velasquez Rodrigues vs Honduras (1988), Fairen Garbi vs Honduras (1989), Godínez Cruz vs Honduras (1989). São casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas.³⁶ O desaparecimento forçado possui, segundo a jurisprudência da Corte IDH, um caráter complexo, múltiplo, permanente, continuado e pluriofensivo aos direitos humanos, protegidos pela CADH, como a vida (art. 4), liberdade pessoal (artigo 7), integridade pessoal (artigo 5) e reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3).

A noção de privação da liberdade aparece na jurisprudência da Corte IDH como privação ou “subtração da proteção da lei”.³⁷ No caso específico de Honduras, uma breve apresentação do contexto histórico ajuda a compreender melhor essa violação de direitos humanos que ocorre em diversos países da América Latina. A América Central passava por uma forte instabilidade política e social, tanto interna, quanto externa, resultantes das disputas de poder em um cenário de guerra fria.

³⁶ Há quem opte pela terminologia casos hondurenhos de desaparecimento, *cf.* Pasquale, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 7.

³⁷ Para uma abordagem mais ampla da jurisprudência sobre o tema, envolvendo diversos países, como Peru, Bolívia, Uruguai, Brasil, Paraguai, entre outros. *Cfr.* Nash, Claudio e Porto, Humberto A. Sierra, *Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 5: desaparición forzada*, São José: Corte IDH, 2015.

Em 1982, uma nova Constituição foi promulgada, tentando reverter o cenário autoritário, embora democracia tenha vindo com pautas neoliberais de diminuição do Estado e contenção de gastos. Roberto Suazo Córdova chega ao poder, tendo que lidar, de um lado, com os conflitos entre Guatemala e El Salvador e, de outro, com a “ajuda econômica” e a pressão norte-americana, que colocava Honduras em uma “*posição precária*”, como bem qualificou Thomas M. Leonard.³⁸ Apenas em 1985, o governo conseguiu, por exemplo, expelir os “Contras” do Hospital e escritório que possuíam em Tegucigalpa, capital de Honduras.

O simples fato de os três primeiros casos serem do mesmo país já é interessante por si só. Contudo, a unidade de sentido e a construção de significados relevantes sobre o desaparecimento forçado de pessoas torna os casos ainda mais relevantes, seja por dar início ao acesso à justiça internacional no sistema interamericano, seja para proteção de direitos humanos (vida, integridade física e liberdade) contra ditaduras regimes autoritários que assolavam a América Latina e utilizavam essa prática nefasta de forma generalizada para difundir medo e controlar a população. Há trechos idênticos nesses relevantes *leading cases* a demonstrar a harmonia e unidade de sentido sobre o tema na jurisdição contenciosa da Corte IDH. Esses casos são retratos de uma época, mas também o espelho de uma instituição em seu nascedouro.

Esses são alguns fatores que contribuíram para formar a unidade de sentido presente nestas decisões, a ponto de ser possível considerá-las um verdadeiro ciclo. Em primeiro lugar, todos os casos foram levados simultaneamente à Corte IDH pelo CIDH no dia 24 de abril de 1986.³⁹ Em segundo, é verdade que as sentenças foram proferidas pela Corte IDH em diferentes datas entre 1988 e 1989. Contudo, a composição da Corte IDH foi essencialmente a mesma: a Presidência e a vice-presidência foi integrada

³⁸ Leonard, Thomas M., *The History of Honduras*, Denver, Greenwood, 2011, p. 157.

³⁹ André de Carvalho Ramos prefere tomar como referencial o protocolo do caso na CIDH, razão pela qual considera Fairen Garbi o primeiro caso da Corte IDH. No entanto, optou-se por começar pelo caso Velasquez Rodriguez, por um lado, porque a sentença foi improcedente e, por outro, tendo em vista o fato de o caso Velasquez Rodriguez ter sido recebido na Corte IDH na mesma data, ter sido o primeiro caso de uma condenação do Estado na Corte IDH e que foi o caso com maior impacto na literatura especializada. *Cfr.*, Ramos, André de Carvalho, *Direitos humanos em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 116.

ora por Thomas Buergenthal, ora de Rafael Nieto Navia,⁴⁰ assim como a composição como um todo possui magistrados com formas de pensar bem parecidas, como Rodolfo Piza Escalante, Pedro Nikken e Héctor Fix-Zamudio. Chegou a haver um voto dissidente no caso Velasquez Rodriguez, mas, como será abordado, a discordância não foi substancial quanto ao mérito da decisão. Envolveu uma importante questão, mas de caráter procedimental quanto ao papel da CIDH e das vítimas perante à Corte IDH.

1. O caso *Velasquez Rodriguez vs Honduras* (1988)

O caso *Velasquez Rodriguez vs. Honduras* (1988)⁴¹ foi submetido à jurisdição da Corte IDH no dia 24 de abril de 1986 pela CIDH. Envolveu a possível violação pelo Estado de Honduras do direito à vida (art. 4), integridade pessoal (artigo 5o.) e liberdade pessoal (artigo 7o.) da CADH do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez. A sentença foi proferida em 29 de julho de 1988, sendo precedida de algumas medidas provisionais. Esse caso entrou para a história do sistema interamericano como a primeira sentença propriamente dita da Corte IDH e uma das mais importantes já proferidas pelos parâmetros traçados permanecerem como padrão decisório em sua jurisprudência, como, por exemplo, a noção de que nenhuma atividade do Estado pode se fundar sob o desprezo da dignidade humana.⁴²

Consta nos informes que Manfredo Velásquez Rodríguez foi detido de forma violenta, sem que houvesse ordem judicial por pessoas ligadas ao governo, relacionados à Direção Nacional de Investigação e a grupos de inteligência das forças armadas. Após a captura, de acordo com testemunhas, a vítima foi levada para uma cela na II Estação das Forças de Segurança

⁴⁰ Em *Velasquez Rodriguez*, Buergenthal foi presidente e Navia foi vice. Em *Godinez Cruz*, nas exceções preliminares a dupla se manteve, mas na sentença a Presidência e vice-presidência passou para Rafael Navia e Rodolfo Piza Escalante. No caso *Fairen Garbi*, Navia foi Presidente e Hector Gross Espiel foi vice.

⁴¹ Todos os casos do ciclo hondurenho estão disponíveis em: <http://www.corteidh.or.cr/>

⁴² Para uma análise da definição da dignidade humana, relacionada ao direito a vida como valor intrínseco do ser humano no caso *Velasquez Rodriguez*, *cf.* Legale, Siddharta e Val, Eduardo Manuel, “Dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, no. 34, 2017, disponível em: https://www.academia.edu/35764799/A_Dignidade_e_a_jurisprud%C3%Aancia_da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_Revista_direitos_Humanos_e_justi%C3%A7a_QUALIS_A2_.

Pública, em Tegucigalpa. Foi vítima de agressões, tortura e outras formas de tratamento desumano e degradante. O motivo estaria ligado a suposta prática de crimes políticos. As autoridades negaram todos os fatos, inclusive a sua detenção.⁴³

Estima-se que entre 1981 e 1984 desapareceram cerca de 130 pessoas devido às atuações clandestinas das forças armadas para perseguir pessoas consideradas “perigosas” para o estado. A irmã de Manfredo, a senhora Zenaida Velásquez, concedeu seu depoimento como testemunha ocular do presente caso. Segundo ela, no dia 12 de setembro de 1981, Manfredo estava em um estacionamento de veículos no centro de Tegucigalpa, quando homens fortemente armados, vestidos de civil, usaram um carro sem placa para capturar o seu irmão.

A Corte IDH considerou provados os fatos acima apontados pela CIDH, bem como a responsabilidade do Estado de Honduras pela violação da CADH. Destacou o fato de que, apesar de não existir previsão expressa sobre a qualificação do delito de desaparecimento forçado, vem trabalhando de forma reiterada com seu enquadramento como um crime de lesa-humanidade, inclusive como destaca a Assembleia Geral da OEA na Resolução n. 666. Trata-se de um procedimento cruel que constitui uma detenção arbitrária, que viola o direito à segurança jurídica e integridade física, nos termos da Resolução no. 742. Nesse ponto, destacou a existência de grupos de trabalho e resoluções no âmbito da ONU, notadamente na Comissão de Direitos Humanos, bem como no âmbito da OEA.

Nos pontos resolutivos, a Corte IDH julgou improcedente a alegação do não esgotamento dos recursos internos e declarou, por unanimidade, que o Estado de Honduras violou os deveres de respeito aos direitos (artigo 1.1), à liberdade pessoal (artigo 7o.), à integridade pessoal (artigo 5o.) e à vida (artigo 4o.). Decidiu, ainda, por seis votos a um, que Honduras deve pagar indenização compensatória aos familiares da vítima a ser fixada pela Corte IDH, se não houver acordo entre o Estado e a CIDH. Posteriormente, na decisão que se esclareceu o valor da indenização da pensão mais elevada para a viúva do Senhor Manfredo Velasquez Rodriguez e estabeleceu um

⁴³ Existe um documentário no Canal no YouTube no canal UTUNAH com depoimentos da família a respeito. Vale a pena conferir: “Manfredo Velásquez: Yo que te quise tanto”, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sXfs2KOZad8>.

subsídio para educação de seus filhos, uma casa de uma família de classe média e a indenização compensatória aos filhos e à cônjuge.

Em voto dissidente, o magistrado Piza Escalante argumentou que seu voto não é contrário propriamente ao mérito da sentença, aos fundamentos ou a participação da CIDH na negociação da indenização. Contudo, problematizou e divergiu da questão intitulada pela Corte IDH no ponto “partes do processo” em relação à CIDH. Em sua opinião, as únicas partes ativas do processo, em sentido substancial, são as vítimas e os seus representantes. A CIDH possuiria, em sua opinião, uma função meramente instrumental e imparcial, como uma espécie de Ministério Público do sistema de proteção interamericano de direitos humanos. É uma parte *sui generis* a qual não caberia atuar como destinatária de qualquer direito material.

Vale destacar a importância do voto separado: trata-se da primeira tentativa institucionalizada de empoderar e ampliar o papel do indivíduo como sujeito no sistema interamericano perante a Corte IDH. O próprio magistrado enfatizou não caber negar o status de parte ativa às vítimas pelo simples fato de não poderem acessar diretamente a Corte IDH em função das regras da CADH. Destacou que, pelo contrário, essa negativa da condição de parte é que contraria uma gama de princípios da CADH. A autonomia processual das vítimas como partes do processo jamais pode ser suplantada pela atuação da CIDH, já que a sua função é meramente processual, funcionando de maneira auxiliar.

2. O caso *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989)

O caso *Godínez Cruz vs. Honduras* (1989), por sua vez, foi levado à Corte IDH pela CIDH em 24 de abril, pedindo a condenação do estado de Honduras por violar os artigos 4o. (direito à vida), 5o. (direito à integridade Pessoal) e 7o. (direito à Liberdade Pessoal) da CADH, em face do senhor Saúl Godínez Cruz, que atuava como dirigente sindical e já havia participado de muitas greves. Na época do seu desaparecimento, segundo a sua esposa, ele estava se preparando para liderar uma nova greve.

Tudo indica que o senhor Godínez Cruz desapareceu no dia 22 de julho de 1982, depois de ter saído de casa em uma motocicleta às 6:20 a.m. rumo ao Instituto Prevocacional “Julia Zelaya” em Monjarás de Choluteca, onde trabalhava como professor. Testemunhas afirmaram que Godínez Cruz foi

abordado por uma pessoa vestida com uniforme militar e outras duas pessoas em vestes civis comuns. Após ser agredido e amarrado, ele foi jogado em um carro sem placa. Afirmaram, ainda, que a sua rotina vinha sendo vigiada alguns dias antes do seu desaparecimento.

Estimou-se que, entre 1981 e 1984, desapareceram entre 140 e 150 pessoas, vítimas desse contexto de perseguição. Testemunhas relataram que havia um grupo chamado de “os quatorze”, comandado pelo Major Adolfo Díaz, adstrito ao Estado Maior das Forças Armadas. Posteriormente, foram denominados de “os dez”, comandados pelo Capitão Alexander Hernández e, finalmente, foi identificado um grupo especializado em sequestro, execução e controle ligado ao 316 Batalhão. Esses grupos atuavam disfarçados de civis em carros sem placa e de vidros polarizados. O motivo das perseguições se dava por razões ideológicas, políticas e sindicais.

A Corte IDH considerou não haver razões para desacreditar as alegações da CIDH atribuídas ao Governo de Honduras, como, por exemplo, o desaparecimento de Saúl Godínez. Enfatizou, ainda, que provas circunstanciais, indícios e presunções podem ser utilizadas pelos tribunais internacionais, de modo menos formal do que pelos tribunais internos, para chegar a conclusões sobre os fatos levados a seu juízo. Enumerou algumas vítimas do desaparecimento que, geralmente, eram pessoas tidas, como “perigosas” pelo Estado. As armas empregadas eram reservadas às autoridades militares e à polícia. Os veículos utilizados possuíam insulfilme no vidro, o que requer uma autorização especial. As pessoas foram levadas para locais secretos e ilegais de detenção. Os corpos foram enterrados em cemitérios clandestinos. As autoridades militares, policiais, governo ou poder judiciário se negavam ou eram incapazes de prevenir, investigar ou sancionar os fatos.

A Corte IDH reiterou que o desaparecimento significa uma “ruptura radical” com a CADH e implica um abandono dos valores que emanam da dignidade da pessoa humana e dos princípios do sistema interamericano. Após citar as resoluções da ONU e da OEA sobre o tema, registrou que a prática do desaparecimento importa o desconhecimento do dever de o Estado de se organizar para respeitar direitos (artigo 1.1) e viola os direitos à vida (artigo 4o.), à integridade (artigo 5o.) e às garantias de liberdade (artigo 7o.). Por si só, o desaparecimento forçado como prática sistemática cria um clima incompatível com as garantias dos direitos humanos e esvazia as normas mínimas de segurança, facilitando a impunidade dos corpos de segurança de violaram tais direitos.

A Corte IDH julgou procedente, por isso, a reparação por pagamento de justa indenização pelas consequências do ocorrido as partes lesionadas. Na sentença dedicada à reparação e às custas, o perfil menos interveniente da Corte IDH nos anos 80 fica evidente. A viúva, Enmidida Escoto Godínez, chegou a pedir que fosse determinada uma série de medidas ao Estado, como investigação dos 150 desaparecimentos, um ato público reconhecendo as violações aos direitos das vítimas, a obrigatoriedade de mover ações contra os responsáveis e a criação de um fundo para os pais e filhos dos desaparecidos. Contudo, a Corte IDH afirma que, segundo o artigo 63.1 da CADH, a violação aos direitos seja reparada mediante uma “indenização justa”. Por indenização justa, a Corte IDH entendeu apenas a indenização compensatória à cônjuge, à filha e aos familiares. Entendeu inexistir a indenização com base na lógica “dos danos punitivos” no direito internacional como estratégia para desestimular o Estado a deixar de violar direitos humanos, embora houvesse pedidos expressos dos advogados nesse sentido.

3. *O caso Fairen Garbi vs. Honduras (1989)*

O caso *Fairen Garbi vs. Honduras* (1989), por fim, foi submetido à Corte IDH pela CIDH, sob o fundamento de que o Estado de Honduras violou os direitos à vida (artigo 4o.), à integridade pessoal (art. 5o.), à liberdade pessoal (artigo 7) da CADH de Francisco Fairén Garbi e de Yolanda Solís Corrales. O caso envolve o desaparecimento dos costarriquenhos Francisco Fairén Garbi —um estudante e empregado público— e Yolanda Solís Corrales —uma educadora—. Ambos desapareceram em Honduras enquanto viajavam com destino ao México no dia 11 de dezembro de 1981.

A controvérsia sob julgamento envolveu, principalmente, o fato de Francisco e Yolanda terem ou não ingressado no território de Honduras, bem como se houve o crime de desaparecimento forçado de pessoas pelo Estado de Honduras. O Estado negou em diversas ocasiões que houvesse qualquer tipo de documento que comprovasse o ingresso das vítimas em seu território e, portanto, que tivesse ocorrido o crime de desaparecimento forçado. A CIDH, porém, arrolou testemunhas que afirmaram haver um quadro reiterado de pessoas vinham sendo sequestradas e desaparecidas entre os anos de 1981 e 1984. Estimou-se que, entre 100 e 150 pessoas, desapareceram por

conta de atividades relacionadas às entidades ligadas ao governo do estado ou que atuavam com sua aquiescência.

No mérito, a Corte IDH considerou provado o ingresso no território de Honduras por conta de um talão com a assinatura de Fairén Garbi, relativo à entrada do veículo no país. Reconheceu a existência de um contexto de desaparecimentos forçados em Honduras. Esclareceu que o desaparecimento forçado ou involuntário constitui uma forma complexa de “violação múltipla e continuada de inúmeros” direitos humanos. Enfatizou a necessidade de enxergar os direitos humanos de maneira integral e o dever do Estado de protegê-los.

A Corte IDH, contudo, entendeu não ser possível imputar responsabilidade internacional ao Estado. Chegou a destacar que foi encontrado um cadáver em um sítio chamado “La Montañita”, em Honduras. De um lado, os familiares das vítimas destacaram que poderia ser os restos mortais de Fairén Garbi, já que havia no local um histórico de vítimas encontradas em condições semelhantes. De outro, o Estado alegou que, em virtude do tempo transcorrido, não era mais possível proceder com a exumação do cadáver encontrado em La Montañita. A área inclusive havia sofrido deslizamentos naturais de terra tornando impossível indicar o local exato onde foi sepultado.

Nos pontos resolutivos, a Corte IDH indeferiu a alegação de não esgotamento dos recursos internos. Declarou que o desaparecimento no território não é suficiente para demonstrar que o desaparecimento de Fairén Garbi e Yolanda Corrales se deu por causa do Estado de Honduras.

4. *Uma comparação entre os casos do ciclo hondurenho*

Vale comparar as decisões presentes em Velasquez Rodrigues, Godínez Cruz e Fairén Garbi. Perceba-se que esse verdadeiro ciclo de casos hondurenhos revela uma Corte IDH mais comedida ou menos interveniente na jurisdição interna nessa época do que a postura adotada nas décadas seguintes. A despeito do discurso de proteção de direitos humanos presente na fundamentação dos casos hondurenhos, constata-se uma forte dose de autocontenção nos pontos resolutivos e, principalmente, nas diferentes questões em que a opção foi por decidir não decidindo.

No caso Velasquez Rodriguez, por exemplo, a indenização foi, inicialmente, deixada a cargo de uma negociação entre as vítimas, o Estado e a CIDH. Isso é algo unimaginável para um magistrado que integre a Corte IDH nas décadas seguintes. O contraste dessa postura com a jurisprudência mais recente é evidente: a Corte se acostumou a condenar o Estado pelos ilícitos internacionais e a declarar a sua responsabilidade internacional, exercer o controle de convencionalidade das leis, recomendar a modificação das mesmas ou até mesmo sugerir a modificação do entendimento das decisões de Cortes Constitucionais. Em relação ao caso Loayza Tamayo vs Peru (1997), isso fica evidente, quando a Corte IDH determina de pronto na própria sentença, que o Peru adote medidas de restituição, pague a indenização de 167 mil dólares a título de compensação e realize outras formas de reparação, como reincorporar a senhora Maria Elena Loayza Tamayo ao serviço docente em instituições públicas.

No caso Godínez Cruz, apesar dos pedidos de outras formas de indenização para além do aspecto material, como, por exemplo, as de caráter punitivo e da investigação dos demais casos de desaparecimento forçado, a Corte IDH se ateve às indenizações de natureza compensatória pelos danos materiais, lucros cessantes e custas com a ação para serem pagas à cônjuge, à filha e aos familiares. Essa foi a lógica para preencher o conceito de “indenização justa”, prevista no artigo 63.1. da CADH. A visão de uma justiça mais formal passará por uma profunda transformação na década de 90, quando se adotará uma visão mais substantiva de reparação integral dos danos.

A Corte IDH nas décadas seguintes reconheceu com naturalidade danos imateriais e determinou condenações para além de medidas pecuniárias. Determinou não só a obrigação de investigar e punir responsáveis pelas violações, como realizado no caso Velasquez Rodriguez vs Honduras (1989),⁴⁴ mas diversas medidas que vão afastando cada vez mais a jurisdição da Corte IDH tanto do perfil da jurisdição clássica da Corte Internacional de Justiça mesmo na época, quanto do perfil construído pela própria Corte IDH na década de 80.

Se comparadas tais decisões em relação à jurisprudência da Corte IDH posterior à década de 1990, o ciclo de casos hondurenos é perceptivelmente bem menos interveniente na soberania do Estado. A Corte IDH passará a atuar de forma bastante criativa nas décadas seguintes, ao construir os

⁴⁴ Velasquez Rodriguez vs. Honduras (1988).

sentidos possíveis da “justa indenização”, prevista no artigo 63.1 da CADH. No paradigmático caso *Aloeboete vs Suriname* (1993), por exemplo, a jurisdição deu início a mudança de perfil, ao determinar a adoção de indenizações pecuniárias e não pecuniárias que culminassem em uma restituição integral (*in integrum restitutio*), levando em conta o cenário ao anterior às violações, ou sejam e restabelecimento do *status quo ante*. No caso, determinou a indenização de cerca de 450 mil florins holandeses como reparação as pessoas ou herdeiros, a criação de uma Fundação para auxiliar a comunidade Saramaca que teve seus direitos violados, bem como reabrir a Escola Gujaba dotando-a de pessoal docente e administrativo para que funcionasse permanentemente.

Essa expansão do reconhecimento das indenizações pelos danos causados pelo Estado do mero pagamento de uma soma em dinheiro para obrigações concretas de fazer invocou como fundamento a possibilidade de se reconhecer danos morais, tal como fixado pelos casos hondurenhos. Ocorre que, uma observação mais atenta, revela a criatividade judicial e a expansão da jurisdição da Corte IDH operada por um processo informal de interpretação do artigo 63.1 da CADH.

O contraste com casos posteriores da Corte IDH, portanto, evidencia o perfil mais ativista da década de 90 e 2000 em comparação ao estilo mais autocontido da década de 80. Mesmo quando em anos mais recentes a Corte IDH tem optado por tratar o descumprimento parcial como cumprimento parcial, afirmando reconhecer o esforço do Estado para estimular o cumprimento de suas decisões, ainda assim, a jurisprudência revela-se bem mais interveniente na jurisdição interna e bem mais ativista na utilização dos procedimentos e na efetivação dos direitos humanos do que essa “primeira Corte IDH”. A fundamentação para reconhecer a responsabilidade do Estado também se mostrou mais ativista.

De um lado, essa jurisprudência hondurenha lança as bases para a Convenção contra o Desaparecimento Forçado de 1994 e, de outro, os casos posteriores fortalecem o combate a esse crime de lesa-humanidade, como é qualificado o desaparecimento forçado pelo preâmbulo da citada Convenção. O ciclo de casos hondurenhos é, por isso, representativo das violações de direitos humanos na época da Guerra Fria para além do âmbito local em Honduras e para além dos dilemas da América Central.

V. APONTAMENTOS FINAIS

A concepção teórica de Pedro Nikken revelou-se não apenas um bom guia para compreender a Corte IDH nos anos 80, mas um arcabouço teórico bastante representativo da sua identidade dos magistrados, da jurisprudência e da própria maneira de enxergar a América Latina nesse momento.

De forma didática, foi possível colocar em quatro partes: (i) o contexto histórico da Corte IDH; (ii) o papel das opiniões consultivas; (iii) o conceito de direitos humanos; e (iv) o conceito de desenvolvimento progressivo, previsto no art. 26 da CADH e muito utilizado pela jurisprudência interamericana, que o magistrado foi o principal teórico a lapidar em seu clássico livro, “A proteção internacional dos direitos humanos: seu desenvolvimento progressivo”.⁴⁵

Pedro Nikken compreende os direitos humanos de acordo com um certo espírito da época. Define os são direitos inerentes à pessoa humana, flertando com um jusnaturalismo que se contrapunha às barbáries cometidas na segunda guerra mundial. Estes direitos são oponíveis aos Estados, mais especificamente ao poder público e, portanto, estariam fora do âmbito de discricionariedade do Estado. De forma mais precisa, existem, para ele, “direitos legais” e “direitos programa”. Os primeiros constituem imediatamente limites à ação estatal em decorrência da possibilidade de controles judiciais ou quase-judiciais. Já os segundos seriam controlados apenas por órgãos técnico-políticas a partir da situação socioeconômica do país.

Em seguida, coloca o desenvolvimento progressivo a partir dos seguintes elementos: (i) tornar mais precisos o alcance e conteúdo dos direitos protegidos; (ii) dotar de eficácia vinculante o dever do Estado de respeitá-los; e (iii) criar de instituições e mecanismos com a finalidade de verificar o seu cumprimento das obrigações internacionais.⁴⁶ Essa é a base teórica que nos permite enxergar os motivos da opção pelo maior uso da função consultiva no período, assim como da fundamentação e decisão mais comedida no exercício da competência contenciosa.

⁴⁵ Nikken, Pedro, *La protección internacional...*, cit.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 59.

Pedro Nikken contextualiza bem as afirmações das opiniões consultivas, de modo a reconhecer a natureza jurisdicional e vinculante das OCs, ou seja, adota uma concepção que fortalece a obrigatoriedade da função consultiva, já que elas poderão fundamentar em casos contenciosos a responsabilidade internacional. Na prática, porém, as primeiras opiniões consultivas envolvem predominantemente aspectos relacionados ao próprio funcionamento do sistema interamericano.

Por exemplo, das primeiras, pelo menos estas 7 centram-se em questões relacionadas ao acesso, eficácia e competência formal da Corte: OC-1/82 (objeto da função consultiva), OC-2/82 (efeito das reservas à CADH), OC-6/86 (significado da expressão leis no art. 30 da CADH), OC-10/89 (a DADDH), OC-11/90 (esgotamento aos recursos internos), OC-12/91 (compatibilidade de projeto de lei com a CADH), OC-13/93 (atribuições da CIDH). Nessa fase da década de 80 e início dos anos 90, a Corte IDH parece centrada em montar as suas próprias engrenagens, desenvolver progressivamente as suas competências.

Já no âmbito contencioso, verifica-se um “ciclo de casos hondurenhos” é composto por Três casos fundacionais do sistema interamericano de proteção de direitos humanos: Velasquez Rodrigues vs Honduras (1988), Fairén Garbí vs Honduras (1989), Godínez Cruz vs Honduras (1989). São casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas.⁴⁷ O desaparecimento forçado possui um caráter complexo, múltiplo, permanente, continuado e pluriofensivo aos direitos humanos, protegidos pela CADH, como a vida (artigo 4), liberdade pessoal (artigo 7), integridade pessoal (artigo 5) e reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3).

A América Latina vivia uma instabilidade política generalizada, decorrente das ditaduras militares que se aparelharam por meio de práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, execuções, torturas e desaparecimento. Diversas ditaduras militares na América Latina utilizaram o desaparecimento forçado para gerar medo e controlar a população. O “ciclo de casos hondurenhos”, por isso, é uma metonímia não só que que viria a ser outros casos da própria Corte IDH na década de 90 e 2000, mas se revelam muito representativos do que se vivia à época na América Latina como um todo.

⁴⁷ Há quem opte pela terminologia casos hondurenhos de desaparecimento. Cfr. Pasqualucci, Jo M., *The Practice and Procedure of the . . .*, cit., p. 7.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira, “A Opinião Consultiva no. 10 da Corte IDH: a força da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem”, disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-10-da-corte-idh-a-forca-da-declaracao-americana-de-direitos-e-deveres-do-homem/>.
- BOLFER, Sabrina Ribas, “Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in: PIOVESAN, Flávia (coord.), *Direitos Humanos*, vol. I, Curitiba, Juruá, 2006.
- BUERGENTHAL, Thomas, “Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-1.pdf>.
- BUERGENTHAL, Thomas, “The Inter-American Court of Human Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 76, no. 2, 1982.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence e TORRES, Amaya Úbeda, *The Inter-american Court of Human Rights*, New York, Oxford university Press, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte, Delrey, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A proteção internacional dos direitos humanos*, Rio de Janeiro: SBERJ, 1988.
- LEDESMA, Hector Faundez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- LEGALE, Siddharta e VAL, Eduardo Manuel, “As mutações convencionais do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in: VAL, Eduardo Manuel e MIRANDA BONILLA, Haideer (orgs.), *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I*, 1ed. Florianopolis, CONPEDI, 2017, disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c7yrg601/lcnv2140/Nm4OSIV1Hkq28X37.pdf>.
- MIRANDA BONILLA, Haideer e VAL, Eduardo Manuel, “Dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos”, *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, no. 34, 2017, disponível em: https://www.academia.edu/35764799/A_Dignidade_e_a_jurisprud%C3%Aancia_

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

da_Corte_Interamericana_de_Direitos_Humanos_Revista_direitos_Humanos_e_justi%C3%A7a_QUALIS_A2_.

MIRANDA BONILLA, Haideer e CERQUEIRA, Cláudio, “O papel do princípio pro persona na Corte Interamericana de direitos humanos: esse enigmático desconhecido”, in: MENEZES, Wagner (org.), *Tribunais Internacionais: extensão e limites de sua jurisdição*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2018.

MIRANDA BONILLA, Haideer e CAUSANILHAS, Tayara, “A Opinião Consultiva no. 01/82 da Corte IDH: Uma «Metaopinião?»”, disponível em: <https://nidh.com.br/a-opiniao-consultiva-n-1-82-da-corte-idh-uma-metaopinio/>.

MIRANDA BONILLA, Haideer e CAUSANILHAS, Tayara, “A Opinião Consultiva no. 05/85 da Corte IDH: dimensões e restrições da liberdade de expressão”, disponível em: <https://nidh.com.br/oc5/>.

MIRANDA BONILLA, Haideer e MARCOLINO, Danilo Sardinha, “As Opiniões Consultivas OC-08/87 e OC-09/87 da Corte IDH: a suspensão de habeas corpus e de outras garantias judiciais em estados de emergência”, disponível em: <https://nidh.com.br/as-opinioes-consultivas-oc-08-87-e-oc-09-87-da-corte-idh-a-suspensao-de-habeas-corpus-e-de-outras-garantias-judiciais-em-estados-de-emergencia/>.

LEONARD, Thomas M., *The History of Honduras*, Denver, Greenwood, 2011.

MACHADO, Isabel Penido de Campos, “Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: comissão e corte interamericana de direitos humanos”, in DA COSTA PINTO OLIVEIRA, Bárbara e SILVA, Roberto Luiz (orgs.), *Manual de direito processual internacional*, São Paulo, Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira e GOMES, Luiz Flávio, *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENEZES, Wagner, *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 2013.

NASH, Claudio e SIERRA PORTO, Humberto A., *Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, no. 5: desaparición forzada, San José, Corte IDH, 2015.

NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- NIKKEN, Pedro, *La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos*, disponible em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>. Acessado em: 18/07/2016.
- NIKKEN, Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 52, 2010.
- NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, disponible em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves, “A Competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in: MELLO, Cleyson de Moraes *et al.*, *O direito em movimento*, Juiz de Fora, Editar, 2015.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves, “Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista da EMERJ*, vol. 12, no. 45, 2009, disponible em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_87.pdf.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Saraiva, 2007.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo, Saraiva, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho, *Direitos humanos em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2002.
- YIN, Robert K., *Estudo de caso: planejamento de métodos*, Porto Alegre, Bookman, 2001.

Una visión de la MINURSO: antecedentes, evolución y perspectivas

An Overview of MINURSO: Background, Developments and Perspectives

Un aperçu de la MINURSO: contexte, evolution et perspectives

Carlos Ruiz Miguel*
Yolanda Blanco Souto**

SUMARIO: I. *El camino a la MINURSO: antecedentes históricos.* II. *El establecimiento de la MINURSO: normativa, misiones y estructura.* III. *Nacionalidades, idioma y sexo de los representantes especiales, comandantes de la fuerza y personal militar de MINURSO.* IV. *Balance y perspectivas de la MINURSO.* V. *Bibliografía.*

* Catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela y director del Centro de Estudios sobre el Sahara Occidental de dicha Universidad.

** Doctoranda en la Universidad de Santiago de Compostela.

Artículo recibido el 17 de julio de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 351-394
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La Misión de Naciones Unidas para el Sahara Occidental (MINURSO) fue la más ambiciosa operación de mantenimiento de la paz en el momento de su creación en 1990. Este artículo estudia las fuentes de inspiración de la misma, para examinar después su normativa, misiones y estructura. Tras ello se analiza la Misión desde las perspectivas del idioma, la nacionalidad y el sexo. Finalmente se juzgan sus resultados y se sugieren los cambios aconsejables en su mandato.

Palabras clave: MINURSO, Sahara Occidental, OUA, ONU, referéndum, derechos humanos, actividades económicas.

ABSTRACT: The United Nations Mission for Western Sahara (MINURSO) was the most ambitious peacekeeping operation at the time of its creation in 1990. This paper explores the precedents that inspired this Mission, and then examines its normative frame, its missions and structure. Then, the paper analyses the Mission from the language, nationality and gender perspectives. Finally, we dare to judge the successes and failures experienced as well as the advisable changes in its mandate.

Key words: MINURSO, Western Sahara, UN, OAU, Referendum, Human Rights, Economic Activities.

RÉSUMÉ: La Mission des Nations Unies pour le Sahara occidental (MINURSO) était l'opération de maintien de la paix la plus ambitieuse au moment de sa création en 1990. Cet article explore les précédents qui ont inspiré cette Mission, et alors examine son cadre normatif, ses missions et sa structure. Ensuite, on analyse la Mission d'après les perspectives de la nationalité, de la langue et du sexe des composantes de la Mission. À la lumière de ce qui précède on essaie de juger des succès et des échecs ainsi que des modifications souhaitables de son mandat.

Mots-clés: MINURSO, Sahara occidental, ONU, OUA, référendum, droits de l'homme, activités économiques.

I. EL CAMINO A LA MINURSO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A nuestro juicio, para entender el origen de la Misión de Naciones Unidas para el Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO) se deben conocer las propuestas anteriores para establecer un mecanismo internacional que pusiera en práctica el derecho de autodeterminación del pueblo del Sáhara Occidental: el Informe de la Misión Visitadora de la Asamblea General y el “Plan Waldheim” de 1975 y varias decisiones posteriores de la Organización de la Unidad Africana (OUA).

1. *Las propuestas contenidas en el Informe de Misión Visitadora de la Asamblea General de 1975*

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1974 una resolución¹ en la que pidió, entre otras cosas, el envío de una misión visitadora de las Naciones Unidas al Sahara Occidental para elaborar un informe. En mayo y junio de 1975, la Misión llevó a cabo una amplia gira² y más tarde presentó su informe el 10 de octubre de 1975.³ Según este informe, España, Marruecos y la población saharauí expresaron su voluntad de que las Naciones Unidas deberían estar sobre el terreno, para ayudar al pueblo del Sáhara Occidental en el ejercicio de su derecho a la libre determinación. España consideró que la independencia debería ser una de las opciones en el referéndum (teniendo en cuenta el hecho observado por la Misión de que la mayoría de la gente quería la independencia),⁴ una opinión compartida por la población del Territorio que también solicitó la presencia de la OUA.⁵ Marruecos consideró que el referéndum debería permitir elegir entre la integración en España o en Marruecos.⁶

¹ A/RES/3292 (13 de diciembre de 1974).

² La Misión visitó España, el Sáhara Occidental, Marruecos, Argelia y Mauritania.

³ A/10023/Add.5.

⁴ *Ibidem*, par. 12.

⁵ *Ibidem*, par. 18.

⁶ *Ibidem*, par. 14.

El informe dijo que la Misión estaba “convencida de que una presencia de las Naciones Unidas en el territorio, en la forma y por un tiempo que se determinasen, podría ser útil y podría constituir un factor de apaciguamiento y de confianza que es indispensable para la descolonización pacífica del Territorio”.⁷ La Misión observó que todas las partes y actores interesados establecieron algunas condiciones para la celebración de cualquier consulta popular en el Territorio, incluido “(c) un periodo de transición durante el cual una presencia de las Naciones Unidas asumiría la responsabilidad de la administración y el mantenimiento de la paz y el orden en el Territorio”,⁸ así como la “paz y seguridad en la región”.⁹ Las partes afectadas e interesadas acordaron que la tarea de establecer quién es y quién no es un saharauí perteneciente al Territorio (y, por lo tanto, que pudiera participar en el referéndum), debería encomendarse a una comisión de expertos designada por las Naciones Unidas, que tendrían que trabajar en estrecha cooperación con la potencia administradora y con las demás partes afectadas e interesadas.¹⁰ El Informe solicitaba “estabilizar el número de efectivos en el Territorio y en las fronteras, así como evitar reforzarlos en cuanto a dotación, armamentos y equipo” y asegurar “que las tropas existentes se abstuvieran de cometer actos de provocación, ya fuera mediante su desplazamiento o mediante emboscadas, colocación de minas, ataques de comandos armados, sabotaje, etcétera”.¹¹

Justo después del anuncio el 16 de octubre de 1975 por la Corte Internacional de Justicia de su Opinión Consultiva sobre el Sáhara Occidental que afirmaba que ni Marruecos ni Mauritania nunca tuvieron “vínculos de soberanía” en el Sáhara Occidental,¹² Hassan II de Marruecos lanzó la llamada “Marcha Verde” para “recuperar” el Sahara Occidental.¹³

⁷ *Ibidem*, par. 40.

⁸ *Ibidem*, par. 34.

⁹ *Ibidem*, par. 36 y 41.

¹⁰ *Ibidem*, par. 35.

¹¹ *Ibidem*, par. 38 (c) y (d).

¹² *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, pp. 12 y ss.; p. 68, párrafo 162: “la Cour conclut que les éléments et renseignements portés à sa connaissance n’établissent l’existence d’aucun lien de souveraineté territoriale entre le territoire du Sahara occidental d’une part, le Royaume du Maroc ou l’ensemble mauritanien d’autre part...”.

¹³ Hassan II, discurso de 16 de octubre de 1975.

2. El plan de Waldheim de octubre de 1975

Una vez que Marruecos creó esta situación, el entonces secretario general Kurt Waldheim (1972-1981) realizó una gira por la región para proponer un plan para resolver la crisis. Su plan tomó muchos elementos de las propuestas contenidas en el Informe de la Misión de Visita publicado semanas antes. Waldheim dijo que “España estaba dispuesta a cooperar plenamente con las Naciones Unidas, a las que podría pedirse que desempeñaran una función adecuada, por ejemplo, la administración temporal del Territorio por parte de las Naciones Unidas hasta el momento en que pudieran averiguarse los deseos de la población”.¹⁴ Waldheim informó que estaba realizando “consultas con las partes” y pensó que las partes “estarían preparadas a reconocer a las Naciones Unidas como un elemento esencial en la búsqueda de una solución aceptable” y que “en el marco de una solución de esa índole cabría que se pidiera a las Naciones Unidas que desempeñaran una función adecuada”.¹⁵

El Plan Waldheim no se publicó en ningún documento oficial de la ONU. André Lewin, portavoz del secretario general Waldheim (1972-1975), lo publicó por primera vez en 2005.¹⁶ La primera redacción del Plan incluía el nombramiento de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas y el envío de 30 funcionarios públicos de las Naciones Unidas y una pequeña fuerza de mantenimiento de la paz de 700 soldados de las Naciones Unidas. El núcleo de la segunda versión del Plan de Waldheim estaba contenido en su cuarto párrafo que proponía una administración interina de las Naciones Unidas con las misiones de supervisar la retirada de España; asumir la administración del Territorio; permitir el regreso de los refugiados; negociar con las partes del conflicto y las partes interesadas los arreglos de una consulta (especialmente: el método para la consulta, las preguntas que deben plantearse, la identificación de los votantes) y establecer un ambiente que

¹⁴ S/11863 (31 de octubre de 1975), pará. 16 (c).

¹⁵ *Ibidem*, pará. 18.

¹⁶ Lewin, A., “Les Nations Unies et la marche verte : souvenirs personnels d’une négociation”, ARSO, 2005. La primera referencia a este plan parece ofrecerla Hodges citando a Piniés (Hodges, T., *Western Sahara: The Roots of a Desert War*, Westport (Connecticut), Lawrence Hill and Company, 1983, p. 219), disponible en: <http://www.arso.org/Lewin.htm>.

facilite la libertad de expresión para permitir la libre y auténtica expresión de la voluntad de la población.

El Plan Waldheim fracasó debido a la oposición de Marruecos, quien previamente alcanzó un acuerdo secreto con el príncipe Juan Carlos, jefe interino de Estado de España desde el 30 de octubre hasta el 22 de noviembre de 1975, cuando fue coronado.

3. *El plan de la OUA de 1983*

Tras el “Acuerdo de Madrid” del 14 de noviembre de 1975,¹⁷ España se retiró del Territorio el 26 de febrero de 1976. Las tropas del Frente Polisario resistieron la invasión y ocupación del Sahara Occidental por Marruecos y Mauritania. En 1979, Mauritania se retiró de la parte sur del Sáhara Occidental y firmó un acuerdo con el Frente Polisario,¹⁸ pero Marruecos continuó su ocupación y el Polisario su resistencia. En este escenario, la Organización de la Unidad Africana (OUA) presentó su primera versión de un Plan de Paz en 1981, enmendado en 1982.

La Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, reunida en Nairobi del 24 al 27 de junio de 1981, aprobó una resolución en la que solicitó a las Naciones Unidas, conjuntamente con la OUA, que proporcionara la Fuerza de Mantenimiento de la Paz que se instalaría en el Sáhara Occidental para garantizar la paz y la seguridad durante la organización y la realización del referéndum y las elecciones subsiguientes¹⁹ y decidió establecer un “Comité de aplicación” con plenos poderes para garantizar, con la cooperación de las partes, la implementación de las Recomendaciones del Comité Ad-Hoc de la OUA (previamente establecido por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA en su sesión celebrada del 18 al 22 de julio de 1978).²⁰

Tras la resolución aprobada de la OUA de junio de 1981, el Comité de Aplicación sobre el Sáhara Occidental de la Organización de la Unidad Afri-

¹⁷ *United Nations Treaty Series*, vol. 988, 1975, no. I-14450, p. 258.

¹⁸ Acuerdo mauritano-saharai, firmado en Argel el 10 de agosto de 1979 (publicado como Anexo I del documento oficial de Naciones Unidas A/34/427 – S/13503).

¹⁹ AHR/Res. 103 (XVIII).

²⁰ AHG/Res. 92 (XV) (1978) (también publicado como documento oficial de Naciones Unidas A/33/337).

cana, en su primera sesión ordinaria, celebrada en Nairobi del 24 al 26 de agosto de 1981, adoptó una decisión sobre los elementos básicos de un plan de paz para el Sáhara Occidental:²¹ referéndum, los requisitos estructurales del mismo, cese el fuego, financiamiento de la implementación de la decisión y principios generales.

El Plan de la OUA de 1981 establecía en primer lugar que “el referéndum será un acto de libre determinación que permitirá al pueblo del Sáhara Occidental expresarse libre y democráticamente sobre el futuro de su territorio” en el que participarían “todos los saharauis inscritos en el censo realizado en 1974 por las autoridades españolas y que tengan 18 años o más tendrán derecho a voto”. Para determinar la población de refugiados saharauis que se encontrasen en los países limítrofes se recurriría a los registros del ACNUR.

En ese referéndum el pueblo del Sáhara Occidental optaría entre la independencia o la integración con Marruecos. Para celebrar el referéndum se contemplaba la necesidad de cuatro “condiciones estructurales”: (I) que será organizado y llevado a la práctica por el Comité de Aplicación de la OUA en colaboración con las Naciones Unidas; (II) que el referéndum se organice con imparcialidad, estableciendo una administración provisional imparcial apoyada por componentes civiles, militares y policiales; (III) que la administración provisional trabajará en colaboración con las estructuras administrativas existentes en la región; y (IV) que la administración provisional recibirá asimismo asistencia de un número conveniente de miembros de las fuerzas de mantenimiento de paz de la OUA o de las Naciones Unidas, o de ambas organizaciones. Además, se contemplaba una *cesación del fuego* tras la proclamación de la fecha fijada por el Comité de Aplicación; quedando las tropas de las partes en conflicto confinadas; y apostándose en la región las fuerzas de mantenimiento de la paz para garantizar la cesación del fuego.

Finalmente, el Plan contenía varios “principios generales”, siendo el más importante que “todas las partes se comprometían a respetar los resultados del referéndum”. Además, debería ser el Comité de Aplicación quien anunciara los resultados del Referéndum.

En 1982, el Comité de Aplicación sobre el Sahara Occidental aprobó dos decisiones que agregaron algunos detalles a su plan: una regulaba más

²¹ Decisión AHG/IMP.C/WS/DEC.I (I) Rev.1 (reproducida en los documentos de Naciones Unidas A/36/512 y S/14692).

detalladamente del alto el fuego²² y la otra agregaba una descripción más precisa de la “Administración provisional”, las “Modalidades para la organización del referéndum” e introducía la figura del “Comisario”, con autoridad legislativa para aprobar las regulaciones necesarias para llevar a cabo el referéndum correctamente.²³ Después de que el Comité de Aplicación introdujera en 1982 estos nuevos elementos en su Plan original de 1981, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA volvió a pedir a “las Naciones Unidas, que conjuntamente con la OUA, proporcione fuerza de mantenimiento de la paz”, como se reiteró en la Resolución de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en su 19a. sesión ordinaria en Addis Abeba, Etiopía, del 6 al 12 de junio de 1983.²⁴ El Plan de Paz sintetizado en la Resolución de la OUA de 1983 fue respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en varias resoluciones²⁵ hasta la fecha en que el Consejo de Seguridad aprobó su propio Plan.

II. EL ESTABLECIMIENTO DE LA MINURSO: NORMATIVA, MISIONES Y ESTRUCTURA

1. *Normativa de la MINURSO*

La normativa que regula la MINURSO se contiene en un conjunto de documentos: (A) el “Plan de Arreglo”; (B) varios reglamentos del SG; y (C) ulteriores acuerdos, ya entre las partes, ya entre Naciones Unidas y cada una de las dos partes.

²² Decisión AHG/IMP.C/WS/DEC.1 (II) Rev.2 (reproducida como Anexo del documento oficial de Naciones Unidas A/37/570/Rev.1).

²³ Decisión AHG/IMP.C/WS/DEC.2 (II) Rev.2 (reproducida como Anexo del documento oficial de Naciones Unidas A/37/570/Rev.1).

²⁴ AHG/Res. 104 (XIX) [reproducida en el documento de Naciones Unidas A/38/312].

²⁵ A/RES/38/40 (1983); A/RES/39/40 (1984); A/RES/40/50 (1985); A/RES/41/16 (1986); A/RES/42/78 (1987); A/RES/43/33 (1988); A/RES/44/88 (1989); A/RES/45/21 (1990).

A. El origen

El origen del “Plan de Arreglo” está en una resolución de la Asamblea General de 1985 que invitó al entonces presidente de la Organización de la Unidad Africana y al secretario general de las Naciones Unidas a tomar medidas encaminadas a conseguir “que las dos partes en el conflicto, el Reino de Marruecos y el Frente Popular para la Liberación de Saguia el-Hamra y de Río de Oro” negociaran, “de conformidad con la resolución AHG/Res.104 (XIX) y de la presente resolución, las condiciones de una cesación del fuego y las modalidades para organizar el mencionado referéndum”.²⁶

El 31 de octubre de 1986, las partes acordaron negociar un alto al fuego y establecer una misión de mantenimiento de la paz.²⁷ Como resultado de estos esfuerzos, en 1988 Marruecos y el Frente Polisario dieron su acuerdo de principio a las propuestas conjuntas (las “Propuestas de Arreglo”) elaboradas por el entonces secretario general (Javier Pérez de Cuéllar, 1982-1991) y del presidente de la Organización de la Unidad Africana (Kenneth Kaunda).²⁸

El Consejo de Seguridad “tomó nota” de esta primera versión del Plan, que no se publicó aún, autorizó al secretario general a designar a un representante especial para el Sáhara Occidental y pidió al secretario general que transmitiera un informe sobre la celebración de un referéndum organizado y supervisado por las Naciones Unidas en cooperación con la Organización de la Unidad Africana.²⁹ Dos años más tarde, el 18 de junio de 1990, el secretario general publicó las propuestas aceptadas por las partes (las “Propuestas de Arreglo”),³⁰ primera versión del Plan de la ONU que, desarrolla algunas ideas del Plan de la OUA. Esas Propuestas hacen referencia a las dos misiones principales que deben cumplirse: celebrar un referéndum y lograr un alto el fuego, al tiempo que esboza la figura del “Representante Especial” de la ONU para el Sáhara Occidental.

²⁶ A/RES/40/50 (1985), pará. 5.

²⁷ Rikhye, I. J. “The future of Peacekeeping”, en Rikhye, I.J. & Skjelsbaek, K. (eds.), *The United Nations and Peacekeeping: Results, Limitations and Prospects: The Lessons of 40 Years of Experience*, Nueva York, Palmgrave MacMillan, 1991, pp. 170-199.

²⁸ A/43/680 (1988); S/RES/621 (1988).

²⁹ S/RES/621 (1988).

³⁰ S/21360 (1990), Parte I (pará. 4-42).

Las “Propuestas de Arreglo” incluyen el establecimiento de una “Comisión de Identificación” que desempeñó un papel importante en la última década del siglo XX en el asunto del Sahara Occidental.

Las “Propuestas de Arreglo” se complementaron con un “Plan de Aplicación” preparado por el Secretario General de conformidad con la Resolución 621 (1988) del Consejo de Seguridad.³¹ El “Plan de Aplicación” regula con más detalle algunas cuestiones insuficientemente desarrolladas en las “Propuestas de Arreglo”: el confinamiento de tropas, el regreso de los refugiados o la liberación de prisioneros. Pero la principal innovación del “Plan de Aplicación” es la referencia, por primera vez, a la “Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO)”.³²

El 27 de junio de 1990, el Consejo de Seguridad aprobó *por unanimidad* el Plan de Arreglo compuesto por estos dos documentos (“Propuestas de Arreglo” y “Plan de Aplicación”), pero aún no autorizó el establecimiento de la MINURSO porque solicitó un informe más detallado sobre el plan de implementación que contuviera, en particular, una estimación del costo.³³ El 19 de abril de 1991, el secretario general presentó un nuevo informe con la información requerida por el Consejo,³⁴ proporcionando una estimación de los requisitos financieros para mantener la MINURSO³⁵ y un calendario para la aplicación del Plan.³⁶ Algunos días después, el secretario general proporcionó al presidente del Consejo de Seguridad detalles adicionales sobre el costo de la Misión (estimado en US \$200 millones).³⁷ Finalmente, el 29 de abril de 1991, el Consejo de Seguridad aprobó el establecimiento de la MINURSO.³⁸

B. La normativa sobre la MINURSO

La normativa sobre la MINURSO también comprende una serie de reglamentos y disposiciones dictados por el secretario general al amparo del

³¹ S/21360 (1990), Parte II, parás. 43-85.

³² *Ibidem*, pará. 49.

³³ S/RES/658 (1990).

³⁴ S/22464 (1991).

³⁵ *Ibidem*, pará. 50.

³⁶ *Ibidem*, pará. 52.

³⁷ S/22532 (1991), pará. 3.

³⁸ S/RES/690 (1991).

“Plan de Arreglo”, algunos de ellos especialmente importantes. En primer lugar, el “Plan de Aplicación” autorizaba al secretario general a dictar un reglamento que entrará en vigor en el Territorio para todos los interesados y que incorporará “en lo esencial” las “disposiciones pertinentes de las propuestas de arreglo acordadas por las partes”.³⁹

En virtud de esa autorización, el secretario general aprobó el 8 de noviembre de 1991 un “Reglamento general para la organización y la realización de un referéndum del Sahara Occidental” (el “Reglamento”).⁴⁰ En segundo lugar, haciendo un uso —creemos que abusivo— de esa autorización contenida en el “Plan de Arreglo” y en desarrollo del “Reglamento”, el secretario general aprobó en diciembre de 1991 unas “Instrucciones relativas a los trabajos de la Comisión de Identificación” que modificaban unilateralmente ciertas disposiciones contenidas en el “Plan de Arreglo” (tanto en las “Propuestas de Arreglo” como en el “Plan de Aplicación”), con relación a los criterios de identificación para ser incluido en la lista de votantes del referéndum al añadir criterios adicionales al de figurar en el censo español de 1974.⁴¹

En tercer y cuarto lugar, y también al amparo de la autorización del “Plan de Arreglo” y del “Reglamento”, el SG aprobó una “Interpretación de los criterios y modalidades de identificación que se anexan en el Informe del secretario general de 19 de diciembre de 1991 (S/23299)” y un “Mandato de la Comisión de Identificación”.⁴² Además, en quinto lugar, se incluye en esta categoría el “Calendario previsto para la aplicación del Plan de Arreglo”.⁴³

C. Acuerdos adicionales

Finalmente, existen diversos acuerdos adicionales que contribuyen a perfilar el estatus y las misiones de la MINURSO. Por un lado, existen varios acuerdos entre Marruecos y el Frente Polisario, patrocinados por Naciones Unidas. Para superar diversas dificultades en el proceso de paz, ambas par-

³⁹ S/21360 (1990), pará. 58.

⁴⁰ S/26185 de 28 de julio de 1993, anexo III.

⁴¹ S/23299 (1991).

⁴² S/26185 del 28 de julio de 1993, anexos I y II.

⁴³ S/1997/882 del 13 de noviembre 1997, anexo II.

tes acordaron nuevas disposiciones negociadas por el enviado personal del secretario general para el Sáhara Occidental, James Baker III (1997-2004), y que fueron aprobadas por el Consejo de Seguridad. Esas normas están contenidas en los “Acuerdos de Houston” de 1997⁴⁴ y en el paquete de medidas de la Secretaría General en relación con la identificación de los votantes, el proceso de apelación y el calendario de implementación revisado de 1999.⁴⁵ Por otro lado, existen varios acuerdos de las Naciones Unidas o de la MINURSO, con Marruecos y el Frente Polisario.

Así, en primer lugar, el comandante de la fuerza de la MINURSO del momento, el austriaco Bernd S. Lubenik, patrocinó sendos acuerdos, con el mismo contenido, firmados entre la MINURSO y Marruecos, por un lado, y la MINURSO y el Frente Polisario, por otro. El más importante de ellos es el “Acuerdo Militar núm. 1”, de diciembre de 1997.⁴⁶ En segundo lugar, Naciones Unidas firmó con Marruecos, el 11 de febrero de 1999, un acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas de la MINURSO.⁴⁷

⁴⁴ S/1997/742, Anexos I-III, aprobados por el Consejo de Seguridad en S/RES/1133 (1997).

⁴⁵ S/1999/483/Add.1, bienvenida por la Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1238 (1999). El paquete comprende el “Protocolo relativo a la identificación de las solicitudes particulares restantes de los solicitantes que pertenecen a las agrupaciones tribales H41, H61 y J51/52”, las “Directrices operacionales para la identificación de las solicitudes restantes de los solicitantes que pertenecen a las agrupaciones tribales H41, H61 y J51/52”, el “Procedimiento de apelación en relación con el referéndum del Sáhara Occidental”, las “Directrices operacionales para la aplicación del procedimiento de apelación” y el “Calendario provisional para la aplicación del Plan de Arreglo”.

⁴⁶ Acuerdo Militar núm. 1 entre las Fuerzas Armadas Reales de Marruecos y la MINURSO, por un lado, y las Fuerzas Militares del Frente Polisario y la MINURSO, por el otro, de diciembre de 1997. Este acuerdo, no publicado por Naciones Unidas, está mencionado en el párrafo 18 del informe del secretario general al Consejo de Seguridad S/1998/35]. Su contenido fue filtrado y publicado por la web del CESO de la USC, disponible en: <http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/institutos/ceso/descargas/Military-Agreement-1.pdf>.

⁴⁷ Acuerdo entre las Naciones Unidas y Marruecos relativo al estatus de la Misión de Naciones Unidas para el Referéndum en el Sahara Occidental, firmado en Nueva York el 11 de febrero de 1999, mencionado en el párrafo 12 del informe del secretario general al Consejo de Seguridad S/1999/307. El texto se publicó en *United Nations Juridical Yearbook 1999*, United Nations, Nueva York, 2007, pp. 5-16.

2. Las misiones de la MINURSO

A las tres misiones principales previstas en el Plan de la OUA, a) referéndum, b) alto al fuego, y c) retorno de refugiados, el Plan de la ONU agregó otra misión: d) liberación de presos políticos.

A. El núcleo

El núcleo de la MINURSO es preparar un censo de las personas con derecho a votar en el referéndum para la autodeterminación del pueblo saharauí. Las “Propuestas de Arreglo” acordadas por las partes y el “Plan de Aplicación” propuesto por el secretario general (ambos aprobados por el Consejo de Seguridad en 1990), fueron claros al afirmar que la lista de votantes debería ser una *actualización del censo español de 1974*,⁴⁸ pero el secretario general modificó sustancialmente este criterio claro y objetivo en diciembre de 1991, invocando la autoridad otorgada por él en el “Plan de Aplicación”⁴⁹ y el capítulo III del “Reglamento General para la Organización y realización del Referéndum del Sáhara Occidental”.⁵⁰ Al invocar este poder, el secretario general modificó los criterios de inclusión en el censo y los medios de probar el cumplimiento de los mismos.

⁴⁸ S/21360 (1990), “Propuestas de Arreglo” (parás. 27 y 28) y “Plan de Aplicación” (para. 61).

⁴⁹ S/21360 (1990), pará. 58 (“En las propuestas de arreglo las partes reconocieron que correspondía a las Naciones Unidas la responsabilidad única y exclusiva de la organización y realización del referéndum... El secretario general dictará un reglamento... en el que se incorporarán en lo esencial las disposiciones pertinentes de las propuestas de arreglo acordadas por las partes” [cursiva nuestra]). Por eso debe matizarse la afirmación de que al adoptar este reglamento el secretario general erosionó la “base consensual” sobre la que se construyó el proceso de paz (Solà-Martin, A., “Lessons from MINURSO. A contribution to new thinking”, *International Peacekeeping*, Sep. 2006, vol. 13, issue 3, p. 373). Lo cuestionable no es en sí la “erosión” de la “base consensual”, sino si el Reglamento del secretario general contiene “en lo esencial” las “propuestas de arreglo acordadas por las partes”.

⁵⁰ Artículo 14 del Reglamento Aprobado el 8 de noviembre de 1991 (S/26185, Anexo III). “La Comisión de Identificación... examinará los casos de todos los saharauíes, de 18 años cumplidos en la fecha de cierre del periodo de inscripción en la lista electoral, que no estén inscritos en la lista revisada ...”.

Los *criterios de admisión* en el censo fueron modificados en las “Instrucciones relativas a los trabajos de la Comisión de Identificación”,⁵¹ en las que el secretario general trató de justificar esta alteración argumentando que “a los efectos de realizar la labor que le fue encomendada, la Comisión de Identificación debe revisar los casos de saharauis naturales del Sahara occidental que, en la época en que se efectuó el censo, se encontraban en el Territorio pero no fueron censados o estaban ausentes del Territorio” y que para garantizar que todos los saharauis con derecho a ello tengan la oportunidad de participar en el referéndum sobre el futuro estatus del Territorio, la Comisión de Identificación debe “utilizar con absoluta imparcialidad, todos los recursos y servicios de que pueda disponer y, en particular, recurrir a notables y jefes tribales”.⁵²

Los nuevos criterios y tipos de pruebas admitidos fueron objeto de otro Reglamento del secretario general (“Interpretación y aplicación de los criterios”) luego de un compromiso presentado a las partes por el secretario general.⁵³ Como consecuencia de lo anterior el secretario general también cambió el tipo de criterios para juzgar la estimación de las solicitudes. Al único criterio del “Plan de Arreglo (la prueba documental de la inclusión en el censo español de 1974), el secretario general agregó otros.⁵⁴

Además, en lugar de la sola *prueba* documental, objetiva y por escrito, de la inclusión en el censo español de 1974, el secretario general consideró que la Comisión de Identificación debería tomar en consideración el he-

⁵¹ Anexo del Informe del Secretario General de 19 de diciembre de 1991 (S/23299).

⁵² “Instrucciones relativas a los trabajos de la Comisión de Identificación” (S/23299, anexo, para. 16).

⁵³ “Interpretación y aplicación de los criterios y modalidades de identificación que se anexan al Informe del Secretario General de 19 de diciembre de 1991 (S/23299)”, (S/26185, anexo I).

⁵⁴ “Instrucciones relativas a los trabajos de la Comisión de Identificación” (S/23299, anexo, parás. 23, 25-26, 29-31). El resultado es que los criterios para ser incluidos en el nuevo censo fueron seis: (1) estar incluido en la lista revisada del censo; (2) haber vivido en el Territorio como miembro de una tribu sahariana en el momento del censo de 1974, pero sin haber sido inscrito; (3) ser miembro de la familia inmediata de los grupos (1) y (2), es decir, padre, madre e hijos; (4) haber nacido de un padre saharauí nacido en el Territorio; (5) ser miembro de una tribu sahariana perteneciente al Territorio si han residido en el Territorio por un periodo de seis años consecutivos antes del 1o. de diciembre de 1974; (6) ser miembro de una tribu sahariana perteneciente al Territorio si tenían una residencia intermitente en el Territorio por un periodo de doce años antes del 1o. de diciembre de 1974.

cho de que en la sociedad sahariana, los testimonios orales desempeñan un papel importante en todas las actividades sociales y que esos testimonios, proporcionados en las condiciones apropiadas, también deberían ayudar a la Comisión a juzgar los méritos de las solicitudes individuales.⁵⁵ Los únicos testimonios orales válidos se consideraron los de los jefes tribales (jeques o *shiu*j).⁵⁶

El cambio sustancial introducido por el secretario general, Pérez de Cuéllar, en diciembre de 1991 originó más disputas entre las partes, que dificultaron completar la lista de votantes, lo que podría haberse cumplido fácilmente si sólo se tuviera que actualizar el censo español de 1974, según lo estipulado en las “Propuestas de Arreglo” acordadas por las partes. Únicamente en 1993, ambas partes pudieron acordar el mandato y los términos de la Comisión de Identificación.⁵⁷ El primer paso fue establecer una versión revisada y actualizada del censo español de 1974 que identificó 1,498 fallecidos y 484 casos de duplicación de nombres. Por lo tanto, la lista revisada del censo incluyó 72,361 nombres. Se transmitió a las partes en noviembre de 1993. El lanzamiento del proceso que lleva a la identificación y el registro se anunció oficialmente el 3 de noviembre de 1993 y las listas revisadas del censo de 1974 se anunciaron y se pusieron a disposición de la población de El Aaiún el 22 de noviembre de 1993.⁵⁸

A pesar de una serie de bloqueos en el proceso de paz, y especialmente gracias primero a la documentación complementaria proporcionada por España⁵⁹ y luego a los esfuerzos del enviado personal del secretario general para el Sáhara Occidental, James Baker III, se inició la operación de identificación y registro el 28 de agosto de 1994,⁶⁰ que suspendida el 22 de diciembre de 1995⁶¹ se reanudó el 3 de diciembre de 1997.⁶² El 15 de

⁵⁵ “Instrucciones relativas a los trabajos de la Comisión de Identificación” (S/23299, anexo, para. 32).

⁵⁶ “Interpretación y aplicación de los criterios y modalidades de identificación que se anexan al Informe del Secretario General de 19 de diciembre de 1991 (S/23299)” (S/26185, anexo I, paras. 20-23).

⁵⁷ S/26185 (1993).

⁵⁸ S/26797 (1993), par. 21.

⁵⁹ S/1995/240, par. 7.

⁶⁰ S/1994/1257, par. 12.

⁶¹ S/1996/43, par. 19.

⁶² S/1998/35, par. 2.

julio de 1999 el representante especial comunicó la primera parte de la lista provisional⁶³ y, tras examinar a los miembros de las “tribus en disputa”, el 30 de diciembre de 1999 la MINURSO completó la lista provisional de votantes.⁶⁴ Una vez comunicada a las partes y publicada la lista provisional de votantes (algo inicialmente previsto para el 30 de noviembre de 1999, pero hecho en realidad el 30 de diciembre de 1999), los Acuerdos disponían el “establecimiento de la Comisión de Referéndum” en la misma fecha (30 de diciembre de 1999), el “fin de las apelaciones” (28 de febrero de 2000), el “comienzo del período de transición” (6 de marzo de 2000), el “fin de la repatriación (de los refugiados)” y el “inicio de la campaña del referéndum” (10 de julio de 2000) y, finalmente, el “referéndum” (31 de julio de 2000).⁶⁵

Sin embargo, *el secretario general no aplicó los pasos previstos en el Plan de Arreglo*. Para justificar su incumplimiento argumentó que

... la aplicación del plan, incluido el comienzo del período de transición, se ha visto impedida por diferencias fundamentales entre las partes con relación a la interpretación de sus principales disposiciones [y que] la cuestión del establecimiento del electorado ha sido... un problema básico que pudiera a la larga impedir la celebración del referéndum previsto en el plan.

El resultado es que

... es probable que las mismas preocupaciones básicas imbuyan también el proceso de apelación [y que] además de examinar las apelaciones, lo que podría tomar mucho tiempo, será necesario resolver otras cuestiones con las partes antes se pueda celebrar el referéndum [y que] aun suponiendo que se celebre el referéndum de conformidad con el plan de arreglo y los acuerdos de las partes, cabe señalar que si los resultados no son reconocidos o aceptados por una de las partes, el plan de

⁶³ S/1999/875, pará. 7 (“La primera parte incluía los nombres de 84.251 solicitantes con derecho a voto de los 147,249 identificados”); pará. 9 (“la lista provisional comprendía 46,255 electores de Marruecos (y del Territorio), 33,786 de los campamentos de Tinduf y 4,210 de Mauritania”). De acuerdo con el entonces ministro del interior marroquí, Driss Bassari, 40.1% de los saharauis autorizados a votar estaban “patrocinados” por el Frente Polisario (*El País*, 16 de julio de 1999, p. 7).

⁶⁴ S/2000/131, pará. 6.

⁶⁵ S/1999/483 Add.1 (“Calendario provisional para la aplicación del Plan de Arreglo”).

arreglo no tiene previsto, ni es probable que se proponga, ningún mecanismo coercitivo, que requiera el uso de medios militares para imponer el resultado.

Por lo anterior, considero que “sería oportuno examinar la situación” y pedir al enviado personal que “consulte con las partes y, tomando en cuenta los obstáculos existentes y posibles, explore medios y arbitrios para lograr una solución pronta, duradera y convenida de sus controversias, que defina sus derechos y obligaciones respectivos en el Sahara Occidental”.⁶⁶

En realidad, los argumentos del secretario general eran falaces. En primer lugar, no era cierto que “la aplicación del plan, incluido el comienzo del periodo de transición, se ha visto impedida por diferencias fundamentales entre las partes con relación a la interpretación de sus principales disposiciones”, porque incluso con cierta demora en el calendario, se cumplieron diferentes pasos del cronograma (lista de votantes, alto el fuego, lista de refugiados). Segundo, es cierto que “el tema del establecimiento del electorado” era “un problema básico”, pero no impidió que finalmente se estableciera la lista provisional de votantes.

En tercer lugar, era cínico decir en 2000 que el proceso de apelaciones “podría tomar mucho tiempo” desde la perspectiva de los 19 años transcurridos sin ningún progreso fuera del “Plan de Arreglo”. Cuarto, es sólo una presunción decir que “si los resultados no son reconocidos o aceptados por una de las partes, el Plan de Arreglo no tiene previsto, ni es probable que se proponga, ningún mecanismo coercitivo”, porque en tal caso, el Consejo de Seguridad es competente para tomar las medidas apropiadas. Y quinto, finalmente, el secretario general pareció “olvidar” que ambas partes se comprometieron a otorgar a las Naciones Unidas la autoridad para llevar a cabo el referéndum y decidir las disputas entre las partes, como se establece claramente en los Acuerdos de Houston de 1997, que realmente ponen fin al punto muerto en el proceso de identificación.⁶⁷

⁶⁶ S/2000/131, para. 32, 34-37.

⁶⁷ “Las partes reconocen que las Naciones Unidas están obligadas en virtud del Plan de Arreglo a organizar y celebrar un referéndum libre imparcial y transparente y libre de toda restricción, para los participantes y los observadores acreditados, y dan su conformidad a ello. Asimismo, aceptan y acuerdan que el Representante Especial del Secretario General decrete el inicio de la campaña para el referéndum cuando considere que todas esas condiciones se han satisfecho” (S/1997/742, anexo III “I. Declaración de las partes”, par. 2); “Las Naciones Unidas gozarán de autoridad única y exclusiva respecto de todas las cuestiones relacionadas

El Consejo de Seguridad, aun “acogiendo con beneplácito el informe” del SG, no siguió su consejo y reiteró

... su pleno apoyo a los esfuerzos que siguen realizando el secretario general, su enviado personal, su representante especial y la Misión de las Naciones Unidas para un referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO) para la aplicación del Plan de Arreglo y los acuerdos aprobados por las partes, con objeto de celebrar un referéndum libre, justo e imparcial para la libre determinación del pueblo del Sahara Occidental.⁶⁸

La MINURSO concluyó el proceso de identificación en diciembre de 1999.⁶⁹ En diciembre de 2003, su Comisión de Identificación había concluido con éxito su plan de trabajo auxiliar global, incluido el traslado de todos los expedientes de identificación y documentos delicados a la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra (UNOG), “donde se guardan ahora en condiciones de seguridad”.⁷⁰ Pero el SG no siguió adelante con el referéndum. La responsabilidad de este parón no fue sólo del secretario general, sino también del representante especial (en 1999-2001, el estadounidense William Eagleton), que según el Plan de Arreglo “se encargará de que se cumplan todos los elementos de las propuestas y del plan”.⁷¹

B. La supervisión

La supervisión de la *cesación del fuego* entre las dos partes beligerantes fue la segunda misión atribuida a la MINURSO. Relacionado con ésta fue el acuerdo sobre el acantonamiento o de tropas, que en el “Plan de Arreglo” se discutió mucho hasta que ambas partes pusieron fin a sus diferencias en los Acuerdos de Houston de 1997. Las disposiciones contenidas en el Plan de Arreglo y los Acuerdos de Houston relativos al alto el fuego se

con el referéndum, incluida su organización y celebración. Dicha autoridad será ejercida, en el marco establecido por el Plan de Arreglo, por el representante especial del secretario general” (S/1997/742, anexo III “II. Código de conducta de la campaña para el referéndum en Sahara Occidental”, par. 1).

⁶⁸ S/RES/1292 (2000).

⁶⁹ S/2000/131, par. 6. Disponible en: <https://minurso.unmissions.org/background>.

⁷⁰ S/2004/39, par. 5.

⁷¹ S/21360 (1990), par. 48.

han complementado con algunos Acuerdos Militares adicionales alcanzados gracias al esfuerzo de los comandantes de la Fuerza de la MINURSO. El más importante es el Acuerdo Militar núm. 1, de diciembre de 1997. Como informó la Secretaría General, “Después de mantener extensas consultas, el comandante de la Fuerza llegó a un nuevo acuerdo militar con ambas partes, que abarca el periodo de que se trata hasta el comienzo del periodo de transición previsto en el plan de arreglo”.⁷² El Acuerdo, en vigor, no se ha publicado oficialmente, pero se ha filtrado y publicado por primera vez en la página web de CESO.⁷³

Durante el “periodo de transición” establecido en el Plan de Arreglo, el alto el fuego tuvo que ser seguido por el intercambio de prisioneros de guerra (POW) bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).⁷⁴ En realidad, excepto el caso de Sidi Mohamed Dadash, sólo el Frente Polisario tenía POW. Aunque el alto al fuego entró en vigor el 6 de septiembre de 1991, el Frente Polisario no liberó a los prisioneros de guerra argumentando que las Naciones Unidas no aplicaron las otras medidas previstas en el Plan de Arreglo para el “periodo de transición”. La suspensión del referéndum desde 2001, con la consecuencia de la ausencia de un “periodo de transición” significó un grave problema humanitario para los prisioneros de guerra. Luego, desde 2001, el Consejo de Seguridad solicitó la liberación de los prisioneros de guerra con base en el derecho internacional humanitario y no a las disposiciones del Plan de Arreglo.⁷⁵ El Frente Polisario liberó varios POW en diferentes ocasiones, pero sólo el 18 de agosto de 2005, con la mediación de los Estados Unidos de América, el Polisario liberó sus últimos 404 POW marroquíes.⁷⁶

Aunque el secretario general ha informado de múltiples violaciones de los acuerdos militares, el hecho es que la guerra no se ha reanudado en el Sáhara Occidental, aunque han habido algunos momentos de alta tensión.

⁷² S/1998/35 (pará. 18).

⁷³ Cfr., <http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/g1/institutos/ceso/descargas/Military-Agreement-1.pdf>.

⁷⁴ S/21360 (1990), pará. 47 (c).

⁷⁵ S/RES/1359 (2001), pará. 5; S/RES/1429 (2002), pará. 5; S/RES/1495 (2003), pará. 4; S/RES/1598 (2005), preámbulo.

⁷⁶ S/2005/648, pará. 10; S/RES/1634 (2005), preámbulo.

C. El regreso de los refugiados

El tema del *regreso de los refugiados* ya se abordó en el “Plan de Waldheim” de 1975. Cuando se acordó el “Plan de Arreglo”, esta cuestión tenía una dimensión mucho más importante que en 1975, pues casi la mitad de la población originaria del Sáhara Occidental tuvo que huir del Territorio tras la ocupación marroquí y mauritana que comenzó en esa fecha. Para garantizar la organización de un referéndum libre y equitativo, el representante especial deberá declarar que todos los refugiados saharauis incluidos en el censo “podrán regresar libremente al Territorio y participar en el referéndum sin limitaciones y sin correr el riesgo de ser arrestados, detenidos, intimidados o encarcelados” por conducto de un programa organizado por la OACNUR”. La seguridad en estos puntos de cruce y en los centros de recepción establecidos por ACNUR será proporcionada por la Unidad Militar de MINURSO”. A tal fin, “el representante especial designará varios puntos de acceso”.⁷⁷ La OACNUR debe

... determinar y consignar los deseos de repatriación de cada persona del Sahara Occidental en el momento en que la Comisión de Identificación proceda a su inscripción como votante; expedir la documentación necesaria a los miembros cercanos de su familia y crear y administrar, en cooperación con la MINURSO que se encargará de la seguridad, los centros de recepción que se constituirán en el Territorio para el regreso de las personas del Sahara Occidental.⁷⁸

El ACNUR inició la preinscripción para la repatriación en los campamentos de refugiados de Tinduf en agosto de 1997. La última cifra, de mayo de 2000, documenta que 119,698 refugiados (que representan a 18,751 unidades familiares) y sus familias directas se preinscribieron en las listas provisionales de votantes de la MINURSO desde que comenzó el proceso en 1997. El Plan de Arreglo dice que se debe permitir a los refugiados “regresar al Territorio”.

Marruecos y el Frente Polisario discreparon porque Marruecos pretendía que los refugiados debían regresar no sólo al “Territorio” sino a las mis-

⁷⁷ S/21360 (1990), par. 33 (c), par. 72.

⁷⁸ S/22464, par. 34 y 35.

mas ciudades y aldeas de donde huyeron. Por el contrario, el Frente Polisario dijo que para regresar al Territorio, los refugiados tenían el derecho de elegir cualquier lugar del mismo Territorio. Esto significaba que los refugiados podían elegir entre sus ubicaciones originarias, que están ahora en el Territorio Ocupado por Marruecos (al oeste del muro, terraplén o berma construido por Marruecos que divide el Sahara Occidental) o en lugares en el Territorio liberado bajo el control del Polisario (al este de la berma). El hecho es que como informó el secretario general, “la gran mayoría de los refugiados sigue expresando el deseo de regresar únicamente al Territorio que se encuentra al este del terraplén, debido a los temores relativos a su seguridad personal”.⁷⁹

Algún autor ha dicho que la MINURSO ha fracasado porque sólo buscaba un “arreglo político” y no alcanzar los objetivos de una “PKO” (misión de mantenimiento de la paz).⁸⁰ No es cierto. Ya en 1999 el Consejo de Seguridad solicitó al ACNUR que formulara “recomendaciones para la adopción de medidas de fomento de la confianza y el calendario para su aplicación”.⁸¹ En otoño de 1999, el ACNUR presentó un proyecto de plan de acción para las *medidas de fomento de la confianza (CBM)* que facilitara el proceso de repatriación.⁸²

En su resolución de diciembre de 1999, el Consejo de Seguridad acogió con satisfacción la reiteración por parte de las partes de su acuerdo en principio al proyecto de Plan de Acción para medidas de fomento de la confianza transfronterizas, “incluidos los contactos persona a persona”, presentado de conformidad con la resolución 1238 (1999), de 14 de mayo de 1999, y les pidió que cooperaran con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la MINURSO con el fin de iniciar estas medidas sin más demora.⁸³ El secretario general precisó que el “contacto persona a persona” previsto era principalmente las “visitas familiares” de 2000.⁸⁴ En noviembre-diciembre de 2002, el Representante Especial (William Lacy

⁷⁹ S/2000/461, pará. 21.

⁸⁰ Ahmed, K., “The Western Sahara conflict”, en Juyal, Shreesh y Duncan, John (eds.), *Peace Issues in the 21st Century Global Context*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2017, pp. 203-222.

⁸¹ S/RES/1238 (1999), pará. 4.

⁸² S/1999/1219, pará. 20-21.

⁸³ S/RES/1282, pará. 2.

⁸⁴ S/2000/131, pará. 14.

Swing en ese momento) y un alto funcionario del ACNUR celebraron dos rondas de consultas con representantes de las partes (en ambas rondas) y Estados vecinos (sólo en la primera ronda) con respecto a la aplicación de medidas de fomento de la confianza.

Esas medidas fueron principalmente

... el establecimiento, sin costo alguno para los beneficiarios, de servicios telefónicos, de correos y de correo electrónico entre el Territorio al oeste de la berma y los campamentos de refugiados de Tinduf y algunas partes de Mauritania, así como el intercambio de visitas entre dichos lugares, organizadas por el ACNUR, de miembros de familias saharauis separadas.⁸⁵

La CBM más importante fue el intercambio de visitas de familiares saharianos separados. Este programa comenzó en marzo de 2004⁸⁶ y fue suspendido varias veces, pero finalmente, después de junio de 2014, no se han reanudado los vuelos debido a desacuerdos entre las dos partes sobre la lista de candidatos para visitas familiares.⁸⁷ Entre 2004 y 2014, a pesar de todas las interrupciones,⁸⁸ un total de 20,699 personas⁸⁹ se han beneficiado del programa de visitas familiares (4,387 familias). La propuesta del ACNUR de ampliar las visitas familiares por tierra, utilizando la ruta más directa

⁸⁵ S/2003/59, para. 15.

⁸⁶ El primer intercambio de visitas familiares entre refugiados del Sáhara Occidental que viven en los campamentos de la zona de Tinduf, en Argelia, y sus familiares en la ciudad de El Aaiún, dentro del Territorio comenzaron con éxito el 5 de marzo de 2004. En este primer intercambio, 21 refugiados fueron trasladados de Tinduf a El Aaiún en un vuelo de la MINURSO, y 19 saharauis de El Aaiún a Tinduf en el vuelo de regreso (S/2004/325, para. 25). El 9 de abril de 2004 se produjo el primer intercambio de visitas familiares entre la población de Dakhla [Villa Cisneros], dentro del Territorio, y los campamentos de la zona de Tinduf, en que participaron 50 personas de ambas partes (S/2004/325, para. 26). Más adelante se añadieron al programa otras ciudades del Sahara Occidental ocupado por Marruecos como Smara, Bojador y Auserd.

⁸⁷ S/2015/246, para. 49.

⁸⁸ Los vuelos fueron interrumpidos varias veces, en enero de 2005, mayo de 2006, marzo de 2010 y agosto de 2013.

⁸⁹ S/2015/246, para. 49.

desde Tinduf a Smara y El Aaiún (a través de la berma) no se ha aplicado, a pesar del acuerdo verbal de las partes.⁹⁰

D. La liberación de los presos políticos

La cuarta misión de la MINURSO es asegurar la *liberación de los presos políticos* considerada una condición previa a la celebración del Referéndum de Autodeterminación.⁹¹ El representante especial “tomará medidas, conjuntamente con las dos partes, para garantizar la excarcelación, antes del comienzo de la campaña del referéndum, de todas las personas del Sahara Occidental presas o encarceladas por motivos políticos y, con tal fin, se prevé una amnistía en la primera fase”. En este trabajo “estará asistido por un jurista independiente nombrado por el secretario general”.⁹² El 17 de enero de 1997, el entonces representante especial interino entregó a Marruecos la lista con 167 nombres de presos políticos presentados por el Frente Polisario. El jurista independiente se reunió con los funcionarios marroquíes el 8 de septiembre de 1997, quienes dijeron que sólo identificaron a una persona en la lista.⁹³ Según las autoridades marroquíes, las otras personas incluidas en la lista estaban: a) muertas, b) desconocidas, c) se habían unido al Frente Polisario, d) habían sido puestas en libertad, o e) amnistiadas, y agregaron que algunos nombres en la lista aparecían más de una vez. Sin embargo, cuando el jurista independiente pidió los nombres de las personas en estas categorías, los funcionarios marroquíes respondieron que se los proporcionaría “en una etapa posterior”, junto con “aclaraciones sobre los nombres repetidos”.⁹⁴ Sin embargo, un año después, en agosto de 1998, las autoridades marroquíes no proporcionaban esta información. En la misma fecha, el coordinador del Frente Polisario con MINURSO dio una nueva lista de presos políticos en poder de Marruecos.⁹⁵

⁹⁰ UNHCR/CBM *Western Sahara FACT SHEET as of June 2014*, disponible en: <https://www.unhcr.org/53cd1e499.pdf>.

⁹¹ S/21360 (1990), par. 33 (b).

⁹² S/21360 (1990), par. 70.

⁹³ Sidi Mohamed Daddash fue detenido en 1976, condenado a muerte en 1979, la pena fue conmutada por la de prisión perpetua en 1997 y fue liberado en 1999.

⁹⁴ S/1997/742, par. 18

⁹⁵ S/1998/849, par. 14.

Tras la continua represión en el Sahara Occidental ocupado, más saharauis han sido encarcelados por Marruecos. Algunos de ellos fueron amnistiados posteriormente en 2001.⁹⁶ En 2003, el enviado personal del secretario General para el Sáhara Occidental identificó la liberación de los “detenidos políticos” del Sáhara Occidental como uno de los problemas no resueltos. Tras esa fecha, Marruecos ha continuado procediendo a detenciones, procesos y encarcelamientos políticos.

3. La estructura de MINURSO

A. El “representante especial”

La figura central en el Plan de la ONU es el “representante especial”, inspirado en el “Comisionado” del Plan Waldheim y del Plan de la OUA. Según el Plan de Arreglo, “el representante especial, nombrado por el secretario general de conformidad con la resolución 621 (1988) del Consejo de Seguridad, será su representante en el Sáhara Occidental para la aplicación del mandato que el Consejo de Seguridad conferirá al secretario general.

Como hemos visto, el representante especial, asistido por la MINURSO, está encargado de garantizar que “se cumplan todos los elementos de las propuestas y el Plan”. El representante especial, bajo la autoridad del secretario general, “desempeñará las funciones previstas para él en las propuestas de acuerdos y el presente plan de aplicación. El representante especial *se encargará de que se cumplan todos los elementos de las propuestas y del plan* y actuará en todos los casos con arreglo a lo estipulado en las propuestas y en el Plan”.⁹⁷ El Plan de Arreglo también establece que una Misión le prestará asistencia:

El representante especial contará con la asistencia de un representante especial adjunto y de un grupo integrado por personal civil, militar y de policía civil de las Naciones Unidas que estará bajo su mando y dirección. Este grupo se conocerá con el nombre de Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO). Las disposiciones relativas a la situación jurídica de la

⁹⁶ S/2002/178, par. 16.

⁹⁷ S/21360 (1990), par. 48.

MINURSO y su personal serán objeto de un acuerdo con las partes y con los Estados vecinos participantes en la aplicación de las propuestas de acuerdo.⁹⁸

La función del representante especial, como jefe de la MINURSO, no debe confundirse con la del *enviado personal* del secretario general para el Sahara Occidental. El enviado personal, figura creada en 1997, *no forma parte de la estructura de MINURSO*. Mientras que el representante especial es un órgano creado por el Plan de Arreglo y que funciona dentro del marco del Plan, el enviado personal podría negociar acuerdos fuera del Plan de Arreglo, ya sea para implementar o complementar el Plan de Arreglo (como en los “Acuerdos de Houston” de 1997) o proponer nuevos acuerdos (como el “Plan Baker” en 2003).⁹⁹

B. El Plan de Arreglo

El Plan de Arreglo dice que “la *Unidad Civil*, un elemento fundamental de la operación”, comprenderá, en primer lugar, “la oficina del representante especial y el personal de apoyo de éste en esferas como la administración, los asuntos jurídicos y legislativos, las cuestiones relativas a los refugiados y los presos políticos, la información y las relaciones públicas”. Un nutrido grupo de la Unidad Civil “se encargará, además, de la organización y realización del referéndum”. La dependencia estará integrada principalmente por funcionarios de las Naciones Unidas, pero el secretario general espera que los gobiernos faciliten una cantidad significativa de personal, en especial el relacionado de forma directa con la organización y la realización del

⁹⁸ S/21360 (1990), par. 49.

⁹⁹ Desde 1997, cuatro personas prominentes han sido designadas para este rol: James Baker III, ex Secretario de Estado norteamericano (1997-2004), Peter van Walsum, diplomático holandés (2005-2008), Christopher Ross, diplomático norteamericano (2009-2017) y Horst Köhler, expresidente alemán (2017-2019). Después de la renuncia de James Baker, hubo un intento de atribuir al representante especial (Álvaro de Soto en ese momento) la responsabilidad del enviado personal (“Tras la dimisión de mi enviado personal, pedí al Sr. Álvaro de Soto, en su calidad de mi representante especial para el Sáhara Occidental, que siguiera colaborando con las partes y con los Estados vecinos para lograr una solución política justa, duradera y mutuamente aceptable, en que se previera la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental”, S/2004/827 par. 3), pero el Frente Polisario le aceptó sólo como representante especial, negándose a aceptarlo en calidad de enviado personal.

referéndum, a petición del secretario general.¹⁰⁰ Junto al personal de apoyo del representante especial, destacan dos cuerpos del componente civil: la Comisión de Identificación y el jurista independiente.

- a. El texto original del “Plan de Arreglo” contenido en las “Propuestas de Arreglo” acordadas por las dos partes dice que para “facilitar la elaboración de un censo de la población saharai, el secretario general establecerá, en consulta con el presidente en funciones de la OUA, una *Comisión de Identificación* encargada de revisar cuidadosa y escrupulosamente el censo de 1974 y de actualizarlo”.¹⁰¹

Originalmente, la Comisión de Identificación del Sahara debería funcionar en tres etapas. Primero, debía realizar su investigación bajo la guía del experto en población, quien presentaría informes al representante especial sobre el progreso del trabajo de la Comisión; luego, una vez finalizada la investigación preliminar, la Comisión de Identificación debería reunirse en presencia de los jefes tribales del Sáhara Occidental, a quienes se les debería pedir que comentaran y contribuyeran al trabajo de la Comisión de Identificación; finalmente, los representantes de las dos partes y de la OUA también debían ser invitados a asistir, como observadores, a las reuniones de los Comisión celebrada con los jefes tribales saharianos. Los resultados y las conclusiones de su trabajo se presentarían al secretario general para su consideración en consulta con el presidente de la OUA del momento.¹⁰² En 1991 esta Comisión había ya cumplido la primera etapa de la tarea.¹⁰³ Sin embargo, las alteraciones introducidas en diciembre de 1991 por el secretario general Pérez de Cuéllar en los criterios y los tipos de pruebas admitidas provocaron la presentación de decenas de miles de solicitudes adicionales (patrocinadas por Marruecos) a las de las personas que ya estaban incluidas en el censo español de 1974.

Esto hizo que la tarea fuera extremadamente difícil de realizar por un solo cuerpo. Esta es la razón por la que el secretario general emitió un re-

¹⁰⁰ S/21360 (1990), pará. 78.

¹⁰¹ *Ibidem*, pará. 25.

¹⁰² *Ibidem*, pará. 29-30.

¹⁰³ S/23299 (1991), pará. 9 (“La primera etapa de este proceso, que consiste en la preparación por las Naciones Unidas de una lista revisada del censo de 1974, sobre la base de información proporcionada por ambas partes, ha quedado concluida”).

glamento que indicaba que, con el fin de realizar su función, la Comisión de Identificación debía tener la autoridad, en particular, para “crear, si es necesario, subcomisiones” y “establecer equipos móviles o fijos de identificación y de inscripción”.¹⁰⁴ En realidad, se establecieron varias subcomisiones en la MINURSO.

Cada centro de identificación estaba compuesto por seis profesionales, a saber, tres miembros de la Comisión de Identificación (uno de los cuales era el líder del equipo), dos oficiales de registro arabófonos y un analista de sistemas.¹⁰⁵ Además de éstos, en cada subcomisión había dos observadores de los partidos (designados por Marruecos y el Frente Polisario), un observador de la OUA y dos jeques (*shiuq*), cada uno designado por una de las partes.¹⁰⁶ Se requería que todos los jeques y observadores tuvieran que estar presentes al examinar a un candidato, pero esto causaba retrasos cuando una parte (más a menudo, Marruecos) no asistía a la sesión. Por lo tanto, el secretario general tomó la decisión de que

en caso de ausencia del representante de una de las partes, uno de los jeques y/o del observador de la OUA, se seguirá adelante con el proceso de identificación siempre y cuando la fecha de la identificación haya sido debidamente comunicada a las partes, se hayan publicado las listas de convocatoria y se haya anunciado el horario de trabajo.¹⁰⁷

¹⁰⁴ “Reglamento General para la Organización y Realización del Referéndum del Sahara Occidental”, en S/26185, anexo III, artículo 12.

¹⁰⁵ S/1999/1420, par. 19.

¹⁰⁶ El secretario general ha descrito el procedimiento de identificación: “Sólo tras un examen meticuloso de las pruebas materiales y entrevistas detalladas con los solicitantes, con ayuda de los jeques, puede establecerse de forma fehaciente la identidad de cada persona y si tiene o no derecho a votar con arreglo a los criterios establecidos. Para que las partes queden satisfechas con los resultados, la labor no puede hacerse de prisa. En la mayor parte de los casos, la falta de documentos complica mucho el trabajo. Además de las entrevistas, se hace una fotografía de cada solicitante y se le toman las huellas digitales y, una vez establecida la identidad, se le entrega un recibo. El único objeto del recibo es facilitar la recuperación del correspondiente expediente y no tiene valor intrínseco porque las tarjetas electorales sólo se proporcionarán cuando se hayan estudiado cuidadosamente los casos y publicado los padrones electorales” (S/1995/240, par. 5).

¹⁰⁷ S/1995/924.

La Comisión de Identificación comenzó su trabajo después de mayo de 1993¹⁰⁸ y en diciembre de 1999 finalmente completó su tarea.¹⁰⁹ El hecho de que el referéndum haya sido suspendido de facto desde 2000 explica que la “Comisión de Referéndum” prevista en el “Plan de Arreglo” no se estableciera.

b. El Plan de Arreglo especificaba que el representante especial debía garantizar la liberación, antes del inicio de la campaña del referéndum, de todos los presos o detenidos políticos del Sahara Occidental, para lo cual un *jurista independiente* nombrado por el secretario general debería asistirle.¹¹⁰

El jurista especial es un elemento importante en la estructura civil, es decir, para tratar con una de las misiones de la MINURSO, la liberación de los presos políticos. El profesor griego y juez Emmanuel Roucouas desempeñó el papel de jurista independiente en el periodo más crítico. Nombrado en 1995¹¹¹ dimitió en 1999 y aunque el secretario general anunció su intención de nombrar un nuevo jurista especial “a su debido tiempo”, no nombró a uno nuevo.¹¹² Se ha destacado poco la gravedad de este incumplimiento, que ha tenido graves consecuencias para el respeto de los derechos humanos, en la medida en que la actuación de Marruecos ha provocado la continua existencia de detenidos y presos políticos.

C. Las unidades para garantizar el referéndum

El Plan de Arreglo diseña dos unidades para garantizar el referéndum: una *Unidad Militar* encargada de supervisar el alto el fuego como condición previa al referéndum; y una *Unidad Civil de Seguridad* que debía supervisar la seguridad de los votantes en el referéndum.

¹⁰⁸ S/26185 (1993), par. 9.

¹⁰⁹ S/2000/131, par. 6.

¹¹⁰ S/21360 (1990), par. 33 (b) y 70.

¹¹¹ S/1995/240, par. 23.

¹¹² S/1999/954, par. 17.

El Plan de Arreglo encargó a la *Unidad Militar de MINURSO* las siguientes tareas:¹¹³ a) supervisar la cesación del fuego; b) verificar la reducción de tropas convenida; c) supervisar el acantonamiento de tropas de ambas partes en emplazamientos convenidos; d) supervisar la custodia de determinadas armas y municiones; e) velar por que las personas del Sahara Occidental que regresen al Territorio puedan llegar con seguridad a los puntos de acceso designados y a los centros de acogida del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados; f) prestar asistencia a la Unidad de Seguridad en la medida necesaria; g) si la decisión del referéndum fuere la independencia, supervisar la retirada de todas las tropas marroquíes restantes dentro de las 24 horas que deben completarse dentro de las seis semanas; h) si la decisión del referéndum fuere integración con Marruecos, la desmovilización de las tropas del Frente Polisario que no hayan regresado para participar en el referéndum, que debe comenzar dentro de las 24 horas de la proclamación del resultado y debe completarse dentro de cuatro semanas. El “Plan de Aplicación” propuesto por el secretario general consideró que “para llevar a cabo las tareas mencionadas, la Unidad Militar necesitará observadores militares, fuerzas de infantería, una unidad aérea y personal de logística”,¹¹⁴ pero no dio un número preciso de elementos. Sin embargo, en una resolución del 27 de junio de 1990, el Consejo de Seguridad no estuvo satisfecho con estas recomendaciones indistintas y solicitó estimaciones adicionales, incluidos los costos para autorizar el establecimiento de la Misión.¹¹⁵

El secretario general proporcionó más detalles en su informe del 19 de abril de 1991.¹¹⁶ Estos requisitos fueron revisados a fondo, debiéndose hacer ajustes al tamaño de ciertas unidades. Además, basándose en la experiencia adquirida desde el despliegue inicial de MINURSO, y dadas las condiciones prevalecientes en el Sáhara Occidental, se consideró que también se reque-

¹¹³ S/21360 (1990), parás. 75 y 81.

¹¹⁴ *Ibidem*, pará. 82.

¹¹⁵ S/RES/658 (1990), pará. 5.

¹¹⁶ El secretario general dijo que para cumplir con estas tareas, la Unidad “requerirá una fuerza de aproximadamente 1,695 (todos los rangos) de la siguiente manera: 550 observadores militares; un batallón de infantería de 700 (todos los rangos); un grupo de apoyo aéreo de 110 (todos los rangos) para operar y mantener cuatro aviones de ala fija y ocho helicópteros de transporte; una unidad de señales de 45 (todos los rangos); una unidad médica de 50 (todos los rangos); una compañía de policía militar compuesta de 40 (todos los rangos); y un batallón logístico de 200 (todos los rangos)” [S/22464 (1991), pará. 48].

riría una unidad de ingeniería que el secretario general quería incluir en la fuerza militar general de 1,695 (todos los rangos).¹¹⁷ Sin embargo, esta fuerza militar nunca se desplegó completamente.

La Unidad Civil de seguridad, formada por “policías civiles”, deberá:

[a] velar por que se mantengan la tranquilidad y la ley y el orden en las oficinas de inscripción de votantes, en los centros de votación y en las proximidades de éstos, para garantizar que no se impida acceder a ellos a ninguna persona que desee inscribirse o votar y, cuando así lo ordené, mantener el orden en otros lugares donde se realizan actividades relacionadas con el referéndum, con el auspicio o bajo la autoridad de la MINURSO [y b)] supervisar las actividades de las fuerzas de policía existentes velando por que respeten rigurosamente las disposiciones de las propuestas de acuerdo y del presente plan de aplicación, cuyo objetivo es garantizar que se celebre un referéndum libre e imparcial sin limitaciones militares o administrativas, e impedir toda posibilidad de intimidación o injerencia de cualquier sector.¹¹⁸

En la medida en que el referéndum aún no se llevó a cabo, sólo un número muy pequeño de personas está trabajando en la policía civil.¹¹⁹

III. NACIONALIDADES, IDIOMA Y SEXO DE LOS REPRESENTANTES ESPECIALES, COMANDANTES DE LA FUERZA Y PERSONAL MILITAR DE MINURSO

1. *Los representantes especiales para el Sáhara Occidental*

Una mirada sobre los representantes especiales designados hasta ahora¹²⁰ para encabezar la Misión proporciona información importante. La inmensa

¹¹⁷ El cuerpo, de aproximadamente 100 unidades (todos los rangos) debería realizar, entre otras, las siguientes tareas: “remoción de minas limitada; reparación de infraestructura básica; y la construcción y operación de puntos de agua en ciertas áreas específicas esenciales para las operaciones de MINURSO” (S/1995/240, par. 33).

¹¹⁸ S/21360 (1990), par. 79.

¹¹⁹ En septiembre de 2018 había sólo un policía civil (S/2018/889, anexo I), pero en abril de 2019 (S/2019/282 anexo I) ya no quedaba ningún policía civil.

¹²⁰ Héctor Gros Espiell, Uruguay (19 de octubre de 1988-finales de 1989), S/21360 (1990), par. 43 (sin embargo, el informe de 12 de octubre de 1989 del secretario general a la Asamblea General dijo que el nombramiento del doctor Gros Espiell fue “a partir del 19 de agosto

mayoría de los representantes especiales provienen del ámbito anglosajón (7/8 de los 12/14). El mayor número de representantes (3) proviene de los Estados Unidos (Dunbar, Eagleton, Swing) pero desde 2001 no hay ninguno de ese país, aunque se ha afirmado que los Estados Unidos de América siguen teniendo un gran interés en la MINURSO como elemento neutralizador de las tensiones en la región.¹²¹ En todo caso, en el momento crítico del año 2000, quien era representante especial era el estadounidense Eagleton, que omitió sus deberes establecidos en el Plan de Arreglo para favorecer a Marruecos. Los últimos representantes (Bolduc y Stewart) son de Canadá (de 2014 al día de hoy), dos (Kinloch y Harston) provienen del Reino Unido, tres de otros países europeos (Manz, Bastagli, Weisbrod-Weber), dos de Hispanoamérica (Gros y Soto), y dos de Asia (Khan y Jensen).

Es bastante sorprendente que sólo haya un representante especial africano (el egipcio Abdel-Aziz) aunque el Sahara Occidental es un territorio africano y aunque la OUA (y más tarde la UA) participe intensamente en el proceso de paz. Pero es aún más sorprendente que ningún español haya sido designado como representante especial a pesar de que España es la antigua potencia colonial. Vale también la pena señalar que sólo una vez una mujer (Bolduc) ha ocupado este cargo a pesar del llamado del Consejo de Seguridad al secretario general “para designar a más mujeres como representantes especiales y enviadas para ejercer buenos oficios en su nombre”.¹²²

de 1988” A/44/634, par. 3); Sahabzada Yaqub Khan, Pakistán (23 de marzo de 1992-agosto de 1995), S/23754 (1992); Erik Jensen (representante especial interino), Malasia (26 de junio de 1995-febrero de 1998), S/1995/779, par. 3; Charles Franklin Dunbar, Estados Unidos (31 de diciembre de 1997-31 de marzo de 1999), S/1997/1023; Robin Kinloch (representante especial interino), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1o. de abril de 1999-20 de mayo de 1999), S/1999/483, par. 5; William Eagleton, Estados Unidos (21 de mayo de 1999-noviembre de 2001), S/1999/590; William Lacy Swing, Estados Unidos (1o. de diciembre de 2001-julio de 2003), S/2001/1041; Álvaro de Soto, Perú (5 de agosto de 2003-agosto 2005), S/2001/1041; Francesco Bastagli, Italia (1o. de septiembre de 2005-31 de agosto de 2006), S/2005/511; Julian Harston, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (31 de enero de 2007), S/2007/55; Hany Abdel-Aziz, Egipto (9 de octubre de 2009-30 de abril de 2012), S/2009/526; Wolfgang Weisbrod-Weber, Alemania (14 de junio de 2012-julio de 2013), S/2012/441; Kim Bolduc, Canadá (1o. de agosto de 2014-22 de noviembre de 2017), S/2014/322; Colin Stewart, Canadá (1o. de diciembre de 2017-), S/2017/1003.

¹²¹ Van Schmidt, K., “The Western Sahara Conflict, United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO), and Impacts to United States Regional Strategic Objectives”, *Peace and Stability Journal*, Special Edition, noviembre de 2018, pp. 21-27.

¹²² S/RES/1325 (2000), par. 3.

Varios representantes especiales no completaron su mandato porque renunciaron: Gros Espiell, Manz, Dunbar y Bastagli. No se ha explicado por qué Gros Espiell o Dunbar renunciaron, pero tenemos los motivos por los que otros representantes lo hicieron. Aunque oficialmente Manz dimitió porque fue nombrado Observador Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas,¹²³ estaba claro que renunció por diversos desacuerdos con la marcha de la Misión que consideraba que había tomado partido a favor de Marruecos.¹²⁴ Algunos han precisado que se fue porque no aceptó la modificación que el secretario general Pérez de Cuéllar introdujo en el Plan de Arreglo aceptado por las partes, para considerar elegibles a quienes no estaban en el censo español de 1974¹²⁵ y a los participantes de la “nueva Marcha Verde” organizada por Marruecos para transferir miles de colonos al Territorio.¹²⁶ Por su parte, Bastagli explicó las razones de su renuncia en un artículo publicado en la prensa.¹²⁷

¹²³ S/23299 (19 de diciembre de 1991), pará. 12.

¹²⁴ “J’ai participé à la mission de l’ONU qui s’est achevée par la proclamation de l’indépendance de la Namibie. J’espérais éprouver la même fierté en venant ici au Sahara occidental. C’est loin d’être le cas: j’ai l’impression d’être une marionnette dans un jeu qui n’est pas correct. L’ONU n’est pas neutre dans cette affaire. Elle a choisi son camp...”, *El Watan* (Argel), 21 de diciembre de 1991.

¹²⁵ Ohaegbulam, F.U., *U.S. Policy In Postcolonial Africa: Four Case Studies in Conflict Resolution*, Peter Lang Publishing, Nueva York, 2006, pp. 124-125.

¹²⁶ Jensen, E., *Western Sahara: Anatomy of a Stalemate*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2005, p. 46.

¹²⁷ “Después de la sangrienta represión de las manifestaciones callejeras en El Aaiún, la capital del Sáhara Occidental, en diciembre de 2005, el entonces jefe de departamento de mantenimiento de la paz de la ONU ignoró mi recomendación de que expresara a las autoridades marroquíes la preocupación de las Naciones Unidas. Cuando la UE y Marruecos prosiguieron sus negociaciones sobre la pesca, las Naciones Unidas decidieron no urgir a Europa a esquivar un acuerdo ilegal que confrontaba con un dictamen del asesor jurídico de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones Unidas estipula que, en espera de la autodeterminación, la comunidad internacional debe proteger los derechos de los habitantes de los territorios no autónomos. Deben recibir asistencia económica prioritaria y recibir ayuda para desarrollar las instituciones políticas. Incluí una propuesta a este efecto en el borrador de un informe que Kofi Annan debía presentar en el Consejo de Seguridad en el otoño de 2006, para ver sólo cómo se eliminó el texto justo antes de su publicación” (Bastagli, F., “Justice undone”, *The New Republic*, 21 de septiembre de 2010), disponible en: <https://newrepublic.com/article/77562/justice-undone>.

2. Los comandantes de la Fuerza de la MINURSO

Una visión general de los comandantes militares de la Misión¹²⁸ también nos permite sacar algunas conclusiones interesantes. Ha habido 15 comandantes de la Fuerza Militar y ninguno ha sido una mujer. Varias nacionalidades están presentes dos veces al frente del componente militar de MINURSO: Bélgica (Van Baelen, Buze), Portugal (Leandro, Moura), China (Zhao, Wang) y Pakistán (Tayyab, Rehman). Hay países que proporcionaron tanto representantes especiales como jefes de la Fuerza de la Misión: Canadá (Bolduc, Stewart, Roy), Perú (Soto, Block) y Pakistán (Khan, Tayyab y Rehman). Siete de los 15 comandantes provienen de Europa y seis de Asia, pero solo uno de Norteamérica y otro de Sudamérica.

Estos datos llevan a algunas conclusiones interesantes. La primera es que ningún militar de los Estados Unidos ha encabezado el componente militar... aunque tres veces un ciudadano de Estados Unidos encabezara la MINURSO; segunda, nunca un africano lideró el componente militar de la MINURSO; y tercera, ningún español ha sido designado para encabezar el componente militar de MINURSO. La decisión es aún más difícil de entender si tenemos en cuenta que el Ejército español prestó servicio en

¹²⁸ Mayor General Armand Roy, Canadá (24 de junio de 1991-abril 1992), S/22734 (1991) y S/22735 (1991); General de Brigada Luis Block Urban, Perú (comandante de la Fuerza en funciones), 25 de abril de 1992 a octubre de 1992, S/24040 (1992), par. 4; General de Brigada André Van Baelen, Bélgica (1o. de octubre de 1992 a marzo de 1995), S/25170 (1992), par. 5; Mayor General José. E. García Leandro, Portugal (1o. de abril de 1996-noviembre 1996), S/1996/159; Mayor General Jorge Barroso de Moura, Portugal (1o. de diciembre de 1996-18 de julio de 1997), S/1996/928; coronel Mohd Isa Ben Said, Malasia (comandante interino del 19 de julio a 27 de agosto de 1997), S/1997/742, par. 14; general de brigada Bernd S. Lubenik, Austria (28 de agosto de 1997 a octubre 1999), S/1997/582, S/1997/742, par. 14; general de brigada Claude Buze, Bélgica (1a. de noviembre de 1999 a agosto de 2002), S/1999/1109; general de división Gyorgy Szaraz, Hungría (11 de agosto de 2002 a agosto de 2005), S/2002/766; general de brigada Kurt Mosgaard, Dinamarca (1o. de septiembre de 2005 a agosto de 2007), S/2005/570; mayor general Zhao Jingmin, China (28 de agosto de 2007-10 de abril de 2011), S/2007/509; general de división Abdul Hafiz, Bangladesh (27 de julio de 2011-23 de julio de 2013), S/2011/45; mayor general Imam Edy Mulyono, Indonesia (26 de agosto de 2013 a septiembre de 2015), S/2013/507; general de división Muhammad Tayyab Azam, Pakistán (18 de septiembre de 2015-7 de noviembre de 2016), S/2015/685; general de División Wang Xiaojun, China (6 de diciembre de 2016-17 de febrero de 2019). S/2016/1040; mayor general Zia Ur Rehman, Pakistán (18 de febrero de 2019-), S/2019/164.

el Sáhara Occidental hasta febrero de 1976 y que, 15 años después, había un buen número de oficiales en el Ejército español que anteriormente estuvieron en el Sáhara Occidental y que conocían muy bien el terreno. La ausencia de oficiales militares y de responsables españoles en la MINURSO es un problema que también existe, como veremos, en la composición de la MINURSO.

3. *El personal militar de la MINURSO*

A. *Las nacionalidades*

La cuestión de las *nacionalidades* del componente militar de la MINURSO presenta algunas características interesantes. En una carta de fecha 3 de julio de 1991, dirigida al presidente del Consejo de Seguridad,¹²⁹ el secretario general mencionó que se habían realizado “consultas con las partes” (Marruecos y Frente Polisario) para seleccionar las nacionalidades que deberían proporcionar personal para el Unidad Militar de la Misión, que finalmente fueron muy variadas.¹³⁰ El presidente del Consejo de Seguridad informó al secretario general en una carta de fecha 9 de julio de 1991¹³¹ que los miembros del Consejo estaban de acuerdo con su propuesta sobre la composición de la Unidad Militar de la MINURSO. Sin embargo, se introdujeron algunos cambios en el tiempo. Algunos países decidieron retirar su personal militar,¹³² pero otros se unieron al esfuerzo para proporcionarlo.¹³³

¹²⁹ S/22771 (1991).

¹³⁰ Argentina, Australia, Austria, Bangladesh, Bulgaria, Canadá, China, Congo, Checoslovaquia, Egipto, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guinea, Honduras, India, Indonesia, Irlanda, Italia, Kenia, Malasia, Nepal, Nigeria, Pakistán, Perú, Polonia, Singapur, Suiza, Togo, Túnez, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos Estados de América y Venezuela.

¹³¹ S/22772 (1991).

¹³² Reino Unido, Australia, Canadá y Suiza retiraron su personal en 1993-1994 (S/1994/283, para. 7-8).

¹³³ República de Corea (Corea del Sur) (en 1994), S/1994/819, para. 8; El Salvador (en 1995), S/1995/240; Portugal (en 1996), S/1996/674; Suecia (en 1998), S/1998/356; Croacia, Mongolia y Sri Lanka (en 2003), S/2003/192, S/2003/59, S/2003/1016; Dinamarca (en 2006), S/2006/249; Yemen (en 2007), S/2007/202; Yibuti (en 2008), S/2008/251; Paraguay (en 2009), S/2009/200; Kazajstán (en 2015), S/2015/246; Bután y México (en

En todos esos años y en diferentes periodos, tanto los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad como países de los cinco continentes han proporcionado personal para la Unidad Militar de la Misión.¹³⁴

Todos estos datos muestran una circunstancia que produce perplejidad: la ausencia de España. El Ejército y la administración españoles estuvieron en el Territorio hasta el 26 de febrero de 1976, por lo que fueron los más calificados para regresar a un terreno que conocían muy bien. Además, España ha sido muy activa en algunas misiones de las Naciones Unidas, como en Bosnia o en el Líbano.¹³⁵ Esto significa que es difícil justificar la ausencia de España simplemente por la eventual negativa unilateral española a regresar al Territorio. Por el contrario, parece que en el proceso de “consultas” entre Marruecos y el Frente Polisario no hubo acuerdo con la presencia de España. ¿Se opusieron ambos a la presencia de personal español en la MINURSO? No lo creo. En realidad, algunas fuentes orales bajo condición de anonimato nos han manifestado que fue Marruecos quien opuso un veto a la participación de cualquier español en la MINURSO. En cuanto al Frente Polisario, parece que no tuvo ninguna objeción a la presencia española.

B. El idioma

El tema del *idioma* del personal militar de MINURSO parece tomarse en cuenta muy tarde, al menos explícitamente. En los primeros informes del secretario general, el idioma no fue considerado una circunstancia específica para solicitar contribuciones a la MINURSO. Aunque las comuni-

2016), S/2016/355; Alemania y Montenegro (en 2017) S/2017/307; y Ecuador (en 2018), S/2018/277. Eslovaquia anunció una contribución (S/1998/316, para. 16), pero nunca se llevó a cabo.

¹³⁴ *Europa* (Austria, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Montenegro, Polonia, Portugal, Suecia y Suiza), *África* (Congo, Yibuti, Egipto, Ghana, Guinea, Kenia, Malawi, Nigeria, Chad, Togo y Túnez), *Asia* (Bangladesh, Bután, India, Indonesia, Kazajstán, Malasia, Mongolia, Nepal, Pakistán, República de Corea-Corea del Sur, Singapur, Sri Lanka, Turquía y Yemen), *América* (Argentina, Canadá, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela) y *Oceanía* (Australia).

¹³⁵ Con fecha del 30 de junio de 2018, España contribuye con 648 personas entre policía, expertos militares en Misiones de Naciones Unidas, personal de oficina y tropas en seis misiones (MINUJUSTH, MINUSCA, MINUSMA, UNIFIL, UNIOGBIS, UNVMC). Sólo en la UNIFIL hay 636 españoles. Disponible en: https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/3_coun_try_and_mission_4.pdf.

caciones entre el personal de MINURSO se hacen en inglés, hay otros tres idiomas en juego: árabe, francés y español. El árabe es la lengua materna de la población saharauí (en su variedad de “hassanía”, también utilizada en Mauritania) y en la potencia ocupante (Marruecos, aunque en su variedad de “dariya”, también utilizada en Argelia). Sin embargo, la élite de la potencia ocupante es francófona y ha impuesto el francés en las escuelas del Territorio ocupado. El español era el idioma en el momento de la colonización española y todavía es considerado un idioma oficial por la República Saharauí (RASD) y se considera obligatorio en las escuelas administradas por el Frente Polisario en el territorio liberado bajo su control y en los campamentos de refugiados.

En algunos informes, el secretario general mostró interés en que el personal militar de la MINURSO estuviera equilibrado entre observadores militares de habla árabe, de habla española y de habla francesa.¹³⁶ Hay un buen número de países que contribuyen a la MINURSO que hablan español (Brasil está incluido en esta categoría en los informes del secretario general) o francés, pero vale la pena señalar que sólo tres países árabes fueron aceptados para participar en el componente militar de MINURSO: Túnez, Egipto y Yemen.¹³⁷ Está claro que una mayor presencia de tropas de habla árabe facilitaría la tarea de MINURSO, teniendo en cuenta que las dos partes son países arabófonos. La presencia de Yemen de 2007 a 2018 se informó como “un esfuerzo por aumentar el número de observadores militares que hablan árabe”.¹³⁸ Desafortunadamente, durante el 2018, Yemen cesó su contribución,¹³⁹ probablemente debido a su guerra civil.

¹³⁶ S/2007/202 (pará. 13), S/2008/251 (pará. 14), S/2009/200 (pará. 13), S/2010/175 (pará. 21), S/2011/249 (pará. 43), S/2012/197 (pará. 26) y S/2013/220 (pará. 37). No hay referencia a la cuestión idiomática en los informes del secretario general posteriores a 2013. Un testimonio de un militar que estuvo presente de diciembre de 2008 a diciembre de 2009 da fe de la importancia de la cuestión idiomática (*cf.*, Souza Ferreira, Sylvio de y Ferreira Glaser Migon, Eduardo Javier, “A experiencia de observador militar da ONU no Saara Occidental”, *Conjuntura Austral*, vol. 38, no. 39-40, 2017, pp. 24-43).

¹³⁷ Jordania ha proporcionado personal para la policía civil de la MINURSO, pero para su componente militar.

¹³⁸ S/2007/202, pará. 13.

¹³⁹ S/2018/889.

C. *El sexo o género*

El secretario general y el Consejo de Seguridad últimamente también han tenido en cuenta la cuestión del *sexo o género* de los observadores militares de la MINURSO.

El 31 de octubre de 2000, el Consejo de Seguridad expresó “su voluntad” de “incorporar una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de la paz” y “velar por que en las misiones del Consejo de Seguridad se tengan en cuenta las consideraciones de género y los derechos de la mujer”, e instó a la Secretaría General a “ampliar el papel y la aportación de las mujeres en las operaciones de las Naciones Unidas sobre el terreno, y especialmente entre los observadores militares”.¹⁴⁰ Sin embargo, la perspectiva de género en la MINURSO se consideró en los informes del secretario general por primera vez sólo en 2006, en que afirma que en ese momento sólo había una mujer entre los 209 observadores militares.¹⁴¹

Los informes de la Secretaría General de los años siguientes informaron sobre el número muy bajo de mujeres entre los observadores militares que sólo en 2019 creció de modo sustancial.¹⁴² En su último informe de 2018, el secretario general pidió a los países que aportan contingentes que apoyen a la MINURSO en sus esfuerzos por lograr un mayor equilibrio de género.¹⁴³ Sólo en 2018, el Consejo de Seguridad consideró para el Sáhara Occidental la perspectiva de género prevista en general en su resolución 1325 (2000) y solicitó al secretario general que “procure aumentar el número de mujeres en la MINURSO y asegurar una participación significativa de las mujeres en todos los aspectos de las operaciones”.¹⁴⁴

¹⁴⁰ S/RES/1325 (2000), par. 15 y 4.

¹⁴¹ S/2006/817, par. 21.

¹⁴² Uno en 2007 (S/2007/202, par. 13), cinco en 2008 (S/2008/251, par. 14), tres en 2009 (S/2009/200, par. 13), cinco en 2010 (S/2010/175, par. 21), seis en 2011, 2012 y 2013 (S/2011/249, par. 43; S/2012/197, par. 26; S/2013/220, par. 37), trece en 2014 (S/2014/258, par. 33), tres en 2014 y 2015 (S/2014/258, par. 33; S/2015/246, par. 23), once en 2016 y 2017 (S/2016/355, par. 31; S/2017/307, par. 34), 14 en 2018 (S/2018/889, par. 83) y 45 en 2019 (S/2019/282, párs. 28 y 82).

¹⁴³ S/2018/889, par. 83.

¹⁴⁴ S/RES/2414 (2018), par. 15; S/RES/2440 (2018), par. 12; S/RES/2468 (2019), par. 11.

Es importante señalar que la perspectiva de género enfrenta un problema cultural específico en el caso del Sahara Occidental. El estatus social y legal de la mujer entre los saharauis es bastante diferente al de los marroquíes. Mientras que en el Sáhara Occidental en la cultura, la mujer desempeña un alto papel legal y social,¹⁴⁵ en Marruecos incluso está consagrado por ley el matrimonio de varones adultos con niñas.¹⁴⁶

IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA MINURSO

1. La MINURSO como operadora de mantenimiento de la paz de la ONU

En su momento, la MINURSO era una de las operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU más ambiciosas establecidas por el Consejo de Seguridad. Fue la primera vez que una Misión recibió la autoridad de la ONU para restringir las fuerzas de seguridad locales, organizar todos los pasos de un referéndum de autodeterminación (identificación y registro de votantes, realización del referéndum, certificación de los resultados) y supervisar el retiro o el desarme de los perdedores.¹⁴⁷ Sin embargo, un autor consideró que una operación de mantenimiento de la paz no era la herramienta más adecuada para enfrentar una situación caracterizada por una ocupación irregular, donde la soberanía no estaba claramente determinada a ninguna de las partes y había una potencia administradora sin presencia en el territorio.¹⁴⁸ La Misión se enfrentó a innumerables obstáculos, debido

¹⁴⁵ Véase Blanco Souto, Y., “Estudio preliminar”, en Ponce de León Iglesias, M. *et al.*, *Las asombrosas mujeres saharauis. De la tradición a la emancipación*, Santiago de Compostela, Andavira-CESO, 2018, pp. 9 y ss.

¹⁴⁶ La Unión Europea ha reconocido la existencia de este problema y apoya la campaña para restringir esta posibilidad legal. *Cfr. Marriage des mineures: abolir l’exception, rétablir la norme*, disponible en: https://eeas.europa.eu/delegations/morocco/60193/marriage-des-mineures-abolir-l’exception-retablir-la-norme_fr.

¹⁴⁷ S/23662 (1992), para. 33; Durch, W. J., “Building on Sand: UN Peacekeeping in the Western Sahara”, *International Security*, 17, no. 4, 1993, pp. 151-171.

¹⁴⁸ Ortega Terol, J.M., “Una operación para el mantenimiento de la paz: la MINURSO”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 11, 1995, pp. 317-336.

a las dificultades puestas por las partes (principalmente, Marruecos).¹⁴⁹ Y a pesar de todas estas dificultades, logró preparar la lista provisional de votantes necesaria para celebrar el referéndum (la primera etapa de su tarea principal) y mantener el alto el fuego durante todos estos años (para facilitar un referéndum libre y justo). La MINURSO realizó un trabajo relevante para organizar el regreso de los refugiados y participar en el referéndum, incluso si ese retorno no se llevó a cabo fue porque el referéndum se suspendió. En cuanto a la liberación de los presos políticos, es cierto que se ha producido más debido a la dinámica política nacional y extranjera que gracias a la MINURSO. Así, la MINURSO no cumplió con todas las tareas que estaban a su cargo, pero logró más resultados de los que una visión pesimista podría apreciar a primera vista.

Que el referéndum de autodeterminación del pueblo del Sáhara Occidental se suspendiera (2000-2004) y aún no se realizara, no es responsabilidad única de la MINURSO (de su representante especial), sino mayormente del secretario general (en ese momento, Kofi Annan, 1997-2006) y del Consejo de Seguridad, que no brindó a la Misión el apoyo político necesario para aplicar el Plan de Arreglo y obligar a las partes (en particular, Marruecos) a cumplir con sus compromisos solemnes. En este sentido, la MINURSO ha sido considerada una Misión cuya tarea es más congelar un conflicto que resolverlo.¹⁵⁰ En otras palabras, el Consejo de Seguridad y el secretario general parecen más ansiosos por mantener la MINURSO, independientemente de los resultados, de lo que las partes parecen estarlo para resolver el conflicto.¹⁵¹

Es cierto que, como sugirió el secretario general,

¹⁴⁹ Una detallada relación de estas dificultades puede verse en Ruddy, F., “United Nations and Western Sahara”, en Botha, N. *et al.* (eds.), *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Pretoria (South Africa), VerLoren van Themaat Center-University of South Africa, 2010, pp. 139-150; y en Edström, H. & Gyllensporre, D., “Mission in Northern Africa-MINURSO”, en Edström, H. & Gyllensporre, D., *Political Aspirations and Perils of Security. Unpacking the Military Strategy of the United Nations*, Londres, Palgrave Macmillan, New Security Challenges Series, 2013, pp. 86-101.

¹⁵⁰ Ortega Terol, “Una operación para el mantenimiento de la paz: la MINURSO”, *cit.*, pp. 324 y 325.

¹⁵¹ Theofilopoulou, A., “United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO)”, en Koops, J. A. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 325-337.

... la suspensión completa de las actividades relativas al referendo que se produjo en 2003, junto con la disminución de la prominencia del conflicto a nivel internacional y los cambios que se registraron en el entorno operacional, han alentado a las partes a hacer sus propias interpretaciones, no siempre compatibles, del mandato de la Misión. [Así,] Marruecos se decanta por una operación militar de mantenimiento de la paz de alcance reducido, mientras que el Frente Polisario espera una supervisión amplia del bienestar de la población y la inclusión de un mecanismo de derechos humanos, como ocurre en otras misiones de mantenimiento de la paz.

Sin embargo, es mucho más discutible decir, como lo hizo el secretario general, que “estas interpretaciones divergentes han conducido a un enfoque de la Misión que, con el tiempo, ha erosionado su autoridad, debilitado sus funciones y permitido que se produzcan desviaciones de la práctica estándar de mantenimiento de la paz”.¹⁵² La erosión de la autoridad de la Misión no provino de la demanda de incluir un mecanismo de derechos humanos, sino de su silencio en una crisis muy grave como la deportación de la defensora de los derechos humanos Aminatu Haidar en otoño de 2009, o la destrucción del campo de protesta de Akdeim Izik en otoño de 2010.

2. *La necesaria actualización de las misiones de la MINURSO*

Los cambios en la situación del territorio desde la suspensión del referéndum en 2000-2004 reclaman una actualización de las misiones de la MINURSO. Se ha demostrado que es necesario garantizar el respeto de los derechos humanos en el Territorio y en los campamentos de refugiados, como lo pide repetidamente el secretario general desde 2013. Esto requeriría reactivar la figura del “jurista independiente” *ya establecida en el Plan de Arreglo*, y ampliar las competencias de la Misión lo que, sin embargo, se enfrenta a la feroz oposición de Marruecos. Creo que una autora demuestra un conocimiento insuficiente del conflicto al pretender que fuera de la conveniencia de Marruecos aceptar la supervisión de los derechos humanos por la MINURSO para dar más credibilidad a su propuesta de “autonomía” para el territorio.

¹⁵² S/2012/197, par. 92.

El argumento de que “la protección de los derechos humanos es inherente a la autonomía”¹⁵³ ignora que un análisis de la propuesta marroquí revela que la misma no ofrece ninguna auténtica autonomía.¹⁵⁴ No sólo eso, sino que además ignora que en realidad el sistema político de Marruecos no está dispuesto a reconocer verdaderos derechos fundamentales incluso a su propia población como puso de manifiesto dramáticamente la represión aplicada a las protestas de la región del Rif en el norte de Marruecos, que estallaron el 28 de octubre de 2016 y se prolongaron durante la primera mitad de 2017. El mandato para incluir el respeto de los derechos humanos sólo puede prosperar si el Consejo de Seguridad, y en especial Francia (miembro permanente), muestran verdadera voluntad política de hacerlo, nunca porque Marruecos lo vaya a solicitar y mucho menos porque lo acepte de grado.

3. *Mecanismos de supervisión para garantizar el respeto al derecho internacional*

También es necesario, y sorprende que el secretario general no lo exija, establecer un mecanismo de supervisión de las actividades económicas en el Territorio para garantizar que respeten el derecho internacional. Esto es así por dos razones que enlazan con la razón de ser de las tareas de la MINURSO. En primer lugar, las actividades económicas ilegales llevadas a cabo por Marruecos en el Territorio ocupado, junto a las violaciones de los derechos humanos, establecen obstáculos objetivos a la libre determinación del Territorio y a un referéndum libre, justo, transparente y democrático (precisamente la razón de la existencia de MINURSO), al promover la inmigración de colonos marroquíes para desarrollar esas actividades económicas al tiempo que se margina a los saharauis.

Además, en segundo lugar, los beneficios obtenidos con la realización de actividades económicas ilegales en el Sáhara Occidental hacen rentable la ocupación y disuaden de cualquier tipo de solución al conflicto conforme al derecho internacional. A este respecto no tiene ningún sentido la afirma-

¹⁵³ Khakee, A., “The MINURSO mandate. Human rights and the Autonomy Solution for Western Sahara”, *Mediterranean Politics*, vol. 19, issue 3, 2014, pp. 456-462.

¹⁵⁴ Ruiz Miguel, C., “La propuesta marroquí de autonomía para el Sáhara Occidental de 2007: una antigua propuesta sin credibilidad”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 7, 2008, pp. 268-291.

ción de que la retirada de la MINURSO permitiría a Marruecos explotar las riquezas del Territorio, pues esta explotación ya se está llevando a cabo con la MINURSO allí presente.¹⁵⁵ No obstante, igual que ocurre con los derechos humanos, corresponde al Consejo de Seguridad, y especialmente a sus miembros permanentes, y no a la propia MINURSO, decidir la atribución de estas tareas para restaurar la esencia de la Misión.

4. El éxito de las misiones asignadas

Como se ha expuesto, la MINURSO ha sabido cumplir con un éxito considerable las misiones asignadas (realización del censo para el referéndum, mantenimiento del alto el fuego, preparación del retorno de los refugiados). Y, sin embargo, al mismo tiempo, es un hecho que la MINURSO ha fracasado: ni se ha celebrado el referéndum, ni han regresado los refugiados ni hay una paz sólida en el Territorio. Pero el fracaso de la MINURSO, a mi juicio, no es imputable a la Misión como tal porque, contra lo sostenido por algún autor, la Misión no tiene “poder” y por eso mismo no puede ejercerlo.¹⁵⁶

La Misión tiene un espacio de actuación propio muy reducido y, en última instancia, controlado por el secretario general y el Consejo de Seguridad. No es un actor autónomo, sino un instrumento del Consejo de Seguridad que es quien la ha creado. El fracaso —¿buscado?— ha sido del Consejo de Seguridad. Por esta razón quienes buscan revitalizar la MINURSO con ideas real o aparentemente originales muchas veces sólo realizan un ejercicio de “arbitrismo”. No sería necesario adaptar el mandato si el Consejo de Seguridad reactivara el referéndum, cuyos preparativos están ya hechos por la MINURSO. Confucio dijo que cuando el sabio señala la luna, el necio mira al dedo. Miremos a la luna.

¹⁵⁵ Van Schmidt, K., “The Western Sahara Conflict, United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO)...”, *cit.*, p. 25.

¹⁵⁶ Dice Solà-Martin: “this peacekeeping mission has been unable to develop an analysis of the situation and exercise power with a view to resolving the core issues that led the parties to war and thus promote peaceful change”, “Lessons from MINURSO. A contribution to new thinking”, *cit.*, p. 366.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AHMED, K. “The Western Sahara conflict”, en JUYAL, Shreesh y DUNCAN, John (eds.), *Peace Issues in the 21st Century Global Context*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing, 2017.
- BASTAGLI, F., “Justice undone”, *The New Republic*, September 21, 2010.
- DURCH, W. J. “Building on Sand: UN Peacekeeping in the Western Sahara”, *International Security*, vol. 17, no. 4, 1993.
- EDSTRÖM H. & GYLLENSPORRE D., “Mission in Northern Africa-MINURSO”, en EDSTRÖM, H. & GYLLENSPORRE, D., *Political Aspirations and Perils of Security. Unpacking the Military Strategy of the United Nations*, Londres, New Security Challenges Series, Palgrave Macmillan, 2013.
- HODGES, T., *Western Sahara: The Roots of a Desert War*, Westport (Connecticut), Lawrence Hill and Company, 1983.
- JENSEN, E., *Western Sahara, Anatomy of a Stalemate*, Boulder-Londres, Lynne Rienner Publishers, 2005.
- KHAKKEE, A., “The MINURSO Mandate. Human Rights and the Autonomy Solution for Western Sahara”, *Mediterranean Politics*, vol. 19, issue 3, 2014.
- LEWIN, A., “Les Nations Unies et la marche verte: souvenirs personnels d’une négociation”, *ARSO*, 2005.
- OHAEGBULAM, F. U., *U.S. Policy In Postcolonial Africa: Four Case Studies in Conflict Resolution*, Nueva York, Peter Lang Publishing, 2006.
- ORTEGA TEROL, J.M., “Una operación para el mantenimiento de la paz: la MINURSO”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 11, 1995.
- PONCE DE LEÓN IGLESIAS, M. et al., *Las asombrosas mujeres saharauis. De la tradición a la emancipación*, Santiago de Compostela, Andavira-CESO, 2018.
- RIKHYE, I. J., “The Future of Peacekeeping”, en RIKHYE, I. J. y SKJELSKBAEK, K. (eds.), *The United Nations and Peacekeeping: Results, Limitations and Prospects: The Lessons of 40 Years of Experience*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 1991.
- RUDDY, F., “United Nations and Western Sahara”, en BOTHA, N. et al. (eds.), *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study*, Pretoria (South Africa), VerLoren van Themaat Center-University of South Africa, 2010.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- RUIZ MIGUEL, C., “La propuesta marroquí de autonomía para el Sáhara Occidental de 2007: una antigua propuesta sin credibilidad”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 7, 2008.
- SOUZA FERREIRA, S. y FERREIRA GLASER MIGON, E. J., “A experiencia de observador militar da ONU no Saara Occidental”, *Conjuntura Austral* 38, núm. 39-40, 2017.
- VAN SCHMIDT, K., “The Western Sahara Conflict, United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO), and Impacts to United States Regional Strategic Objectives”, *Peace and Stability Journal*, Special Edition, noviembre de 2018.
- SOLÀ-MARTIN, A., “Lessons from MINURSO. A contribution to new thinking”, *International Peacekeeping*, septiembre de 2006, vol. 13, issue 3.
- THEOFILOPOULOU, A., “United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara (MINURSO)”, en KOOPS, J. A. *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Marco internacional del derecho penal para menores de edad

International Criminal Law Framework for Children

Cadre de droit pénal international pour les enfants

Alejandra Marlene **Gómez Barrera***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, aprobadas el 28 de noviembre de 1985 mediante la Resolución 40/33. III. *Convención sobre los Derechos del Niño*, aprobada el 20 de noviembre de 1989. IV. *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)* emitidas el 14 de diciembre de 1990 mediante la Resolución 45/112. V. *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de la Habana)*, aprobadas el 14 de diciembre de 1990 mediante la Resolución 45/113. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

* Licenciada en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); especialista en derecho de menores por la UNAM; máster en menores en situación de desamparo y conflicto social por la Universidad de Vigo; doctora en gestión y resolución de conflictos, menores, familia y justicia terapéutica por la Universidad de Vigo.

Artículo recibido el 8 de abril de 2019

Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 395-419
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN. Los elementos del derecho penal aplicado a los menores de edad acusados, investigados, procesados y sentenciados por la comisión de un delito, ámbito de aplicación subjetivo, adjetivo, proceso y medidas sancionadoras, varía de un país a otro, es por ello que la Organización de las Naciones Unidas, a través de las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y las Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad ha establecido los principios mínimos, el Estado mexicano desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño inició el camino hacia la protección de los derechos humanos de los menores de edad (adolescentes).

Palabras clave: menor, derecho penal, Estados, sistema especializado, protección, reglas mínimas.

ABSTRACT. The elements of the Criminal Law applied to minors accused, investigated, prosecuted and sentenced for the commission of a crime, scope of subjective application, adjective, process and sanctioning measures, varies from one country to another, that is why the Organization of the United Nations, through the Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, the Convention on the Rights of the Child, the Guidelines for the Prevention of Juvenile Crime and the Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Liberty Minimum principles, the Mexican State since the ratification of the Convention on the Rights of the Child began the path towards the protection of the Human Rights of minors (adolescents)

Key words: Children, Criminal Law, States, Specialized System, Protection, Minimum Rules.

RÉSUMÉ. Les éléments du droit pénal appliqués aux mineurs accusés, ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites et condamnés pour la perpétration d'un crime, le champ d'application subjectif, l'adjectif, la procédure et les mesures de sanction varient d'un pays à l'autre, c'est pourquoi des Nations Unies, par le biais de l'Ensemble de règles minima pour l'administration de la justice pour mineurs, de la Convention relative aux droits de l'enfant, des directives pour la prévention de la délinquance juvénile et du règlement sur la protection des mineurs privés de liberté Principes minimaux, l'État mexicain, depuis la ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant, a ouvert la voie à la protection des droits humains des mineurs (adolescents)

Mots-clés: les enfants, droit pénal, États, système spécialisé, protection, règles minimales.

I. INTRODUCCIÓN

Aclaración conceptual: menor

En México derivado de la reforma constitucional al artículo 18 constitucional, la justicia penal para adolescentes en México se aplica a las personas adolescentes, esto es, a los menores de edad que tienen entre 12 y 18 años de edad; por su parte los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas se refiere a “menores” cuando se trata de las personas menores de 18 años, en ese mismo tenor se encuentra la discrepancia entre el término utilizado por diferentes países del orbe; por ejemplo, en Colombia se utiliza el término “adolescente” en tanto que en España se establece el término “menor” para hacer referencia a los menores de edad que se encuentran sujetos al derecho penal de aplicable a menores de edad,¹ es por ello que en este trabajo se utiliza el término “menores de edad” para referirse a estas personas, máxime que si bien el límite máximo de edad para su aplicación ha sido establecido (18 años), no así el límite inferior pues países como Alemania, Argentina, Canadá, Cuba, Italia, Francia y México establecen como límite mínimo 12 de edad o más años; en tanto que otros países como Escocia (8 años) y Estados Unidos de América (7 años) establecen una edad muy temprana.

¹ Los instrumentos europeos más relevantes en el tema de menores delincuentes son la Carta Europea de Derechos del Niño, 1992, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996, la Resolución (66) 25 sobre el tratamiento de corta duración de los delincuentes jóvenes menores de 21 años, 1966, la Resolución (78) 62 sobre la delincuencia juvenil y la transformación social, la Recomendación (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, la Recomendación (88) 6, de 18 de abril de 1988, la Recomendación (2003) 20, de 24 de septiembre de 2003 y las recomendaciones CM/Rec (2008) 11, Reglas Europeas para Infractores Menores de Edad sometidos a Sanciones o Medidas, así como las Reglas Europeas para Menores Sujetos a Sanciones o Medidas (2008). Sobre el derecho penal de menores en España (Europa), establece tres pilares o líneas de acción: prevención, medidas sancionadoras educativas e integración y reinserción social de los menores y jóvenes infractores. Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Delincuencia Juvenil —papel de las mujeres, la familia y la sociedad (2007)— señala en el punto 1 tres directrices: medidas de prevención, medidas judiciales y extrajudiciales y medidas de inclusión social (rehabilitación, integración y reinserción).

Ahora bien, la idea de proporcionar a los menores una atención diferenciada de los adultos surge con las leyes promulgadas en Massachusetts (1874) y Nueva York (1892), en 1899 con *Act to Regulate the Treatment and Control of Dependence, Neglected and Delinquent Children* que creó del primer Tribunal de Menores en Chicago, Illinois, que estableció las líneas básicas de su funcionamiento, sirviendo de modelo a las posteriores leyes reguladoras de otros tribunales de niños no sólo en Estados Unidos sino también en el resto del mundo (1905 en Inglaterra, 1908 en Alemania, 1911 en Portugal, 1911 en Hungría, 1912 en Francia, 1922 en Japón, 1924 en España, 1921 en Argentina, 1923 en Brasil, 1927 en México, 1928 en Chile),² con la finalidad de sustraer al menor del procedimiento penal ordinario, creando programas de tratamiento específicos, el estatus de persona en desarrollo³ de los menores de edad y el reconocimiento de las diferencias psicológicas, biológicas y sociales con los adultos, ha generado la necesidad de que se establezca un sistema diferenciado para garantizar el goce y ejercicio de los derechos de los menores de edad.⁴

Sin embargo, existen discrepancias en las legislaciones estatales respecto del límite mínimo de edad para la aplicación de un derecho diferenciado —aunado a los principios que rigen ese derecho, su finalidad, procedimiento, las medidas sancionadoras que se pueden aplicar y la forma de ejecución—, al tiempo que los instrumentos internacionales establecen características, estrategias y formas de operar tanto a nivel legislativo, administrativo y judicial, que deben ser aplicadas por los Estados firmantes con la finalidad de garantizar los derechos humanos y procesales de las personas menores de edad sujetas a este régimen jurídico.

Dentro de la evolución del tratamiento de los menores de edad, han tenido influencia decisiva una serie de normas internacionales que han marcado los grandes cambios en esta materia; a ellas nos referimos, de forma somera

² Armas Fonticoba, Tania de, *La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal. El esquema legal cubano*, disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6254. García Méndez, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Argentina, Editores del Puerto, 2004, p. 29.

³ Hidalgo Murillo, José Daniel, *Hacia una teoría procesal en justicia para adolescentes*, México, Flores, 2016, p. 535.

⁴ “Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955–2010 55 años de logros”, disponible en: http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf.

en los apartados siguientes, destacando aquellas previsiones que pueden tener más interés en relación con el tema de la justicia penal para menores de edad.

En México estas directrices se han internalizado de manera paulatina estableciendo como eje rector de la justicia penal para adolescentes el principio de interés superior del adolescente, desarrollando el andamiaje necesario para la implementación de un sistema nacional que garantice los derechos humanos y procesales de los adolescentes y al mismo tiempo cumpla con los principios de mínima intervención, flexibilidad y protección integral.

Finalmente es necesario resaltar que aunque en este abajo no hay un apartado respecto de otras fuentes del derecho penal de menores, como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o los instrumentos derivados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los pueblos o cualquier otro organismo regional, en esta ocasión sí se hace referencia a algunos instrumentos dada su antigüedad, relevancia y primacía.

II. REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES (REGLAS DE BEIJING), APROBADAS EL 28 DE NOVIEMBRE DE 1985 MEDIANTE LA RESOLUCIÓN 40/33

Estas Reglas fueron aprobadas con anterioridad a la Convención de Derechos del Niño y tienen por objeto procurar el bienestar del menor, evitando, en la medida de lo posible, su paso por el sistema de justicia penal y procurando, en caso contrario, que lo sea de la manera menos perjudicial.

La primera regla establece el principio de supremacía del interés del menor a la hora de adoptar las medidas más adecuadas, siempre respetando los derechos y garantías de los mismos y a la vista de sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Reconocen la justicia de menores como parte esencial del desarrollo nacional de cada Estado, en los ámbitos de prevención legislativa, judicial y ejecutiva, obligando a cada Estado a establecer las edades mínimas y máximas para la aplicación de dichas reglas, considerando el discernimiento y

comprensión de los menores respecto de un comportamiento antisocial y aplicables a los “delitos en razón de su condición”⁵ (reglas 1 a 4).

Estas Reglas establecen los principios de bienestar de los menores y proporcionalidad de la respuesta jurídica derivada de la delincuencia juvenil, entre la gravedad del delito y las circunstancias personales del menor, por lo que se realizará un informe social para que la autoridad llegue a la decisión que mayor beneficio proporcione al menor (reglas 5, 16 y 22).⁶

Presentan la necesidad de una justicia de menores eficaz, justa y humanitaria en todas sus etapas. Así como la competencia, el profesionalismo y especialización tanto de los funcionarios que en ella intervenga como de las instituciones (reglas 6, 12 y 26).⁷

Imponen el respeto a las garantías procesales durante todas las etapas del proceso, como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no autoincriminarse, el derecho al asesoramiento jurídico y psicológico, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, el derecho de apelación ante una autoridad superior, el respeto a su intimidad y la confidencialidad de sus datos (personales, confidenciales o sensibles) durante todas las etapas del proceso (reglas 7, 8 y 21).

La obligación de notificar de forma inmediata la detención del menor a sus padres o tutores y en su caso a cualquier familiar; el funcionario competente deberá estudiar la posibilidad de poner en libertad al menor a la mayor brevedad posible. Además, se deben prever medidas cautelares diferentes a la privación de la libertad (regla 10).

La sentencia será dictada por aquella autoridad que esté facultada para ello, tomando en consideración el informe social; la decisión siempre buscará el bienestar del menor, será proporcional a la gravedad del delito, a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las de la sociedad. Las restricciones a la libertad se impondrán tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible y a los casos de delitos graves y los cometidos

⁵ Previstos en algunos sistemas jurídicos nacionales con arreglo a los cuales se considera delito en los menores una gama de comportamiento distinta y, por lo general, más amplia que en el caso de los adultos.

⁶ Cuesta Arzamendi, José Luis de la y Blanco Cordero, Isidoro, *Menores infractores y sistema Penal*, España, Instituto Vasco de Criminología, 2010, pp. 13-15.

⁷ Beloff, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, *Revista Jurídica Palermo*, Argentina, núm. 6, 2005, pp. 115-120.

con violencia contra las personas o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada. Asimismo, se establece que no se aplicará la pena capital ni penas corporales (reglas 14, 16, 17 y 19).⁸

Se propone en estas Reglas la regulación de sanciones alternativas basadas en la familia y la comunidad, las cuales deben estar encaminadas a la rehabilitación, entendiendo por ésta la reinserción social y familiar (reglas 18 y 21).⁹

Resaltan la importancia de la rapidez en la tramitación de los casos de menores para evitar que el menor tenga dificultades intelectuales y psicológicas (regla 20). Respecto de la privación de la libertad, incluso de manera preventiva, impone la obligación de garantizar el cuidado, la protección, así como la educación y formación profesional de los menores para permitirles que desempeñen un papel activo y productivo en la sociedad, manteniéndolos separados de los adultos, con distinción de sexo, además de permitir el acceso de los padres o tutores (regla 26).¹⁰

III. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, APROBADA EL 20 DE NOVIEMBRE DE 1989

Su firma supone uno de los momentos más importantes en la evolución de la figura del niño, por dos razones fundamentales: primero porque el menor aparece configurado como sujeto de derechos, con la necesidad de

⁸ De acuerdo con la CNDH (México), las sanciones privativas de libertad tienen una mayor incidencia en la reinserción social de la persona sujeta a ella, de esta forma la privación menor a seis meses no resulta funcional por lo que el juez deberá estudiar la posibilidad de una medida alternativa. Por su parte, el internamiento que oscile en nueve meses de duración puede tener efectos positivos en la reinserción pues el tratamiento se efectúa de forma continua. En tanto que el internamiento mayor a 8 y 15 años (en el caso de los adultos) genera alteraciones en la personalidad de los internos. *Racionalización de la pena de prisión. Pronunciamento*, México, CNDH, 2016, pp. 55-64, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamento_20160331.pdf.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.

¹⁰ Pillado González, Esther, "La prisión provisional atenuada prevista en la legislación española: ¿una alternativa a la prisión provisional?", *Memoria del II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica*, México, 2014, pp. 113-122.

proporcionarle una protección especial que haga posible su bienestar y desarrollo, así como el goce y ejercicio de sus derechos humanos; segundo, porque es la primera norma que es de acatamiento obligatorio para los Estados parte que la suscribieron.¹¹

No es sólo la reafirmación de los derechos del niño¹² como persona humana, sino incluso una especificación de los derechos por las particulares circunstancias de vida de la infancia-adolescencia,¹³ los que deben ser garantizados, y constituyen la materia prima a partir de la cual se va a erigir cualquier determinación estatal que se relacione directa o indirectamente con los niños. Establece también el principio del interés superior del niño (artículo 3.1 CDN) el cual debe permear todas y cada una de las actuaciones de los Estados (incluidas las judiciales).¹⁴

Con relación a los menores delincuentes, establece que todo niño de quien se alegue que ha infringido o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido las leyes penales, tiene derecho a ser tratado con dignidad y respeto de los derechos humanos.¹⁵ Teniendo en cuenta la edad del sujeto y la importancia de promover su reintegración y de que asuma una función constructiva en la sociedad.¹⁶

Por su naturaleza vinculante, establece la obligación de los Estados parte para garantizar los estándares mínimos que debe tener la impartición de justicia a los menores que sean acusados y en su caso sentenciados por la comisión de un delito a nivel legislativo, judicial y ejecutivo:¹⁷

¹¹ A diferencia de la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño o la Declaración de Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, la Convención de Derechos del Niño tiene carácter imperativo, en cuanto es un tratado internacional que, una vez ratificado, vincula a los Estados parte.

¹² Ludwin, Bonn y Ludwin, Guende, *Delincuencia en niños y adolescentes*, México, Roca, 1985, p. 32.

¹³ Azaola Garrido, Elena, “Memoria de la Primera Reunión Nacional sobre Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Menores Infractores”, México, Secretaría de Gobernación, 2000, p. 89.

¹⁴ Cuesta Arzamendi, José Luis de la y Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, pp. 10-12.

¹⁵ Freitas Barros, Luisa Mercedes, “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: apuntes básicos”, *Educere*, Venezuela, vol. XII, núm. 42, julio-septiembre de 2008, pp. 431-437.

¹⁶ Beloff, Mary, *op. cit.*, p. 106.

¹⁷ Bordelon, Georgina *et al.*, “Programa de Justicia Juvenil y Medidas Alternas a la Privación de Libertad en Guatemala, El Salvador y Panamá”, NCSC, disponible en: [ALEJANDRA MARLENE GÓMEZ BARRERA](http://www.jus-</p></div><div data-bbox=)

- a) Cuando se acuse o declare culpable a menor de edad de haber infringido la ley, que se le trate con dignidad y se fortalezca en él el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales propios y de los demás y se promueva su reintegración constructiva a la sociedad (artículo 40.1, CDN).
- b) Que no se acuse o declare culpable a ninguna persona menor de edad de haber infringido la ley, por actos u omisiones que no estaban prohibidos en el momento en que se cometieron y que no lo sean tratándose de un adulto (artículo 40.2 a), CDN).
- c) Que se garantice a toda persona menor de edad acusado de haber infringido la ley, la presunción de inocencia; que se le informe sin demora de los cargos que se le imputan, brindando acceso a un intérprete si eso fuese necesario; que se le brinde asistencia jurídica u otra necesaria para la preparación y presentación de su defensa (artículo 37, d); que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley; no podrá ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroguen a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; la revisión por una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial de la resolución si es que considera que ésta es contraria a la ley y al respeto de su vida privada durante todo el procedimiento (artículo 40.2 b), CDN).
- d) El establecimiento de una edad mínima¹⁸ antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (artículo 40.3 a), CDN).¹⁹
- e) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el en-

ticiajuvenilca.org/~ /media/Microsites/Files/Intl%20Juvenile%20Justice/Observatory/CDN%20Y%20JUSTICIA%20JUVENIL%20EN%20CENTROAMERICA.ashx.

¹⁸ Lara Egurrola, Daniela y Frías Armenta, Martha, “Imputabilidad penal: el caso de los menores”, en Frías Armenta, Martha (coord.), *Niñez, adolescencia y problemas sociales*, México, Plaza y Valdés, 2009, p. 245.

¹⁹ Arse Fernández, Ramón, *et al.*, “Evaluación psicológica forense de la imputabilidad”, *Memoria del II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica*, cit., pp. 153-155.

tendimiento de que se respetarán plenamente sus derechos humanos y las garantías legales (desjudicialización) (artículo 40.3 b), CDN).

- f) En cuanto a las medidas a adoptar en la sentencia condenatoria, podrán ser el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias, como con la infracción —flexibilidad del principio de proporcionalidad, en aplicación del principio de Interés Superior del Menor (artículo 40.4, CDN—). Debe reducirse la privación de la libertad que será el último recurso y por el periodo más breve que proceda (artículo 37 b), CDN) y en caso de aplicarse deberá cumplirse en centros especializados y separados de los adultos (artículo 37 c), CDN). Además, se prohíbe categóricamente la aplicación de tratos crueles, inhumanos y de la pena capital (artículo 37 a), CDN).

TABLA 1. Perspectiva de los menores antes y después de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)²⁰

<i>Antes de la CDN</i>	<i>Después de la CDN (artículos 12, 37 y 40)</i>
Menores: <ul style="list-style-type: none"> • incompletos • incapaces • objetos de protección • no importa la opinión del niño. 	Niños/adolescentes/jóvenes: <ul style="list-style-type: none"> • personas en desarrollo; capaces relativos; • sujetos de derechos; • universalidad de la infancia es central la opinión del niño.
Centralización, lo asistencial es confundido con lo penal, desjudicialización.	Descentralización, lo asistencial separado de lo penal, desjudicialización.
Juez ejecutando la política social/asistencial, actúa como buen padre de familia.	Juez en actividad jurisdiccional, juez técnico, juez limitado por garantías.

²⁰ Gómez Barrera, Alejandra Marlene, *La medida de internamiento impuesta en el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes en México. Estudio comparado con el internamiento en España*, tesis doctoral inédita, España, Universidad de Vigo, 2018, pp. 75 y 76.

Menor abandonado/delincuente, derecho penal de autor, imputados de delitos como inimputables. Especialización sin justicia, “procedimientos” sin debido proceso. Privación de libertad como regla. Medidas por tiempo indeterminado.	Desaparece el determinismo, derecho penal de hecho, responsabilidad penal juvenil (consecuencias jurídicas diferentes de adultos), justicia especializada procedimientos especiales, sistema acusatorio, se reconocen todas las garantías (más garantías específicas), privación de libertad como excepción (tiempo determinado y el más breve posible), otras sanciones/medidas, medias por tiempo determinado.
--	--

IV. DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL (DIRECTRICES DE RIAD)
EMITIDAS EL 14 DE DICIEMBRE DE 1990
MEDIANTE LA RESOLUCIÓN 45/112

El uso del término joven en estas Directrices es de la manera más amplia, pues debemos recordar que en países como Estados Unidos de América, la mayoría de edad es alcanzada hasta los 21 años, a diferencia de México en donde este estatus es alcanzado al cumplir los 18 años, máxime que en éste se habla de un fenómeno: la delincuencia juvenil, el cual abarca no sólo a los sujetos que se enfrentan a la justicia penal, sino también a los menores que se encuentran por debajo del límite mínimo de edad para ser sujetos de una sanción jurídica, como es el caso de las personas menores de 12 años que cometen delitos en México, quienes en términos del artículo 18 constitucional únicamente son sujetos de asistencia social.

Establecen un marco general para la prevención de la delincuencia juvenil y constituyen valiosos criterios de cómo evitar que los jóvenes cometan acciones ilícitas.²¹

Se hace referencia tanto a la prevención general como a los procesos de socialización a través de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y al medio

²¹ Llobet Rodríguez, Javier, *op. cit.*, pp. 401-409.

laboral y se hace hincapié sobre el papel tan importante que tienen en este ámbito los medios de comunicación.²²

En estas Directrices se establece que los jóvenes (adolescentes, menores o niños) son miembros activos de la sociedad, por lo que deben ser respetados sus derechos y no ser considerados objetos de socialización y control. La prevención de la delincuencia es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad, por ello los programas preventivos deben centrarse, en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia. En todos los niveles de gobierno se deben aplicar estos programas que periódicamente deberán ser supervisados, evaluados y modificados a fin de aumentar su eficacia (directrices 1, 2, 3, 4, 9, 45 y 48).

Asimismo, dichas Directrices no están centralizadas en la administración de justicia, sino como su nombre lo indica: en la prevención, señalando las pautas a seguir por los Estados miembros en los entornos de socialización (familia, escuela, comunidad). Los encargados de la protección de los menores de 18 años en orden ascendente son: la familia, la sociedad, el Estado y los organismos especializados,²³ los medios de comunicación, la política social, la legislación y administración de la justicia de menores.²⁴

Estableciendo que la prevención (primaria, secundaria y terciaria) de la delincuencia y en especial de menores debe ser un tema principal en las políticas públicas y los programas de desarrollo (se debe incluir el sistema de justicia de menores).²⁵

En cuanto a la prevención primaria, que persigue la orientación de los jóvenes hacia la sociedad; la sociedad debe procurar el desarrollo armonioso de los jóvenes. Se busca la función activa de los jóvenes en la sociedad; y se presta especial atención a los procesos de socialización (familia, ense-

²² Sobre la prevención del delito, véase David, Pedro, “Prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo (perspectiva internacional)”, disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/06+-+Preencion+delito.pdf>.

²³ Castilla, Karlos, “La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el sistema interamericano”, *Derechos humanos de los grupo vulnerables*, p. 50, disponible en: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.43-72.pdf.

²⁴ Cuesta Arzamendi, José Luis de la y Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

²⁵ Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, México, Porrúa, 2004, pp. 75-84.

ñanza y educación pública, políticas de prevención de drogas; medios de comunicación).²⁶

Por su parte, la prevención secundaria trata de evitar criminalizar a los menores por conductas poco graves; de suministrar oportunidades de desarrollo personal (especialmente a jóvenes en peligro o riesgo social). Se formulan doctrinas y criterios para la prevención de la delincuencia; orientaciones en política social (prioridad a planes y programas orientados a los jóvenes). Se considera que la reclusión de los jóvenes es el último recurso y por el menor tiempo posible. En todo caso, resalta la importancia de los intereses de la persona menor de edad.²⁷

Finalmente, la prevención terciaria trata de evitar acudir a organismos formales de control; evitar rotulaciones estigmatizantes para el menor. Se trata además del desarrollo de servicios y programas con base en la comunidad, intentado que el menor intervenga de forma activa en el diseño y aplicación de los planes de prevención.²⁸

V. REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (REGLAS DE LA HABANA), APROBADAS EL 14 DE DICIEMBRE DE 1990 MEDIANTE LA RESOLUCIÓN 45/113

Son las reglas mínimas que se deben cumplir en la aplicación de la medida de privación de la libertad de los menores que se encuentren en conflicto con la ley penal (como resultado de la aplicación de una medida o durante el proceso, es decir en prisión preventiva o bien por su seguridad). Resaltando la aplicación de esta medida como último recurso y por el menor tiempo posible.²⁹

²⁶ Guerrero Agripino, Luis Felipe, “Seguridad Pública y Prevención del Delito en el Estado Social de Derecho. Especial comentario a la trascendencia de la educación”, *Dikaion*, año 21, núm. 16, Chía, Colombia, 2007, p. 262, disponible en: <file:///C:/Users/ALEJANDRA/Downloads/Dialnet-SeguridadPublicaYPrevencionDelDelitoEnElEstadoSoci-2562421.pdf>.

²⁷ Dammert, Lucía, “Prevención comunitaria del delito en América Latina: desafíos y oportunidades”, *Revista Desafíos*, Rosario, Colombia, 2005, p. 132, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3596/359633158009.pdf>.

²⁸ Guerrero Agripino, Luis Felipe, *op. cit.*, p. 266.

²⁹ Cuesta Arzamendi, José Luis de la y Blanco Cordero, Isidoro, *op. cit.*, pp. 15-18.

Debemos entender por menor privado de la libertad, toda persona menor de 18 años que se encuentre detenido, encarcelado o interno en un establecimiento sea público o privado del que no se le permita salir por su propia voluntad derivado de una orden judicial, administrativa u otra autoridad facultada para ello; cada Estado debe establecer el límite mínimo por debajo del cual no se podrá aplicar la privación de libertad, respetando en todo momento sus derechos humanos, además de procurar su sano desarrollo de forma individual, y como miembros de una sociedad, a través de programas y actividades (reglas 11,12 y 13).³⁰ Respecto de los menores en prisión preventiva, establece 4 principios (reglas 17-18):

- 1) Presunción de inocencia; lo que implica que no sólo se les debe considerar inocentes, sino que además se les debe tratar como tales.
- 2) Derecho al asesoramiento jurídico; inclusive gratuito y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos, de forma privada y confidencial.
- 3) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado; con la protección laboral nacional e internacional, y de proseguir sus estudios o capacitación.
- 4) Recibir y conservar material de entretenimiento y recreo que sea compatible con los intereses de la administración de justicia.

Después del ingreso en la institución de que se trate, se preparan y presentan a la dirección informes completos y demás información pertinente acerca de la situación personal y circunstancias de cada menor y se asegurará de que el adolescente conozca el reglamento de dicha institución (reglas 23 y 24).

Todos los informes, incluidos los registros jurídicos y médicos, las actas de las actuaciones disciplinarias, así como todos los demás documentos relacionados con la forma, el contenido y los datos del tratamiento, deberán formar un expediente personal y confidencial. Estos informes y el elaborado por el funcionario médico que reconoció al menor en el momento del ingreso, deberán presentarse al director, a fin de decidir el lugar más

³⁰ Jiménez Díaz, María José, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1-36, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

adecuado para la instalación del menor en el centro, así como determinar el tipo y nivel necesarios de tratamiento, y de cuál programa deberán aplicarse, de acuerdo con su edad, personalidad, sexo y tipo de delito, incluida su salud física y mental, que garanticen su protección contra influencias nocivas y situaciones de riesgo. Los menores deberán estar separados de los adultos (reglas 23, 27, 28 y 29).

Los centros en donde se encuentren internos menores deben, además de garantizar el respeto a sus derechos, asegurar las condiciones de higiene y dignidad humana, una alimentación adecuada, la atención médica necesaria, así como el ejercicio de sus creencias religiosas y su recreación. Brindándoles no sólo las instalaciones, sino también el tiempo necesario para ejercerlas, así como la posibilidad de recibir educación y aprender un oficio (reglas 31, 32, 37, 38, 40, 42, 47, 48 y 49).

El personal deberá ser competente y contar con un número suficiente de especialistas, como educadores, instructores profesionales, asesores, asistentes sociales, psiquiatras y psicólogos. Deben recibir una formación constante que les permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en psicología infantil, protección de la infancia, criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño. Los funcionarios deben garantizar el respeto de los derechos de los menores, así como velar por su protección física y mental (reglas 81, 85 y 87).³¹

Se permitirá a los menores tener comunicación con el mundo exterior. Así como garantizar el derecho a recibir visitas regulares y frecuentes, además de poderse comunicar por escrito o por teléfono, al menos dos veces por semana, con la persona de su elección (reglas 59, 60 y 61).

Se prohíbe el uso de instrumentos de coerción y la fuerza con cualquier fin, salvo en los casos excepcionales, cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento. Se prohíbe que el personal porte y utilice armas (reglas 63, 64 y 65).

³¹ La protección de los derechos humanos de los menores internos en centros de internamiento es un tema fundamental para la reinserción social del menor pues la experiencia de legalidad coadyuva a la ejecución de la medida. Para mayor información sobre el tema véase, García Huayama, Juan Carlos y Alvarado Reyes, Juana Elvira, “El internamiento preventivo en el proceso de infracción a la ley penal”, *Derecho y Cambio Social*, 2012, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493806.pdf>.

Indican que el propósito de las medidas y procedimientos disciplinarios debe ser la seguridad y una vida comunitaria ordenada, respetando la dignidad del menor, prohibiendo las medidas disciplinarias que constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluidos los castigos corporales.³² Deben además estar establecidos en un reglamento; incluyendo, por lo tanto, las conductas que los provocan y para cumplir con la finalidad de las medidas debe ayudar a los menores a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad, por lo que se deberán establecer procedimientos para ello, inclusive la libertad anticipada y cursos especiales (reglas 66, 67, 68, 79 y 80).

VI. CONCLUSIÓN

En México la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, constituyó el primer paso hacia el *garantismo* en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, continuando con la reforma constitucional publicada el 12 de diciembre de 2005 en el *Diario Oficial de la Federación*, por la cual se instruyó a la Federación, los estados y el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) a establecer, en el ámbito de sus competencias, un sistema integral de justicia aplicable a quienes tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años y se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales, lo que finalmente derivó en la implementación de un Sistema Nacional de Justicia Penal para Adolescentes, que vio la luz el 16 de junio de 2016 con la publicación de la Ley Nacional del Sistema de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIIPA).

Este Sistema Nacional de Justicia Penal para Adolescentes se erige en los principios del derecho penal internacional de las personas menores de edad: interés superior del menor (adolescente), protección integral, especificidad de la materia, mínima intervención y flexibilidad.

³² Los castigos corporales a los menores sujetos a régimen de internamiento en centros especiales, aunque han sido prohibidos, siguen ocurriendo, para mayor información al respecto véase “Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, 2009”, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_castigo_corporal.pdf.

1. *Interés superior de la persona menor de edad (adolescente)*

El derecho penal especial, como todas aquellas actuaciones del Estado mexicano, en sus tres niveles de gobierno (municipal, estatal y federal) y en sus tres ámbitos de aplicación (legislativo, judicial y ejecutivo), debe tener como eje transversal el interés superior de la niñez contemplado en el párrafo 9o. del artículo 4o. de la CPEUM, que establece:

Artículo 9. El varón y la mujer son iguales ante la ley...

...

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

En este sentido, se debe mencionar la inadecuada aplicación del término *interés superior de la niñez o de la adolescencia en este caso*, pues este es un principio que se llena de contenido y significación en cada caso particular, pues el interés superior de cada adolescente varía.

La aplicación de este interés superior de la niña o niño o del o la adolescente (artículo 12 LNSIJA) es un derecho prioritario, es decir, debe ser considerada la implicación que pueda tener en los menores de edad; en el caso del sistema integral penal de adolescentes, se refiere que desde el momento de crear las leyes o de reformarlas, hasta la ejecución de una medida sancionadora, se debe buscar aquello que permitirá el desarrollo del potencial de la persona adolescente. Al respecto, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 28 de agosto de 2002,³³ en su artículo 58.2, señala:

...la expresión “interés superior del niño” consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para

³³ Opinión consultiva de la CIDH, OC-17/2002, del 20 de agosto de 2002.

la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

2. *Especialización*

Implica que todas las autoridades jurisdiccionales que intervengan, los abogados defensores y el Ministerio Público, así como el personal técnico y de seguridad deben contar con la preparación especializada en justicia penal para adolescentes (artículo 23, LNSIJPA). A fin de cumplir igualmente con el derecho internacional, es preciso que todas y cada una de las personas que intervengan en la justicia de adolescentes, cuenten con la cualificación especializada para tratar tanto con adolescentes como con adolescentes en conflicto con la ley, desde el policía, el juez, hasta los técnicos especializados que intervengan en la ejecución o vigilancia de medidas, sean cautelares o de sanción.

En México, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refiere en la sentencia dictada en el Amparo directo en revisión 140/2015 de fecha 17 de junio de 2015, los siguientes rubros: *a)* órgano especializado, *b)* perfil idóneo, *c)* acreditar la capacidad, *d)* funcionarios especializados, y *e)* especialización obligada.³⁴

3. *Mínima intervención*

De acuerdo con el derecho internacional de menores, el Estado mexicano se ha obligado a establecer alternativas no penales: criterio de oportunidad, acuerdo reparatorio, suspensión condicional a proceso, y formas de terminación anticipada procedimiento abreviado (artículos 18 sexto párrafo, 20 apartado A fracción VII, 21 párrafo VII de la CPEUM; 18, 82 a 105 de la LNSIJPA y 128, 183 a 210, 256 y 257 del Código Nacional de Procedimientos Penales de aplicación supletoria a la LNSIJPA en términos de su artículo 10).

³⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, tesis 1a. CCCXXIX/2015 (10a.), t. I, noviembre de 2015, p. 965.

La mínima intervención también se materializa en la brevedad de los plazos, tanto en el procedimiento (para la investigación complementaria el Ministerio Público tendrá un plazo no mayor a tres meses y para emitir sentencia (artículos 33 y 131, LNSIJPA), como en la duración de las medidas, dependiendo del grupo etario en el que se encuentre la persona adolescente I: 12-14 años (sólo medidas en libertad), II: 15 a 16 años y III: 16 a 18 años (la medida de internamiento no podrá exceder de cinco años y únicamente se impondrá como medida excepcional (artículos 18 párrafo sexto CPEUM, y 107 y 164, LNSIJPA).

En este sentido, el tema de las consecuencias que derivan del proceso penal de adolescentes debe operar el principio de racionalidad y proporcionalidad (artículo 145, LNSIJPA).

4. *Flexibilidad*

El principio permite que el procedimiento se aplique tomando en consideración la situación específica del adolescente, así como del desarrollo del proceso, por lo que se pueden implementar acciones con base en las necesidades de la persona adolescente, pues se observa claramente en la aplicación de la medida, ya que deben ser consideradas además de la conducta cometida, las características del menor, por lo que el principio de proporcionalidad que rige el derecho penal de adultos se ve modulado (artículo 44, LNSIJPA).

5. *Protección integral*

Este principio implica que durante el proceso penal que se lleve a un adolescente, se deben proteger todos y cada uno de sus derechos humanos tanto aquellos que le corresponden por ser persona, como aquellos específicos que derivan de su calidad de persona en desarrollo, maximizándose de esta manera su esfera jurídica; por ejemplo, además de gozar de derechos como el de tener un defensor, también deberán serle garantizados aquellos como informar a sus padres o tutores sobre su situación jurídica (artículo 42, LNSIJPA).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Esta protección se lleva a cabo tanto por el órgano jurisdiccional como por el Ministerio Público, su defensor, el equipo técnico que se encargue de la ejecución y vigilancia de las medidas que en su caso le sean impuestas (artículo 13, LNSIIPA).

TABLA 2. Principios específicos del derecho penal de menores (ONU)³⁵

<i>Principio</i>	<i>Instrumento</i>	<i>Contenido</i>
Interés superior	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, artículos 6.1, 8.1, 10.2, 13.4, 14.2, 16.1, 17.1 a), b), c), d), 26.4 y 26.5. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, artículos 2.3, 3.2 y 3.9. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, directrices 4, 5 d), 10, 20 y 52.	En todas y cada una de las determinaciones que se tomen en los procesos que se sigan a un menor de edad, por la probable responsabilidad en la comisión de un delito y en la ejecución de la medida que se imponga una vez acreditada su responsabilidad.
Especialización	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, artículos 6.3, 12.1, 22.1 y 22.2. Convención sobre los Derechos del Niño apartado 9 del preámbulo. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, artículos 13.1, 13.2, 15.2, 16.1, 16.2 y 16.3. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, directrices 5 b) y 58.	Todas las autoridades (policía, fiscal, juez, etcétera) y el personal técnico (médico, sicólogo, pedagogo, etcétera) y el abogado del menor, que intervengan en el proceso de impartición de justicia deben contar con la especialización necesaria para tratar con el menor en conflicto con la ley.

ALEJANDRA MARLENE GÓMEZ BARRERA

³⁵ Gómez Barrera, Alejandra Marlene, *La medida de internamiento impuesta en el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes en México. Estudio comparado con el internamiento en España*, tesis doctoral inédita, España, Universidad de Vigo, 2018, pp. 115-119.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Mínima inter- vención	<p>Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, artículos 11.1, 11.2, 13.1, 13.2, 13.3, 28.1 y 28.2.</p> <p>Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.3 b).</p> <p>Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, artículos 2.6 y 5.1.</p> <p>Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, directriz 6.</p> <p>Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, artículo 3.</p>	<p>La adopción de medidas diversas a efecto de que el proceso de impartición de justicia afecte lo menos posible la vida y el óptimo desarrollo del menor, los cuales incluyen desde las salidas alternas del proceso penal (criterio de oportunidad, MASC, procedimiento abreviado, suspensión condicional del proceso, etcétera), así como una amplia gama de medidas diversas al internamiento a efecto de que el juzgador pueda elegir aquella que responda de mejor forma al caso particular, sin afectar más allá de lo estrictamente necesario al menor.</p>
Flexibilidad	<p>Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, artículos 2.2 c) y 4.1.</p> <p>Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 14.2.</p> <p>Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, directriz 5 c).</p>	<p>Este principio permite a los operadores del sistema adecuar el proceso penal minoril a las necesidades y circunstancias específicas del menor, siempre dentro de los parámetros establecidos por la misma ley.</p>

MARCO INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL PARA MENORES DE EDAD

Protección integral	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, artículos 5.1, 7.1, 8.1, 8.2, 10.1, 10.3, 13.5, 17.1 d) y 18.1. Convención sobre los Derechos del Niño artículos 2.2, 3.2, 16.2, 19.1, 20.1 y 23.2. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, artículos 3.8 y 10.4. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, directrices 2, 5 a), 5 d), 53 y 54. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, artículos 1, 3, 9 y 14.	Desde su detención y hasta el cumplimiento de la medida que en su caso le sea impuesta, las autoridades velarán por la protección del menor, es decir vigilarán y garantizarán el goce y disfrute de sus derechos humanos y sobre todos aquellos que por su calidad de persona en desarrollo le corresponde.
---------------------	--	--

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZAR, Miguel Ángel *et al.*, “Análisis descriptivo de la actividad del equipo técnico de la Fiscalía de Menores de Toledo, Años 2001 al 2012”, *Anuario de Psicología Jurídica 2015*, España, El Sevier, 2015, disponible en: https://ac.els-cdn.com/S1133074015000094/1-s2.0-S1133074015000094-main.pdf?_tid=664b7e04-feb0-4f8c-ae1-e2bc5a3fef54&qcdnat=1534552598_ba7b0c64ed8566fccc7dbcf0d2507068.
- ARMAS FONTICOBÁ, Tania de, “La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal. El esquema legal cubano”, disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6254.
- ARSE FERNÁNDEZ, Ramón *et al.*, “Evaluación psicológica forense de la imputabilidad”, *Memoria del II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica*, México, 2014.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- AZAOLA GARRIDO, Elena, “Memoria de la Primera Reunión Nacional sobre Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Menores Infractores”, México, Secretaría de Gobernación, 2000.
- AZAOLA GARRIDO, Elena, *Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México*, México, Secretaría de Gobernación, México nos Mueve la Paz y UNICEF, 2015, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/spanish/Diagnostico_adolescentes_web.pdf.
- BELOFF, Mary, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, *Revista Jurídica Palermo*, Argentina, 2005, núm. 6.
- BERNAL CIGARROA, Agustín, “Trabajando por la Reinserción Social”, disponible en http://www.icpala.com/wp-content/uploads/acervo-boletines/MemoReinsercionSocial3_Feb2016.pdf.
- BORDELON, Georgina *et al.*, “Programa de Justicia Juvenil y Medidas Alternas a la Privación de Libertad en Guatemala, El Salvador y Panamá”, NCSC, disponible en: <http://www.justiciajuvenilca.org/~media/Microsites/Files/Intl%20Juvenile%20Justice/Observatory/CDN%20Y%20JUSTICIA%20JUVENIL%20EN%20CENTROAMERICA.ashx>.
- DAVID, Pedro, “Prevención del delito y justicia penal en el contexto del desarrollo (perspectiva internacional)”, disponible en: <https://www.ehu.es/documents/1736829/2030810/06+-+Prevencion+delito.pdf>.
- CASTILLA, Karlos, “La protección de los derechos humanos de niñas y niños en el sistema interamericano”, *Derechos humanos de los grupo vulnerables*, disponible en https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.43-72.pdf.
- Congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal 1955–2010 55 años de logros*, disponible en: http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf.
- CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la y BLANCO CORDERO, Isidoro, *Menores infractores y sistema penal*, España, Instituto Vasco de Criminología, 2010.
- DAMMERT, Lucía, “Prevención comunitaria del delito en América Latina: desafíos y oportunidades”, *Revista Desafíos*, Rosario Colombia, 2005, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3596/359633158009.pdf>.
- Décimo Tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal y preparativos del 14º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*, disponible en: <https://www.unodc.org/documents/>

commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_27/ECN152018_11_s_VI801148.pdf.

FREITES BARROS, Luisa Mercedes, “La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: apuntes básicos”, *Educere*, Venezuela, 2008, vol. XII, núm. 42, julio-septiembre de 2008.

GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos y ALVARADO, Juan, “El internamiento preventivo en el proceso de infracción a la ley penal”, *Derecho y Cambio Social*, 2012, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5493806.pdf>.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Argentina, Editores del Puerto, 2004.

GÓMEZ BARRERA, Alejandra Marlene, *La medida de internamiento impuesta en el nuevo sistema de justicia penal para adolescentes en México. Estudio comparado con el internamiento en España*, tesis doctoral inédita, Universidad de Vigo, 2018.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, “Seguridad pública y prevención del delito en el Estado social de derecho. Especial comentario a la trascendencia de la educación”, *Dikaion*, año 21, núm. 16, Chía Colombia, 2007, disponible en: <file:///C:/Users/ALEJANDRA/Downloads/Dialnet-SeguridadPublicaYPrevencionDelDelitoEnElEstadoSoci-2562421.pdf>.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Hacia una teoría procesal en justicia para adolescentes*, México, Flores Editor, 2016.

Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, 2009, disponible en: https://www.unicef.org/mexico/spanish/Informe_castigo_corporal.pdf.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>.

LARA EGURROLA, Daniela y FRÍAS ARMENTA, Martha, “Imputabilidad penal: el caso de los menores”, en FRÍAS ARMENTA, Martha (coord.), *Niñez, adolescencia y problemas sociales*, México, Plaza y Valdés, 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “La justicia penal juvenil en el derecho internacional de los derechos humanos”, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/3568/3333>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- LUDWIN, Bonn y LUDWIN, Guendel, *Delincuencia en niños y adolescentes*, México, Roca, 1985.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos, “La justicia juvenil en el derecho europeo”, *Derecho y Cambio Social*, España, año 11, núm. 37, 2014.
- PILLADO GONZÁLEZ, Esther, “La prisión provisional atenuada prevista en la legislación española: ¿Una alternativa a la prisión provisional?”, *Memoria del II Congreso iberoamericano de justicia terapéutica*, México, 2014.
- Racionalización de la Pena de Prisión, Pronunciamiento*, México, CNDH, 2016, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, México, Porrúa, 2004.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, “Avances y retrocesos de la justicia penal para adolescentes”, *Novum*, México, UNICEF, 2012.

Derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y Estado plurinacional: contribución de Guaman Poma de Ayala y Francisco de Vitoria

Right to Development of the Indigenous People and the Plurinational State: Contribution of Guaman Poma de Ayala and Francisco de Vitoria

Droit au développement des peuple indigène et de l'État plurinational: contribution de Guaman Poma de Ayala et de Francisco de Vitoria

Thais Novaes Cavalcanti*
Ana Thereza Meireles Araújo**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Francisco de Vitoria y el reconocimiento de la identidad y dignidad de los indios*. III. *Felipe Guaman Poma de Ayala, el cronista indio en busca de la paz y del buen gobierno*. IV. *Derecho al desarrollo de los pueblos indígenas (breves notas): reconocimiento, igualdad y participación*. V. *La evolución en el derecho brasileño y la Constitución de 1988*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

* Doctora y maestra en derecho del Estado PUC/SP, máster en teología en Roma, profesora del programa de Maestría en Derecho de la UCSAL y de la Graduación de la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo.

** Doctora en relaciones sociales y nuevos derechos, maestría en derecho privado por la UFBA, docente del curso de Derecho de la UNEB, UCSAL y Facultad Baiana de Derecho.

Artículo recibido el 12 de julio de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 421-439
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: En el presente artículo se pretende identificar aspectos del pensamiento de tres autores de culturas y épocas distintas: Francisco de Vitoria, español (1483-1546); Felipe Guamán Poma de Ayala, quechua-peruano (1534-1556/1615-1644); Amartya Sen, indiano (1933-), en lo que contribuyen a la afirmación del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas. La metodología de la revisión bibliográfica fue utilizada en la búsqueda de reconocimiento de la identidad y dignidad indígena, así como en la igualdad de soberanía del Estado indígena a componer el concepto de Estado plurinacional y su posibilidad de aplicación en el caso brasileño.

Palabras clave: derecho al desarrollo, pueblos indígenas, Estado plurinacional, Guamán Poma de Ayala, Francisco de Vitoria, Amartya Sen.

ABSTRACT: This article intends to identify aspects of the thought of three authors of different cultures and epochs. Francisco de Vitoria, Spanish (1483-1546); Felipe Guamán Poma de Ayala, Quechua/Peruvian (1534/1556 – 1615/1644); Amartya Sen, Indian (1933 -), and in what contributes to the affirmation of the Right to Development of indigenous people. The methodology of the bibliographic review was used in the search for recognition of indigenous identity and dignity, as well as in the equality of sovereignty of the indigenous State to compose the concept of plurinational State and its possibility of application in the Brazilian case.

Key words: Right to Development, Indigenous People, Plurinational State, Guaman Poma de Ayala, Francisco de Vitoria, Amartya Sen.

RÉSUMÉ: Cet article vise à identifier les aspects de la pensée de trois auteurs de cultures et d'époques différentes: Francisco de Vitoria, espagnol (1483-1546); Felipe Guamán Poma de Ayala, quechua-péruvien (1534-1556/1615-1644); Amartya Sen, indien (1933-) et en quoi contribue à l'affirmation du droit au développement des peuples autochtones. La méthodologie de la revue bibliographique a été utilisée dans la recherche de la reconnaissance de l'identité et de la dignité autochtones, ainsi que dans l'égalité de souveraineté de l'État autochtone, afin de composer le concept d'État plurinational et sa possibilité d'application dans le cas du Brésil.

MOTS-CLÉS: droit au développement, peuples indigènes, État plurinational, Guaman Poma de Ayala, Francisco de Vitoria, Amartya Sen.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores choques de civilizaciones, la interculturalidad y la diversidad ocurrió en el periodo de la colonización española y portuguesa en tierras de América durante los siglos XV, XVI y XVII. En el escenario de la conquista, el enfrentamiento entre los pueblos europeo e indígena fue marcado por la violencia e imposición cultural y jurídica, sin la preocupación por el reconocimiento de la identidad y de la dignidad de aquellos que se encontraban en la situación de conquistados. En esta situación, que se prolongó a lo largo de los siglos, se cuestiona si es posible hoy afirmar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, el derecho al reconocimiento de su identidad y de la igualdad de soberanía de un Estado indígena a componer el concepto de Estado plurinacional.

Para eso, es necesario repensar conceptos, reconstruir lógicas de pensamiento, conciliar teorías, justamente para fundamentar la nueva y antigua realidad que el mundo, en especial los países de América Latina, están viviendo.

El presente artículo pretende destacar la contribución de tres autores, oriundos de culturas diferentes, que pueden contribuir a esa reformulación: el español Francisco de Vitoria, el indio peruano Felipe Guamán Poma de Ayala y el indiano Amartya Sen. Los dos primeros fueron fuerzas contrarias y revolucionarias durante el siglo XVI en el marco de la colonización del Perú y sirvieron como base para el reconocimiento del pueblo indígena: Francisco de Vitoria (1483-1546), fraile del orden dominicano, teólogo de la escuela de Salamanca, que defendió a los indios ante la Corona española; Felipe Guamán Poma de Ayala (1534-1556/1615-1644), nacido en Huamanga, región hoy conocida por Ayacucho, en los Andes peruanos, que denunció el gobierno español establecido durante el periodo de colonización, escribiendo comentarios sobre el buen gobierno.

Amartya Sen nació en Santiniketan, India, fue profesor en la Escuela de Economía de Nueva York y de la London School of Economics, perteneció al cuadro docente de la Universidad de Harvard durante más de una década y desde 1998 fue rector del Trinity College (Cambridge University). En 1998 ganó el premio Nobel de Economía por sus contribuciones a la eco-

nomía del bienestar, estableciendo nuevos paradigmas para el desarrollo y para la teoría de la elección social.

Este artículo pretende traer otros contenidos a las discusiones actuales sobre la formación de Estados plurinacionales, indicando la importancia de complementariedad en las ideas de autores de culturas diferentes. Para afirmar la existencia del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, a nivel internacional y en Brasil, con base en la idea de libertad y capacidades de Amartya Sen y de reconocimiento e igualdad de Guamán Poma.

El derecho al desarrollo, en esta concepción, no se presenta como contrario a la persona del indio o al respeto a la naturaleza (sostenibilidad), sino como un derecho de reconocimiento histórico y reafirmación de la dignidad del indio como persona y como pueblo, a partir de la igualdad material y de su identidad, para la construcción del Estado nacional indígena.

La metodología utilizada para la construcción de este artículo fue la investigación bibliográfica e histórica, a partir de la lectura de los manuscritos y de comentaristas sobre la influencia de los autores en el pensamiento actual.

II. FRANCISCO DE VITORIA Y EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD Y DIGNIDAD DE LOS INDIOS

Francisco de Vitoria, del orden dominico, uno de los fundadores de la Escuela de Salamanca junto a Bartolomé de las Casas, Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez formaron una especie de “grupo de pensadores libres” del siglo XV y XVI. Fueron ellos los primeros en cuestionar la legitimidad de la corona española en esclavizar a los indios, expropiar sus tierras y explotar sus riquezas, estableciendo una línea contraria de pensamiento (1474-1566) fue el más famoso, conocido como defensor y protector universal de todos los pueblos indígenas, habiendo vivido en varios territorios americanos durante el periodo de la conquista (Venezuela, Nicaragua, Guatemala y México), fue escuchado en 1542 por el Consejo de Indias y escribió el libro *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, en 1552.

Varios autores narran que Bartolomé de las Casas fue inspirado a colocarse contra las Encomiendas españolas, después de escuchar el famo-

so Sermón de Adviento, proclamado por el padre Antonio de Montesinos, pronunciado directamente a los españoles:

¿Con qué derecho habéis desencadenado una guerra atroz contra esas gentes que vivían pacíficamente en su propio país? ¿Por qué los dejáis en semejante estado de extenuación? Los matáis a exigir que os traigan diariamente su oro. ¿Acaso no son ellos hombres? ¿Acaso no tienen razón, y alma? ¿No es vuestra obligación amarlos como a vosotros mismos?¹

En la defensa que hace de los indios, Las Casas citó a Francisco de Vitoria (1483-1546) varias veces, denominándolo de “doctísimo maestro, genio, doctísimo varón”, siendo este último autor de dos importantes libros: *De Indis* (1539) y *Reignes Theologicae*, que fueron unidos y se pueden encontrar en la versión española *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*.²

Sin embargo, Francisco de Vitoria quedó conocido como fundador del derecho internacional, a partir de sus tesis sobre la soberanía. Sus tesis, aunque presentadas de diversas formas, pretendían llegar al mismo punto: cuestionar la legitimidad de conquista del Nuevo Mundo.

En líneas generales, Vitoria defiende que hay una sociedad natural entre todos los pueblos, de donde surge la necesidad de establecer un *ius communicationis*. Todo hombre tiene el derecho de estar, caminar, ir de un lado a otro, alrededor de la tierra, lo que él denominaba *hominum invicem communicatio* (comunicación mutua entre los hombres). Su conclusión en *De potestate civili* (1528) es que hay un derecho de libre comunicación entre todos los pueblos y cualquiera de ellos tiene el derecho natural de constituir un Estado, cuya soberanía debe ser respetada por todos. El mundo entero es una comunidad política (*totus orbis, qui aliquo modo est una republica*).

En esta lógica establecida por él, presenta la pregunta al inicio del libro *De Indis*: “¿Por cuál derecho los bárbaros son dominados por los españoles?”. Ni por el derecho natural, ni por el derecho de guerra, ni por el derecho de gentes³ están legitimados para tal actitud.

¹ Prien, Hans-Jüngen, *La historia del cristianismo en América Latina*, Salamanca, Sígueme, 1985, p. 164.

² Vitoria, Francisco de, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Madrid, Tecnos, 1998.

³ Derecho de gentes comprendido como el que emana de la sociedad natural y regula las relaciones entre diferentes Estados que, aunque libres, están vinculados en una comunidad internacional.

Hay una preocupación en los escritos de Francisco de Vitoria sobre el establecimiento de leyes en el territorio americano, que fueran específicas para los indios y no leyes españolas adaptadas a ellos. Vitoria defiende que existan leyes para combatir el entendimiento mayoritario de la época de que los indios eran seres inferiores, con racionalidad reducida y por lo tanto naturaleza diferente de los españoles, no teniendo, por lo tanto, derechos sobre las tierras que habitaban.

Sus escritos son importantes, principalmente para determinar criterios racionales diferentes de la lógica establecida en su tiempo. En este sentido es que Vitoria tuvo que vencer tres barreras fundamentales: en primer lugar, la barrera mental, acostumbrada a los parámetros medievales; después el cambio de la legislación y la fijación de las nuevas leyes para el digno y justo trato de los indios y, en tercer lugar, la aplicación de esta nueva legislación en el Nuevo Mundo descubierto.⁴

Es interesante notar que, de cierta forma, aún hoy esas barreras existen en sus formas y características específicas. Es necesario, en primer lugar, vencer la barrera mental, acostumbrada a los parámetros de dominación establecidos; en segundo lugar, la legislación que, aún no prevé un trato digno a los indios y, en tercer lugar, la afirmación de una legislación internacional que reconozca a los Estados nacionales indígenas.

Sobre el periodo de Francisco de Vitoria, es importante destacar que solamente en 1512, contrariando las determinaciones del rey Fernando, los dominicos fueron responsables de la redacción de las 35 *leyes de Burgos*. Estas forman el primer cuerpo legislativo sobre la colonización de las Américas, en que algunos derechos eran concedidos a los indios, como el derecho de libertad para trabajar y vivir en las tierras que eran de su propiedad y ciertos derechos laborales en las encomiendas españolas (leyes 11 y 13). Estableció el derecho a la educación (ley 17) a los hijos de los caciques con menos de 13 años, que quedaría a cargo de los franciscanos. Y ciertos derechos de personalidad, como la ley 24: “Está prohibido que los indios sean maltratados o insultados y es obligatorio para todo español dirigirse a los indios por su nombre o apellido. Se establece la multa de 5 pesos de

⁴ Ruiz, Rafael, *Francisco de Vitoria e os direitos dos indios americanos*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002, p. 100.

oro para cada latigazo que se ha dado; y en el caso de difamación o injuria la multa será de 1 peso de oro”.⁵

Pero, esas leyes no se mostraron eficientes, principalmente porque mantenía a los indios vinculados al poder de las encomiendas. Así, Las Casas y Vitoria continuaban su batalla para ampliar el reconocimiento de la dignidad de los indios.

En 1542 fueron publicadas las *Leyes Nuevas*, por el rey Carlos V, que decidió retirar su gobierno de las Indias y devolver el dominio de las tierras a los caciques indígenas. En el Preámbulo de las leyes, el rey reconoce su demora en tomar providencias:

Sepades que aviendo muchos años ha tenido voluntad y determinación de nos ocupar de espacio en las cosas de las Yndias... no ha podido ser por los muchos y continuos negocios que han ocurrido de que no nos hemos podido escusar y por las absercias que destes rreynos yo el rrey he hecho por causas tan necessárias...⁶

Las Leyes Nuevas fueron importantes porque establecían derecho de capacidad jurídica plena (leyes 26-28, 30), derechos fiscales (ley 40) y de entre otros, el derecho a la paz (leyes 34, 37 y 38).

En términos prácticos, las leyes no pudieron producir efectos en América. Por ejemplo, en el Perú el intento de aplicar tales leyes desencadenó una guerra que, al final, sólo ha traído más muertes y violencia contra los indios. La liberación de las encomiendas tampoco resultó en el efecto deseado, pero dejaron a los indios más desamparados y sometidos a la dominación de los españoles.

Y así, la batalla de Francisco de Vitoria continuó a partir de sus tesis, a ser presentadas al Consejo de Indias y al rey. A lo largo de su tratado *De Indis* defendía que cabe a los indios el *derecho de igual trato jurídico, político y social* que era dado por los españoles a todos los pueblos del mundo, sean franceses, ingleses, sarracenos o judíos (*De Indis*, I, 1, 16). Afirmaba que “sería tan impensable considerar una disminución en la soberanía indígena por el hecho de descubrimiento, como impensable sería que España fuera inferior a las Indias, si hubieran descubierto a nosotros” (*De Indis*, I, 2, 10).

⁵ *Ibidem*, p. 101.

⁶ *Idem*.

En este sentido, en 1555 a través del documento Cédula 6 de agosto, Francisco de Vitoria defiende el *derecho a la identidad nacional*, que determinaba

... tanto las leyes y las costumbres que se practican en las Indias, concordantes con la ley natural, tienen plena validez, de manera que todos los pueblos indígenas pueden defender su identidad nacional, considerando que las leyes dadas por los gobernadores españoles no perjudican lo que los caciques habían ordenado, ni sus costumbres y estatutos, siempre que sean justos.⁷

Otro hecho importante ocurrió en 1569, cuando el rey de España, Felipe II, firmó y ratificó el *Tratado de Paz de Acobamba*, firmado también por el inca Titu Cusi Yupanqui, destacando tres puntos importantes y neurálgicos: 1) presupuesto de “igualdad de soberanía” entre el pueblo español y el pueblo indígena; 2) reconocimiento de que la voluntad popular de los indios, expresada a través del titular legítimo del poder, tenía eficacia jurídica; 3) la aceptación de que los pueblos indígenas serían gobernados por sus legítimos señores.

Tales puntos colocados en este primer Tratado de Conciliación y de los escritos de Francisco de Vitoria, pueden ser traducidos a la actualidad y tal vez sean ellos caminos para la reformulación de ciertos conceptos.

La *igualdad de soberanía*: derecho internacional al reconocimiento como pueblo, teniendo derecho a la autodeterminación, principio *jus cogens*, incluso como elemento integrante del derecho al desarrollo, así como el principio de la soberanía sobre los recursos naturales.

La *voluntad popular de los indios*: que hoy, de cierta forma es reconocida por el derecho internacional a través de la figura del consentimiento libre, previo e informado, descrito en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, en su artículo 32.

El *derecho de autogobierno*: fundado en el reconocimiento de la identidad del pueblo indígena, también en su aspecto político.

Esta contribución de Francisco de Vitoria es importante en la actualidad porque en la formación de un Estado plurinacional es necesario que se reconozca en igualdad las relaciones entre los diferentes pueblos allí existentes y convivientes.

⁷ *Ibidem*, p. 156.

III. FELIPE GUAMÁN POMA DE AYALA, EL CRONISTA INDIO EN BUSCA DE LA PAZ Y DEL BUEN GOBIERNO

Felipe Guamán Poma de Ayala, nació en la región de Ayacucho, Perú, pocos años después de la conquista de estas tierras por los españoles. Sus padres (Guamán Chava, señor importante en el régimen inca y Cápac Guarmita Poma Gualca) dieron nombre de noble ascendencia inca: Guamán, significa halcón (el rey de las aves) en la lengua quechua, y Poma (rey de los animales, muy temido). El nombre Felipe recibió en el bautismo como homenaje al rey de España, y Ayala fue dado por un sacerdote, Martín de Ayala, que era próximo de la familia y enseñó a todos a leer y escribir castellano, historia, religión.⁸

Como se percibe del propio origen de su nombre, en Guamán Poma coexisten las dos realidades, andina y europea, opuestas y complementarias. Siendo un indio nacido en la cultura andina, asimiló también la cultura europea cristiana, sin embargo, esto se dio dentro de la lógica de la conciliación, característica específica de su pueblo. Como afirma María Rostworowski, “en el mundo andino existe una percepción inicial de la realidad como una complementación de opuesto que mantiene sus identidades particulares, se complementan”.⁹

Lógica de los espejos, lógica del *yanantin*, tanto en la religión andina (el panteón de divinidades); como en la política (sistemas duales) como en la iconografía se manifiesta esta concepción del pueblo andino de un cosmos dual.¹⁰

Tanto es así que sus manuscritos, en estilo crónico, con 1,189 páginas y 398 ilustraciones, fueron elaborados en dos lenguas centrales, castellano y quechua, pero presenta más de 10 lenguas nativas diferentes, con imágenes andinas adaptadas al concepto del cristianismo y viceversa. Su texto es dividido en dos partes: *nuevas crónicas*, en que aborda las edades (eras) de la

⁸ Carrillo, Francisco, *Antología nueva crónica y buen gobierno*, Lima, Editorial Horizonte, 1998, p. 9.

⁹ Rostworowski, María, *Estructuras andinas de poder*, Lim, IEP, 1993, p. 80.

¹⁰ Dejo, Juan, *Guaman Poma de Ayala y la lógica andina de conciliación*, Apuntes 26, primer semestre 1990, p. 78.

creación y evolución de los indios, historias de los reyes Incas de las coyas (reinas), de los comandantes, trata de los meses del año y de los ritos y ceremonias, de los entierros, de la justicia de las fiestas y de la organización del gobierno inca. En la segunda parte (*buen gobierno*), presenta el gobierno de los nueve primeros virreyes, de los grupos sociales que había en la época (religiosos, funcionarios de la Audiencia, corregidores, soldados, encomenderos, *curacas* (jefes locales), indios comunes y de los esclavos negros). Y hace pequeñas consideraciones sobre la política colonial, denunciando los malos tratos hacia los indios. Así comienza: “Esta crónica es para todo el mundo y para toda cristiandad. Hasta los infieles debes verla para que haya justicia y orden en el mundo (colofón)”.¹¹

Ciertamente, Guamán Poma era un indio estudioso y, de una manera, aculturado, y por dominar varias lenguas se convirtió en intérprete de algunos sacerdotes colonizadores. Esto permitió que viajara por Huánuco, Ayacucho, Cuzco, Valle del Mantaro, Ica, Nazca, Pisco y Lima, presenciando ricamente varios aspectos de la vida en Perú. Fue en Lima que, a los 80 años terminó de escribir sus crónicas, hacia 1615.

Hay muchas interpretaciones del texto de Guamán Poma sobre sus objetivos y hasta sus efectos, autores preocupados por las diferencias entre los pueblos y los efectos de la imposición por la fuerza, otros preocupados por la continuidad y los aspectos comunes de la naturaleza humana independiente de los hechos sangrientos narrados por el autor. La verdad es que el estudio de este texto hace que se analice el periodo de colonización del Perú bajo la óptica de los indios, de los vencidos, de los nativos, como escritos de resistencia. Resistencia consensual o de la adaptación en la resistencia, diría Steve Stern.¹²

En este artículo destaco dos aspectos de las crónicas de Guamán Poma. En primer lugar, el aspecto del *reconocimiento de la identidad del pueblo andino y la reciprocidad*. Su texto es una carta de presentación del “yo andino” al mundo del occidente, al “otro”: “Vea vuestra senhoria este libro y crónica y los capitulos y prevea justicia. Esto que se escribe no se haze para mal ni

¹¹ Guaman Poma de Ayala, *Nueva Crónica y del buen gobierno*, Lima, Editorial Horizonte, 1998, p. 1.

¹² Stern, Steve, *Resistance, Rebellion and Consciousness in Andean Peasant World in Eighteenth Century*, Wisconsin, WTC Press, 1988, p. 13.

daño, ciño para el servicio de Dios y buena justicia y emenda de los malos cristianos y soberbiosos... Y anzi ablo en común, común con todos [¡sic!]¹³.

Según Juan Dejo, el autor busca retratar el pueblo andino utilizando los valores cristianos presentados por los españoles como valerosos, justamente para que identificarse con ellos, puedan sentir proximidad e igualdad.¹⁴

En sus escritos es posible verificar que el pueblo andino se caracteriza por la buena convivencia con otras culturas, sin demostrar problemas en asumir nuevos valores y nuevas ideas. “La base de su vida cotidiana es la reciprocidad, el ejemplo de la realización del trabajo de forma distributiva y consensual entre diversas sociedades andinas demuestra la percepción de la complementación de fuerzas distintas”. No hay necesidad de choque o violencia, sólo reconocimiento y reciprocidad.

El segundo aspecto que destaco es la *conciencia política* al defender la capacidad de su pueblo y el *derecho al auto gobierno*. El intento de Guamán Poma es mostrar que el pueblo andino, dentro de su alto grado de organización inca, tiene condiciones para dialogar con los españoles y establecer relaciones políticas con ellos. El buen gobierno sería aquel que posibilita la participación de sus miembros y de sus comunidades, reconociendo que la interculturalidad es importante entre un Estado.

En este sentido, las crónicas de Felipe Guamán Poma de Ayala también pueden ser un buen camino (base) para la reformulación de los conceptos de la teoría del Estado, necesarios para el reconocimiento del pueblo indígena actualmente.

IV. DERECHO AL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (BREVE NOTAS): RECONOCIMIENTO, IGUALDAD Y PARTICIPACIÓN

El derecho al desarrollo es un derecho relativamente nuevo, al menos en su configuración actual, mucho más relacionada con la idea de personalidad, capacidades (desarrollo humano) que al desarrollo económico.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948, se reconoció el derecho al desarrollo:

¹³ Dejo, Juan, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴ *Ibidem*, p. 86.

El artículo XXII determina: Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.¹⁵

Wagner Balera destaca que, en 1967 la OEA promulgó la Carta dedicando todo el capítulo VII al tema del desarrollo integral, concepto que engloba tanto el desarrollo económico como el humano.¹⁶ El artículo 34 de la Carta ya traía conceptos como el de *plena participación, igualdad de oportunidades*, que serían posteriormente profundizados por el PNUD —Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo— ONU. Y en 1986 se hace la Declaración sobre el Desarrollo, editada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esta Declaración sobre el Desarrollo establece puntos importantes con respecto al derecho fundamental al desarrollo:

Artículo 1- 1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

Artículo 2- 1. La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.

...

Artículo 8- 1. Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo, y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales.

¹⁵ <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

¹⁶ Balera, Wagner, “Humanismo e desenvolvimento”, en Souza, Carlos Aurélio y Cavalcanti, Thais, *Princípios humanistas constitucionais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2010, p. 402.

...

Artículo 10- 1. Deben adoptarse medidas para asegurar el pleno ejercicio y la consolidación progresiva del derecho al desarrollo, inclusive la formulación, adopción y aplicación de medidas políticas, legislativas y de otra índole en el plano nacional e internacional.¹⁷

Junto con esta evolución en la afirmación del derecho al desarrollo, el Sistema Internacional de Derechos Humanos ha reconocido también ciertos derechos a los pueblos indígenas. La Convención 169 de la OIT de 1989 —Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes— fue el primer instrumento a tratar de temas básicos como el derecho de los pueblos indígenas a vivir y desarrollarse como pueblos diferenciados, reconociendo su derecho a la integridad cultural, de su derecho a los recursos naturales y a la tierra; así como, del derecho a la no discriminación.¹⁸

Después de la Declaración de Viena de 1993, la ONU actuó en la elaboración de proposiciones legislativas sobre el derecho de los pueblos indígenas a vivir como pueblos diferenciados, el derecho a la integridad cultural, el derecho a la no discriminación, el derecho al reconocimiento de identidades. Proclamó la Década Internacional de los Pueblos Indígenas (1994-2004), el Año Internacional de los Pueblos Indígenas en 1993, Rigoberta Menchú (Guatemala) como Premio Nobel de la Paz en 1992.

Pero ¿el reconocimiento internacional de ciertos derechos de los pueblos indígenas y del derecho al desarrollo lo de manera eficiente y eficaz? ¿Cómo establecer el desarrollo que resguarde el derecho de los pueblos indígenas? Aparentemente hay un conflicto entre la realización del desarrollo, en su aspecto económico, y la observancia de los derechos humanos, especialmente de los pueblos indígenas.

¹⁷ Artículo 34. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

¹⁸ Barbieri, Samia Roges Jordy, “O direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios”, *DireitoNet*, octubre de 2007, disponible en: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3800/O-direito-internacional-dos-direitos-humanos-no-Brasil-e-os-indios.

En este sentido surge el pensamiento de Amartya Sen al tratar del desarrollo humano más allá de las medidas económicas y financieras. Sen afirma el desarrollo como libertad, a través del enfoque de las capacidades (*capabilities approach*), que corresponden a la libertad sustantiva de que una persona dispone para realizar, entre otras cosas, objetivos vinculados al bienestar.

Amartya Sen adopta otra concepción al término capacidad, como *capability* del inglés, construyendo el concepto de (*capabilty approach*), o enfoque de las capacidades. En el libro *Desigualdad reexaminada*, Sen explica que

... la perspectiva de la capacidad es una concepción de la *igualdad de oportunidades*, que destaca la *libertad sustantiva* de la cual las personas son portadoras para llevar sus vidas. Esta libertad denota lo que las personas pueden hacer o realizar, es decir, la libertad para buscar sus objetivos. Las “oportunidades reales” (o sustantivas) de que una persona dispone para realizar, entre otras cosas, objetivos vinculados al bienestar están representados por su capacidad (*capability*).¹⁹

En palabras de Sen, “el enfoque de las capacidades concibe la vida humana como un conjunto de actividades y de modos de ser que podemos denominar “funcionamientos”, y relaciona el juicio sobre la calidad de la vida a la evaluación de la capacidad de funcionar o de desempeñar funciones”.

La noción básica de este enfoque es la de “funcionamientos”, concebidos como elementos constitutivos de la vida.

Un “funcionamiento” es una conquista de una persona: es lo que ella puede hacer o ser y cualquiera de estos funcionamientos refleja, por así decir, una parte del estado de la persona. La capacidad de una persona es una noción derivada. Se refleja [en] las diversas combinaciones de funcionamientos (actividades y modos de ser) que una persona puede alcanzar.²⁰

¹⁹ Sen, Amartya. *Desigualdade Reexaminada*, Río de Janeiro, Record, 2008, p. 13.

²⁰ Sen, Amartya, *Commodities and capabilities*, Nova Delhi, Oxford University Press, 1999, p. 44.

En este sentido, es posible comprender el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas como un derecho de reconocimiento de sus identidades y capacidades, y el Estado debe promoverlas y no suprimirlas.

Otro punto importante en el pensamiento de Amartya Sen es el derecho a la igualdad, que también puede y debe aplicarse a los indios. Surge una dimensión de la igualdad material correspondiente al ideal de justicia como reconocimiento de potencialidades de las personas, de identidades.

Esta concepción nueva de los derechos humanos destaca dos aspectos importantes: el reconocimiento de la identidad del indio, como persona y el reconocimiento del pueblo indígena como titular de derechos humanos.

Finalmente, Amartya Sen destaca el aspecto del pluralismo y de la incompletud. Según él, no es posible definir todos los aspectos o capacidades de las personas, incluso porque pueden existir diversos pueblos y culturas. Por lo tanto, Sen deja el rol de derechos y capacidades abierto (incompletud), para componer el propio concepto de libertad de cada individuo, considerando que cada Estado y cada sociedad deberán, por medio de un *proceso democrático* y del principio de subsidiariedad, definir cuáles son las capacidades que ampliar. Así, es posible considerar también que las minorías también serán atendidas.

El derecho al desarrollo es un derecho participativo, por el cual las personas pueden controlar la dirección del proceso de desarrollo, más que simplemente ser consultadas sobre proyectos y políticas que ya se han decidido. Donnelly (1999: 612), a su vez, advierte que, a menos que el desarrollo y la democracia sean entendidos y perseguidos de forma muy particular, pueden poner en peligro los derechos humanos.²¹

Esta concepción de desarrollo humano afirmada por Amartya Sen y adoptada por el PNUD, abre la posibilidad para consideración del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, con el reconocimiento de sus identidades, con igualdad en el tratamiento con respecto a sus propias capacidades y autonomía. Además, expone la importante cuestión de la autodeterminación de los pueblos indígenas, que debe ser respetada hasta la formación de su propio gobierno.

²¹ Oliveira Franco, Fernanda Cristina de y Alencar Mayer Feitosa, Maria Luiza P. de, “Desenvolvimento e direitos humanos: marcas de inconstitucionalidade no processo Belo Monte”, *Revista DireitoGV*, núm. 17, enero-junio de 2013, p. 99.

V. LA EVOLUCIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1988

La legislación portuguesa del periodo colonial adoptó una política intervencionista con los indios, considerándolos seres *salvajes*, inferiores, que deberían ser domesticados y catequizados. Esta misma visión fue adoptada a lo largo de los años en el Estado brasileño naciente. Tanto fue así que, en la Constitución de 1824, primera que crea el Estado brasileño, no hubo ninguna mención de la política indígena, así como en la Constitución de 1891, que instituye la República, tampoco se trató la cuestión.

En 1910, el Decreto 8.072 creó el SPI (Servicio de Protección a los Indios), dirigido por el militar Cándido Mariano da Silva Rondon (conocido como Mariscal Rondon). En 1916, el Código Civil trató de los silvícolas como relativamente incapaces (siguiendo la línea intervencionista primitiva). En 1928, tenemos el Decreto 5.484, que crea el Régimen tutelar de naturaleza pública, emancipando en cierto modo a los silvícolas.

Fue la Constitución de 1934 la primera en abordar el tema, estipulando competencia privativa de la Unión para legislar sobre incorporación de los silvícolas a la comunión nacional (artículo 5, XIX, m) y garantizó en el artículo 129 el respeto a la tenencia de las tierras de los silvícolas que en ellas se encontraran permanentemente localizados, no obstante, negándoles la posibilidad de alienarlas.

Las Constituciones de 1937 y 1946 trajeron pequeñas modificaciones, ora no tratando como competencia de la Unión, y ora reproduciendo los dispositivos de la Carta de 1934. La Constitución de 1967 añadió el derecho de usufructo exclusivo de los recursos naturales y de todas las utilidades existentes en sus glebas, el artículo 186. La enmienda 1 de 17 de octubre de 1969 reprodujo estos dispositivos. En el periodo entre 1967 y 1988, se promulgó dos leyes infra constitucionales importantes Ley 5371/67 que crea la FUNAI (Fundación Nacional del Indio) y la Ley 6001/73 (Estatuto del Indio).

A pesar de no haber sido elegido ningún indio (de los siete candidatos) para la composición de la Asamblea Nacional Constituyente de 1988, decidiendo que ellos serían representados por la FUNAI, la Constitución de 1988 trató de la cuestión indígena de forma más detallada, alterando en al-

gunos puntos la cuestión, visión intervencionista, propuesta durante todos estos años.

La Constitución de 1988 dedicó el capítulo VIII del título VIII (“Del orden social”), en sus artículos 231 y 232 a los derechos de los indios.

Artículo 231. Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes.²²

También, la Constitución de 1988 trató el derecho indígena bajo el ángulo privado, vinculado solamente al derecho de posesión sobre la tierra. Sin embargo, las modificaciones en el sistema internacional y la visión del neoconstitucionalismo brasileño, permite hablar aquí en Brasil del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, pues la Ley Mayor brasileña incorpora la lógica internacional y permite la creación de nuevos caminos para la promoción de los derechos fundamentales y de la dignidad humana.

El artículo 5o., §2o., de la Constitución brasileña permite que el derecho al desarrollo sea incorporado como derecho fundamental. Ese es el entendimiento de gran parte de la doctrina, Robério Nunes dos Anjos Filho, Guilherme Amorim Campos da Silva, Carla Rister, Liliana Locatelli:

En este contexto, sería innegable la inclusión del desarrollo en el concepto material de derechos fundamentales, considerando que éste claramente deriva del régimen y de los principios constitucionales, siendo que fue elevado a la condición de objetivo constitucional. Además, corresponde en contenido e importancia a los demás derechos fundamentales, siendo, inclusive, un instrumento para efectivizar el principio de la dignidad de la persona humana, indicador de los derechos fundamentales.²³

Esta apertura constitucional posibilita un análisis más amplio de los derechos fundamentales, así como, el fortalecimiento de un derecho constitu-

²² Encontramos también referencia a los indios en los capítulos XI (artículo 22); XIV (artículo 49); XVI (artículo 109); XI (artículo 129); V (artículos 176, §1o.; 210, §2o., 215, §1o.).

²³ Locatelli, Liliana, “Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988”, en Barral, Welber (org.), *Direito e desenvolvimento: uma análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Singular, 2005, p. 111.

cional indígena brasileño, que sigue la misma línea innovadora de la Constitución en cuanto a la máxima efectividad de los derechos fundamentales, incluso frente a las relaciones privadas.

VI. CONCLUSIÓN

El pensamiento de los autores estudiados trae aspectos importantes para la defensa de la dignidad del indio en los días actuales, reconociendo derechos como la igualdad e identidad en su naturaleza de persona. El derecho al desarrollo del indio como persona asume directa relación con su conformación como pueblo. De esta forma, reconocer su identidad es también dar a él autonomía como persona y soberanía como pueblo.

Guaman Poma de Ayala, indio peruano, autor poco estudiado, defiende que hay conciencia política a partir de la capacidad de participación del indio como pueblo. En otras palabras, existe un derecho al autogobierno. El intento de Guamán Poma es mostrar que el pueblo andino, dentro de su alto grado de organización inca, tiene condiciones para dialogar con los españoles y establecer relaciones políticas con ellos. El buen gobierno sería aquel que posibilita la participación de sus miembros y de sus comunidades, reconociendo que la interculturalidad es importante entre un Estado.

Este reconocimiento, que nace del importante pensamiento de Francisco de Vitoria es fundamental para el reconocimiento de Estados plurinacionales, concepto tan necesario en los países de América Central y América Latina.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALERA, Wagner, “Humanismo e desenvolvimento”, en SOUZA, Carlos Aurélio Mota de y CAVALCANTI, Thais Novaes (orgs.), *Princípios humanistas constitucionais*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2010.
- CARRILLO, Francisco, *Antología. Nueva Crónica y buen gobierno*, Lima, Editorial Horizonte, 1998.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- DEJO, Juan, *Guaman Poma de Ayala y la lógica andina de la conciliación*, Apuntes 26, primer semestre de 1990.
- OLIVEIRA FRANCO, Fernanda Cristina de y ALENCAR MAYER FEITOSA, Maria Luiza P. de, “Desenvolvimento e direitos humanos. Marcas de inconstitucionalidade no processo Belo Monte”, *Revista Direito GV*, núm. 17, enero-junio de 2013.
- GUAMAN DE AYALA, Poma, *Nueva crónica y buen gobierno*, Lima, Editorial Horizonte, 1998.
- LESSA, Giane da Silva Mariano. “Nueva Crónica y buen gobierno de Felipe Guaman Poma de Ayala – um novo gênero que emerge no contexto da conquista da América”, *Caxias do Sul: SIGET*, agosto de 2009.
- LOCATELLI, Liliana, “Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988”, en BARRAL, Welber (org.), *Direito e desenvolvimento: uma análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Singular, 2005.
- MIGNOLO, Walter, “Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado da identidade política”, *Caderno de Letras da UFF – Dossiê: Literatura, Língua e identidade*, núm. 34, 2008.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- PORTUGAL, Ana Raquel, *Os desenhos do cronista Guaman Poma de Ayala e a discussão da alteridade*, disponible en: www.academia.edu.
- PRIEN, Hans-Jüngen, *La historia del cristianismo en America Latina*, Salamanca, Sígueme, 1985.
- ROSTWOROWSKI, María, *Estructuras andinas de poder*, Lima, IEP, 1983.
- RUIZ, Rafael, *Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002.
- SALES PATATIVA, Antonio de, “Bartolomé de las Casas e Francisco de Vitoria: filosofia política e moral no debate sobre o direito natural e o direito das gentes no Novo Mundo”, *Protestantismo em Revista*, vol. 28, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, mayo-agosto de 2012.
- SEN, Amartya, *Desigualdade reexaminada*, Río de Janeiro, Record, 2008.
- SEN, Amartya, *Commodities and capabilities*, Nova Delhi, Oxford University Press, 1999.
- STERN, Steve, *Resistance, Rebellion and Consciousness in Andean Peasant World in Eighteenth Century*, Wisconsin, WTC Press, 1988.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Comentarios

¿Los Estados como demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo *Urbaser vs. Argentina*

States as Claimants in Treaty Based Investment Arbitration? A Comment about Urbaser vs. Argentina Award

Les États en tant que plaignants dans l'arbitrage sur les investissements fondé sur les traités? Commentaire sur le sentence arbitrale Urbaser contre Argentine

Yadira Castillo Meneses*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Resumen general del caso*. III. *¿Los Estados como demandantes en el arbitraje inversionista-Estado?* IV. *La nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera*. V. *Las obligaciones de los inversionistas extranjeros y empresas transnacionales*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

* Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes, Bogotá; magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Externado, Bogotá; especialista en arbitraje internacional de inversión extranjera, docente, investigadora y abogada.

Artículo recibido el 19 de noviembre de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 443-457
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La desigualdad de ventajas y desventajas entre inversionistas y Estados en el arbitraje de inversión basado en tratados, ha conllevado a repensar la negociación de acuerdos internacionales. En ese sentido, los Estados están considerando, por ejemplo, la inclusión de compromisos para los inversionistas, la denegación de beneficios y la revisión en el alcance y contenido de las provisiones. En *Urbaser vs. Argentina*, el tribunal sostuvo la posibilidad de que los Estados actúen como demandantes en arbitrajes de inversión. Eso sugiere preguntarse qué tan viable es llegar a ese punto. Este comentario evalúa algunas de las instituciones angulares al arbitraje, así como la inclusión de compromisos para los inversionistas extranjeros en la nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera.

Palabras clave: consentimiento, acuerdo de arbitraje, oferta, obligaciones, responsabilidad, acuerdos internacionales de inversión

ABSTRACT: The inequity of advantages and disadvantages between the foreign investors and the States in treaty-based investment arbitration, has entailed to rethink the negotiation of international agreements. In that sense, States are considering the inclusion of commitments for foreign investors, the denial of benefits and the review of the scope and content of some core provisions. In *Urbaser vs. Argentine*, the tribunal held the possibility that States act as claimants in investment arbitration disputes. Such statement suggests asking the feasibility to reach that point. This comment assesses some core institutions of arbitration proceedings, as well as the inclusion of commitments for foreign investors in the new generation of investment treaties.

Keywords: consent, arbitration agreement, offer, obligations, liability, international investment agreements.

RÉSUMÉ: L'inégalité des avantages et des désavantages entre les investisseurs et les États dans l'arbitrage des investissements fondé sur des traités a conduit à repenser la négociation d'accords internationaux. Dans ce sens, les États envisagent, par exemple, l'inclusion d'engagements pour les investisseurs, le refus d'avantages et l'examen de l'envergure et du contenu des dispositions. Dans l'affaire *Urbaser vs. Argentine*, le tribunal a jugé la possibilité que les États agissent en tant que plaignants dans un arbitrage en matière d'investissement. Cela suggère de se demander s'il est viable d'atteindre ce point. Ce commentaire évalue certaines des institutions impliquées dans l'arbitrage, ainsi que l'inclusion d'engagements pour les investisseurs étrangers dans la nouvelle génération de traités sur la protection des investissements étrangers.

Mots-clés: consentement, convention d'arbitrage, offre, obligations, responsabilité, accords internationaux d'investissement.

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento es la piedra fundamental de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Ese mismo pareciera limitar la defensa de los Estados en el arbitraje inversionista-Estado en punto a las demandas de reconvencción, pues su procedencia se ata a que la cláusula sobre solución de controversias del tratado así lo permita. No obstante, en *Urbaser vs. Argentina* el tribunal indicó, pero sin entrar en detalles, la posibilidad que tienen, tanto inversionistas como Estados, de iniciar un arbitraje internacional.¹ Este comentario toma como referente el laudo citado y tiene como propósito analizar las posibilidades reales para que los Estados actúen como demandantes en arbitrajes inversionista-Estado originados en tratados. Para ese propósito el comentario evalúa instituciones angulares al arbitraje, así como la inclusión de compromisos para los inversionistas extranjeros en la nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera.

II. RESUMEN GENERAL DEL CASO

La controversia entre Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Pasrzuergoa —CABB— y la República Argentina se sustenta en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre España y Argentina de 1991. La diferencia se origina en un contrato de concesión para la prestación del servicio de agua y cloacas a fin de ser desarrollado en la provincia de Gran Buenos Aires. La concesión fue adjudicada a principios de 2000 a Aguas del Gran Buenos Aires S.A. —AGBA— filial creada por las reclamantes. En julio de 2006, la demandada decidió rescindir el contrato sobre la tesis de que las demandantes a través de la operación de AGBA no hicieron todas las inversiones a las que se comprometieron.² Los demandantes argumentan que la crisis económica de Argentina en 2001 exigía revisar de forma exhaustiva el contrato de concesión, dada la conversión uno a uno de dólares estadounidenses a pesos, pero no hubo voluntad por parte de la provincia.³

¹ *Urbaser S. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Ur Pasrzuergoa —CABB— vs. la República Argentina*, Laudo, CIADI no. ARB/07/26, 8 de diciembre de 2016.

² *Ibidem*, párr. 1128.

³ *Ibidem*, párr. 34.

En el transcurso del proceso, Argentina presentó demanda de reconvencción, argumentando la violación del derecho humano al agua por parte de la demandante. En su réplica, *Urbaser* arguyó: 1) la incompetencia del tribunal para conocer de una demanda de reconvencción por razón de la ausencia de conexión íntima entre la contrademanda y la demanda principal;⁴ 2.) el carácter asimétrico de los TBI, pues no crean obligaciones para los inversionistas;⁵ 3) la falta de aceptación de forma expresa de la demanda de reconvencción en la oferta de arbitraje; 4) la falta de jurisdicción del tribunal sobre las violaciones a los derechos humanos (DH),⁶ y 5) el carácter contractual de la demanda de reconvencción, pues los reclamos se basaron en el derecho doméstico de Argentina con sustento en el contrato de concesión.⁷

Por su parte, la demandada sostuvo que el tribunal debía resolver la demanda de reconvencción, siempre que cumpla con los requisitos dispuestos por el artículo 46 de la Convención CIADI.⁸ Agregó que, de acuerdo con lo dicho por la cláusula X(5) del tratado, una demanda no necesariamente debe fundarse en la violación exclusiva de un TBI.⁹ Siguiendo tal artículo, indicó que la demanda de reconvencción debía resolverse sobre la base del TBI, el derecho argentino y los principios generales del derecho internacional.¹⁰ Finalmente, adujo que la reconvencción se basa en los daños que la República de Argentina sufrió derivados de la gestión de las demandantes en la concesión, en lo principal, porque no invirtieron conforme con lo que se comprometieron.

III. ¿LOS ESTADOS CÓMO DEMANDANTES EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO?

Para efectos de analizar la posibilidad de presentar demanda de reconvencción, el tribunal fue más allá del alcance del consentimiento de los Estados parte del tratado bilateral de protección de inversiones Argentina-España. En efecto, después de estudiar el artículo X(2)(3) concluyó que el acuerdo

⁴ *Ibidem*, párr.1119.

⁵ *Ibidem*, párr.1120.

⁶ *Ibidem*, párr.1129.

⁷ *Ibidem*, párr.1128.

⁸ *Ibidem*, párr.1135.

⁹ *Ibidem*, párr.1142.

¹⁰ *Ibidem*, párr.1136.

no tiene restricción *ratione personae*. De un lado, indicó que los Estados no condicionaron la oferta de arbitraje, por lo tanto, el demandado podría presentar demanda de reconvencción. Del otro, el tribunal señaló que “tanto el inversor como el Estado Parte pueden ser quien someta a arbitraje una controversia en relación con inversiones”.¹¹ Sí bien no es errónea, pues la cláusula X(3) dispone que “la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional... a petición de una de las partes en la controversia”, lo cierto es que el tribunal no entró a explicar los desafíos que surgen con relación al consentimiento como regla angular del arbitraje.

El arbitraje inversionista-Estado es particularmente distinto del arbitraje clásico en lo que tiene que ver con el acuerdo de arbitraje, pero no por ello desconoce el consentimiento como su regla angular. En el arbitraje tradicional las partes celebran un contrato principal y deciden en ese mismo contrato o en otro celebrado, una vez que, surge la controversia, resolver las diferencias relacionadas con ese contrato principal mediante un arbitraje (cláusula compromisoria o compromiso). Sumado a ello, cualquiera de las partes puede iniciar la controversia, por ende, el demandado puede presentar una demanda de reconvencción. En contraste, en el arbitraje de inversión basado en tratados no suele mediar un contrato principal celebrado entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión.¹² Aquí, el consentimiento como el elemento esencial que da lugar al acuerdo de arbitraje entre las partes de la controversia surge de una manera diferente.

En efecto, los Estados mediante la celebración de tratados internacionales de protección a la inversión consienten de forma general y prospectiva en arbitrar las diferencias sobre inversión, que el tratado incluya, con los inversionistas extranjeros. Es decir, ese consentimiento manifestado por los Estados vía tratado se traduce en una oferta de arbitraje que nace a la vida jurídica cuando el tratado entra en vigor. Ahora bien, es preciso indicar que esa regla general puede sufrir variaciones, existen tratados en los cuales los Estados prometen que darán su consentimiento en el futuro, mediante un acuerdo entre el inversionista y el Estado receptor, por ejemplo. En otros casos, esa garantía a la que los Estados se obligan con el inver-

¹¹ *Ibidem*, párrs. 1143 y 1144.

¹² Paulsson, Jan, “Arbitration without Privity, ICSID Review,” *Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232.

sionista condiciona el consentimiento a que la disputa sea llevada ante un centro especial.¹³

En lo que tiene que ver con los inversionistas, el consentimiento surge cuando ellos notifican, por escrito, su intención de llevar una diferencia basada en el tratado a un tribunal de arbitramento. Tal aceptación debe ser por escrito porque ese es un requisito de la validez del acuerdo de arbitraje.¹⁴ Por ello, ese acuerdo está consolidado cuando el inversionista acepta la oferta de arbitraje hecha por el Estado, bien sea mediante una carta, en la cual manifiesta, si el acuerdo lo exige, su intención de iniciar la fase de consultas (*cooling-off period*) como requisito para iniciar una reclamación internacional, o iniciando el procedimiento arbitral ante el respectivo centro de arbitraje (solicitud de arbitraje).¹⁵ Es también posible que el tratado ate el consentimiento del inversionista al agotamiento de los recursos internos del Estado receptor.¹⁶

De esa manera, las limitaciones que los Estados tienen para iniciar arbitrajes contra el inversionista de cara a la postura del tribunal en *Urbaser vs. Argentina*, según la cual, un Estado podría iniciar un arbitraje contra el inversionista, siempre que, la provisión de solución de controversias en el tratado así lo permita, sugiere preguntarnos si el consentimiento por parte del inversionista, como elemento esencial del acuerdo de arbitraje, puede ser obviado en el arbitraje de inversión. Si pensamos en las diferencias entre los Estados firmantes del tratado, no hay alteración alguna, pues tanto el Estado receptor como el Estado matriz pueden iniciar la reclamación, a fin de cuentas, ambos presentaron su consentimiento frente a la cláusula de controversias entre Estados. No ocurre lo mismo con relación al inversionista, pues el Estado no podrá iniciar la reclamación internacional sin su consentimiento, manifestado de forma expresa,¹⁷ siempre que la

¹³ UNCTAD, “Dispute Settlement”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration, Nueva York-Ginebra, 2003, pp. 18 y 19.

¹⁴ Blackaby, Nigel *et al.*, *International Arbitration*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 75 y 76.

¹⁵ UNCTAD, *op. cit.*, p. 20; Briercliffe, Naomi y Owczarek, Olg, “Human-Rights-Based Claims by States and New Generation International Investment Agreements”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1o. de agosto de 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/>.

¹⁶ Blackaby, Nigel *et al.*, *op. cit.* p. 458.

¹⁷ UNCTAD, *op. cit.*, p. 20.

cláusula sobre solución de controversias entre inversionista-Estado faculte a cualquiera de las partes en la controversia a iniciar la reclamación internacional, pues la regla general indica que son los inversionistas quienes mantienen esa facultad.

En la medida que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de diferencias, el consentimiento de ambas partes se convierte en la causa de su existencia. Ese consentimiento es factible de ser omitido cuando el Estado en el ámbito doméstico, en virtud de su poder soberano y ante una situación que lo amerite, ejerce sus poderes judiciales a través de las autoridades competentes. En efecto, las cortes domésticas pueden iniciar una investigación contra un inversionista sin pedir su consentimiento, precisamente, porque los extranjeros, bajo el principio de territorialidad, están sujetos al ordenamiento legal del Estado donde se encuentran.

El escenario anterior permite inferir que los Estados en su condición de soberanos pueden definir el alcance y contenido de las cláusulas de un tratado, más no pueden entrar a omitir el consentimiento del inversionista en el arbitraje de inversión. En el derecho internacional público no hay arbitrabilidad, en principio todas las disputas son arbitrables. Los Estados como soberanos son libres de negociar lo que deseen, siempre que sus acuerdos no vayan contra normas de *ius cogens*. No obstante, el carácter particularmente diferente de este tipo de arbitraje en comparación con el clásico no puede entrar a desconocer que el consentimiento es un elemento esencial del arbitraje que no puede ser deducido o presumido.¹⁸ Es decir, la libertad de los Estados para iniciar un arbitraje contra un inversionista está atada a la manifestación solemne de voluntad del inversionista de aceptación de la oferta de arbitraje. De hecho, el Estado receptor no puede asumir tal existencia por el hecho de que el inversionista hizo su inversión en un Estado donde existe un tratado celebrado entre el Estado del cual es nacional y el Estado receptor, y ese incluye una cláusula de solución de controversias. La oferta hecha por el Estado es vinculante para quien la hace; es decir, el Estado, más no para el inversionista, para éste lo será cuando lo acepte por escrito.¹⁹

¹⁸ Paulsson, refiriéndose al carácter novedoso y particular del arbitraje inversionista-Estado dice que “lo que ya es claro, sin embargo, es que esto no es un subgénero de una disciplina existente. Es dramáticamente diferente de cualquier área del derecho internacional previamente conocida.” Paulsson, Jan, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ *Lanco International Inc vs. Argentina*, ICSID Case no. ARB/97/6. Decisión preliminar sobre jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, párr. 43.

De ese modo, el consentimiento del inversionista no es un asunto de libre disposición por las partes contratantes de un tratado. Por el contrario, es un elemento de la esencia de cualquier tipo de arbitraje. Así las cosas, si los Estados quieren iniciar un arbitraje internacional contra el inversionista, deben conseguir su consentimiento antes de hacerlo. Una forma de lograrlo puede ser firmando contratos de inversión con la inclusión de la cláusula compromisoria o condicionar el ingreso del inversionista al país a la celebración de un acuerdo de arbitraje.²⁰

A continuación, entraré a analizar si en los tratados de última generación, los avances con relación a los compromisos asumidos por los inversionistas extranjeros en asuntos como derechos humanos y medio ambiente cambian la lógica en el binomio inversionista-Estado a la luz del arbitraje de inversiones.

IV. LA NUEVA GENERACIÓN DE TRATADOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Lo dicho por el tribunal en *Urbaser vs. Argentina* sobre la posibilidad de que los Estados inicien arbitrajes (internacionales) contra los inversionistas extranjeros, vale la pena analizarlo a partir de la nueva generación de tratados de protección a la inversión extranjera. Los tratados de protección y regulación de la inversión extranjera de primera generación fueron concebidos con el propósito de imponer obligaciones para el Estado, mas no para el tercer sujeto no parte del tratado, esto es, el inversionista, quien puede iniciar un arbitraje internacional contra el Estado receptor de la inversión, dada la personalidad jurídica internacional limitada con la que cuenta. Bajo esa lógica de negociación no se introducen obligaciones internacionales exigibles para los inversionistas, como tampoco se regulan consecuencias por incumplir con compromisos catalogados como de interés nacional. La redacción de ese tipo de tratados suele caracterizarse por ser onerosa para los Estados, pues estos negocian estándares de tratamiento para el inversionista, como el trato nacional, el trato justo y equitativo, la compensación por expropiación y la solución de controversias, de forma muy abierta o ambigua.

²⁰ Laborde, Gustavo, "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 111.

En últimas, bajo esa arquitectura jurídica los Estados, en especial, receptores de la inversión, son los únicos sujetos con obligaciones internacionales en beneficio del inversionista extranjero. En vista de esa falta de correspondencia, las partes contratantes se han visto más cuidadosos al momento de definir el alcance y contenido de ciertas provisiones, de igual manera, incluyen compromisos para el inversionista con respecto a los derechos humanos y medio ambiente, entre otros. No obstante, los límites para imponerle al inversionista extranjero una responsabilidad internacional en el arbitraje inversionista-Estado aún se mantienen.

De esa manera, en la nueva generación de tratados, los Estados intentan proteger de reclamaciones internacionales el ejercicio regulatorio de ciertas áreas. Así, algunos tratados —tal es el caso del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)²¹ y del TBI Marruecos-Nigeria—,²² indican que el mero efecto adverso o negativo de las medidas que adopten los Estados para lograr objetivos legítimos de política pública, en asuntos relacionados con la salud, seguridad, el medio ambiente, etcétera, no pueden equivaler a una violación de alguna obligación bajo el acuerdo a menos que, exista un trato arbitrario o discriminatorio contra el inversionista extranjero. Por otro lado, los compromisos para el inversionista que se incluyen en estos tratados en temas de derechos humanos o medio ambiente no se traducen en obligaciones exigibles bajo el escenario internacional. Algunos tratados consideran la posibilidad de que el Estado demandado deniegue al inversionista demandante los beneficios del tratado o que se inicien acciones judiciales de tipo doméstico en contra del inversionista extranjero.

²¹ “1. Para los propósitos de este Capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para el logro de objetivos legítimos públicos, tales como la protección de la salud pública, seguridad, el medio ambiente, la moral pública o social, o la protección de los consumidores o la promoción y protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor certidumbre, el mero hecho que una Parte regule, incluyendo una modificación a su legislación, en una manera la cual afecte negativamente la inversión o interfiera con las expectativas de un inversionista, incluyendo sus expectativas de utilidad, no equivale a una violación de una obligación bajo esta Sección” (traducción libre). Acuerdo CETA, artículo 8.9. “Inversión y medidas regulatorias”.

²² “4) Nada en este acuerdo deberá ser entendido que impide a una Parte adoptar o ejecutar, en una manera no discriminatoria, cualquier medida consistente con este Acuerdo que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio sea emprendida de una manera sensible con el medio ambiente y los intereses sociales” (traducción libre). TBI Marruecos-Nigeria 2016, artículo 13 “Inversión y medio ambiente”.

En ese sentido, el modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones presentado por Colombia en 2017, dispone que los “Inversionistas demandantes deberán respetar las prohibiciones establecidas en instrumentos internacionales relacionados con derechos humanos y medio ambiente”. Seguidamente, agrega que el inversionista debe asumir esas prohibiciones como “obligatorias” durante la realización y operación de su inversión en el territorio de la parte receptora para someter una demanda a una corte o tribunal arbitral. En otra disposición agrega que, una parte podrá denegar los beneficios ofrecidos por el Acuerdo si el inversionista de forma directa o indirecta incurrió en prohibiciones como violaciones a los derechos humanos, daño ambiental en el territorio de la parte receptora, actos de corrupción, entre otros. Por último, en ese modelo se reafirma que los Estados receptores de la inversión, por regla general, no están facultados para iniciar un arbitraje en contra del inversionista extranjero, pero esa limitación es contrarrestada con la denegación de los beneficios ofrecidos por el acuerdo.

Asimismo, el tratado bilateral de inversión celebrado entre Marruecos-Nigeria (2016) pese a que incluye compromisos para el inversionista deja claro quién es la parte que puede iniciar un arbitraje internacional. Así, en el artículo 27, sobre solución de diferencias, señala que, es el inversionista quien puede demandar al Estado si las controversias no pueden ser resueltas bajo el mecanismo preventivo (consultas y negociaciones), el inversionista interesado puede presentar a su preferencia la controversia a los centros de arbitraje incluidos en la disposición o al que las partes acuerden. Con respecto a los compromisos en el artículo 18 se incluye el deber del inversionista e inversiones de preservar los derechos humanos en el Estado receptor, así como, respetar los estándares requeridos por la Organización Internacional del Trabajo contenidos en la Declaración sobre Principios Fundamentales y Derecho al Trabajo de 1998. Igualmente, el artículo 24 del tratado agrega el compromiso del inversionista con el desarrollo sostenible del Estado receptor. Sin embargo, la falta de compromiso del inversionista con los derechos humanos y el desarrollo sostenible no implica la denegación de beneficios del tratado, esto ocurre por diferentes causas (artículo 22), esta misma situación se aprecia en el acuerdo CETA.²³

²³ “Una parte puede denegar los beneficios de este capítulo a un inversionista de la otra Parte que, es una Empresa de esa Parte y a las inversiones de ese inversionista si: a) un inversionista de un tercer país posee o controla la empresa; y b) la Parte que niega adopta o mantiene una medida con respecto al tercer país que: (i) se relaciona con el mantenimiento

En ambos casos la denegación de beneficios no tiene que ver con falta de compromisos en asuntos de derechos humanos.

Lo visto permite indicar que, en muchos de los tratados de nueva generación la dinámica asimétrica del binomio inversionista-Estado se reproduce. En efecto, las facultades de naturaleza procesal se conservan intactas, pues los Estados se mantienen como los sujetos que hacen la oferta de arbitraje y los inversionistas quienes la aceptan, además de ser los únicos facultados para iniciar la reclamación internacional. La salida para los Estados es denegar los beneficios del tratado, si esto fue incluido, como una sanción para el inversionista frente a su comportamiento inconsistente con la protección de los derechos y/o el medio ambiente. Asimismo, los Estados pueden iniciar acciones judiciales de tipo doméstico o presentar demandas de reconvencción si hay una manifestación en el tratado en ese sentido. Sin embargo, en este último contexto será tarea del Estado demostrar la existencia de una violación bajo los estándares del derecho internacional.

V. LAS OBLIGACIONES DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

Las complejidades alrededor del rol de los Estados como demandantes en el arbitraje de inversión no solo se resuelven con el consentimiento del inversionista. Uno de los grandes desafíos que enfrenta la responsabilidad internacional del inversionista tiene que ver con las obligaciones. En el derecho internacional no existen obligaciones claras, expresas y exigibles en contra de los inversionistas extranjeros que puedan ser litigadas ante un tribunal internacional. Luego, no solo importa resolver una facultad de naturaleza procesal de los Estados en punto a si pueden presentar una demanda de reconvencción o actuar como demandantes. Sirve de poco tener un derecho procesal si se carece del derecho sustancial, esto es, de obligaciones exigibles bajo el derecho internacional, que no solo funcionen con un efecto disuasivo. De allí, que el escenario doméstico se perfila como la opción más efectiva para pretender una responsabilidad en contra del inversionista extranjero.

de la paz y seguridad internacionales; (ii) prohíbe transacciones con la empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este Capítulo se otorgaran a la empresa o a sus inversiones” (traducción libre). CETA Artículo 8.16 “Denegación de beneficios”.

En el caso *Urbaser vs. Argentina*, el tribunal una vez determinó que la oferta de arbitraje (cláusula de controversias) incluyó la posibilidad de presentar demanda de reconvencción, entró a estudiar el derecho aplicable. Con fundamento en la cláusula X(5) del TBI España-Argentina manifestó que ese instrumento no debe ser interpretado como una norma aislada, sino como una que hace parte del sistema general del derecho internacional.²⁴ Agregó que “el TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”.²⁵ Dicho eso, señaló que no existe en el TBI obligaciones relacionadas con el derecho al agua, “para que una obligación exista y sea relevante en el marco del TBI, debería ser parte de otro tratado (no aplicable al presente caso) o debería representar un principio general de derecho internacional”.²⁶ Sobre este punto enfatizó que, la referencia a los principios generales del derecho no puede dar lugar a obligaciones que no existían para los inversionistas antes de haber realizado la inversión en la República de Argentina.²⁷

El análisis hecho por el tribunal pone de presente que, incluir en un tratado la facultad de cualquiera de las partes en la controversia para iniciar una reclamación internacional no cobra mucho valor, si no existen obligaciones claras, expresas y exigibles con respecto al inversionista extranjero. En el tratado entre Argentina y España pese a la facultad que tienen las partes contratantes de llevar la controversia a un tribunal internacional, lo cierto es que las obligaciones están dirigidas a los Estados y no al tercer sujeto no parte del tratado. De ese modo, no es claro cuáles son las obligaciones que asumen los inversionistas y por ende su exigibilidad.

Ese panorama permeado por la ausencia de obligaciones internacionales vinculantes para las empresas transnacionales, incluidas en los tratados de protección a la inversión o en otros instrumentos, ha pretendido ser mitigado en la nueva ola de tratados de protección a la inversión extranjera. No obstante, pese a los significativos avances, aún se mantiene esa asimetría entre Estados e inversionistas en cuanto a derechos, obligaciones y sus consecuencias.

²⁴ *Urbaser vs. Argentina*, cit., párr. 1201.

²⁵ *Ibidem*, párr. 1200.

²⁶ *Ibidem*, párr. 1207.

²⁷ *Ibidem*, párr. 1212.

Es así como, en el nuevo modelo de acuerdo internacional presentado por Colombia, se indica que los inversionistas deben asumir como obligatorias las prohibiciones establecidas en instrumentos internacionales relacionadas con derechos humanos y medio ambiente, so pena de que los beneficios del acuerdo le sean denegados al inversionista demandante. En el tratado bilateral de inversión celebrado entre Marruecos y Nigeria los compromisos para el inversionista con relación a los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el cumplimiento de unos lineamientos de la OIT no se traducen en obligaciones exigibles bajo el derecho internacional. Incluso no se traducen en la denegación de beneficios.

Ese marco muestra que, en los tratados de nueva generación los Estados reconocen la importancia de que los inversionistas extranjeros se comprometan con la protección del medio ambiente y los derechos humanos, más ello no significa un consenso sobre la responsabilidad internacional de los inversionistas extranjeros. Ello sugiere que, las cortes domésticas son la alternativa más eficaz para pretender atribuir obligaciones a las empresas transnacionales. En efecto, existe una iniciativa liderada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con la que se pretende crear una convención internacional que arrope violaciones a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional. De acuerdo con el proyecto, los Estados deben adecuar y garantizar su marco jurídico doméstico para que las personas naturales y jurídicas puedan ser declaradas civil, penal o administrativamente responsables por violación a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional.²⁸

En línea con el anterior proyecto, en el tratado de Marruecos-Nigeria los Estados dejan claro que la responsabilidad del inversionista es de carácter doméstico. Así, el artículo 20 indica que los inversionistas estarán sujetos a la jurisdicción del Estado del cual son nacionales por “aquellos actos o decisiones tomadas en relación con la inversión donde tales actos o decisiones condujeron a un daño significativo, injurias personales o pérdida de vida en el Estado receptor”.

²⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, 17 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>.

En últimas, la creación de obligaciones internacionales para el inversionista extranjero con su consecuente exigibilidad es un problema de voluntad de los Estados. El derecho internacional público es un derecho Estado-centrista que liga a la voluntad estatal los avances con relación a los sujetos que ingresan a la esfera internacional y la medida de su personalidad, esto es, sus derechos y obligaciones. Sin esa voluntad clara y decidida seguramente las decisiones serán como las de Urbaser, en la cual el tribunal consideró que la obligación del inversionista de proporcionar agua se encontraba en el marco del contrato de concesión mas no bajo el derecho internacional.

VI. CONCLUSIONES

Pese a las particularidades del arbitraje inversionista-Estado, el consentimiento como piedra angular del arbitraje no puede entrar a ser sustituido o inferido en ese tipo de disputas. Incluso si los Estados parte del tratado acuerdan la facultad para que cualquiera de las partes en la controversia inicie la reclamación internacional, es claro que, la manifestación solemne por parte del inversionista con respecto a la aceptación de la oferta de arbitraje hecha por el Estado es un requisito imprescindible.

Los avances que trae la nueva generación de tratados y la iniciativa liderada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con la que se pretende crear una convención internacional que arrope violaciones a los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional, son valiosas, pero dado su alcance sugieren que el derecho doméstico se mantiene como un escenario ideal para adelantar acciones judiciales en contra del inversionista.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BLACKABY, Nigel *et al.*, *International Arbitration*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

BRIERCLIFFE, Naomi y OWCZAREK, Olg, “Human-Rights-Based Claims by States and New Generation International Investment Agreements”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1o. de agosto de 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

LABORDE, Gustavo, “The Case for Host State Claims in Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.

PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity, ICSID Review”, *Foreign Investment Law Journal*, 1995.

UNCTAD, “Dispute Settlement”, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2.3 Consent to Arbitration, Nueva York-Ginebra, 2003.

El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas

The Scaffolding of African International Criminal Regionalism: Problems and Perspectives

L'échafaudage du régionalisme international pénal africain: problèmes et perspectives

Kayamba Tshitshi Ndouba*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La contribución africana a la construcción y consolidación del sistema de justicia universal penal*. III. *Fundamentos jurídicos de la regionalización del derecho internacional penal en África*. IV. *Lagunas jurídicas y elementos de beligeros del proceso de regionalización del derecho internacional en África*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

* Investigador de la cátedra “El islam contemporáneo del África del Oeste” (ICAO), Universidad de Quebec, Montreal. Contacto: kayamba.tshitshi@unir.net.

Artículo recibido el 18 de noviembre de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 459-491
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: El protocolo de reforma del Protocolo relativo al Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (Protocolo de Malabo) extiende las competencias penales a la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH) para el enjuiciamiento criminal y la represión de los crímenes reconocidos en el derecho internacional. Este instrumento es la pieza fundamental en torno a la cual se desarrolla la primera experiencia global de regionalización del derecho internacional penal. Este artículo examina, desde una perspectiva crítica, las lagunas jurídicas y los elementos beligeros de este proceso, que vienen a advertir de la conflictividad previsible y de la concurrencia anunciada entre las dos jurisdicciones de derecho internacional penal: la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (CAJDH) y la Corte Penal Internacional (CPI).

Palabras clave: derecho penal internacional, Protocolo de Malabo, Corte Penal Internacional, Unión Africana, Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.

ABSTRACT: The protocol on amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights (Malabo protocol) extends and strengthens the jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights (ACHPR), to deal with international crimes committed in Africa. This instrument is the fundamental piece around which the first global experience of regionalization of international criminal law takes place. This paper examines, from a critical perspective, the legal gaps and the belligerent elements of this process, which warn of the foreseeable conflict and the concurrence announced between the two jurisdictions of international criminal law: the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights (ACHPR) and the International Criminal Court (ICC).

Keywords: international criminal law, Malabo Protocol, International Criminal Court, African Union, African Court of Justice and Human Rights.

RÉSUMÉ: Le protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme (le Protocole de Malabo), adopté en juin 2014 étend les compétences juridictionnelles de la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme (CAJDH) à l'incrimination et à la répression des crimes relevant du droit international pénal et aux crimes transnationaux. Cet instrument est l'élément fondamental autour duquel se déroule la première expérience mondiale de régionalisation du droit pénal international. Cet article analyse, d'un point de vue critique, les lacunes juridiques et les éléments belligérants de ce processus, qui avertissent d'un conflit prévisible et d'une concurrence annoncée entre les deux juridictions de droit pénal international: la Cour Africaine de Justice et les Droits de l'Homme (CAJDH) et la Cour Pénale Internationale (CPI).

Mots clés: droit international pénal, Protocole de Malabo, Cour Pénale Internationale, Union Africaine, Cour Africaine de Justice et de Droits de l'Homme.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional penal, en su formación, evolución y aplicación, se ha moldeado desde una dinámica universalista.¹ Desde un punto de vista histórico, la entrada en vigor de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948² y de las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949,³ inmediatamente después de los Juicios de Núremberg y el Tribunal Militar Internacional para Lejano Oriente (TMIEO, juicios de Tokyo), marcan el inicio de un proceso de internacionalización de la represión de crímenes internacionales. Estos instrumentos sentaron las bases para el desarrollo del derecho internacional penal. El establecimiento, bajo los auspicios de Naciones Unidas, de los —*ad hoc*— Tribunales Penales Internacionales para Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TIPR) entre 1993 y 1994, para procesar y juzgar a los autores de los delitos cometidos en estos dos países, así como la implementación de varios proyectos de tribunales penales internacionalizados en Camboya, Sierra Leona y Timor Oriental se sitúa en la extensión de esta lógica y vocación de compromiso inequívoco de la comunidad internacional en la lucha contra la impunidad y

¹ Glaser, Stefan, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruselas, Bruylant, 1954, p.16; Szurek, Sandra, "Historique, la formation du droit international pénal", en Ascenso, Hervé *et al.*, *Droit international pénal*, París, Pedone, 2000, pp. 21-35.

² Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

³ Se trata de tres convenios promovidos por el Comité Internacional de la Cruz Roja:

—Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña.

—Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.

—Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra.

Los tres tratados fundamentales refrendan y normativizan los principios del respeto debido a la persona humana y a su dignidad; el principio de la asistencia desinteresada y prestada sin discriminación a las víctimas, "al hombre que, herido, prisionero o náufrago, sin defensa alguna, ya no es un enemigo, sino únicamente un ser que sufre".

Véanse los 3 tratados en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja, disponibles en: https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf, consultado el 7 de junio de 2019.

la protección de los derechos humanos.⁴ Así, todo indicaba que el proceso de perfeccionamiento del derecho internacional penal estaba inmerso en este universalismo ambiental, obliterando *ab initio* cualquier veleidad regionalista en este ámbito.

Es precisamente en el marco de este universalismo ambiental donde surge la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) considerado:

...un nuevo instrumento del que se dota la comunidad internacional para responder de forma institucionalizada y permanente a la comisión de los más graves crímenes de dimensión internacional que, atentan contra la conciencia de la Humanidad, a saber: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.⁵

Desde esta perspectiva, la CPI se convierte en una respuesta eficaz a la incapacidad de algunos tribunales nacionales y a la falta de voluntad política de algunos Estados para castigar los crímenes internacionales. Por lo tanto:

...el surgimiento de una justicia penal e internacional expresa una norma universal en su nivel más alto, ya que la definición de crímenes internacionales va acompañada de sanciones penales, es decir, penas más severas y más estigmatizantes, aquellas que alcanzan tanto los cuerpos físicos de las personas penalmente responsables, como también, el cuerpo simbólico de los Estados a través la posibilidad de juzgar los jefes de Estados (individuos ciertamente, pero que personifican el Estado).⁶

En el contexto africano, el desarrollo y la consolidación del derecho internacional penal se completa con la primera experiencia global de regionalización de este ámbito del derecho internacional. Esta experiencia africana culmina con la adopción, en junio de 2014, del Protocolo de Ma-

⁴ Saada, Julie, "La justice pénale internationale, entre idéaux et justification", *Revue Tiers Monde*, núm. 205, 2011, pp. 47-64.

⁵ Escobar Hernández, Concepción, "La Corte Penal Internacional un instrumento al servicio de la paz", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 21, 2003, pp. 5-35 (ejemplar dedicado a: Naturaleza y sentido de la guerra de hoy).

⁶ Delmas-Marty, Mireille, "Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?", en Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (dirs.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, Presse Universitaire de France, 2002, pp. 60-67.

labo de reforma del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos (en adelante, Protocolo de Malabo). Este instrumento es la pieza fundamental en torno a la cual se desarrolla todo el sistema regional africano de derecho internacional penal.

Ahora bien, esta innovación plantea ciertos problemas teóricos y prácticos que se superponen en dos registros: los fundamentos jurídicos de esta regionalización del derecho internacional penal por una parte, y por otra, el alcance de esta innovación en cuanto a la efectividad de la lucha contra la impunidad de crímenes graves cometidos en África, desde la perspectiva de la relación entre la Corte Africana de Justicia y de los Derechos Humanos (en adelante CAJDH) con la justicia penal universal, encarnada por la CPI. Igualmente, al debate académico se añaden las controversias políticas que cuestionan la oportunidad política de esta iniciativa, señalándola como una expresión del rechazo del ejercicio de las competencias jurisdiccionales de la CPI sobre el continente africano.⁷

Partiendo de estas premisas, este artículo se propone examinar tres aspectos concretos que afectan al proceso de regionalización del derecho internacional penal en el continente africano. Primero, analizar los fundamentos jurídicos de la africanización del derecho internacional penal y su relación con la justicia penal universal. Segundo, aprehender, desde una perspectiva crítica, las lagunas jurídicas y los elementos beligeros de este proceso, que vienen a advertir de la conflictividad previsible y la concurrencia anunciada entre las dos jurisdicciones de derecho internacional penal: la CAJDH) y la CPI. Tercero, un análisis completo de los dos elementos enunciados sugiere necesariamente una aproximación, aunque sea sumaria, de la contribución africana a la construcción y consolidación del sistema de justicia universal penal.

II. LA CONTRIBUCIÓN AFRICANA A LA CONSTRUCCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA UNIVERSAL PENAL

Durante las últimas décadas, los Estados africanos colaboran plenamente en la multiplicación de los mecanismos jurisdiccionales de resolución de

⁷ Abdoul Kader, Bitié, “L’africanisation de la justice pénale internationale entre motivations politiques et juridiques”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 1, 2017.

controversias de ámbito subregional y regional, pero también participan en las organizaciones internacionales dotadas de dispositivos jurisdiccionales, como por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio (OMC).⁸ Por lo tanto, en términos de la expansión de la justicia penal internacional, el papel principal desempeñado por los Estados africanos y la Unión Africana (en adelante, UA) es irrefutable y su compromiso con la lucha contra la impunidad está fuera de toda duda. Con razón Jean Ping, ex presidente de la Comisión de la Unión Africana, declaró: “*it seems that Africa has become a laboratory to test the new international law*”.⁹

De hecho, África ha desempeñado un papel importante en el establecimiento de instituciones judiciales internacionales. La ofensiva de la comunidad internacional para la represión de los crímenes internacionales en África se logró, ante todo, con la cooperación entusiasta de los Estados africanos en el proceso de creación de tribunales penales internacionales *ad hoc*. La alarma social y la indignación internacional por la dimensión del genocidio de más de 800,000 personas en Ruanda,¹⁰ a solicitud de este país, desembocó a la Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, adoptada el 8 de noviembre de 1994 sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR).¹¹ Esta cooperación ha sido manifiesta en tres ámbitos: la detención y puesta a disposición judicial de los fugitivos; la transferencia de casos al TPIR o viceversa —la transferencia de casos a sus jurisdicciones nacionales como parte de la estrate-

⁸ Mouangue Kobila, James, “L’Afrique et les juridictions internationales pénales”, *Cahiers Thucydide*, París, Centre Thucydide, 2012, p. 3.

⁹ Du Plessis, Max, *The International Criminal Court that Africa Wants*, Pretoria, Institute for Security Studies, 2010, p. 20. Esta monografía desarrolla en profundidad los aspectos del apoyo inicial de los países africanos a la CPI, y evalúa las críticas formuladas por la UA en contra de la CPI.

¹⁰ Información disponible en: https://www.lexpress.fr/actualite/monde/afrique/le-genocide-rwandais_1321097.html, consultado el 30 de noviembre de 2018.

¹¹ Establecido con el propósito exclusivo de “enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1o. de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994”. Hasta la fecha, el TPIR ha procesado a 93 personas, 61 condenadas, 14 absueltas, y todavía hay 3 fugitivos. Véase el vigésimo informe anual del TPIR (Naciones Unidas, A/70/218-S/2015/577).

gia de terminación del TPIR—, finalmente, ejecución de sentencias.¹² En segundo lugar, hay que destacar la contribución decisiva de África en la creación, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante TESL),¹³ que es una jurisdicción mixta e “internacionalizada”. El gobierno de Sierra Leona había prestado un apoyo incondicional para garantizar el buen funcionamiento del TESL y, además, había logrado la extradición efectiva a Sierra Leona del ex jefe de Estado liberiano, Charles Taylor, que había huido a Nigeria.

Más allá del establecimiento de instituciones jurisdiccionales internacionales en África, la contribución africana a la construcción y consolidación del sistema de justicia internacional penal es perceptible, también, a través de la producción africana de un enfoque nuevo de justicia postconflicto que plantea una lógica de conciliación de las partes en interés de todos: las víctimas, los perpetradores de los crímenes y la comunidad en general.¹⁴ Los tribunales de Gacaca¹⁵ establecidos en Ruanda, atestiguan de este enfoque africano que se desmarca de la lógica occidental de confrontación entre las partes y de individualización de la responsabilidad a raíz de un proceso penal contradictorio.

Por otra parte, hasta la fecha, África es el bloque geográfico sobrerrepresentado en el Estatuto de Roma. De los 124 miembros que se han adherido al Estatuto de la CPI, hay 34 Estados africanos (de los 54), 19 de Asia y el Pacífico, 18 de Europa del Este, 28 de América Latina y el Caribe, y, finalmente,

¹² Véase Mouangue Kobilá, James, *op. cit.*, p. 8.

¹³ El TESL es una institución convencional bilateral. Su creación es el resultado de un acuerdo entre Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona, firmado el 6 de enero de 2002. Este tribunal emitió la primera sentencia definitiva en la que condenó a un jefe de Estado, Charles Taylor. Para más detalles sobre su desarrollo y su jurisprudencia. Véanse Turlan, Pascal, “El Tribunal Especial para Sierra Leona: desde su origen hasta las primeras acusaciones”, *Anuario Africano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2003, pp. 313-339; Gnamou, Pétauton, “Aperçu sur le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone”, en Tavernier, Paul (coord.), *Recueil Juridique des Droits de l’Homme en Afrique*, Bruxelles, 2002, pp. 318-328; Blanc Altemir, Antonio, “El Tribunal Especial para Sierra Leona un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 19, 2003, pp. 101-138.

¹⁴ Manirakiza, Pacifique, “L’Afrique et le système de justice pénale internationale”, *African Journal of Legal Studies*, núm. 3, 2009, pp. 21-52.

¹⁵ Bornkamm, Paul Christoph, *Rwanda’s Gacaca Courts. Between Retribution and Reparation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

25 Estados provienen de Europa Occidental y otros.¹⁶ Esta adhesión masiva al Estatuto es prueba suficiente del compromiso de los Estados africanos con la consolidación del derecho internacional penal. Hecho probado de este compromiso es también el número de casos que los Estados africanos han remitido al fiscal en aplicación de los artículos 13.a y 14.1 del Estatuto de Roma¹⁷ para que “investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas”. En el registro de los casos remitos podemos citar los casos de los crímenes graves cometidos en la República Democrática del Congo, Sudán, Uganda y la República Centroafricana. Actualmente, de las nueve investigaciones¹⁸ abiertas en la CPI, ocho tienen como escenario algún Estado de África: Uganda, República Democrática del Congo, Sudán, República Centroafricana, Kenia, Libia, Costa de Marfil y Malí. Esto prueba que la CPI opera principalmente en África.

Ahora bien, la presencia activa de la justicia internacional penal en África ha sido el factor desencadenante de las fricciones entre la UA y la CPI.¹⁹ Las incriminaciones de los actores políticos africanos en activo terminaron por convencer a los líderes políticos africanos que la focalización exclusiva de la CPI sobre África encierra un “neocolonialismo judicial”²⁰ o un “imperialismo judicial”,²¹ que África es “víctima de algún tipo de conspiración internacional, ya que el sistema de justicia internacional se dirige solo a los criminales

¹⁶ La cartografía de los Estados miembros del Estatuto de la CPI está disponible en: http://www.iccnw.org/documents/Ratification_chart_29062009_fr.pdf, consultado el 18 de noviembre de 2018.

¹⁷ Véase Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998, BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2002, pp. 18824-18860.

¹⁸ Para más detalles sobre los procedimientos abiertos ante la CPI, véase Narey, Oumarou, “La Cour Pénale Internationale et l’Afrique: analyse des procédures en cours”, *Afrilex*, 2015. Disponible en: http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/La_Cour_penale_internationale_et_l_Afrique.pdf, consultado el 18 noviembre de 2018.

¹⁹ Du Plessis, Max, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

²⁰ Adjovi, Roland, “L’Afrique dans le développement de la justice pénale internationale”, *African Yearbook of International Law*, vol. 14, 2006, pp. 3-28

²¹ Véanse Mubiala, Mutoy, “Chronique de droit pénal de l’Union Africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 83, 2012, pp. 547-557; Martineau, Anne-Charlotte, “La justice pénale internationale, l’Afrique et le refoulé colonial”, *Champ Pénal/ Penal Field*, vol. XIII, 2016. Disponible en: <http://journals.openedition.org/champpenal/9300>, consultado el 18 de noviembre de 2018.

de guerra africanos, mientras que otros prosiguen sus vidas tranquilamente en sus casas”.²² “Si bien se supone que la Corte es universal, solo se está procesando a los africanos. Aunque se supone que es internacional, en realidad sería una Corte Penal Africana”.²³ De ahí la creciente desconfianza de los jefes de Estado africanos, deslegitimando la acción de la justicia penal universal.²⁴ El debate político sobre el despliegue de actividades de la CPI en África planteó la cuestión de la necesidad y de la legitimidad de apropiación de la lucha contra la impunidad por las instituciones africanas.

Por otra parte, el uso *abusivo*²⁵ de la competencia jurisdiccional penal universal por parte de algunos países europeos (Francia, Bélgica, Alemania y/o España) reforzó la convicción de la legitimidad de la lucha contra el “imperialismo judicial”. A este respecto, conviene recordar el malestar expresado por la Conferencia de la Unión Africana (30 de junio–1o. de julio de 2008) con la adopción de la “Decisión sobre el informe sobre el uso indebido del principio de jurisdicción universal”,²⁶ solicitando al presidente de la UA que “someta el asunto al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su consideración”, y al presidente de la Comisión de la UA que “convoque urgentemente, una reunión entre la UA y la Unión Europea (UE), para discutir el tema, con el fin de encontrar una solución duradera a este problema y, en particular, para garantizar que estos mandatos se retiren y no sean aplicables en ningún país” y finalmente a los Estados miembros de la ONU, en particular a los Estados de la UE “a imponer una moratoria a la ejecución de estos mandatos hasta que todos los problemas legales y políticos hayan sido cuidadosamente discutidos entre la Unión Africana, la Unión Europea y las Naciones Unidas”.²⁷

²² Manirakiza, Pacifique, *op. cit.*, p. 23.

²³ Ambos, Kai, “Expanding focus of the African Criminal Court”, en Schabas, William *et al.* (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, Routledge, 2013, pp. 499-529. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2292914>, consultado el 19 de noviembre de 2018.

²⁴ Jeangène Vilmer, Jean-Baptiste, “Union Africaine versus Cour Pénale Internationale: répondre aux objections et sortir de la crise”, *Études Internationales*, núm. 45, vol. 1, 2014, pp. 5-26.

²⁵ Este término es empleado en el título de la *Décision sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle*. Assembly/AU/14(XI) Assembly/AU/Dec. 199 (XI).

²⁶ African Union, Assembly/AU/Dec. 193–207 (XI).

²⁷ *Idem*.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA REGIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL EN ÁFRICA

Asimismo, el desarrollo del regionalismo en el derecho internacional es significativo en las últimas décadas en todos los continentes, abarcando un abanico muy amplio de ámbitos materiales del derecho internacional general: derecho económico internacional (comercio internacional), derecho de mantenimiento de la paz y de la seguridad colectiva, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional del medio ambiente, etcétera. Conviene resaltar que el derecho africano ya se ha regionalizado en varios ámbitos, por ejemplo: seguridad colectiva,²⁸ derecho internacional de los derechos humanos,²⁹ derecho del medioambiente,³⁰ aviación civil,³¹ derecho del mar,³² desarrollo de los refugiados,³³ etcétera. Lo que viene a confirmar que el continente africano sustenta un sistema jurídico regional específico, distinto del sistema jurídico universal. Hoy por hoy, el derecho internacional africano es un fenómeno jurídico completo que dispone de sus propias fuentes autónomas de desarrollo normativo, institucional, procedimental y jurisdiccional.

Ahora bien, el desarrollo de un particularismo internacional penal regional plantea varios interrogantes doctrinales desde el punto de vista de la legalidad y de la legitimidad de este marco normativo y sustantivo nuevo que está tomando cuerpo en el continente africano. Al debate académico se añaden las controversias políticas que cuestionan la oportunidad política y la eficacia de esta iniciativa, señalándola como una expresión del rechazo

²⁸ African Union Non-Aggression and Common Defence Pact, 1o. de enero de 2005.

²⁹ African Charter on Human and Peoples' Rights, 1o. de junio de 1981; Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, 1o. de julio de 2003.

³⁰ African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, 15 de septiembre de 1968; Revised African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, 7 de marzo de 2017.

³¹ African Civil Aviation Commission Constitution (AFCAC), 17 de enero de 1969.

³² African Maritime Transport Charter, 11 de junio de 1994.

³³ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 10 de septiembre de 1969.

del ejercicio de las competencias jurisdiccionales de la CPI sobre el continente africano.

Con referencia al orden internacional general, la regionalización del derecho internacional penal africano tiene su base legal en dos registros diferenciados que lo vincula al derecho internacional general:³⁴ 1) la ausencia de una prohibición expresa de regionalización del derecho internacional penal por el derecho internacional general. Bajo este primer registro, ninguna disposición del ordenamiento jurídico internacional general contiene una prohibición explícita de regionalización del derecho penal internacional. Menos aún, ninguna disposición del Estatuto de Roma prohíbe a los Estados miembros implementar un sistema regional de derecho internacional penal, y 2) la regionalización se justifica por medio de una autorización implícita de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, el capítulo VIII de la Carta de San Francisco, en particular el artículo 52 que trata sobre los acuerdos regionales, es la base del regionalismo en el derecho internacional. Las Naciones Unidas, siendo un “centro para armonizar los esfuerzos de las naciones hacia fines comunes”,³⁵ alienta la participación de los Estados en los mecanismos regionales para la búsqueda de valores compartidos por la comunidad internacional en su conjunto.

El establecimiento de acuerdos u organismos regionales de seguridad colectiva con miras a resolver los contenciosos locales mediante tales acuerdos u órganos, antes de presentarlos al Consejo de Seguridad, traduce la filosofía y la visión de la ONU de no apropiarse a sí mismo el monopolio de la acción por la consecución de los objetivos de la Carta.³⁶ La única condición es que estos acuerdos, estos organismos y sus actividades sean compatibles con los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Es bajo el prisma de esta filosofía de acción descentralizada que la regionalización del derecho internacional debe ser repensada y analizada como una vía para adaptarse a las necesidades a los que se enfrenta un grupo espe-

³⁴ Soma, Abdoulaye, “L’africanisation du droit international penal”, en SADI, *L’Afrique et le droit international pénal*, París, Pedone, 2015, pp. 8-35; Soma, Adoulage, “La justification théorique du régionalisme africain en droit international penal”, *Revue Burkinabè de Droit*, núm. 53, 2017 pp. 95-124.

³⁵ Artículo 1.4 de la Carta de San Francisco.

³⁶ Villalpando, Santiago, “L’évolution des relations entre les Nations Unies et les organisations régionales de la Charte à nos jours”, en Aznar, J. Mariano y Footer, E. Mary (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 4, 2012, pp. 119-128.

cífico de Estados. Es en función de estas necesidades locales que los Estados interesados unen esfuerzos, recursos y estrategias para construir finalidades particulares. Dependiendo de los retos locales, los Estados pueden optar por una u otra modalidad del regionalismo: estrategia de coordinación *versus* estrategia de cooperación avanzada que obliga los Estados a ceder parte de su soberanía a un ente supranacional.³⁷

Además, la legalidad del desarrollo de un sistema regional africano de derecho internacional penal se sustenta desde el marco institucional y competencial de la Unión Africana como organización continental. Dos apuntes son necesarios a este respecto.

Primero, el derecho regional de mantenimiento de la paz y de la seguridad colectiva, derivado del artículo 3.f del Acta fundacional de la UA que instituye promover la paz, la seguridad y la estabilidad en el continente, como uno de los objetivos de la organización continental. Esta competencia fue implementada por el Protocolo Relativo al Establecimiento del Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana (en adelante CPS-AU) del 9 de julio de 2002. En efecto, el CPS-AU es una “estructura operativa para la implementación efectiva de decisiones tomadas en el ámbito de prevención de conflictos, establecimiento de la paz, operaciones de apoyo a la paz, así como la consolidación de la paz y la reconstrucción posterior al conflicto”. La similitud entre esta estructura de seguridad colectiva africana y la de las Naciones Unidas es sorprendente. Legítima a la UA para desarrollar, como también lo ha hecho la ONU, las condiciones para la implementación del derecho penal internacional y para crear tribunales penales internacionales que formulen y materialicen este derecho a mantener la paz y la seguridad colectiva.

En segundo lugar, la responsabilidad de proteger, consagrada en el artículo 4.h del Acta fundacional de la UA, que establece el “derecho de la Unión a intervenir en un Estado miembro por decisión de la Conferencia, en determinadas circunstancias graves, a saber: crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad”. Reconocida por la ONU en 2015, la responsabilidad de proteger es una norma emergente en las relaciones internacionales que establece que cada Estado tiene la responsabilidad de proteger a su gente de los crímenes de genocidio, crímenes de lesa huma-

³⁷ Doumbé-Billé, Stéphane, “Propos introductifs”, *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.10-17.

nidad, limpieza étnica y crímenes de guerra. Si falla, la comunidad internacional tiene la responsabilidad de intervenir. Esta responsabilidad, que no se reduce al uso de la fuerza, es tratada de manera diferente en la doctrina. Para algunos, la aplicación de esta responsabilidad por parte de la comunidad internacional aparece como un avatar del “derecho de injerencia”, teorizado anteriormente por Bernard Kouchner y Mario Bettati. Para otros, este principio legitima el derecho a una “intervención humanitaria” defendida en su época por Tony Blair (y que sigue siendo la doctrina del gobierno británico). En realidad, la “responsabilidad de proteger” (R2P),³⁸ está vinculado al concepto de “seguridad humana”, en sentido definido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). La responsabilidad de proteger fue inicialmente teorizada por la Comisión Internacional de Intervención y Soberanía de los Estados,³⁹ para desechar las connotaciones negativas inherentes a los términos de “injerencia” e “intervención humanitaria”. Con todo ello, este principio ejemplifica las tensiones entre la seguridad nacional y la seguridad humana, la soberanía y los derechos humanos, la paz y la justicia, que sacuden a la sociedad internacional.⁴⁰

Asimismo, la legalidad de la regionalización del derecho internacional penal en África encuentra otra base legal en la competencia de desarrollo institucional reconocida por el Acta fundacional de la Unión Africana. Más concretamente, el poder general del artículo 5.2 del Acta que Faculta a la Conferencia de la Unión para Crear Otras Instituciones, además de los órganos de la UA enumerados en el párrafo 1. Partiendo de esta facultad y de este margen amplio de maniobra reconocida a la UA, el Comité de Eminentes Juristas creada por la UA⁴¹ contempló “la posibilidad de conferir jurisdicción penal a la Corte

³⁸ Evans, Gareth y Sahnoun Mohamed, *La responsabilité de protéger*, Commission Internationale de l'intervention et de la Souveraineté des États, 2001, pfs. 1-28. Los autores consideran que este concepto de seguridad humana incluye “*le respect des droits de l'homme tout en ayant une portée plus vaste*”. Es también “*un élément de plus en plus important du droit international et des relations internationales, et fournit de plus en plus souvent le cadre conceptuel de l'action internationale*”.

³⁹ Creada por el primer ministro de Canadá, Jean Chrétien, en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas en septiembre de 2000. Es un organismo independiente que busca apoyar a la ONU y que complementó los esfuerzos ya emprendidos sobre temas de intervención y soberanía en otros contextos.

⁴⁰ Jeangène Vilmer, Jean-Baptiste, *op. cit.*

⁴¹ Rapport du Comité d'Éminents Juristes Africains sur l'affaire Hissène Habré. Disponible en: https://www.hrw.org/legacy/french/themes/CEJA_Report0506fr.pdf, consultado el 20 de noviembre de 2018.

Africana de Justicia y de los Derechos Humanos (CAJDH) en aras de garantizar el respeto de los derechos humanos a nivel nacional, regional y continental como un principio del buen gobierno en África”. En esta misma línea, el informe de este comité señaló que el Estatuto de Roma permitía tal desarrollo y que, no habría competencia con la Corte Penal Internacional. Sobre esta base, estos expertos habían propuesto que esta nueva jurisdicción podría tratar los crímenes de genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones de la Convención contra la Tortura.

En este registro de capacidad de desarrollo institucional de la UA, la adopción de la Carta Africana de Democracia, Elecciones y Gobernabilidad de 2007 (que entró en vigor el 15 de febrero de 2002) consolidó la base legal para la implementación de una jurisdicción internacional penal regional específicamente africana⁴². Ciertamente, la incriminación internacional penal del cambio inconstitucional del gobierno elegido democráticamente, estipulado en el artículo 25.2, obliga a las autoridades de la UA a crear una jurisdicción de la propia UA competente para establecer la responsabilidad penal de los autores de cambios anticonstitucionales de gobierno en África. El Comité de Eminentes Juristas señaló en su informe que

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos cuyo Protocolo entró en vigor, y la Corte de Justicia de la Unión Africana cuyo Protocolo se encuentra en proceso de ratificación, ambas cortes no tienen, en la actualidad, jurisdicción en materia penal. En consecuencia, estas dos instituciones no pueden enjuiciar el caso Hissène Habré.⁴³

Por lo tanto, esta disposición de la Carta Africana obligó necesariamente a la UA a crear una jurisdicción o al menos una instancia judicial con jurisdicción internacional penal regional para juzgar y castigar a los perpetradores de estas nuevas incriminaciones del instrumento adoptado.

Con todo ello, resulta que la regionalización del derecho internacional penal es, ante todo, la expresión legítima de un compromiso que mueve un impulso dinámico e innovador a la justicia penal universal. Marca un proceso irreversible de apropiación de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en África mediante el fortalecimiento tan-

⁴² Likibi, Romuald, *La charte africaine pour la démocratie, les élections et la gouvernance. Analyse et commentaires*, Paris, Éditions Publibook, 2012.

⁴³ Rapport du Comité d’Éminents Juristes Africains sur l’affaire Hissène Habré, *cit.*

to de los mecanismos de jurisdiccionalización como de criminalización, que casi no existían en el sistema africano para la protección de los derechos humanos.

IV. LAGUNAS JURÍDICAS Y ELEMENTOS BELÍGEROS DEL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN ÁFRICA

El proceso de regionalización encierra ciertas lagunas jurídicas que vienen a advertir de una conflictividad previsible y una concurrencia anunciada entre las dos jurisdicciones de derecho internacional penal: la CAJDH y la CPI. Primero, la dificultad de articulación de los principios de complementariedad y subsidiariedad y, por consiguiente, la cuestión sobre las modalidades de estructuración de las competencias jurisdiccionales penales en tres niveles: nacional, regional y universal. Segundo, la problemática de las competencias superpuestas y de las obligaciones en conflicto entre las dos jurisdicciones (CAJDH y CPI), en ausencia de criterios de jerarquización jurisdiccional, y tercero, los aspectos belígeros de la cláusula de inmunidad prevista en el artículo 46.A bis del Protocolo de Malabo.

1. *La dificultad de articulación de los principios de complementariedad y subsidiariedad en tres niveles: nacional, regional y universal*

Las decisiones de la CPI en aplicación del principio de complementariedad han sido abundantemente comentadas y debatidas en la doctrina.⁴⁴ El sistema jurídico internacional carece, por principio, de tribunales in-

⁴⁴ De esta abundante literatura, podemos destacar, a modo indicativo, las obras de El Zeidy, Mohamed M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; Gómez Benítez, José Manuel, “Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales”, *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, núm. 82, 2006, pp. 35-62; Alcaide Fernández, Joaquín, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales. ¿Tiempos de «ingeniería jurisdiccional»?”, en Carrillo Salcedo, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 383-434; Seils, Paul, “Putting Complementarity in its Place”, en Carsten Stahn, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford

ternacionales con jurisdicción originaria, puesto que la legitimidad de la acción, así como, la *auctoritas* de cualquier corte internacional resultan del principio de consentimiento de los Estados litigantes afectados por la resolución judicial de la controversia.⁴⁵ Desde esta perspectiva, mediante la aplicación del principio de complementariedad, enunciado en el preámbulo y regulado en el artículo 1o. y 17 del Estatuto de Roma (cuestiones de admisibilidad), las funciones de evitar la impunidad y de represión de los crímenes internacionales recaen primordialmente en las jurisdicciones nacionales. Es menester que, “la introducción del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma responde a un equilibrio entre la competencia supranacional de la Corte para juzgar los crímenes más graves y el derecho soberano que los Estados tienen para investigar y enjuiciar a sus nacionales sin intromisión extranjera”.⁴⁶

En consecuencia, la CPI ejercerá su jurisdicción como un “último recurso”, es decir solo cuando el Estado Parte “debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.⁴⁷ Naturalmente, la activación del principio de complementariedad sugiere necesariamente un diálogo de jueces para cerciorarse de las condiciones de incapacidad manifiesta del “colapso total o sustancial” o de la falta de voluntad política para incoar los procedimientos de investigación y de enjuiciamiento de los presuntos criminales.

Siguiendo a Fuentes Torrijo,⁴⁸ la implementación del principio de complementariedad en la práctica de la Corte ha dado lugar a tres desarrollos jurisprudenciales: primero, la complementariedad positiva que reagrupa los

University Press, 2015, pp. 305-327; Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Brill, Nijhoff, 2008.

⁴⁵ Fuentes Torrijo, Ximena, “El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional”, *Estudios Internacionales*, núm. 169, 2011, pp. 119-140, p. 123.

⁴⁶ Piernas López, Juan Jorge, “La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015, pp. 115-154.

⁴⁷ Artículo 17.3, Estatuto de Roma.

⁴⁸ Fuentes Torrijo, Ximena, *op. cit.*

casos de remisiones autorreferidas ante la CPI cursadas por Uganda,⁴⁹ República Democrática del Congo,⁵⁰ y República Centroafricana.⁵¹ A través de esta modalidad de acción, la CPI asume una actitud proactiva respecto de los Estados y realiza diversas actividades para promover el ejercicio de la jurisdicción nacional. En relación con estas actividades, la autora advierte sobre los riesgos que puede acarrear involucrarse activamente con los poderes judiciales de los Estados y se pregunta ¿cuáles son los principios de prudencia política que deberían regir esta actividad de la Corte? Segundo, la política de autorremisión de casos que ha promovido la Oficina de la Fiscalía. Se refiere la investigación abierta por el fiscal *motu proprio*, en el caso de Kenia.⁵² A este respecto, la autora recalca las críticas formuladas contra el fiscal Moreno Ocampo por poner en riesgo la neutralidad que debe mantener la Corte frente a la política interna de los Estados. Y finalmente, los casos remitidos a la CPI por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

⁴⁹ CPI, Situación en Uganda. *Caso Fiscal c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen*, Caso ICC-02/04-01/05

⁵⁰ CPI, Situación en la República Democrática del Congo, *caso del Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), orden de detención (PTC1), 10 de febrero de 2006, documento ICC-01/04-01/06-2; CPI, Situación en la República Democrática del Congo, *caso del Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, (ICC-01/04-01/07), auto de detención contra Germain Katanga (PTCI), 2 de julio de 2007, documento ICC-01/04-01/07-1; CPI, Situación en la República Democrática del Congo, *caso Fiscal c. Bosco Ntaganda*, (ICC-01/04-02/06.)

⁵¹ CPI, Situación en la República Centroafricana (ICC-01/05), Decisión que solicita información sobre el estado del examen preliminar de la situación en la República Centroafricana (PTC3), 30 de noviembre de 2006, documento ICC-01/05-6; CPI, Situación en la República Centroafricana (ICC-01/05), Informe de la fiscalía siguiendo la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, 30 de noviembre de 2006, solicitando información sobre la situación del examen preliminar de la situación en la República Centroafricana (OTP), 15 de diciembre de 2006, documento ICC-01/05-7. 22.

⁵² La incoación *motu proprio* de las investigaciones del fiscal Moreno Campo contra el presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta, y su vicepresidente, William Ruto, tras la violencia pos-eleitoral de 2007-2008. Véase, la decisión sobre la solicitud del fiscal para que se presenten resúmenes de Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1, Sala de Cuestiones Preliminares II. En la misma línea, véase también Ongono, Dorette-Flore, “La Cour Pénale Internationale: réflexion sur la saisine”, *Gazette du Palais*, núms. 357 y 358, 23 de diciembre de 2009, pp. 3687-3691.

(en adelante CS-UN), tratándose de Sudán⁵³ y Libia.⁵⁴ Sobre estos dos supuestos, la autora examina la aplicabilidad del principio de complementariedad y sus consecuencias.

Ahora bien, la regionalización del derecho internacional penal en África plantea una cuestión de gran calado teórico y práctico, referente a las modalidades de estructuración del principio de complementariedad jurisdiccional penal en tres niveles: nacional, regional y universal. La dificultad es mayor por las lagunas legales existentes. El Protocolo de Malabo no contempla ninguna disposición que regule las relaciones entre la CAJDH y la CPI. Este silencio ha sido interpretado como una manifestación de la voluntad real, pero no declarado, de retirarse masivamente del Estatuto de Roma. El examen laborioso de las distintas versiones y de los borradores oficiales del Protocolo de Malabo llevó a Du Plessis a denunciar vehementemente esta deriva de los dirigentes africanos:

It is unfathomable that the draft protocol nowhere mentions the ICC.... Either this is a sign that the AU hopes its members will sidestep the ICC, or it is a case of irresponsible treaty making—forcing signatories to become party to an instrument that willfully or negligently ignores the complicated relationship that will exist for states parties to the Rome Statute.⁵⁵

La complementariedad de la jurisdicción de la CPI a la de los Estados parte del Estatuto de Roma no plantea ninguna duda. Tampoco la complementa-

⁵³ CPI, Situación en Darfur (Sudán), *caso Fiscal c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (“Omar Al Bashir”) (ICC-02 / 05-01 / 09); CPI, Situación en Darfur (Sudán), *caso Fiscal c. Ahmad Muhammad Harun* (“Ahmad Harun”) y *Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman* (“Ali Kushayb”), caso ICC-02/05-01/07; CPI, Situación en Darfur (Sudán), *caso Fiscal c. Bahr Idriss Abu Garda*, caso ICC-02/05-02/09. Sobre la situación en Darfur, véase Abraha, Haber y Adjovi, Sètonджи Roland, “La résolution 1593 (2005) du 31 mars 2005, déférant à la CPI la situation au Darfour, à la Cour Pénale Internationale”, *Revue Juridique d’Auvergne*, núm. 2, 2005, pp. 243-259. La primera orden de arresto contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir se emitió el 4 de marzo de 2009 y la segunda el 12 de julio de 2010.

⁵⁴ Mandato del 27 de junio de 2011 contra Muammar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam y el jefe de inteligencia, Abdallah Al-Senussi, por crímenes de lesa humanidad.

⁵⁵ Du Plessis, Max, “Implications of the AU Decision to Give the African Court Jurisdiction over International Crimes”, Institute for Security Studies, paper No. 235, junio de 2012, p. 10. Disponible en: <https://issafrika.s3.amazonaws.com/site/uploads/Paper235-AfricaCourt.pdf>, consultado el 30 de noviembre de 2018.

riedad de la jurisdicción de la CAJDH a la de los tribunales y autoridades nacionales parece encarnar algunas fuentes de conflictividad. En efecto el artículo 46.H contempla con nitidez las modalidades de aplicación del principio de la complementariedad entre las instancias jurisdiccionales continentales, subregionales (con los tribunales de las Comunidades Económicas Regionales en los supuestos en los cuales las actas constitutivas de dichas comunidades contemplan este extremo) y las cortes nacionales. En cambio, no existe ninguna base jurídica que establezca esta complementariedad de la CPI a la de jurisdicción de la CAJDH.⁵⁶ Ante estas incoherencias manifiestas, convendría que cuando inicie sus operaciones, la CAJDH aclare qué pasaría con las situaciones (de países) que están siendo investigadas por ambas cortes.⁵⁷

A la luz de lo que precede, los planteamientos extraídos del Protocolo de Malabo dejan entrever la emergencia de un nuevo principio teórico y práctico de “complementariedad dual”, un tipo de complementariedad ambivalente que conciliaría por una parte, el principio de complementariedad establecido por el Estatuto de Roma, operativo entre las jurisdicciones de los Estados y la jurisdicción universal, y por otra parte, el modelo de complementariedad instituido por la UA, imperante entre la jurisdicción de los Estados y la instancia jurisdiccional regional, la CAJDH. A la sazón, la experiencia de regionalización del derecho internacional penal podría instaurar un nivel intermedio de complementariedad entre Estado y jurisdicción universal para que esta última solo intervenga en caso de frustración o fracaso sucesivo de los procedimientos en los ámbitos nacionales y regionales. En cualquier caso, la novedad que sugiere esta complementariedad dual impone un seguimiento atento de las soluciones prácticas o de desarrollo normativo e institucional para una imbricación e integración armoniosa del sistema universal penal y de la justicia penal regional africana en aras de la consolidación efectiva del sistema global, patrimonio universal de prevención y de represión de los crímenes internacionales.

⁵⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 17 sobre cuestiones de inadmisibilidad.

⁵⁷ Amnesty International, “Malabo Protocol: Legal and Institutional Implications of the Merged and Expanded African Court”, 2016, p. 28.

2. Las competencias superpuestas y las obligaciones en conflicto entre las dos jurisdicciones (CAJDH y CPI)

Otro aspecto urgente para repensar son las modalidades de armonización de las obligaciones contrapuestas o concurrentes que aparecerían en el horizonte para los Estados africanos que hayan ratificado el Protocolo de Malabo y el Estatuto de Roma. El artículo 90 del Estatuto de Roma regula las situaciones/reclamaciones concurrentes entre la CPI y otro Estado por motivo de entrega de una persona inculpada. Esta disposición no contempla cómo un Estado miembro debe gestionar la solicitud concurrente de entrega entre la CPI y otra jurisdicción penal internacional. Del mismo modo, el artículo 98 prevé el procedimiento de consulta que debe llevar a cabo un Estado parte si encuentra problemas que podrían impedir la ejecución de una solicitud de cooperación, no ha previsto nivel de jurisdicción penal intermedia o regional.

Como se observa, la competencia anunciada entre las jurisdicciones de la CPI y la CAJDH es evidente si se toma en cuenta todo el ámbito material del derecho aplicable ante la CAJDH. Aún más, la complejidad de la problemática de competencia anunciada se incrementa por la convergencia de la competencia *ratione loci*, *ratione personae* y *ratione materiae*, puesto que ambas jurisdicciones extienden su competencia sobre ciertos crímenes tipificados en el artículo 5o. del Estatuto de Roma (el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión) cometidos en suelo africano por africanos. Esta competencia es uno de los principales problemas planteados por el regionalismo penal africano debido a la superposición de dos instancias jurisdiccionales.

Más allá de estas lagunas jurídicas, otros dos elementos vienen a advertir la conflictividad previsible entre las dos jurisdicciones (CAJDH y CPI): en primer lugar, las competencias superpuestas y las obligaciones en conflicto no pueden resolverse jurídicamente por la ausencia de criterios de jerarquización jurisdiccional entre el CAJDH y la CPI. Ambas cortes resultan de un tratado internacional y, por ende, ninguna tiene una primacía sobre otra⁵⁸. En segundo lugar, la cuestión de la obligación derivada del Estatuto de Roma de promulgar leyes nacionales de transposición que deberían in-

⁵⁸ *Idem*.

corporar en el Código Penal Nacional los principios y los elementos constitutivos de los crímenes tipificados en el artículo 5o. del Estatuto de Roma, así como, las modalidades y los procedimientos de cooperación con la CPI (artículo 88 del Estatuto de Roma). En la misma línea, el artículo 46H del Protocolo de Malabo también prevé la complementariedad con las jurisdicciones nacionales y, por lo tanto, los Estados partes en el Protocolo de Malabo deberán garantizar que su legislación cumpla con los preceptos establecidos. Además de las competencias y obligaciones concurrentes, existe la doble carga financiera que corresponderá a los Estados africanos que se hayan adherido a los instrumentos de las dos cortes.

3. *El foco beliger de la cláusula de inmunidad del Protocolo de Malabo*

La cuestión de la inmunidad de los jefes de Estados ha sido ampliamente debatida en la doctrina. El aspecto controvertido radica en la dificultad de establecer las diferencias sustanciales entre la inmunidad de jurisdicción penal de los jefes de Estado ante los tribunales extranjeros y la inmunidad de jurisdicción penal ante los tribunales internacionales. A este respecto, Abrisketa Uriarte intenta abordar estas diferencias sustanciales desde dos perspectivas: una horizontal y otra vertical.

Desde la perspectiva horizontal (de Estado a Estado a través de sus respectivos tribunales nacionales), la inmunidad supone un obstáculo para el inicio de un proceso penal. Por el contrario, desde la perspectiva vertical (ante los tribunales internacionales), los agentes del Estado responden de los actos constitutivos de crímenes internacionales, sin que puedan invocar su inmunidad frente al órgano judicial internacional. De ahí que podamos afirmar que los jefes de Estado gozan de una situación menos favorable frente a los tribunales internacionales que frente a los tribunales internos.⁵⁹

El Estatuto de Roma optó por un modelo de competencia *ratione personae* articulado en torno al principio de responsabilidad penal individual de alcance universal. En virtud del mismo, “el cargo oficial de una persona,

⁵⁹ Abrisketa Uriarte, Joana “Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/1, enero-junio de 2016, pp. 19-47.

sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso le eximirá de responsabilidad internacional ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”.⁶⁰ En aplicación de este principio, la CPI está facultada para enjuiciar a cualquier persona mayor de dieciocho años⁶¹ que haya cometido un crimen de competencia de la CPI, sin que sea relevante el hecho de que la persona en cuestión desempeñe o haya desempeñado un cargo oficial. Los dos principios enunciados por el Estatuto de Roma —de responsabilidad penal individual y de improcedencia del cargo oficial— sustentan lógica y consecuentemente el tercer principio fundamental que rige la CPI, referente a la inoponibilidad a la Corte de cualquier forma de inmunidad de que pueda beneficiarse una persona en virtud del cargo que ocupa. En efecto, el Estatuto de Roma establece que “las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.⁶²

De esta manera se produce la eliminación expresa de los institutos de la inviolabilidad y la inmunidad como causas de exclusión de la responsabilidad del individuo y de la competencia de la Corte, lo que reviste una gran importancia si tenemos en cuenta que nos encontramos ante instituciones fuertemente consolidadas tanto en el Derecho interno como en el internacional.⁶³

Ahora bien, a través del artículo 98 del Estatuto de Roma, que regula la cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega, formula abiertamente algunos supuestos de excepción a las solicitudes de entrega cursada por la CPI. Según esta disposición:

⁶⁰ Artículo 27.1 del Estatuto de Roma sobre la improcedencia del cargo oficial.

⁶¹ El artículo 26 del Estatuto de Roma excluye a los menores de dieciocho años de la competencia de la Corte: “La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de dieciocho años en el momento de la presunta comisión del crimen”.

⁶² El mismo artículo 27.2 del Estatuto de Roma sobre la irrelevancia de las inmunidades y las normas de procedimientos especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.

⁶³ Escobar Hernández, Concepción, *op. cit.*, p. 18.

1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega.

Como se constata, esta disposición del Estatuto de Roma rige el supuesto especial en el cual la CPI se ve obligada a exigir a un Estado parte la entrega de un acusado que goza de las inmunidades otorgadas por un Estado no parte. En este caso, la CPI debe obtener el levantamiento de esta protección por parte del tercer Estado.

Esta disposición, relativamente técnica, ha sido objeto de una controversia jurídica y política de mayor envergadura a propósito de la orden de detención internacional expedida contra el expresidente sudanés, Oumar Al-Bashir, quien desde 2009 no ha sido detenido ni entregado, a pesar de su acogida por Estados miembros de la CPI en el momento de numerosos desplazamientos diplomáticos.⁶⁴ Fundándose sobre la disposición precitada, estos Estados afirmaban que, por falta de renuncia a la inmunidad por la República de Sudán, no podían hacer justicia a las demandas de la Corte.⁶⁵

⁶⁴ Sudan no es Estado parte del Estatuto de Roma. *Cfr. Le Procureur c/ Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, 4 de Marzo de 2009. La segunda orden de detención internacional fue expedida el 12 de julio de 2010. Información disponible en: www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=639096, consultado el 5 de junio de 2019.

⁶⁵ Véase Demaria, Tiphaine, “Nouveaux développements relatifs à l’article 98-1 du Statut de Rome”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 1-1, 2017, pp. 125-141. Disponible en: https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2017_hos_1_1_2307, consultado el 5 de junio de 2019. De hecho, el enfrentamiento muy mediatizado entre la UA y la CPI se desató tras la acusación de dos jefes de Estado africanos en el cargo por parte de la CPI: el presidente de Sudán, Oumar el Bashir, y el jefe del Estado libio, Muammar Gaddafi, por los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el levantamiento el 15 de febrero de 2011. A este respecto, véase

Es precisamente la cuestión de las inmunidades de los jefes de Estado en ejercicio que, ha acrecentado, en los últimos años, la fricción entre la CPI y la UA, en cuanto al ejercicio de la jurisdicción de la CPI en África. Además, la discrepancia entre ambas instituciones se incrementó por el rechazo de las remisiones extra africanas de asuntos al fiscal de la CPI, tal y como está previsto en el artículo 13 del Estatuto de Roma, es decir, las remisiones de asuntos realizadas por otras instancias que no sean las remisiones autónomas de los propios Estados africanos interesados. La incoación *motu proprio* de las investigaciones del fiscal Moreno Campo contra algunos jefes de Estados africanos, así como, las remisiones del Consejo de Seguridad de la ONU⁶⁶ sobre la situación de Darfur (Sudan), despertaron las fibras nacionalistas africanas y un corporativismo solidario de los demás jefes de Estado africanos.

El malestar de la UA por la inculpación de los presidentes africanos en ejercicio llegó al Consejo de Seguridad de la ONU, a través de una iniciativa promovida por la UA y Kenia, entre 2009 y 2010, en aras de conseguir el sobreseimiento de los procedimientos de responsabilidad penal iniciadas contra el presidente Uhuru Kenyatta y su vicepresidente William Ruto. En efecto, los puntos IX y X de la Decisión de la UA sobre las relaciones entre África y la CPI,⁶⁷ derivada de la Cumbre Extraordinaria de la Conferencia de

Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-302, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui avait adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Al-Bashir (6 de julio de 2017)(CPI, deuxième Chambre préliminaire).

Véase, también al respecto, “Union africaine—CPI: chronique d’un divorce annoncé”, *Jeune Afrique*, 17 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.jeunefrique.com/mag/402768/politique/union-africaine-cpi-chronique-dun-divorce-annonce/>, consultado el 1o. de diciembre de 2018; “Les relations entre l’Union africaine et la Cour Pénale Internationale: chronique d’un divorce annoncé”, *Le Faso.net*, 13 de abril de 2016. Disponible en: <http://lefaso.net/spip.php?article70587>, consultado el 1o. de diciembre 2018.

⁶⁶ Mbokani, Jacques B., “La Cour Pénale Internationale: ¿une cour contre les africains ou une cour attentive à la souffrance des victimes africaines?”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 26-2, 2013, pp. 47-100.

⁶⁷ “IX. Inviter le Kenya à adresser au Conseil de sécurité des Nations unies une requête demandant le renvoi des poursuites engagées contre le Président et le Vice-président du Kenya, qui sera approuvée par tous les États africains parties, en vertu de l’article 16 du Statut de Rome; X. demander à la CPI, aux termes de la présente décision, le report du procès du Président Uhuru Kenyatta prévu le 12 novembre 2013 et la suspension des poursuites engagées contre son Vice-président Samoei Ruto, jusqu’à ce que le Conseil de sécurité des Nations Unies se penche sur la requête de renvoi présentée par le Kenya et soutenue par l’Union

la Unión Africana, celebrada el 12 de octubre de 2013 en Addis Abeba, invitaban al Estado keniano, con el apoyo de la UA, a cursar una demanda ante el CS-NU para solicitar, conforme al artículo 16 del Estatuto de Roma,⁶⁸ el sobreseimiento de la investigación iniciada contra el presidente Uhuru Kenyatta y su vicepresidente, William Ruto. Al mismo momento, esta misma Declaración de la UA instaba a la CPI de suspender la investigación iniciadas contra las dos personalidades políticas africanas hasta que la demanda formulada por Kenia ante el Consejo de Seguridad sea resuelta. Conviene recordar que, antes de esta ofensiva de Kenia ante el CS-NU, los Estados africanos habían formulado una propuesta de enmienda del artículo 16 del Estatuto de Roma, a la conferencia de revisión del Estatuto de Roma organizada en Kampala (Uganda) del 31 de mayo al 11 de junio de 2010. Dicha propuesta pretendía lograr la extensión de la facultad y la capacidad del CS-UN para sobreseer los procedimientos de investigación iniciadas por la CPI.

Asimismo, el silencio negativo del CS-NU sobre la demanda de Kenia explica en gran parte, el fondo de la decisión de la Unión Africana sobre el informe de la reunión de los Estados africanos parte del Estatuto de Roma.⁶⁹ Esta Decisión recoge el profundo malestar contra las modalidades de aplicación de la jurisdicción de la CPI en África, en particular la cláusula de improcedencia del cargo oficial y las remisiones del CS-UN.

Es precisamente en este contexto psicológico y político de divergencias agudas entre la UA y la CPI que surge la decisión, durante la XV Conferencia de la UA de posponer el proyecto de apertura de una “Oficina de Enlace” de la CPI en Addis Abeba, así como la instrucción hecha a los Estados africanos de no cooperar con la CPI en el *caso Oumar Al Bashir*.⁷⁰

Africaine”. Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct. 2013), Décision sur les Relations entre l’Afrique et la Cour Pénale Internationale.

⁶⁸ “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”.

⁶⁹ Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1, Décision le rapport de la réunion des Etats africains parties au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale. Doc. Assembly/AU/13(XIII).

⁷⁰ Véase Abrisketa Uriarte, Joana, *op. cit.*, p. 34. La autora profundiza en la cuestión de las órdenes de arresto contra Al Bashir y el incumplimiento del deber de cooperar.

La cláusula de inmunidad, prevista en el artículo 46.A bis del Estatuto enmendado del CAJDH prohíbe iniciar o emprender cualquier acción penal contra un “Jefe de Estado o de Gobierno de la UA en el cargo o cualquier otra persona que actúe o tenga derecho a actuar en esa capacidad o cualquier alto funcionario del Estado, de acuerdo con los deberes que realice, durante su mandato”. Esta cláusula resulta ser, obviamente, el escollo de la confrontación entre los dos sistemas de derecho internacional penal. La cláusula de inmunidad del Protocolo de Malabo tiene gérmenes beligeros y solo puede explicarse desde el rifirrafe y la fricción entre la UA y la CPI.

Además de la ofensiva de Kenia ante el CS-NU, la UA había instruido a los Estados africanos parte del Estatuto de Roma, a inscribir en el orden del día de la sesión anual de la Asamblea de Estados Parte (en adelante AEP) del estatuto de Roma, “la cuestión de la inculpación de los jefes de Estados y de gobiernos africanos en ejercicio y sus consecuencias sobre la paz, la estabilidad y la reconciliación de los Estados miembros de la Unión Africana”.⁷¹ En realidad, esta ofensiva diplomática consistió a proponer, *de facto*, la enmienda del artículo 27 del Estatuto de Roma.

A este respecto, Jean-Baptiste Jeangène Vilmer⁷² considera que la solicitud africana era una propuesta poco realista, esgrimiendo tres razones. Primero, se puede argumentar que el principio de improcedencia de la calidad oficial es un principio consuetudinario puesto que el rechazo de las inmunidades de los agentes estatales siempre estuvo presente en la construcción de la justicia penal internacional. Esta garantía es indispensablemente la razón del establecimiento de tribunales penales internacionales. En segundo lugar, enmendar el artículo 27 sería peligroso: el principal riesgo es

⁷¹ Esta propuesta fue sometida a sesión anual de la Asamblea de Estados Parte, celebrada en la Haya (Holanda) los días 20-28 de noviembre de 2013. El discurso pronunciado por Frederick Ruhindi, resume toda la filosofía de la Unión Africana sobre el trinomio, inmunidad, paz y justicia, aplicada a la situación en Kenia: “The situation in Kenya is very complex. There are at play important dynamics and tensions of politics, peace, justice, and the rule of law and a very acute sense of ethnicity that cannot be wished away or swept under the carpet. We therefore believe that the recent position of some members of the UN Security Council that the kenyan situation does not fall under chapter VII of the UN Charter missed the point about the need to pursue justice in a manner that does not jeopardise efforts aimed at promoting lasting peace, national healing and reconciliation”. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP12/GenDeba/ICC-ASP12-GenDeba-AU-Uganda-ENG.pdf, consultado el 6 de junio de 2019.

⁷² Jeangène Vilmer, Jean-Baptiste, *op. cit.*

hacer que la CPI sea inefectiva, o incluso suprimir su razón de ser, ya que los crímenes con los que trata (contra la humanidad, la guerra y el genocidio) son a menudo cometido por el aparato estatal, lo que potencialmente implica la responsabilidad del propio jefe de Estado y, más ampliamente, de los representantes del Estado. Otro riesgo es un efecto perverso: una inmunidad para los jefes de Estados en ejercicio acusado de un presunto crimen internacional sería un motivo suplementario para aferrar al poder.⁷³ En tercer lugar, no modificar el artículo 27 no es peligroso. El argumento a favor de la inmunidad es seguro: la UA teme que el procesamiento de un jefe de Estado en el ejercicio, en conformidad del artículo 27 es perjudicial para la “paz, la estabilidad y la reconciliación”. No existe en la experiencia histórica de la justicia universal ningún precedente que pueda confirmar o negar este temor.

En todo caso, las objeciones de la UA sobre la aplicación de los tres principios del Estatuto de Roma —de responsabilidad penal individual, de improcedencia del cargo oficial y de la inoponibilidad a la Corte de cualquier forma de inmunidad de que pueda beneficiarse una persona en virtud del cargo que ocupa— visualizan con certeza un enfoque esencialmente regional que aspira alcanzar un equilibrio entre los valores de justicia y de paz. Desde esta perspectiva, la opción de una solución regional del derecho internacional penal se fundamenta en dos grandes ideas: primero, porque la mayoría de los crímenes internacionales se cometen en el continente africano en el contexto de conflictos armados. Como tal, la UA defiende la idea de que la justicia internacional no puede dissociarse del proceso de construcción de la paz. En este sentido, la UA considera que algunos procesamientos contra líderes africanos son factores que complican la solución pacífica de los conflictos. En segundo lugar, la UA ve el enjuiciamiento de los líderes africanos como una especie de instrumentalización de la justicia internacional penal a favor de las potencias occidentales.

Sin embargo, es menester que la cláusula de inmunidad recogida en el artículo 46.A del Protocolo de Malabo supone una regresión en el afán y la idea de lucha regional contra la impunidad, y entran en contradicción

⁷³ Sería el caso del expresidente de Gambia, Yaya Jammeh, sospechoso de haber cometido graves violaciones contra los derechos humanos, quien, a pesar de haber perdido las elecciones presidenciales de su país en diciembre de 2016, no quiso dejar el poder. Tuvo que exiliarse a Guinea Ecuatorial después de fuertes amenazas de las fuerzas de interposición de Senegal, bajo mandato de la Comunidad Económica de los Estado del África del Oeste (CEDEAO).

algunos de los objetivos y principios de la UA, así como otros instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, particularmente el preámbulo de y los artículos 3.h⁷⁴ o 4.m.⁷⁵ Así, esta limitación de la competencia *ratione materiae* reduce la capacidad disuasiva de la africanización del derecho internacional penal y denota, por las implicaciones personales de los propios jefes de Estado, una instrumentalización política de los instrumentos normativos de lucha contra la impunidad. Según algunos autores la cláusula de inmunidad del Protocolo de Malabo traduce la voluntad de la UA de crear una “unión de 54 delincuentes impunes”.⁷⁶ Por lo tanto, es una de las causas de las fricciones entre la CPI y la UA.

Ahora bien, frente al argumento de la cláusula de inmunidad del artículo 46.A del Protocolo de Malabo de salvaguardia del orden constitucional, de la estabilidad e integridad de los Estados miembros de la UA,⁷⁷ y por razones de continuidad funcional y debido a las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, convendría plantear la revisión del Protocolo de Malabo en el sentido instituir únicamente una “inmunidad de ejecución”, que solo tendría vocación a bloquear la ejecución de cualquier orden de detención internacional contra un jefe de Estado en ejercicio. La inmunidad de ejecución así planteada no tendrá ninguna incidencia en cuanto a la investigación y al desarrollo de un proceso penal por los crímenes internacionales contra un jefe de Estado en ejercicio. Las víctimas siempre tendrían derecho a incoar esta acción ante la jurisdicción penal internacional africana, a obtener una condena sin perjuicio de la pena de prisión que a su vez puede ser ejecutada, una vez perdida la calidad de jefe de Estado.

⁷⁴ “Promover y proteger los derechos del hombre y de los pueblos de conformidad con la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, y con los otros instrumentos pertinentes relativos a los derechos del hombre”.

⁷⁵ “Respeto de los principios democráticos, de los derechos del hombre, del Estado de derecho y del buen gobierno”.

⁷⁶ “Union africaine-CPI: chronique d’un divorce annoncé”, *cit.*; “Les relations entre l’Union africaine et la Cour Pénale Internationale: chronique d’un divorce annoncé”, *cit.*

⁷⁷ Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct.2013). Décision sur les relations entre l’Afrique et la Cour Pénale Internationale (CPI), & 10.I.

V. CONCLUSIÓN

El Protocolo de Malabo reitera y reafirma el universalismo penal de la ONU, teniendo como referencia esencial el Estatuto de Roma, al reconducir en su artículo 28.A todos los crímenes internacionales previstos al artículo 5o. del Estatuto de Roma, tanto en sus principios, como en sus elementos constitutivos penales. Más aún, el Protocolo de Malabo refuerza el regionalismo internacional penal africano al consagrar un elenco de incriminaciones internacionales específicamente regionales, enriqueciendo así, el espectro material del derecho internacional penal general. Estas incriminaciones inéditas, graves e inadecuadamente tipificadas en el derecho internacional penal hasta la fecha, representan un interés particular y muy significativo para el continente Africano. Las incriminaciones internacionales regionales no se justificarían tanto en el marco universal, específicamente interesado en el tratamiento de temas de interés común para la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, estas incriminaciones internacionales específicas encuentran una razón de ser en el marco regional africano.

Desde esta perspectiva, la regionalización del derecho internacional penal es, ante todo, la expresión legítima de un compromiso que mueve un impulso dinámico e innovador a la justicia penal universal. Esta regionalización sella un proceso irreversible de apropiación de la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en África mediante el fortalecimiento de los mecanismos de jurisdiccionalización y criminalización, que casi no existían en el sistema africano de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, más allá de las lagunas jurídicas y de los aspectos beligeros que anuncian una previsible conflictividad entre la CPI y la UA, la africanización del derecho penal internacional plantea menos problemas teóricos y de legalidad internacional, que dificultades políticas y prácticas que podrán encontrar soluciones pragmáticas mediante el establecimiento progresivo de mecanismos de cooperación positiva y proactiva entre el universalismo judicial penal y el regionalismo penal africano.

Del mismo modo, la efectividad de la lucha contra la impunidad puede ser enmarañada por la estructura institucional optada por la nueva CA-JDH. La fórmula del artículo 2o. del Protocolo de Malabo, de unidad institucional y de especialidad funcional, consistente en la creación de una

sala especializada en derecho internacional penal africano en el seno de la CAJDH; sin embargo, es criticable y puede suponer una regresión frente al modelo de jurisdicción autónoma de represión de crímenes internacionales impulsada por la CPI. Las preocupaciones a este respecto apuntan al potencial “natural” de involucramiento de la esfera política en los asuntos judiciales internacionales. La opción de unidad institucional y de especialidad funcional plantea dudas razonables en cuanto a la independencia de la estrategia y de la política de investigación y procesamiento de la oficina del fiscal de la sección del derecho internacional penal de la CAJDH. La enfeudación de la CAJDH en la estructura institucional de la UA tendrá manifiestamente implicaciones políticas que pueden repercutirse sobre la propia independencia de la instancia jurisdiccional de represión de los crímenes internacionales en África.

En todo caso, las bases de la justicia internacional penal regional africana están arrojadas. Por ello, será imperativo restaurar la confianza entre la CPI y la UA. Este es uno de los mayores desafíos de la justicia penal internacional en los próximos años.

El proceso de operacionalización promete ser muy difícil, ya que la implementación de la sección de derecho internacional penal se enfrenta a retos mayores. El número insuficiente de jueces asignados a la CAJDH, trabajando a tiempo parcial, así como la magnitud de catorce incriminaciones provistos por el Estatuto enmendado de la CAJDH anticipan una sobrecarga de trabajo que puede incidir negativamente en la efectividad y la celeridad del trabajo de la Corte Africana. Por lo tanto, podemos pronosticar que será extremadamente difícil para ella cumplir su mandato de manera efectiva y eficiente. Además, la cláusula de inmunidad debilita drásticamente la capacidad disuasiva para perpetuar los crímenes internacionales en el continente africano. A estos factores negativos, habrá que añadir la debilidad de la financiación y la fragilidad de las estructuras democráticas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABDOUL KADER, Bitié, “L’africanisation de la justice pénale internationale entre motivations politiques et juridiques”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 1, 2017.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- ABRISKETA URIARTE, Joana, “Al Bashir: ¿excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sudán y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/1, enero-junio de 2016.
- ADJOVI, Roland, “L’Afrique dans le développement de la justice pénale internationale”, *African Yearbook of International Law*, vol. 14, 2006.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, “La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los tribunales nacionales, ¿tiempos de «ingeniería jurisdiccional»?”, en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, España, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- AMBOS, Kai, “Expanding Focus of the African Criminal Court”, en SCHABAS, William *et al.* (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, Routledge, 2013.
- BLANC ALTEMIR, Antonio, “El Tribunal Especial para Sierra Leona un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del derecho internacional humanitario”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 19, 2003.
- BORNKAMM, Paul Christoph, *Rwanda’s Gacaca Courts. Between Retribution and Reparation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs?”, en CASSESE, Antonio y DELMAS-MARTY, Mireille (dirs.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, Presse Universitaire de France, 2002.
- DEMARIA, Tiphaine, “Nouveaux développements relatifs à l’article 98-1 du Statut de Rome”, *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 1-1, 2017.
- DOUMBÉ-BILLÉ, Stéphane, “Propos introductifs”, *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- DU PLESSIS, Max, “Implications of the AU Decision to Give the African Court Jurisdiction over International Crimes”, Institute for Security Studies, paper No. 235, junio de 2012.
- DU PLESSIS, *The International Criminal Court that Africa Wants*, Pretoria, Institute for Security Studies, 2010.
- EL ZEIDY, M. Mohamed, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “La Corte Penal Internacional un instrumento al servicio de la paz”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 21, 2003.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- EVANS, Gareth y SAHNOUN, Mohamed, *La responsabilité de protéger*, Commission Internationale de l'Intervention et de la Souveraineté des États, 2001.
- FUENTES TORRIJO, Ximena, "El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional", *Estudios Internacionales*, núm.169, 2011.
- GLASER, Stefan, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1954.
- GNAMOU, Pétauton, "Aperçu sur le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone", en TAVERNIER, Paul, *Recueil Juridique des Droits de l'Homme en Afrique*, Bruxelles, 2002.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales", *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, núm. 82, 2006.
- JEANGÈNE VILMER, Jean-Baptiste, "Union Africaine versus Cour Pénale Internationale: répondre aux objections et sortir de la crise", *Études Internationales*, 45 (1), 2014.
- LIKIBI, Romuald, *La Charte Africaine pour la Démocratie, les Élections et la Gouvernance. Analyse et commentaires*, París, Éditions Publibook, 2012.
- MANIRAKIZA, Pacifique, "L'Afrique et le système de justice pénale internationale", *African Journal of Legal Studies*, núm.3, 2009.
- MARTINEAU, Anne-Charlotte, "La justice pénale internationale, l'Afrique et le refoulé colonial", *Champ Pénal/ Penal Field*, vol. XIII, 2016.
- MBOKANI, Jacques B., "La Cour Pénale Internationale: ¿une cour contre les africains ou une cour attentive à la souffrance des victimes africaines?", *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 26-2, 2013.
- MOUANGUE KOBILA, James, "L'Afrique et les juridictions internationales pénales", *Cahiers Thucydide*, 2012.
- MUBIALA, Mutoy, "Chronique de droit pénal de l'Union Africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique", *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 83, 2012.
- NAREY, Oumarou, "La Cour Pénale Internationale et l'Afrique: analyse des procédures en cours", *Revue d'Étude et de Recherche sur le Droit et l'Administration dans les Pays d'Afrique*, 2015.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, "La Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales a la luz del principio de complementariedad", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- SAADA, Julie, “La justice pénale internationale, entre idéaux et justification”, *Revue Tiers Monde*, núm. 205, 2011.
- SEILS, Paul, “Putting Complementarity in its Place”, en STAHN, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- SOMA, Abdoulaye, “L’africanisation du droit international pénal”, en SADI, *L’Afrique et le droit international pénal*, París, Pedone, 2015.
- SOMA, Abdoulaye, “La justification théorique du régionalisme africain en droit international pénal”, *Revue Burkinabè de Droit*, núm. 53, 2017.
- STIGEN, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Brill, Nijhoff, 2008.
- SZUREK, Sandra, “Historique, la formation du droit international pénal”, en ASCENSIO, Hervé et al. (eds.), *Droit international pénal*, París, Pedone, 2000.
- TURLAN, Pascal, “El Tribunal Especial para Sierra Leona: desde su origen hasta las primeras acusaciones”, *Anuario Africano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2003.
- VILLALPANDO, Santiago, “L’évolution des relations entre les Nations Unies et les organisations régionales de la Charte à nos jours”, en AZNAR, J. Mariano y FOOTER, E. Mary (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 4, Reino Unido, Hart, 2012.

¿Condenados a moverse entre fronteras? Hacia nuevos paradigmas de la regulación internacional en materia de desplazamientos internos forzados

Condemned to Move Within Borders? Towards New Models on International Regulation Concerning Forced Internal Displacement

Condamné a se déplacer entre les frontières? Vers de nouveaux paradigmes de réglementation internationale sur le déplacement interne forcé

Alan Matías Feler*

SUMARIO: I. *Introducción: la problemática de los desplazamientos internos forzados.* II. *Marco normativo: confluencia de regímenes y los Principios Rectores de 1998.* III. *Dificultades que presenta el abordaje de la problemática.* IV. *Respuestas intentadas en el marco de Naciones Unidas. Algunas debilidades.* V. *La importancia de los aportes de la Convención de Kampala.* VI. *Algunas consideraciones adicionales y perspectivas.* VII. *Reflexiones finales.* VIII. *Bibliografía.*

* Labora en la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del Refugiado y Peticionante de Asilo (Defensoría General de la Nación).

Artículo recibido el 15 de agosto de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 493-512
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: El presente trabajo analiza los desplazamientos internos forzados por causa de conflictos armados y otras situaciones de violencia. Tras exponer el marco normativo y sus principales debilidades, se presentarán algunas de las respuestas de la comunidad internacional, con énfasis en la Convención de Kampala. Seguidamente, se analizará el asunto a la luz de la crisis de migrantes y refugiados, resaltándose las ventajas del modelo de instrumento regional vinculante, con foco en las causas y soluciones duraderas. Se sostendrá que una amplia participación de los actores involucrados, como son la población desplazada y grupos armados no estatales, ofrecería perspectivas alentadoras, considerando las potenciales ventajas que su involucramiento podría conllevar.

Palabras clave: desplazamientos internos forzados, derecho internacional, conflictos armados, Convención de Kampala, instrumentos regionales, participación, grupos armados.

ABSTRACT: This paper analyses the issue of forced internal displacement, caused by armed conflicts and other situations of violence. After exposing the legal framework and its main weaknesses, some of the responses the international community has provided will be presented, such as the Kampala Convention. Afterwards, the matter will be studied in light of the migrants and refugees crisis, highlighting the advantages of a regional binding instrument, focusing on the causes and durable solutions. It will be argued that a wide participation of the actors involved, such as the displaced population and non-state armed groups, may offer encouraging perspectives, considering the potential benefits that its involvement may entail.

Key words: Forced Internal Displacements, International Law, Armed Conflicts, Kampala Convention, Regional Instruments, Participation, Armed Groups.

RÉSUMÉ: Le présent travail analyse les déplacements internes forcés à cause des conflits armés et d'autres situations de violence. Après avoir présenté le cadre normatif et ses principales faiblesses, certaines des réponses de la communauté internationale seront présentées, en faisant accent sur la Convention de Kampala. Ensuite, une analyse de la crise des migrants et des réfugiés, en soulignant les avantages d'un instrument régional contraignant, spécialement sur les causes et les solutions durables. J'affirme qu'une grande participation des acteurs impliqués, tels que les populations déplacées et les groupes armés non étatiques, offrirait des perspectives encourageantes, compte tenu des avantages potentiels que leur implication pourrait impliquer.

Mots-clés: déplacement interne force, droit international, conflit armé, Convention de Kampala, instrument régional, participation, groupe armé.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LOS DESPLAZAMIENTOS INTERNOS FORZADOS

A lo largo de los últimos veinte años, la cantidad de personas que se han visto forzadas a abandonar sus hogares y desplazarse dentro de las fronteras de su Estado de residencia, exhibe una considerable tendencia creciente. Actualmente, más de 40 millones de personas viven como población internamente desplazada (en adelante, PID) a causa de los conflictos armados, violencia generalizada y violaciones de derechos humanos.¹

Esta situación afecta notablemente los derechos de quienes se han visto obligados al desarraigo y representa una problemática caracterizada por no haber hallado una solución duradera, que permita abordar el fenómeno mediante perspectivas que trasciendan la mera asistencia humanitaria cortoplacista. En tal sentido, resulta pertinente examinar las vías a través de las cuales la comunidad internacional ha intentado responder al asunto, así como la efectividad de las mismas, a fin de explorar como alternativa viable la adopción de normas jurídicamente vinculantes, y en caso afirmativo, las particularidades que éstas deberían contemplar.

Es así como el presente trabajo se propone como punto de partida para examinar los aspectos centrales de los desplazamientos internos forzados y su regulación actual. La hipótesis central que guiará el estudio es que, las respuestas de la comunidad internacional ensayadas hasta el momento se han concentrado primordialmente en las consecuencias, antes que, en las causas, adoptando un enfoque de corto plazo y con poca participación de los actores concernidos; lo cual ciertamente no ha contribuido al mejoramiento de la situación. En ese orden de ideas, se sostendrá que soluciones duraderas basadas en las causas, con involucramiento de las diferentes partes y expresadas en convenciones regionales, como la Convención de Kampala,² pueden allanar el camino hacia estándares de protección más

¹ Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, 38o. período de sesiones, 11 de abril de 2018, párr. 17.

² Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África, adoptada por la Cumbre Extraordinaria de la Unión Africana en Kampala,

específicos y efectivos, según viene consignándose en los últimos informes de la Relatoría Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos de las Naciones Unidas (en adelante, “Relatoría Especial”).

II. MARCO NORMATIVO: CONFLUENCIA DE RÉGIMENES Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DE 1998

Los desplazamientos internos forzados pueden originarse en una multiplicidad de causales, pero a los efectos de este documento, sólo se considerarán las consecuencias acarreadas por un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada y violaciones de derechos humanos.

Sin dudas, los desplazamientos internos conforman una problemática multifacética, que abarca diferentes etapas, todas las cuales transcurren dentro de los límites territoriales de un mismo Estado. Ante la ausencia de un régimen jurídico vinculante dedicado específicamente al asunto, el contenido de las obligaciones de los Estados sobre la PID se nutre de cuerpos normativos con estrecha vinculación entre sí: Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH), Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), Derecho Internacional Penal (en adelante, DI Penal), y subsidiariamente por analogía, Derecho Internacional de los Refugiados.

En primer lugar, el DIH, destinado a regir en situaciones de conflictos armados, establece convencionalmente la prohibición de desplazar forzosamente a la población como consecuencia del conflicto armado y fija las excepciones, que sólo pueden consistir en proteger la seguridad de las personas o razones militares imperativas, lo cual es aplicable a aquellos de índole internacional como también no internacional.³ El Comité Internacional de la Cruz Roja ha entendido que tales normas

Uganda, el 22 de octubre de 2009 (en adelante, “Convención de Kampala”).

³ Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 12 de agosto de 1949, artículo 49; Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, 8 de junio de 1977, artículo 17.

integran el DIH consuetudinario.⁴ Por lo tanto, la existencia de causales taxativas que justifiquen el desplazamiento lleva a concluir que cualquier situación que se dé por fuera de las mismas sería injustificada, y por lo tanto, ilegal.

En segundo término, los desplazamientos internos forzados involucran al DIDH, aplicable tanto en tiempos de paz como en conflictos armados,⁵ al vulnerar derechos tales como circulación y residencia, contenidos en instrumentos universales, como también regionales. Este régimen resguarda también la integridad y libertad de la PID, que la protege contra ataques a su libertad sexual, trabajo forzado y detención arbitraria. Asimismo, existen derechos económicos, sociales y culturales que deben ser garantizados. El efectivo goce de los derechos descritos suele verse amenazado y/u obstaculizado por la situación de desplazamiento, lo que ubica a la población en una situación especial de vulnerabilidad.

A su turno, el DI Penal también se ocupa de determinar la responsabilidad que le cabe al individuo que genera el desplazamiento de la población civil por razones no autorizadas legalmente, en la tipificación como crimen de guerra. También reprocha la conducta como crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población, de cumplirse con los elementos previstos en el Estatuto de Roma,⁶ y bajo aplicación del principio de complementariedad.

Como viene de decirse, no existe actualmente un régimen jurídicamente vinculante y universal, que aborde específicamente los desafíos planteados por los desplazamientos internos forzados. Sin embargo, lo más cer-

⁴ Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, pp. 457-474.

⁵ “Si bien se ha expresado que la aplicación del DIH obsta la plenitud de normas de derechos humanos, hoy se tratan de posiciones minoritarias, pues la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) expresó que la aplicación del DIH no excluye la vigencia de los preceptos del DIDH, sin perjuicio de la posibilidad de suspender la vigencia de ciertas normas de éste en Estados de excepción”. CIJ, “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, Opinión Consultiva del 9 de julio de 2004, párr. 106.

⁶ La deportación forzada como crimen de guerra está prevista en los artículos 8.2.a.vii y 8.2.e.viii, para conflictos armados de índole internacional y no internacional, respectivamente; y está tipificado como crimen de lesa humanidad en el artículo 7.1.d, todos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

cano a ello está dado por los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, adoptados por la entonces Comisión de Derechos Humanos,⁷ los cuales “identifican y refuerzan la intersección de las garantías del DIH y DIDH para la PID”.⁸ Tanto la definición allí ofrecida,⁹ como los principios son aceptados como el régimen más extenso de protección internacional en un nivel global¹⁰ y han motivado la adopción de cierta normativa a nivel nacional e internacional.¹¹

Los Principios Rectores prohíben el desplazamiento interno forzado de la población, por fuera de las causales taxativas,¹² y enuncian las obligaciones de los Estados en la eventualidad de que el desplazamiento ocurra, como la protección de derechos tales como la vida, integridad, libertad, seguridad. Además, debe preservarse el acceso a la salud, educación, el respeto por sus creencias religiosas y el resguardo de la unidad familiar, sumado a la prohibición de cualquier tipo de utilización de la población civil con fines militares

⁷ Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, E/CN.4/1998/53/Add.2, 53o. período de sesiones, 11 de febrero de 1998 (en adelante, “Principios Rectores”).

⁸ Dieng, Adama, “Protecting Internally Displaced Persons: The Value of the Kampala Convention as a Regional Example”, *International Review of the Red Cross*, vol. 99, núm. 204, 2017, p. 268 (traducción propia).

⁹ “...se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”. “Principios Rectores de los desplazamientos internos”, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, párr. 2.

¹⁰ Dieng, Adama, *op. cit.*, p. 269.

¹¹ Algunos Estados, como Colombia, Alemania e Irak, se han expresado en modo favorable a su fuerza vinculante. Al respecto, véase Global Protection Cluster, “Regulatory Frameworks on Internal Displacement. Global, Regional and National Developments”, 2016, p. 9. Disponible en: http://www.globalprotectioncluster.org/_assets/files/tools_and_guidance/Internal%20Displacement/unhcr-gpc_reg_framework_idp.pdf, consultado el 29 de julio de 2018.

¹² En este sentido, parte de la doctrina ha interpretado que la prohibición no sólo veda la orden, sino que además comprende la abstención de generar condiciones tales que lleven a la población civil a desplazarse. Entonces, tampoco estaría permitido alcanzar ese resultado por medios indirectos. Véase Willms, Jan, “Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, núm. 875, 2009, pp. 547-565.

ALAN MATÍAS FELER

en el marco del conflicto armado. Luego de finalizada la situación que originara el desplazamiento, los civiles tienen derecho a retornar voluntariamente a su lugar de origen, siendo su reasentamiento y reintegración garantizado por las autoridades competentes, junto con el derecho a recuperar su propiedad o de no ser posible, obtener una reparación. Asimismo, los desplazados pueden elegir reasentarse voluntariamente en otra parte del país.

III. DIFICULTADES QUE PRESENTA EL ABORDAJE DE LA PROBLEMÁTICA

Al tiempo de aproximarse al estudio de los desplazamientos internos forzados, no puede soslayarse que los Principios Rectores pertenecen al dominio del *soft law*, por lo que no son jurídicamente vinculantes, sin perjuicio de la posible aceptación material de su contenido. De ello se deriva que sus preceptos no han establecido mecanismos de rendición de cuentas ni de atribución de responsabilidades, como así tampoco un monitoreo de esos principios.

Esta *mélange* de normas pertenecientes a diferentes disciplinas del derecho internacional, sirve para proveer fundamentos jurídicos que, al entrelazarse, ensayan una respuesta legal para la PID. Sin embargo, al tomar un poco de cada rama, pero no constituir un régimen específico que atienda a las particularidades propias y desafíos que este fenómeno presenta, el abordaje jurídico se queda a mitad de camino.

Además, la propia naturaleza de las obligaciones de los Estados en materia de DIH y DIDH, que en su esencia le imponen límites al margen de acción en pos de proteger a la persona y les exigen adoptar medidas conducentes a ello, facilita explicar cierta falta de voluntad de estos sujetos de asumir nuevos deberes sobre desplazamientos internos, en pos de someterse a menos controles.¹³

Por otra parte, la población desplazada permanece en el territorio de un mismo Estado sin cruzar fronteras. Entonces éste, como responsable exclusivo de garantizar la protección de sus derechos según las obligaciones que

¹³ Al respecto, Kälín sostiene que “Elaborar tratados en el ámbito de derechos humanos se ha convertido en una tarea ardua y lenta”. Kälín, Walter, “El futuro de los Principios Rectores”, *Revista Migraciones Forzadas*, Diez años de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, 2008, p. 38.

en materia de DIDH haya contraído,¹⁴ también puede limitar su goce. Y sin perjuicio de los mecanismos de denuncia y monitoreo previstos en las respectivas convenciones sobre la materia, los Estados encuentran con cierto margen de discrecionalidad para afrontar el desplazamiento forzado.

Ello supone una diferencia sustancial con la situación en la que se encuentran los migrantes y refugiados.¹⁵ A la luz de la actual crisis de gobernanza de las migraciones, pareciera que la incipiente atención de la comunidad internacional se halla concentrada en los migrantes y refugiados, lo cual ha resultado en la reciente adopción del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (en adelante, Pacto Mundial sobre Migración), en Marruecos, durante diciembre de 2018. En este sentido, es apropiado cuestionarse si el cruzar una frontera, dejando así representar un asunto a tratar en la jurisdicción de un sólo Estado, resulta necesario para atraer la atención de la comunidad internacional.¹⁶ Con lo expuesto, no pretende desconocerse que la migración, bajo ciertas condiciones, coloque a la persona en una situación de gran vulnerabilidad, pero se ha reconocido que muchos refugiados o migrantes, primero son desplazados internos,¹⁷ y no debería aguardarse a que abandonen el Estado en que se encuentran para atender su situación.

¹⁴ A las cuales se añaden aquellas atinentes al DIH si la situación cumple con las condiciones legalmente requeridas.

¹⁵ La primera diferencia está dada por la existencia de un marco normativo universal específico para refugiados, conformado por la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su Protocolo de 1967.

¹⁶ Un argumento a favor de esta tendencia reciente se basa en la teoría de las responsabilidades compartidas, bajo la cual los Estados tienen deberes comunes y particulares compartidos en el proceso migratorio, sin que recaiga la carga sobre uno sólo. Véase Pacto Mundial sobre Migración, diciembre de 2018, párrs. 11 y 12.

¹⁷ “La vinculación entre el desplazamiento interno y el movimiento transfronterizo es clara. Las personas que cruzan las fronteras internacionales como solicitantes de asilo a menudo comienzan sus peligrosas travesías como desplazados internos que huyen de los conflictos o la violencia”. “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párr. 22.

IV. RESPUESTAS INTENTADAS EN EL MARCO DE NACIONES UNIDAS. ALGUNAS DEBILIDADES

A partir del relevamiento de los recientes informes anuales de la Relatoría Especial y de algunos reportes emanados de organizaciones afines a la temática, se desprenden ciertos patrones comunes en el abordaje de la cuestión. Estos se detallan brevemente a continuación, consignándose ciertas falencias exhibidas en la implementación, que surgen de los propios documentos y de la opinión del suscripto.

En primer lugar, la búsqueda de soluciones duraderas para el desplazamiento forzado ha constituido el denominador común de las respuestas.¹⁸ Parecería un reconocimiento, explícito o tácito, de que las propuestas intentadas han estado marcadas por una perspectiva a corto plazo, admitiéndose que, si bien la asistencia humanitaria puede paliar ciertos efectos negativos inmediatos, se necesita un esfuerzo mayor para prevenir que la situación se repita.

Si bien hace algunos años las soluciones propuestas consistían mayormente en lograr el retorno al lugar de origen, la integración local o el reasentamiento en otra parte del país,¹⁹ con el tiempo el contenido de una respuesta a largo plazo ha ido expandiéndose, con otras implicancias. A la vez, ha ganado especificidad, pues el eje central del informe anual de 2014 fue la búsqueda de soluciones duraderas para desplazados en entornos urbanos, bajo el entendimiento de que este espacio presenta desafíos propios, como los riesgos de violencia sexual y la falta de acceso igualitario a

¹⁸ “Una solución duradera se logra cuando los desplazados internos dejan de necesitar asistencia o protección específicas vinculadas con su situación de desplazamiento y pueden disfrutar de sus derechos humanos sin ser discriminados por esa condición”. Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe del representante del secretario general sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/13/21/Add. 4, 13o. período de sesiones, 29 de diciembre de 2009, p. 2.

¹⁹ Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/68/225, 68o. período de sesiones, 31 de julio de 2013, párr. 23, que recoge lo fijado en el Principio Rector núm. 28.1.

derechos tales como salud, educación y empleo,²⁰ entre otros. Ello exhibe que cada terreno demanda respuestas a medida del mismo.

Otro de los asuntos presentes constituye la brecha que separa la fase de auxilio inmediato humanitario para la población, y la etapa de asistencia para el desarrollo,²¹ cuyo fin es lograr el sostenimiento en el tiempo de las personas afectadas tras la emergencia.²² En este sentido, se ha enfatizado la necesidad de integrar los esfuerzos de desarrollo desde el inicio del desplazamiento, esencial para estimular la resiliencia y la autonomía de los desplazados.²³

En tercer lugar, el concepto que ha recibido mayor elaboración en el último lustro fue la necesidad de fomentar una participación más activa de los desplazados. Se reclamó que puedan elegir libremente y con conocimiento de causa la solución duradera que los atañe²⁴ y el restablecimiento de su capacidad de actuación mediante procesos de consulta y participación. Para eso, deviene necesaria la recolección de datos, en miras a la elaboración de perfiles.²⁵

Es así como en el informe de 2017, la Relatoría Especial esbozó los fundamentos y principios que deben regir la participación de la población desplazada, señalando que constituye un componente fundamental de los nuevos enfoques de las respuestas. Esta debe ocurrir en todas las fases del

²⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/69/295, 69o. período de sesiones, 11 de agosto de 2014, párrs. 34-36.

²¹ Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/68/225, *cit.*, párr. 29.

²² Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párr. 63.

²³ Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/32/35, 32o. período de sesiones, 29 de abril de 2016, párr. 48.

²⁴ Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/69/295, *cit.*, párr. 57.

²⁵ Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/32/35, *cit.*, párrs. 82 y 83.

desplazamiento, ser impulsada por los Estados,²⁶ y comprende el diseño, la planificación y puesta en práctica de medidas orientadas hacia ellos;²⁷ todo eso con una adecuada integración de género, edad, discapacidad y diversidad,²⁸ pues se entiende que el desplazamiento exagera cuestiones discriminatorias cotidianas.²⁹ Luego se destacó el rol de los desplazados como agentes y asociados activos de su propia recuperación, con énfasis en su empoderamiento a fin de romper el ciclo de dependencia de la ayuda.³⁰

No puede ignorarse que los sucesivos informes han procurado recordar la responsabilidad de los Estados en el desplazamiento interno, destacando ciertas dificultades comunes que atraviesan al lidiar con el asunto, tales como tener por duraderas algunas soluciones meramente transitorias, o promover el retorno al lugar de origen como primera medida. También se ha resaltado la falta de coordinación entre autoridades nacionales y municipales.³¹ Se ha resaltado que la soberanía nacional y la política interna no son excusas para desatender el asunto, y que resulta fundamental la incorporación de los Principios Rectores en la legislación y política nacional, como así también mejorar los marcos jurídicos regionales.³²

De las cuestiones ventiladas en los párrafos precedentes, se desprende que coexisten respuestas que procuran hacer hincapié en las causas del problema, así como en sus consecuencias. Las primeras se han cimentado sobre un enfoque a largo plazo y los avances generados en este ámbito parecerían ser mínimos. Las segundas han sido implementadas con mayor celeridad, pero no siempre logran dotar de autonomía a la población des-

²⁶ Asamblea General de Naciones Unidas “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/72/202, 72o. período de sesiones, 24 de julio de 2017, párrs. 33-45.

²⁷ *Ibidem*, párr. 11.

²⁸ *Ibidem*, párr. 75.

²⁹ Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párr. 29.

³⁰ *Ibidem*, párr. 64.

³¹ Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/69/295, *cit.*, párr. 38.

³² Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párrs. 26-52.

plazada ni alcanzan el umbral de estabilidad para garantizar que la situación no se repita.

V. LA IMPORTANCIA DE LOS APORTES DE LA CONVENCIÓN DE KAMPALA

En el marco de un asunto que, desde lo material, se inserta dentro de las fronteras de los Estados, estos resultan los primeros llamados a velar por la protección de la PID. Ello ha motivado a que los ojos de la comunidad internacional estén mayormente colocados sobre el accionar estatal, lo cual ubica las soluciones duraderas a los desplazamientos internos forzados en una lógica Estadocéntrica. A pesar de los avances en el abordaje, que reclaman una mayor participación de la población involucrada, ha sido escaso el lugar reconocido a los múltiples actores que desempeñan algún tipo de papel, ya sea como promotores, interesados o afectados por el desplazamiento, en el desarrollo del mismo. Los grupos armados no estatales ilustran este asunto.

Sin embargo, en el ámbito regional africano, notablemente afectado por la PID, la entonces Unión Africana adoptó en 2009 la Convención de Kampala como marco normativo para proteger y asistir a personas internamente desplazadas en el continente. Este tratado, único instrumento vinculante en la materia, articula obligaciones generales de los Estados en relación a la protección y asistencia de desplazados, de la Unión Africana, organizaciones internacionales, grupos armados y actores no estatales, durante y después del desplazamiento.³³ Si bien adopta la misma definición de PID que los Principios Rectores, éstos lo hacen desde una perspectiva de derechos de los desplazados, en tanto la Convención de Kampala "...se propone ser una herramienta para los sujetos obligados, reafirmando el rol primario de los Estados en atender el desafío y los roles complementarios de los otros actores";³⁴ estableciendo en consecuencia mecanismos de atribución de responsabilidad. Asimismo, contempla una multiplicidad de disparadores del desplazamiento, adjudicando a los Estados parte la responsabilidad de actuar sobre los factores que podrían generarlo.³⁵

³³ Dieng, Adama, *op. cit.*, p. 273.

³⁴ *Ibidem*, p. 275 (traducción propia).

³⁵ Convención de Kampala, arts. 3.1.b y 4.4.

En el contexto de las soluciones duraderas para la PID, la Convención de Kampala resulta una de las más significativas, destinada a fortalecer los marcos legales y políticos para proteger e incluir a los desplazados, asegurando su participación, y desarrollando su resiliencia y capacidad a nivel local. Prevé medidas de prevención, preparación y evaluación de riesgos y la cooperación entre las partes asociadas se efectúa desde el comienzo de la situación.

El tratado reconoce la posibilidad de que actores no estatales puedan ser responsables de violaciones a derechos de la PID, por lo que les impone obligaciones de abstención,³⁶ sin que su mención en el instrumento implique reconocimiento normativo ni legitimación.

Para Adama Dieng, la imposición de obligaciones a actores no estatales en materia de desplazamiento puede deberse al rol vital desempeñado por grupos armados en el gobierno de territorios, en la medida que ejercen muchas funciones tradicionalmente atribuidas a los Estados. Entonces, el propósito de la Convención de Kampala sería asegurar la protección de la PID, independientemente del carácter de las autoridades competentes a cargo.³⁷

En opinión del suscripto, la adopción del instrumento no sólo resulta trascendental en lo que hace a la previsión de un marco jurídico obligatorio, si bien regional, sobre los desplazamientos internos. Su valor adicional radica en establecer específicamente un conjunto de conductas que los miembros de grupos armados deberán abstenerse de realizar, reconociéndolos como agentes susceptibles de causar desplazamientos. El tratado se refiere a ellos, no en modo conciliatorio ni atribuyéndoles derechos, pero la propia inclusión del colectivo conlleva un enfoque pragmático bajo el cual se reconoce que su accionar incide en la población afectada por el desplazamiento.³⁸

³⁶ *Ibidem*, art. 7.5.

³⁷ Dieng, Adama, *op. cit.*, p. 276.

³⁸ Es pertinente resaltar que en un reporte elaborado por la ONG Geneva Call, se examinaron las diversas relaciones existentes entre grupos armados no estatales y poblaciones desplazadas, determinándose que el desplazamiento no siempre es un resultado buscado por el grupo armado y que, bajo ciertas circunstancias, puede resultar legal. Se procuró además derribar ciertos preconceptos sobre la presunta incapacidad de grupos armados de respetar el DIH, desagregando un papel que los reduce a meros promotores del desplazamiento. Véase Ruauadel, Héléïse, *Armed non-State Actors and Displacement in Armed Conflict*, Geneva Call, 2013.

En este punto conviene detenerse un momento para recordar que la mayoría de los conflictos armados actuales son de carácter no internacional, donde al menos una de las partes es un actor no estatal. Estos no han participado en la elaboración de normas convencionales de DIH, ni su práctica se acepta como válida para la formación de la costumbre internacional. Sin embargo, diferentes teorías han intentado atribuirles deberes bajo el derecho internacional, supliendo así esta aparente ausencia.³⁹ Más allá de que no pueda asignárseles las mismas obligaciones que tienen los Estados, por su diferente naturaleza como sujetos del derecho internacional, se admite que estos grupos existen y si ejercen autoridad asimilable a la estatal, deben velar por los derechos de la población civil a su cargo, tal como sugiere Dieng. Incluirlos explícitamente en la elaboración de normas vinculantes representa un primer paso, a la luz de debates actuales que procuran establecer qué obligaciones les resultan exigibles en contextos de detención.

En otro orden de ideas, el potencial de la Convención de Kampala como ejemplo a seguir por otras regiones para la formulación de tratados sobre la cuestión, interpela a la comunidad internacional sobre la posibilidad de que tal vez la respuesta no provenga del sistema universal de Naciones Unidas, sino que sea regional. Algunos avances que confirman esta hipótesis han sido exhibidos en 2015, en el marco de distintos foros de consulta regional organizados por el *World Humanitarian Summit* (en adelante, “WHS”) para Latinoamérica y el Caribe,⁴⁰ y para la zona del Pacífico.⁴¹

Disponible en: https://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2013/12/Armed-non-State-actors-and-displacement-in-armed-conflict1.pdf, consultado el 29 de julio de 2018.

³⁹ A modo ilustrativo, se pueden señalar las siguientes: *equality of belligerents*, *sliding scale obligations*, *common but differentiated obligations*, desarrolladas en el texto de Sassòli, Marco y Shany, Yuval, “Should the Obligations of States and Armed Groups under International Humanitarian Law Really be Equal”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, no. 882, 2011, pp. 425-436.

⁴⁰ World Humanitarian Summit, “Regional Consultation for Latin America-Caribbean”, Ciudad de Guatemala, 5 y 6 de mayo de 2015, p. 7.

⁴¹ World Humanitarian Summit, “Regional Consultation for the Pacific”, final report, Auckland, Nueva Zelanda, 30 de junio al 2 de julio de 2015, p. 26.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES Y PERSPECTIVAS

Un breve estudio sobre los desplazamientos internos forzados no estaría completo sin referirse al panorama más amplio, constituido por la crisis global, que atraviesan los migrantes y refugiados, y cuya perspectiva de adopción normativa está signada por el Pacto Mundial, sin perjuicio de su carácter no vinculante.

De acuerdo con la Declaración de Nueva York⁴² y el Pacto Mundial adoptado por más de 150 Estados en diciembre de 2018, la población internamente desplazada no se halla incluida entre los sujetos protegidos, pues el documento está orientado a migrantes y refugiados, esto es, personas que han cruzado una frontera internacional. Así, se puede confirmar que la aparición de normas vinculantes de protección para la PID no parecería una posibilidad cercana, al menos en el ámbito universal,⁴³ a pesar de los esfuerzos de la Relatoría Especial para su mención en el Pacto Mundial.⁴⁴ En refuerzo de ello, se ha destacado también la ausencia de una referencia explícita en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.⁴⁵

No obstante, el potencial del Pacto Mundial radica en el impulso que la temática pueda adquirir, de modo tal de incentivar la adopción de instrumentos regionales sobre la movilidad humana, sin reparar en su carácter interno o transfronterizo, que puedan contemplar las necesidades propias y cualidades de cada continente.

⁴² Asamblea General de Naciones Unidas, “Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes”, A/71/L.1, 71o. período de sesiones, 13 de septiembre de 2016.

⁴³ “Desde el punto de vista jurídico, institucional y político, la distinción entre derechos humanos, de aplicación fundamentalmente en tiempos de paz, y el derecho humanitario para los tiempos de conflicto armado era esencial, por lo que cabía esperar que muchos países y organizaciones se opusieran con firmeza a cualquier intento de unir ambas áreas jurídicas en un único convenio de las Naciones Unidas”. Kálin, Walter, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁴ Con fecha del 12 de marzo de 2018, la Relatora Especial presentó una carta abierta en la que hizo notar la ausencia de menciones acerca de los desplazamientos internos en el Pacto Mundial de Migración e instó a los Estados miembros a suplir esta omisión e incluirlo expresamente dentro del objetivo 2 del instrumento.

⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párr. 61

Este potencial estímulo resulta de vital importancia a la luz del último informe de la Relatoría Especial de Naciones Unidas, en el que realza la importancia de profundizar la aplicación y los alcances de los Principios Rectores, tras veinte años de vigencia. Ello coincide con la opinión de Dieng, quien sugiere que, estos se podrían reforzar para adaptarlos a las nuevas realidades y desarrollos en derecho internacional, a fin de reflejar las tendencias actuales.⁴⁶

El mencionado autor va un paso más allá cuando sostiene que un instrumento jurídicamente vinculante sería además apropiado, ya que el número de PID ha sobrepasado el de refugiados convencionalmente reconocidos bajo el Derecho Internacional y el amparo del ACNUR.⁴⁷

VII. REFLEXIONES FINALES

Habiendo transcurrido dos décadas desde el surgimiento de los Principios Rectores, la Relatoría Especial ha observado que la tendencia mundial es desalentadora. A fin de remediar la situación, llamó a los Estados y a la comunidad internacional a examinar las causas del aumento de desplazados y realizar un esfuerzo mayor por impedirlo.⁴⁸ Se dijo que la tendencia a recurrir a normas de derechos humanos no refleja adecuadamente la situación específica que atraviesa la PID, ni tampoco su vulnerabilidad y los desafíos.⁴⁹

Si bien no pueden soslayarse los aportes del DIDH en cuanto a los derechos de la población desplazada, ni lo proveniente del DIH sobre la prohibición de desplazar población con motivo del conflicto armado, lo cierto es que ninguna de estas ramas tiene como meta brindar respuestas basadas en las causas de los desplazamientos, como así tampoco ofrecer soluciones duraderas. Es así como un ordenamiento específico sobre desplazamientos

⁴⁶ Dieng, Adama, *op. cit.*, p. 279.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párr. 19.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 58.

internos podría suplir ciertos vacíos normativos que la *mélange* descrita no logra atender.

Esta tendencia hacia la especificidad se inserta en la llamada fragmentación del derecho internacional,⁵⁰ cuyo reflejo más reciente y cercano es el Pacto Mundial, donde la comunidad internacional entiende que, la responsabilidad de ciertas cuestiones es compartida. No pretende ignorarse que ello se debe al involucramiento de más de un Estado en asuntos migratorios, en tanto los desplazamientos internos ocurren, por definición, dentro de un solo Estado.

Sin embargo, tal vez esta noción de responsabilidad compartida pueda guiar el desarrollo normativo venidero, bajo el precepto de que los Estados no pueden lidiar solos con el problema y que éste, por sus implicancias, ya no es un asunto para resolver exclusivamente fronteras adentro; lo que así debe abordarse por la comunidad internacional, coincidiendo entonces con lo planteado por la Relatoría Especial.⁵¹ En opinión del suscripto, la soberanía estatal es mucho más que, potestades y prerrogativas. Comprende primordialmente la responsabilidad, y esta se incrementa cuando de proteger derechos humanos se trata.

Ciertamente, la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante en el ámbito universal no parece una opción posible hoy en día. No obstante, con 65 millones de personas desplazadas, la regulación internacional debe atender de algún modo la creciente movilidad humana. Considerando el valor de la Convención de Kampala y lo observado por la Relatoría

⁵⁰ “Por una parte, la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorios e incompatibles. Por otra parte, refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la consiguiente diversificación de sus objetos y de sus técnicas”. Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.682, 58o. período de sesiones, 2006, párr. 246.

⁵¹ “Por consiguiente, es imprescindible que el desplazamiento interno se entienda no solo como un desafío para unos pocos Estados afectados por el conflicto, la violencia o los desastres, o como una cuestión que atañe exclusivamente a los asuntos internos de los Estados, sino como un problema regional y en última instancia mundial, que tiene consecuencias para muchos países.” Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, *cit.*, párr. 23.

Especial, es factible avanzar hacia mayores compromisos internacionales que garanticen la protección de la PID, en los respectivos ámbitos regionales. Para asegurar mayores posibilidades de éxito, estos necesariamente deberán incluir la participación activa de la población afectada, pero también de todos los actores involucrados en el fenómeno, en miras a enriquecer el abordaje desde múltiples perspectivas.

Lo antedicho incluye a actores no estatales como grupos armados. Su innegable incidencia en los desplazamientos internos motivados por conflictos armados implora tenerlos en cuenta para elaborar preceptos vinculantes sobre el tema, no sólo para imponerles obligaciones negativas, sino también para visibilizar sus implicancias sociales y políticas y su capacidad de cumplir funciones humanitarias.⁵² Ello habilitaría a complejizar la noción Estadocéntrica, demostrando que la misma no es absoluta. A su vez, serviría para empezar a superar el enfoque pragmático y los argumentos basados en la mera conveniencia de respetar obligaciones que los Estados, y no estos grupos, han asumido. Sin embargo, debe avanzarse con cautela, pues la subjetividad internacional presenta limitaciones, que se suman a barreras políticas y a la imposibilidad de exigir a grupos armados obligaciones que ni siquiera pueden reputarse hoy en cabeza de los Estados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/72/202, 72o. período de sesiones, 24 de julio de 2017.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/68/225, 68o. período de sesiones, 31 de julio de 2013.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/69/295, 69o. período de sesiones, 11 de agosto de 2014.

⁵² Ruauudel, Héléïse, *op. cit.*, p. 44.

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Informe del representante del secretario general sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/13/21/Add. 4, 13o. período de sesiones, 29 de diciembre de 2009.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/32/35, 32o. período de sesiones, 29 de abril de 2016.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos”, A/HRC/38/39, 38o. período de sesiones, 11 de abril de 2018.
- DIENG, Adama, “Protecting Internally Displaced Persons: The Value of the Kampala Convention as a Regional Example”, *International Review of the Red Cross*, vol. 99, núm. 204, 2017.
- GLOBAL PROTECTION CLUSTER, “Regulatory Frameworks on Internal Displacement. Global, Regional and National Developments”, 2016. Disponible en: http://www.globalprotectioncluster.org/_assets/files/tools_and_guidance/Internal%20Displacement/unhcr-gpc_reg_framework_idp.pdf, consultado el 29 de julio de 2018.
- HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- KÄLIN, Walter, “El futuro de los Principios Rectores”, *Revista Migraciones Forzadas*, Diez años de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, 2008.
- RUAUDEL, Héléïse, *Armed non-State Actors and Displacement in Armed Conflict*, Geneva Call, 2013. Disponible en: https://genevacall.org/wp-content/uploads/dlm_uploads/2013/12/Armed-non-State-actors-and-displacement-in-armed-conflict1.pdf, consultado el 29 de julio de 2018.
- SASSÒLI, Marco y SHANY, Yuval, “Should the Obligations of States and Armed Groups under International Humanitarian Law Really be Equal”, *International Review of the Red Cross*, vol. 93, no. 882, 2011.
- WILLMS, Jan, “Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in non-International Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 91, núm. 875, 2009.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

WORLD HUMANITARIAN SUMMIT, “Regional Consultation for Latin America-Caribbean”, Ciudad de Guatemala, 5 y 6 de mayo de 2015.

WORLD HUMANITARIAN SUMMIT, “Regional Consultation for the Pacific”, final report, Auckland, Nueva Zelanda, 30 de junio al 2 de julio de 2015.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Práctica internacional mexicana

Resolución 73/257 de la Asamblea General de la ONU sobre el cumplimiento inmediato del fallo Avena

Pablo Arrocha Olabuenaga*

El 14 de noviembre de 2018 fue ejecutado en Texas el señor. Roberto Ramos Moreno, convirtiéndose en el sexto mexicano ejecutado en absoluta violación al fallo emitido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Avena*, el 31 de marzo de 2004.¹ Este Anuario ha publicado en el pasado artículos dedicados tanto a este caso² como al primero de incumplimiento ante la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas,³ que implicó una vuelta a la CIJ mediante el recurso de interpretación del fallo en 2008. Quince años después de su emisión, la sentencia de la Corte no sólo sigue sin cumplirse; las ejecuciones de José Ernesto Medellín Rojas (2008), Humberto Leal García (2011), Edgar Tamayo Arias (2014), Ramiro Hernández Llanas (2014), Rubén Cárdenas Ramírez (2017) y Roberto Ramos Moreno

* Asesor jurídico de la Misión Permanente de México ante la ONU.

¹ Véase Secretaría de Relaciones Exteriores, “México condena la ejecución en Texas del connacional Roberto Ramos Moreno”, comunicado núm. 308. Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-condena-la-ejecucion-en-texas-del-connacional-roberto-ramos-moreno?state=published>.

² Gómez Robledo, Juan Manuel, “El caso *Avena* y otros nacionales mexicanos (*México c. Estados Unidos de América*) ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. V, 2005, pp. 173-220.

³ Arrocha Olabuenaga, Pablo, “*Caso Medellín vs. Texas*. Comentarios al fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos, así como, a la solicitud de interpretación del fallo *Avena* del 31 de marzo de 2004, presentada a la Corte Internacional de Justicia por México en junio de 2008”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, pp. 677-705.

(2018), han constituido nuevas violaciones por parte de Estados Unidos de América (EUA) a sus obligaciones internacionales, generando daños adicionales a México.

De conformidad con el artículo 94 (2) de la Carta de la ONU, “si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.⁴ México ha enviado tres cartas al Consejo de Seguridad, en 2014, 2017 y 2018 respectivamente, informando y condenando estas violaciones. A la fecha, ninguna de ellas ha recibido respuesta.

En ese contexto, habiendo agotado las vías judiciales, y tras la imposibilidad de contar con el respaldo del Consejo de Seguridad tomando en cuenta la calidad de EUA como miembro permanente de dicho órgano, México decidió presentar un proyecto de resolución ante la Asamblea General de la ONU (AGONU) pidiendo urgentemente el cumplimiento pleno e inmediato del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004, al amparo del artículo 10 de la Carta de la ONU, el cual establece que

La Asamblea General podrá discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta, y salvo lo dispuesto en el Artículo 12 podrá hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los Miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos.⁵

El proyecto “Fallo de la Corte Internacional de Justicia del 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato”, registrado bajo el tema de agenda “Fortalecimiento del Sistema de Naciones Unidas”, fue adoptado por la AGONU el 20 de diciembre de 2018 como la resolución 73/257, con 69 votos a favor, 4 en contra y 66 abstenciones.

Cabe destacar que, esta resolución constituye el segundo precedente de la AGONU llamando al cumplimiento de un fallo de la CIJ, el primero siendo la resolución 41/31, intitulada “Sentencia de la Corte Internacional

⁴ Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html>.

⁵ Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-iv/index.html>.

de Justicia del 27 de junio de 1986 sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua: necesidad de su inmediato cumplimiento”.⁶ Ambos precedentes tienen como común denominador el incumplimiento de una sentencia por parte de EUA.

La resolución 73/257 se compone de seis párrafos preambulares y un sólo párrafo operativo, en el que la AGONU “pide urgentemente que se cumpla plena e inmediatamente el fallo de la Corte Internacional de Justicia del 31 de marzo de 2004”. En el preámbulo se hace referencia a la resolución 41/31, se reconoce a la CIJ como el principal órgano judicial de la ONU y se refrenda la obligatoriedad de sus fallos, y se hace referencia a las dos sentencias de la CIJ relativas al *caso Avena*. El elemento más novedoso del texto es que reconoce de manera explícita que las seis ejecuciones llevadas a cabo hasta la fecha en contravención del fallo “constituye(n) un nuevo incumplimiento de las obligaciones internacionales que incumben a los Estados Unidos de América y causa(n) un daño adicional a México”.

Como era de esperarse, hubo mucha resistencia por parte de algunas delegaciones respecto del proyecto de resolución. Hay que tomar en cuenta que menos de la mitad de la membresía de la ONU reconoce la jurisdicción obligatoria de la CIJ. Además, para muchos se trataba de un asunto bilateral que no debía ventilarse en la AGONU, y que sentaría un precedente “peligroso”, al ser la AGONU quien se pronunciase sobre casos de incumplimiento de sentencias. Por su parte, la entonces Representante Permanente de EUA ante la ONU, envió una nota a todas las delegaciones en Nueva York, solicitando oponerse a esta iniciativa, lo cual elevó el nivel de tensión en torno a esta resolución.

El gobierno de México siempre ha reconocido y apreciado los esfuerzos del Departamento de Estado y otras autoridades de EUA en torno a la implementación del fallo.⁷ No obstante, México sostiene que el incumplimiento de las sentencias de la CIJ no es una preocupación de orden estrictamente bilateral, sino que quebranta el Estado de derecho internacional e impacta

⁶ Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/41/31>.

⁷ Véase Secretaría de Relaciones Exteriores, “AGONU aprueba la resolución «Fallo de la Corte Internacional de Justicia del 31 de marzo de 2004 sobre Avena y otros ciudadanos mexicanos»”, comunicado núm. 017. Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/la-asamblea-general-de-naciones-unidas-aprobo-la-resolucion-fallo-de-la-corte-internacional-de-justicia-del-31-de-marzo-de-2004-sobre-avena-y-otros-ciudadanos-mexicanos>.

profundamente al sistema de las Naciones Unidas en su conjunto. Por esos motivos, el texto de la resolución es estrictamente jurídico y técnico.

En suma, el proceso hacia la adopción de la Resolución 73/257 no fue fácil, y requirió de una intensa labor diplomática tanto en la sede de la ONU, a cargo de la Misión Permanente de México ante la ONU, como en la propia cancillería, especialmente por parte de la Consultoría Jurídica, así como, del apoyo de otras representaciones de México en el exterior. Es importante tomar en cuenta que el proyecto de resolución fue registrado ante la Secretaría de la ONU el 10 de diciembre de 2018, es decir, tan sólo diez días antes de su consideración y adopción en sesión plenaria de la AGONU. Lograr la adopción de una resolución de esta naturaleza a la luz del ambiente parlamentario en la ONU y contando con tan poco tiempo para su cabildeo representa una gran victoria para México en el ámbito multilateral.

En conferencia de prensa, tras la adopción de la Resolución 73/257, el canciller mexicano, Marcelo Ebrard, declaró:

El día de ayer se obtuvo una votación histórica en las Naciones Unidas en materia de protección de los derechos humanos a nuestros nacionales en los Estados Unidos por el *caso Avena*... esto sienta un precedente de la mayor magnitud para la protección de nuestros connacionales en los Estados Unidos.⁸

La Resolución 73/257, en efecto, representa un precedente histórico para la causa de México en protección de sus connacionales en el extranjero. Con esta iniciativa, México refrendó su respeto por el Estado de derecho y el derecho internacional. Más aún, al adoptar la resolución, la propia AGONU hizo suya la condena a la falta de rendición de cuentas, apostando por el fortalecimiento tanto de la CIJ como de las Naciones Unidas en su conjunto, y de la solución pacífica de controversias, elementos fundamentales para la plena realización de los principios y propósitos de la Organización.

⁸ Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/reitera-ebrard-beneplicito-por-fallo-de-onu-sobre-caso-avena/1286355>.

ANEXOS

1. Resolución 73/257

Naciones Unidas

A/RES/73/257



Asamblea General

Distr. general
23 de enero de 2019

Septuagésimo tercer período de sesiones
Tema 125 a) del programa

Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018

[sin remisión previa a una Comisión Principal (A/73/L.63)]

73/257. Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a *Avena* y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato

La Asamblea General,

Recordando su resolución 41/31, de 3 de noviembre de 1986,

Observando que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y que cada Miembro se compromete a cumplir la decisión de la Corte en todo litigio en que sea parte,

Consciente del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a *Avena* y otros nacionales mexicanos¹, referente a la violación de la obligación de proporcionar información consular sin demora y permitir a los funcionarios consulares comunicarse con los nacionales de su Estado, tener acceso a ellos, visitarlos y organizar su defensa ante los tribunales, de conformidad con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963², respecto de 52 nacionales mexicanos que habían sido condenados a muerte en ciertos estados de los Estados Unidos de América, y en particular del párrafo 153 9) de dicho fallo, en el que se estableció que la reparación adecuada en dicha causa consistía en la obligación de los Estados Unidos de América de proceder, por medios de su propia elección, al examen y la reconsideración de las declaraciones de culpabilidad y las condenas de 51 nacionales mexicanos mencionados en el fallo,

Consciente también del fallo de la Corte Internacional de Justicia de 19 de enero de 2009, relativo a la solicitud de interpretación del fallo de 31 de marzo de 2004³,

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones,

Suplemento núm. 4 (A/59/4), cap. V, secc. A.23.

² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638.

³ Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones,

Suplemento núm. 4 (A/64/4), cap. V, secc. B.12.

18-22638 (S) 240119 250119



Se ruega reciclar



en particular de su párrafo 61 2), en el que se estableció que, en el caso del Sr. José Ernesto Medellín Rojas, los Estados Unidos de América habían incumplido la obligación que les incumbía en virtud de la providencia sobre medidas provisionales de 16 de julio de 2008⁴,

Habiendo considerado que, hasta la fecha, no se han llevado a cabo respecto de los nacionales mexicanos mencionados en el fallo de 31 de marzo de 2004 ni la revisión ni la reconsideración impuestas en él,

Considerando que seis de los nacionales mexicanos mencionados en el fallo de 31 de marzo de 2004 han sido ejecutados⁵, en clara violación de la decisión de la Corte, lo cual constituye un nuevo incumplimiento de las obligaciones internacionales que incumben a los Estados Unidos de América y causa un daño adicional a México,

Pide urgentemente que se cumpla plena e inmediatamente el fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*¹, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

63ª sesión plenaria
20 de diciembre de 2018

⁴ *Ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 4 (A/63/4), cap. V, secc. B.15.

⁵ José Ernesto Medellín Rojas (2008), Humberto Leal García (2011), Edgar Tamayo Arias (2014), Ramiro Hernández Llanas (2014), Rubén Cárdenas Ramírez (2017) y Roberto Ramos Moreno (2018).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

3. *Intervención del Representante Permanente de México ante la ONU introduciendo el proyecto de resolución ante la AGONU*



MISIÓN PERMANENTE DE MÉXICO

Introducción del proyecto de resolución L.63: “Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato”

*73° Asamblea General de las Naciones Unidas
(Nueva York, 20 de diciembre de 2018)*

Señora presidenta:

A nombre del Gobierno de México, tengo el honor de introducir el proyecto de resolución contenido en el documento L.63, intitulado “Fallo de la Corte Internacional de Justicia de 31 de marzo de 2004 en la causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos: necesidad de cumplimiento inmediato”.

El 31 de marzo de 2004 la Corte Internacional de Justicia emitió su sentencia en un caso presentado por México en relación con la violación a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 y al debido proceso respecto de más de 50 casos de mexicanos condenados a pena de muerte en los Estados Unidos.

La Corte determinó que, en efecto, los Estados Unidos habían violado su obligación de proveer la información consular requerida, así como de permitir a México ejercer su derecho a la asistencia consular, de conformidad con la Convención de 1963. En ese sentido, la Corte ordenó la revisión y reconsideración de 51 casos de mexicanos mencionados en el fallo.

Casi 15 años han pasado desde la emisión de la sentencia y, a la fecha, ésta sigue sin cumplirse. En respuesta a este estado de incumplimiento, México recurrió nuevamente a la Corte Internacional de Justicia en 2008 y ha enviado tres cartas al Consejo de Seguridad haciendo de su conocimiento estas violaciones en 2014, 2017 y 2018. Hasta ahora, México no ha recibido respuesta a estas cartas por parte del Consejo de Seguridad.

A lo largo de estos 14 años, México ha buscado la implementación del fallo en conjunto con el Departamento de Estado y otras autoridades de los Estados Unidos.

A pesar de estos esfuerzos, que el Gobierno mexicano reconoce y aprecia, seis ciudadanos mexicanos han sido ejecutados en el estado de Texas, sin respetar la orden de la Corte para revisar y reconsiderar sus veredictos de culpabilidad y sentencias. La última ejecución tuvo lugar hace apenas un mes. Dichos actos causan violaciones adicionales al Estado Mexicano.

En estas circunstancias, agotados ya todos estos esfuerzos, y de conformidad con el Artículo 10 de la Carta de las Naciones Unidas, el Gobierno de México ha decidido recurrir a la Asamblea General. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, que es el principal órgano judicial de esta Organización, no es una preocupación de orden estrictamente bilateral, sino que quebranta el estado de derecho internacional e impacta profundamente al sistema de las Naciones Unidas en su conjunto.

Por estos motivos, México ha registrado este proyecto de resolución bajo el tema 125(a) de la agenda de la Asamblea General sobre el "Fortalecimiento del sistema de Naciones Unidas". El texto de la resolución es jurídico y técnico. Para simplificar aún más el texto y evitar consideraciones de carácter político, quiero presentar formalmente una enmienda al documento L.63 consistente en la eliminación del segundo párrafo operativo. Solicitamos que la Asamblea General tome acción sobre el texto tal y como ha sido enmendado oralmente.

Finalmente, reitero la voluntad del Gobierno de México para seguir colaborando con las autoridades de los Estados Unidos en la implementación del Fallo Avena.

Gracias.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

4. Nota de la Representante Permanente de EUA ante la ONU dirigida a todas las delegaciones



THE REPRESENTATIVE
OF THE
UNITED STATES OF AMERICA
TO THE
UNITED NATIONS

December 20, 2018

Excellency,

I write to you regarding the General Assembly resolution proposed by Mexico on the *Avena* case. The General Assembly is scheduled to take action on this resolution today, December 20. The United States believes that it is inappropriate that Mexico has brought this bilateral matter to the UN General Assembly. We are also disappointed Mexico failed to consult with the United States prior to circulating the draft resolution. We will vote “no” on this resolution. Our vote should not be interpreted as a repudiation of our international obligations regarding consular notification and access. On the contrary, the United States continues to take very seriously our international obligations with respect to consular notification and access. We will vote “no” to affirm that the UN General Assembly is not the appropriate venue for this issue.

The United States continues to take steps with respect to the *Avena* judgment, and we have engaged in close and extensive consultations with Mexico. The United States notes that the United States Supreme Court has held, in *Medellin v. Texas*, that the ICJ’s *Avena* decision does not constitute directly enforceable federal law and that U.S. obligations could be discharged through the adoption of federal legislation. This resolution will not alter the force of the Supreme Court’s decision as binding upon the United States government. Accordingly, legislation that would facilitate actions consistent with the *Avena* judgment in the United States was included in the President’s Fiscal Year 2019 budget request.

The United States has closely consulted with Mexico on its efforts to implement the *Avena* judgment, and has kept Mexico informed of its efforts. Mexico’s decision to introduce this resolution was unfortunate. We call on all delegations to vote “no” on this resolution.

Sincerely,

Nikki R. Haley
Representative of the United States
to the United Nations

Permanent Representatives
to the United Nations
New York, NY

PABLO AROCHA OLABUENAGA

5. *Cartas remitidas por los secretarios de Relaciones Exteriores de México, José Antonio Meade y Luis Videgaray, respectivamente, al Consejo de Seguridad en 2014, 2017 y 2018*

A. *José Antonio Meade Kuribreña (2014)*

México D.F., a 20 de marzo de 2014

Embajadora Sylvie Lucas
Presidenta del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
Representante Permanente de Luxemburgo
ante la Organización de las Naciones Unidas
Nueva York

Señora Presidenta:

Tengo el honor de dirigirme a Usted en relación con la falta de cumplimiento por parte del Gobierno de Estados Unidos de América de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictada el 31 de marzo de 2004 en el Caso *concerniente a Avena y otros nacionales mexicanos* (México c. Estados Unidos).

Dicho fallo resolvió una controversia relacionada con el proceso penal de 51 mexicanos condenados a pena de muerte, cuyo derecho a la notificación y asistencia consular prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) no fue respetado, contraviniendo su derecho al debido proceso judicial. En el resolutivo (9) de la sentencia, la CIJ impuso a Estados Unidos la obligación de proporcionar, a través de los medios de su propia elección, la revisión y reconsideración de los veredictos de culpabilidad y de las sentencias de los mexicanos contenidos en el fallo.

Posteriormente, en 2008, ante la inminente ejecución del mexicano José Ernesto Medellín Rojas, México presentó ante la CIJ una solicitud de interpretación sobre el sentido y alcance del *Fallo Avena* de 2004. Consecuentemente, en su Ordenanza del 16 de julio de 2008, la Corte ordenó a Estados Unidos que adoptara "todas las medidas necesarias" para asegurar que los nacionales mexicanos incluidos en dicha petición no fuesen ejecutados, a menos que y hasta que sus casos hubiesen sido revisados y reconsiderados. Asimismo, en el subsecuente fallo de la CIJ del 19 de enero de 2009, se estableció que Estados Unidos violó sus obligaciones internacionales vinculantes mediante la ejecución de José Ernesto Medellín Rojas.

...//..

-2-

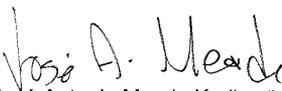
Hasta la fecha, no sólo Estados Unidos ha incumplido con las obligaciones impuestas por la CIJ sino que también tres de los 51 mexicanos incluidos en el *Fallo Avena* han sido ejecutados en el estado de Texas sin que sus casos hayan sido revisados ni reconsiderados, en desafío a la Corte: José Ernesto Medellín Rojas (2008), Humberto Leal García (2011) y, recientemente, Edgar Tamayo Arias, el 22 de enero de 2014. Estos actos han causado un daño adicional a los derechos de México al amparo de la citada sentencia. Traigo asimismo a su atención que se ha fijado fecha de ejecución en el mes de abril para un cuarto mexicano incluido en el fallo, el señor Ramiro Hernández Llanas.

El Gobierno de Estados Unidos ha subrayado la importancia de que dicho país cumpla con las obligaciones impuestas por el fallo. El Gobierno de México reconoce los amplios esfuerzos que, en su momento, realizó para ello el Presidente George W. Bush, así como los que lleva a cabo la actual administración del Presidente Barack Obama, y en particular el Secretario de Estado John Kerry, y reconoce asimismo las acciones de algunos miembros del Congreso de Estados Unidos. Sin embargo, a diez años de que la CIJ emitiera su decisión, el cumplimiento de ésta continúa pendiente.

En consideración de lo anterior, el Gobierno de México, indignado por la ejecución de ciudadanos mexicanos en contravención a lo ordenado por la CIJ, y preocupado por el efecto negativo de esta situación, en el régimen internacional de asistencia y protección consular, desea hacer del conocimiento del Consejo de Seguridad la apremiante y grave situación que dicho incumplimiento representa, y se reserva el derecho que le asiste conforme al párrafo 2 del Artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a usted las seguridades de mi más atenta y distinguida consideración.

Atentamente


José Antonio Meade Kuribreña
Secretario

PABLO AROCHA OLABUENAGA

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

B. Luis Videgaray Caso (2017)

*"2017, Año del Centenario de la promulgación
de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*

Mexico City
November 3rd, 2017

Ambassador Sebastiano Cardi
President of the United Nations Security Council
Permanent Representative of Italy to the United Nations
New York

Mr. President,

I have the honor to address Your Excellency regarding the United States Government's lack of compliance with the judgment that the International Court of Justice (ICJ) rendered on March 31, 2004, in the Case Concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States).

The judgment settled a controversy with respect to the judicial processes of 51 Mexican nationals sentenced to death, whose right to consular notification and assistance in accordance with article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR) was not respected, hence contravening their right to a fair trial. In the operative paragraphs of its decision, the ICJ imposed an obligation upon the United States to review and reconsider, by means of its own choosing, the convictions and sentences of the Mexican nationals listed in the judgment.

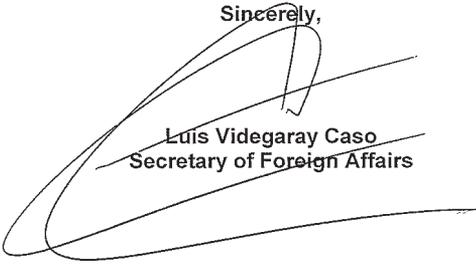
Moreover, in 2008, faced with the imminent execution of José Ernesto Medellín Rojas, Mexico requested an interpretation of the means and scope of the 2004 Avena judgment before the ICJ, together with a request for the indication of provisional measures. In its Order of July 16, 2008 on the provisional measures requested by Mexico, the Court ordered the United States to adopt "all necessary measures" to guarantee that the Mexican nationals listed in the request were not executed unless and until their cases were reviewed and reconsidered. Subsequently, in its judgment of January 19, 2009, the ICJ determined that by executing José Ernesto Medellín Rojas, the United States had breached its legally binding international obligations.

To this date, the United States has not complied with the obligations arising from the judgment of the ICJ, and in fact, four of the 51 Mexicans identified in the Avena judgment have been executed in Texas without their cases being reviewed nor reconsidered, in defiance to the Court's authority: José Ernesto Medellín Rojas (2008), Humberto Leal García (2011), Edgar Tamayo Arias (2014), and Ramiro Hernández Llamas (2014). These acts have caused additional damages to Mexico's rights under the Avena judgment. I would like to take this opportunity to bring to your attention the fact that another date of execution has been set in the upcoming month of November for a fifth Mexican national included in the judgment, Mr. Rubén Cárdenas Ramírez.

Taking these elements into consideration, outraged by the execution of four Mexican nationals and the announcement of a fifth execution in contravention of the ICJ's decisions, and concerned with the negative effect that this situation causes to the international regime of consular protection and assistance, the Mexican Government wishes to inform the Security Council of the grave and urgent situation that this case of non-compliance represents, and it reserves its rights in accordance with article 94, paragraph 2, of the United Nations Charter.

I avail myself this opportunity to reiterate the assurances of my most distinguished consideration.

Sincerely,



Luis Videgaray Caso
Secretary of Foreign Affairs

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

C. Luis Videgaray Caso (2018)



Mexico City
October 24th, 2018

Ambassador Sacha Sergio Llorenti Solíz
President of the United Nations Security Council
Permanent Representative of Bolivia to the United Nations
New York

Mr. President,

I have the honor to address Your Excellency regarding the United States Government's persistent lack of compliance with the judgment that the International Court of Justice (ICJ) rendered on March 31, 2004, in the *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*.

The judgment settled a controversy concerning the judicial processes afforded to 51 Mexican nationals sentenced to death in the United States whose right to consular notification and assistance, in accordance with article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR), was violated, contravening their right to a fair trial in their respective capital prosecutions. In the operative paragraphs of its decision, the ICJ imposed an obligation upon the United States to review and reconsider, by means of its own choosing, the convictions and sentences of the Mexican nationals listed in the judgment.

Several years later, faced with the imminent execution of Mr. José Ernesto Medellín Rojas in 2008, Mexico requested an interpretation of the means and scope of the 2004 *Avena* judgment from the ICJ, together with a request for provisional measures to halt the executions of the individuals at greatest risk. In its Order on the requested provisional measures, issued on July 16, 2008, the Court ordered the United States to adopt "all necessary measures" to guarantee that Mr. Medellín and the four other Mexican nationals listed in the request were not executed unless and until their cases were reviewed and reconsidered. Nevertheless, the United States executed Mr. Medellín. Subsequently, in its judgment of January 19, 2009, the ICJ determined that by executing Mr. Medellín, the United States had breached its legally binding international obligations.

To this day, the United States has not complied with the obligations arising from the judgment of the ICJ, and in fact, five of the 51 Mexicans identified in the *Avena* judgment have been executed in Texas without the required review and reconsideration, in defiance of the Court's authority: José Ernesto Medellín Rojas (2008), Humberto Leal García (2011), Edgar Tamayo Arias (2014), Ramiro Hernández Llamas (2014), and Rubén Cárdenas Ramírez (2017). These acts have caused additional damages to Mexico's rights under the *Avena* judgment.



SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES

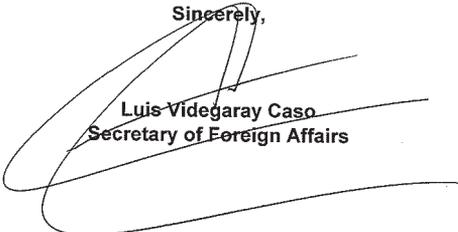
I would like to take this opportunity to bring to your attention the fact that another date of execution has been set in the upcoming month of November for a sixth Mexican national included in the judgment, Mr. Roberto Ramos Moreno.¹ Three of the five Mexican nationals specifically named in the July 16, 2008 provisional measures have now been executed in defiance of that order; Mr. Ramos Moreno would be the fourth.

It is important to mention that Mr. Ramos Moreno was provided an incompetent attorney who did not undertake any of the investigation necessary for the sentencing phase of a death penalty case and consequently presented no evidence at all in Mr. Ramos Moreno's defense at his sentencing hearing. Additionally, Texas authorities failed to inform Mr. Ramos Moreno of his right to seek consular assistance as established in the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR); as a direct result, Mexico was prevented from providing critical assistance during the entire period between his arrest and the start of his trial nearly eleven months later. It was during this period that Mexico would have been best able to assist with the investigation and ensure that Mr. Ramos Moreno received an adequate defense.

Taking these elements into consideration, outraged by the execution of five Mexican nationals and the announcement of a sixth execution in contravention of the ICJ's decisions, and concerned with the negative impact that this situation has on the international regime of consular protection and assistance, the Mexican Government wishes to inform the Security Council of the grave and urgent situation that this case of non-compliance represents, and it reserves its rights in accordance with article 94, paragraph 2, of the United Nations Charter.

I avail myself of this opportunity to reiterate the assurances of my most distinguished consideration.

Sincerely,


Luis Videgaray Caso
Secretary of Foreign Affairs

¹ In the documents for the *Avena* case, this individual was listed as Roberto Moreno Ramos, and is referred to in many U.S. court documents as Robert Moreno Ramos. However, the name on his Mexican birth certificate is Roberto Ramos Moreno.

Declaración Conjunta México-Estados Unidos del 7 de junio de 2019

Manuel **Becerra Ramírez***

El jueves 30 de mayo de 2019, el presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, anunció una sanción unilateral contra México, mediante la cual se establecería un arancel progresivo en todos los productos importados desde México a partir del 10 de junio de 2019, empezando por el 5%; subirían al 10% a partir del 1o. de julio, 15% a partir del 1o. de agosto; 20% desde septiembre y 25% a partir de octubre. Tal sanción se debía a la supuesta falta del control por parte de México, de la migración que viene de Centroamérica hacia Estados Unidos.

Eso provocó una reunión entre los equipos de negociadores de México (encabezado por el secretario de Relaciones Exteriores, Marcelo Ebrard Casaubon) y Estados Unidos, en Washington D.C. del 31 de mayo al 8 de junio, y como resultado se publicó la siguiente Declaración Conjunta:

Washington D.C, 7 de junio de 2019.

Declaración Conjunta México Estados Unidos

México y los Estados Unidos se reunieron esta semana para enfrentar los retos comunes en materia de migración incluyendo la entrada de migrantes a Estados Unidos que violan la legislación estadounidense. Teniendo en cuenta el aumento significativo de migrantes a Estados Unidos, provenientes de Centroamérica a través de México, ambos países reconocieron la importancia fundamental de resolver rápidamente la emergencia humanitaria y la situación de seguridad prevalecientes.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en el Sistema Nacional de Investigadores.

Los gobiernos de México y Estados Unidos trabajarán conjuntamente lo más pronto posible para alcanzar una solución duradera.

Como resultado de las discusiones, México y Estados Unidos se comprometieron a:

Reforzamiento de las acciones para asegurar el cumplimiento de la Ley en México

México incrementará significativamente su esfuerzo de aplicación de la ley mexicana a fin de reducir la migración irregular, incluyendo el despliegue de la Guardia Nacional en todo el territorio nacional, dando prioridad a la frontera sur. México está tomando acciones decisivas para dismantelar las organizaciones de tráfico y trata de personas, así como sus redes de financiamientos y transporte ilegales. Asimismo, México y Estados Unidos se comprometieron a fortalecer la relación bilateral, incluyendo el intercambio de acciones coordinadas a fin de proteger mejor y garantizar la seguridad en la frontera común.

Instrumentación de la sección 235(b)(2)(C)

Los Estados Unidos extenderán de manera inmediata la instrumentación de la sección 235(b)(2)(C) a lo largo de su frontera sur. Ello implica que aquellos que crucen la frontera sur de Estados Unidos para solicitar asilo serán retornados sin demora a México, donde podrían esperar la resolución de sus solicitudes de asilo.

A su vez, por razones humanitarias y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, autorizará la entrada de dichas personas mientras esperan la resolución de sus solicitudes de asilo. México, de acuerdo con sus principios de justicia y fraternidad universales, ofrecerá oportunidades laborales y acceso a la salud y educación a los migrantes y sus familias mientras permanezcan en territorio nacional, así como protección a sus derechos humanos.

Los Estados Unidos se comprometen a acelerar la resolución de solicitudes de asilo y proceder con los procedimientos de remoción lo más expedito posible.

Acciones adicionales

Ambas partes están de acuerdo en que en el caso de que las medidas adoptadas no tengan los resultados esperados, entonces tomarán medidas adicionales.

De ser necesario, México y los Estados Unidos a fin de enfrentar los flujos migratorios irregulares y las cuestiones de asilo, continuarán sus conversaciones sobre los términos de otros posibles entendimientos, mismas que serán concluidas y anunciadas en un periodo de 90 días.

Estrategia regional en curso

México y los Estados Unidos reiteraron la declaración del 18 de diciembre de 2018 en la que ambos países se comprometieron a fortalecer y a ampliar la cooperación bilateral para fomentar el desarrollo económico y aumentar la inversión en el sur de México y Centroamérica para crear una zona de prosperidad. Ambos países reconocen los fuertes vínculos entre el crecimiento económico en el sur de México y el éxito de la promoción de la prosperidad, el buen gobierno y la seguridad en Centroamérica. Estados Unidos reiteró su beneplácito al Plan de Desarrollo Integral lanzado por el gobierno de México en conjunto con los gobiernos de El Salvador, Guatemala y Honduras, para promover estos objetivos. México y los Estados Unidos liderarán el trabajo con socios nacionales e internacionales para construir una Centroamérica próspera y segura y así abordar las causas subyacentes de la migración, con el objetivo de que los ciudadanos puedan construir mejores vidas para ellos y sus familias en casa.¹

Junto con esta Declaración conjunta, también fue firmado el documento denominado “Acuerdo Suplementario entre los Estados Unidos y México”, del 7 de junio del 2019.

Acuerdo Suplementario entre los Estados Unidos y México.

En referencia a la declaración conjunta de los gobiernos de Estados Unidos y México del 7 de junio de 2019, las partes acuerdan las siguientes medidas para atender la situación actual en la frontera sur de EU.

Estados Unidos y México iniciarán inmediatamente pláticas con el fin de establecer términos definitivos para un acuerdo bilateral vinculante que más adelante ayude a la repartición y asignación de responsabilidades en las peticiones de refugio de migrantes.

Como mínimo, este convenio incluiría, de acuerdo con las obligaciones legales locales e internacionales de cada parte, un compromiso en el cual México y Estados Unidos aceptan el regreso, y las peticiones de refugio, de los nacionales de un tercer país que hayan cruzado a una nación para llegar a un puerto de entrada o entre puertos de entrada del otro país en cuestión. Ambos países además preten-

¹ Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/46756/Declaracio_n_Conjunta_Me_xico_Estados_Unidos.pdf, consultado el 19 de agosto de 2019. Su versión en inglés está disponible en: <https://www.state.gov/u-s-mexico-joint-declaration/>, consultado el 2 de octubre de 2019.

den ser parte de una aproximación regional para compartir responsabilidades en relación con los procesos de peticiones de refugio de migrantes.

México además se compromete inmediatamente a revisar sus leyes y regulaciones con miras a identificar cualquier cambio que sea necesario para implementar el acuerdo.

Si Estados Unidos determina, a su discreción y posterior consulta con México, después de 45 días tras la fecha de firma de la declaración conjunta, que las medidas adoptadas por el Gobierno de México de conformidad con la declaración conjunta no tienen el éxito suficiente para atender el flujo de migrantes en la frontera sur con Estados Unidos, el Gobierno de México tomará todas las medidas necesarias en sus leyes para llevar el acuerdo a buen puerto con el objetivo de asegurar de que el convenio se llevará a cabo en 45 días.

Firmado el 7 de junio del 2019 en la Ciudad de Washington, D.C, por Alejandro Celorio Alcántara, consultor jurídico adjunto “A”, de la Secretaria de Relaciones Exteriores y Marik String consejero jurídico de la delegación estadounidense.

Comentarios

1. En lo que se refiere a la acción de aumento de aranceles en perjuicio de México, por parte del gobierno de los Estados Unidos, se puede considerar que es una sanción unilateral ilegal. El comercio entre México y Estados Unidos tiene un marco jurídico muy concreto que es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Acuerdo de Marrakech (Marruecos), por el cual se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC) del cual son parte ambos países desde el 1o. de enero de 1995. En ningún momento, Estados Unidos alegó un incumplimiento de ambos acuerdos comerciales por parte de México, que pudiera dar pie a una controversia que diera motivos a sanciones, ni mucho menos se acudió al sistema de solución de controversias que ambos documentos internacionales establecen.

2. Además, es a todas luces ilegal una sanción comercial, por motivos de flujos migratorios que requieren una acción concertada internacional, en el que están involucrados los derechos humanos de los migrantes

3. La OMC en innumerables ocasiones se ha referido a la libertad de comercio y a la ilegalidad de las sanciones unilaterales. Hay que recordar que, en el marco del derecho internacional, las sanciones internacionales están previstas por el capítulo VII de la Carta de San Francisco y no está de

más decir que, la amenaza de sanciones por parte de Estados Unidos no se encuadran en dicho capítulo.

4. De acuerdo con lo anterior, todo tratado internacional que se pudiera celebrar como producto de la amenaza de Estados Unidos, podría estar afectado de nulidad, de conformidad con lo que dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que en su artículo 52 se refiere a la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.²

5. Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de los dos documentos podemos decir que indudablemente no son tratados internacionales. Si vemos la expresión del Acuerdo Suplementario: “Estados Unidos y México iniciarán inmediatamente pláticas *con el fin de establecer términos definitivos para un acuerdo bilateral vinculante* que más adelante ayude a la repartición y asignación de responsabilidades en las peticiones de refugio de migrantes” (el énfasis es añadido), implicaría que lo firmado no es un acuerdo bilateral vinculante.

6. Y en efecto, si atendemos a la forma, vemos que los dos documentos están firmados por dos funcionarios de ambas cancillerías, que no tendrían autorización para firmar tratados internacionales (a menos que exista un poder para realizarlo).

7. Sin embargo, el contenido es ambiguo, porque si bien tiene disposiciones que no implican obligaciones para el Estado, hay otras que implican una obligación para el Estado mexicano que debería ser motivo de un tratado internacional, como lo menciona el apartado “Instrumentación de la sección 235(b) (2) (c)” de la Declaración Conjunta en comentario:

Los Estados Unidos extenderán de manera inmediata la instrumentación de la sección 235(b) (2) (C) a lo largo de su frontera sur. Ello implica que aquellos que crucen la frontera sur de Estados Unidos para solicitar asilo serán retornados sin demora a México, donde podrían esperar la resolución de sus solicitudes de asilo.

A su vez, por razones humanitarias y en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, autorizará la entrada de dichas personas mientras esperan la resolución de sus solicitudes de asilo. México, de acuerdo con sus principios de justicia y fraternidad universales, ofrecerá oportunidades laborales y acceso a la salud y

² “Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”.

educación a los migrantes y sus familias mientras permanezcan en territorio nacional, así como protección a sus derechos humanos.

8. La Declaración Conjunta aquí se refiere a la *Section 235(b)(2)(C) of the Immigration and Nationality Act and the Migrant Protection Protocols* que es una ley interna de los Estados Unidos que se refiere a los migrantes extranjeros que llegan por las fronteras con Canadá y México.

9. Dicha sección establece que, los extranjeros que lleguen por tierra desde México generalmente pueden ser regresados al territorio del cual proceden.³ Aquí se entiende que se refieren a mexicanos que lleguen, por tierra al territorio estadounidense.

10. Pero también, por disposición del gobierno de Trump, se establece que los no mexicanos, extranjeros que entren por el territorio mexicano a Estados Unidos, también se regresen a México, en donde permanecerán durante la duración de su proceso migratorio.⁴

11. Evidentemente, esta es una disposición del derecho interno de los Estados Unidos que no obliga a México a menos de que haya un tratado internacional, pues es parte de la soberanía del Estado mexicano.

12. Sin embargo, si eso lo contiene la Declaración Conjunta podemos estar frente a un acuerdo tácito por parte de México, con lo cual se convierte en país tercero en materia de migración. Por lo tanto, la negativa de México para convertirse en país tercero debe ser clara y por las vías oficiales.

13. Otro asunto interesante es el relativo a la naturaleza jurídica de la Declaración Conjunta y del Acuerdo Suplementario. Si no son tratados in-

³ “Section 235(b)(2)(C) of the Immigration and Nationality Act (INA) provides that aliens arriving by land from a foreign contiguous territory (i.e., Mexico or Canada) —whether or not at a designated port of entry— generally may be returned, as a matter of enforcement discretion, to the territory from which they are arriving pending a removal proceeding under Section 240 of the INA”. Más información disponible en: https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Laws/Memoranda/2019/2019-01-28-Guidance-for-Implementing_section-35-b-2-C-INA.pdf, consultado el 3 de octubre del 2019.

⁴ “On December 20, 2018, Secretary of Homeland Security Kirstjen M. Nielsen announced that the Department of Homeland Security (DHS) will begin the process of implementing Section 235(b)(2)(C) of the INA on a large scale. That statutory provision allows for the return of certain aliens to a contiguous territory pending Section 240 removal proceedings before an immigration judge. Under the MPP, aliens who are nationals and citizens of countries other than Mexico (third-country nationals) arriving in the United States by land from Mexico —illegally or without proper documentation— may be returned to Mexico for the duration of their immigration proceedings as a matter of prosecutorial discretion”.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

ternacionales, entonces deben ser acuerdos interinstitucionales, que son las dos categorías reconocidas por la Ley Sobre la Celebración de Tratados de 1992 (LSCT). Si así es, llama la atención que esta ley establece un mecanismo de control de los acuerdos interinstitucionales, mediante el cual, la Secretaría de Relaciones Exteriores, tiene la obligación de dictaminar sobre la procedencia de suscribir dichos acuerdos o no. Con lo cual se llega al absurdo, en el caso concreto, de convertirse en juez y parte del proceso de celebración de los acuerdos interinstitucionales.

Implicaciones de la reforma a la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento

Ingrid Berlanga Vasile*

El Servicio Exterior Mexicano (SEM) es un cuerpo del Estado cuya misión es promover los intereses de México y de los mexicanos en el exterior, independientemente del partido que se encuentre gobernando. Se trata del servicio civil de carrera más antiguo de México y en sus miembros recae la responsabilidad de ejecutar la política exterior de México, conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En reconocimiento a la importante labor del SEM, en abril de 2018, culminó un esfuerzo originado varios años atrás que dio como resultado la adopción de la reforma a la Ley del Servicio Exterior Mexicano (LSEM) y a su Reglamento (RLSEM). El 19 de abril de 2018 se oficializó la publicación de esta Ley¹ y el 2 de noviembre de ese mismo año, de su Reglamento.² Con dicha reforma se sentaron las bases para llevar a cabo mejoras significativas y adaptaciones de los beneficios y condiciones laborales de los miembros del SEM.

El Servicio Exterior Mexicano está compuesto por servidores públicos con capacidades y preparación académica, amplia experiencia en temas específicos, y constituyen un elemento vital e indispensable para la formulación e implementación de la política exterior mexicana. Se destacó que su importancia para el desarrollo nacional no debería soslayarse. Una política

* Encargada de la sección consular de la Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno de México.

¹ Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/96_190418.pdf.

² Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/regley/Reg_LSEM_021118.pdf.

exterior con recursos humanos débiles difícilmente puede sostener los objetivos de política exterior de un Estado como México. La LSEM y el RLSEM contemplan artículos cuya aplicabilidad depende de la disponibilidad de recursos presupuestarios, lo cual escapa de jurisdicción exclusiva de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), razón por la cual fue esencial el cabildeo con la SHCP y el Congreso.

La Comisión de Personal llevó a cabo un proceso de intercambio de opiniones y propuestas de manera virtual con los miembros del SEM a través de una plataforma digital, incorporando posteriormente estos insumos en las discusiones que dicha Comisión sostenía entre sus miembros y con sus contrapartes en otras instancias involucradas.

Los artículos 1o. y 2o., inciso XI bis, de la LSEM destacan el papel de la SRE como ejecutora de la política exterior y de coordinadora de acciones con otras instancias gubernamentales, así como no gubernamentales. Ello obedece a la nueva realidad en la que múltiples actores de la sociedad llevan a cabo acciones al exterior de país que redundan en distintos tipos de oportunidades para los mexicanos.

La modificación al artículo 1-ter contempla una participación en condiciones de igualdad de género, lo cual no estaba contemplado anteriormente. Ello representa un gran avance ya que más de la mitad de los miembros del SEM son hombres, así como el 70% de los embajadores y cónsules generales.

El diseño de un plan de carrera para los miembros del SEM fue una estrategia fundamental para hacer mejor uso de sus fortalezas y mejorar su desempeño. También contribuye a equiparlos con las herramientas requeridas para asumir cargos de mayor responsabilidad sin menoscabo de su desarrollo personal. Asimismo, coadyuva a brindar mayor certeza a la carrera diplomática en términos de traslados, duración de los cargos y uso de recursos. Se creó una Subcomisión de Análisis y Prospectiva (artículo 26 bis, LSEM), además de las ya existentes (Subcomisión de Ingreso, de Rotación, de Evaluación, de Asuntos Disciplinarios). Sus funciones no han sido muy claras, aunque la intención es que se encargue del constante mejoramiento de las condiciones laborales del SEM, así como de su profesionalización y evaluación, lo cual se lograría a través de la elaboración de un Plan de Carrera Quinquenal (artículo 33-ter, RLSEM). No obstante, hasta este momento, a más de un año de aprobada la LSEM y RLSEM, no hay claridad sobre dicho plan, sus consecuencias ni su viabilidad. Probablemente,

debido a la coyuntura política del cambio de administración, y dado que “la Oficialía Mayor de la SRE deberá gestionar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el número de plazas que permitan facilitar el ascenso en los tiempos establecidos por el artículo 40 bis de la LSEM, así como para su adecuada implementación y sujeto a disponibilidad presupuestaria”.

Otro aspecto importante de la reforma fueron las causas de baja de los miembros del SEM. Según el artículo 53 bis anteriormente se podía causar baja únicamente por renuncia, jubilación, declaración de estado de interdicción, incumplimiento de orden de traslado, no reincorporación después de una comisión, disponibilidad o licencia a sus funciones. Con la reforma del artículo 40 bis se incluye la posibilidad de que un miembro del SEM cause baja definitiva bajo otro supuesto, a través de un filtro que no haya ascendido al rango de primer secretario en un plazo máximo de quince años o bien, que no haya ascendido al rango de consejero en un plazo de diez años desde su ascenso a primer secretario. También podrá causar baja definitiva un miembro del SEM cuya evaluación de desempeño arroje un resultado insatisfactorio. En todo caso, la persona será compensada por años de servicio. La razón por la que la discusión en torno a la reforma a este artículo fue tan controvertida se debió a que se asienta la posibilidad de que un miembro del SEM sea removido de su empleo por cuestiones que podrían ser subjetivas. Muchos de los ascensos al rango de primer secretario no son posibles debido a la falta de plazas suficientes y/o a la subjetividad con la cual algunos miembros son evaluados, por lo que se prestó a una disputa acerca de la legalidad de esta reforma. El artículo 33 duodécimos del RLSEM indica que se recomendará la baja cuando un segundo secretario obtenga en tres ocasiones consecutivas una calificación insatisfactoria.³ Si bien el criterio del desempeño debería permear en la decisión de que un miembro del SEM que no ha logrado el ascenso al rango correspondiente en la temporalidad establecida debería ser exclusivamente el desempeño, hay otros factores subjetivos que podrían influir en dicha decisión. Ésta deberá incluir aspectos como los motivos por los que el ascenso no fue posible, como la disponibilidad de plazas, las funciones que ha desempeñado el miembro del SEM, incluyendo su experiencia en adscripciones de vida difícil y en labores que, incluso, hayan puesto en riesgo su integridad física. Por otro

³ El artículo 58 RLSEM señala los componentes que definen un desempeño insatisfactorio del personal.

lado, aquéllos que muestren indicios de pérdida de sentido de la vocación diplomática, compromiso y cuyo desempeño sea deficiente, deberían dejar de pertenecer a este cuerpo diplomático de cuya excelencia y entrega depende la implementación de una política exterior coherente con el interés nacional.

Es importante mencionar que los ascensos en el SEM se logran a través de concursos altamente competitivos que requieren de preparación y son celebrados cada año o dos, según la disponibilidad de recursos presupuestarios para cubrir la creación de plazas correspondientes. El mayor número de miembros del SEM tienen el rango de segundo secretario, por lo que la competencia por menos plazas es aún mayor.

Los artículos 7o. de la LSEM y 4o. del Reglamento, presentaron puntos de conflicto también, toda vez que se refiere al personal que desempeña funciones del SEM temporalmente (en un plazo máximo de seis años). Señala que dicho personal desempeñará las funciones del SEM de conformidad con los perfiles que determine la Comisión de Personal, mismos que serán publicados en el *Diario Oficial de la Federación*. En el correspondiente RLSEM, el artículo 4o. señala que el presidente de la República podrá nombrar personal de manera temporal. Se excluye el personal temporal externo al SEM de ocupar posiciones de jefatura de cancillería, cónsul adscrito, encargado de la sección consular y/o de administrador, las cuales únicamente podrán ser ocupadas por miembros del Servicio. El personal temporal podrá estar sujeto a exámenes que comprueben su capacidad para dicho cargo además de evaluaciones de su desempeño. No obstante, aún no han quedado muy definidos los criterios de selección del personal temporal ni la manera en que serán seleccionados aquéllos que ocuparán próximamente cargos en el exterior.

De igual manera, ahora el personal temporal o asimilado, así como los servidores públicos de la SRE que tengan una antigüedad mínima de dieciséis años en dichos supuestos o como servidores públicos, podrán ingresar al SEM como personal de carrera de la rama Diplomático-Consular con rango de consejero. Ello despertó inconformidad entre los miembros del SEM debido a la facilidad que se brinda a servidores públicos que no han pasado por el arduo proceso de ascensos y que no cuentan necesariamente con la formación requerida para ocupar cargos diplomáticos, y que evidentemente no lograron aprobar el concurso de ingreso. No obstante, hay que reconocer que la experiencia de laborar en la SRE por esos mínimos

dieciseis años indudablemente imprime un historial valioso de experiencia en la práctica diplomática y/o consular, por lo que se podría considerar un avance en aras de la especialización del SEM, incorporando a estos servidores públicos.

La estructura salarial del SEM fue otra cuestión que reflejaba preocupación por sus miembros, toda vez que, no ha habido un aumento de sueldos en muchos años y en la mayoría de las adscripciones ha aumentado el nivel de vida. De tal suerte, el artículo 9o. de la Ley indica que la Comisión de Personal someterá a consideración del secretario un análisis sobre el costo de vida de los diversos países con miras a estabilizar el sueldo en la moneda local.

La profesionalización especializada y coherencia entre el perfil de los miembros del SEM y su adscripción es una cuestión que ha preocupado a sus miembros. En la práctica, hasta el momento de la reforma a dicho ordenamiento jurídico, los traslados se llevaban a cabo de manera aleatoria, y gran parte eran implementados gracias a influencias y a conocimiento previo del funcionario, mas no necesariamente, debido a sus capacidades específicamente adecuadas para dicho cargo. La Subcomisión de Rotación (artículo 11 bis LSEM) decidía el destino del servidor público. Para evitar esto, desde 2002 se reformó el artículo 11, en su párrafo 4, señalando que se favorecerá una equilibrada rotación del personal entre áreas geográficas diversas y de especialización temática, tomando en cuenta especialidades profesionales, el conocimiento de idiomas, la perspectiva de género y la integración familiar del personal del SEM. No obstante, esto aún no se lleva a cabo en la práctica.

Otro aspecto que coadyuva en la especialización y en la adquisición de mayores conocimientos y herramientas, para el buen desempeño del trabajo de los miembros del SEM, es permitirles asumir cargos temporales en otras dependencias y entidades de la administración pública federal, incluidos los poderes Legislativo y Judicial, además de instituciones de educación superior o en organismos internacionales. Ello era imposible antes de la reforma, ya que si un miembro del SEM tenía una oportunidad laboral atractiva debía solicitar licencia, perdiendo así su antigüedad y corriendo el riesgo de rezagar su ascenso al siguiente rango dentro del SEM. Esto constituye, sin duda, un gran avance que permite adquirir experiencia en otros ámbitos nacionales e internacionales. En este sentido, el artículo 33 sexies permite a la SRE celebrar convenios con dichas instancias bajo criterios como que

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

el puesto que ocupará el miembro del SEM responda a los objetivos de la propia SRE y la política exterior, y favorezca su desarrollo profesional; es decir, que dichas funciones tengan relación con las actividades diplomáticas de México, y que dicho puesto tenga una temporalidad de al menos un año.

La LSEM también incluye nuevas estipulaciones que benefician a los miembros del SEM. Ahora también se cubrirá a los concubinos e hijos del miembro del SEM, incluidos quienes presenten una discapacidad, el importe de sus pasajes a México cada dos años, además de que gozarán de seguro médico (artículo 49). En el caso de adopción de un infante se otorga un permiso de seis semanas a las mujeres y de cinco días hábiles a los hombres con goce de sueldo. También, en la nueva Ley se autoriza la disponibilidad por segunda ocasión a miembros del SEM que requieran cuidar a descendientes o ascendientes o con condición médica comprobada (artículo 52). Asimismo, se permite por primera vez, que los cónyuges que sean miembros del SEM puedan estar adscritos a la misma representación.

La edad de jubilación del SEM se amplió de 65 a 70 años, con la reforma al artículo 55 LSEM, con lo cual se solventa una inquietud de muchos miembros que alcanzaban esa edad y aún deseaban continuar estando laboralmente activos. Sin embargo, los beneficios a los que tendrían derecho al alcanzar los 70 años son menores a los que recibirán de retirarse a los 65.

El reto de la reforma a la Ley del SEM y su Reglamento consiste en implementar en la práctica, un sistema transparente y meritocrático. Aún persiste la necesidad de transversalizar las funciones y las acciones en las representaciones diplomáticas y consulares, disminuyendo la jerarquización extrema del SEM y abriendo paso, con humildad, a una generación más joven de diplomáticos, que se desenvuelvan en un ambiente más horizontal y con igualdad de género. La eficiencia y eficacia de la labor ardua, entregada y patriótica de los miembros del Servicio Exterior Mexicano deberá ser compensada adecuadamente con un presupuesto digno y con la consideración por parte de la sociedad mexicana a la cual representa. La política exterior de México debe apoyarse con una política interna consciente de los beneficios de contar con una sólida presencia internacional con gente a la altura de las circunstancias sirviendo al bien común de la nación.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Reseñas

SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, 421 pp.

En su reciente libro *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Elizabeth Salmón presenta un panorama crítico del andamiaje jurídico-institucional de este sistema. La autora recorre sus cuarenta años de funcionamiento para resaltar su gran capacidad de adaptación a los contextos políticos, económicos y sociales por los que han atravesado los Estados de la región latinoamericana. A través de un análisis pormenorizado de las características particulares de sus normas, mecanismos e instituciones, la autora plantea una visión realista del sistema interamericano de derechos humanos que enaltece sus éxitos y virtudes, pero al mismo tiempo, no oculta sus actuales retos. El objetivo principal del estudio es dar a conocer la fundamental importancia del sistema para la consolidación de la democracia y del Estado de derecho y, al mismo tiempo, mostrar su relevancia para la tutela eficaz de los derechos humanos de los individuos. Es por esto que la autora se propone ampliar y mejorar el conocimiento que de él tienen no solo los operadores jurídicos de sus Estados miembros, sino también, y sobre todo, sus ciudadanos. Desde esta perspectiva, la misión del libro es esencialmente humanista y procura expandir el entendimiento del marco normativo e institucional del sistema interamericano con el fin de fortalecer la cultura jurídica y el compromiso con la observancia de los derechos humanos.

El libro de Elizabeth Salmón va más allá de una simple introducción monográfica y descriptiva del sistema interamericano, contiene, en realidad, una visión global, crítica y de conjunto de sus principales logros y fracasos. Se examinan no sólo los textos normativos que regulan el quehacer de las instituciones internacionales, encargadas de lograr sus objetivos proteccionistas, sino también la manera en la que dichas instituciones han interpretado y aplicado este conjunto normativo. La práctica y la teoría del sistema interamericano de derechos humanos se entrelazan constantemente a lo largo de la exposición. El término “introducción” sólo es pertinente para hacer alusión a la riqueza didáctica de la obra y al estilo ordenado, estructurado y accesible en el que se presentan sus contenidos. En este

sentido, se trata de un libro muy recomendable no sólo para estudiosos del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos (alumnos, docentes, jueces, abogados, miembros de la sociedad civil), sino también para expertos en otras disciplinas (ciencias políticas, administración pública, relaciones internacionales, entre otras).

En el primer capítulo, Salmón examina los antecedentes, origen y creación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA). La autora explica el aporte sustancial de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 —primer instrumento internacional que sentó la base para la consolidación de mecanismos internacionales para la tutela de los derechos humanos en las Américas—. Posteriormente, el libro analiza el contexto que derivó en la adopción de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en la creación de las dos principales instituciones encargadas de su aplicación e interpretación: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A lo largo de la obra, la autora insiste en los rasgos únicos de ambos órganos y en las sinergias que envuelven su actuar respectivo.

En el segundo capítulo se presenta un análisis del marco normativo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y se estudian las reglas que regulan la función y las prerrogativas de sus instituciones y mecanismos. Elizabeth Salmón expone un análisis del amplio catálogo de derechos humanos, contenido en la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y en su Protocolo Adicional que es, en sí, un tratado internacional vinculante para las partes (Protocolo de San Salvador). Asimismo, se explora y discute exhaustivamente el contenido de los otros tratados que expresan compromisos de los Estados de la región latinoamericana en materia de protección de los derechos humanos (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores). También se

incluye un análisis de los instrumentos de *soft law* que conforman el *corpus iuris* interamericano. La exposición de este cuerpo normativo se correlaciona con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le ha dado “vida judicial” en los hechos de los casos concretos, presentados ante su foro.

En el capítulo tercero se analizan las dos principales instituciones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se estudian sus antecedentes y proceso de consolidación, las reformas que han modificado su funcionamiento, las reglas jurídicas que rigen su estructura orgánica (la designación y elección de sus miembros, la conformación de su presupuesto, entre otros) y las que determinan sus competencias y funciones respectivas. También se señalan las áreas específicas en las que su labor ha aportado a una mayor eficacia en la protección de determinados derechos humanos, y se enfatiza el gran impacto que sus decisiones han producido en la reforma de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados.

En el capítulo cuarto se examina el mecanismo para la presentación de peticiones individuales, desde su inicio, con la introducción de una petición ante la Comisión Interamericana, hasta su posible sometimiento a la Corte. Posteriormente, se indaga en torno a las reglas que regulan las distintas etapas procesales de la fase contenciosa de dichas peticiones ante el tribunal interamericano. Este capítulo expone una interesante reflexión en torno a la obligatoriedad de las medidas cautelares, pronunciadas por la Corte ante una situación de urgencia y peligro inminente para la preservación de los intereses de una de las partes en la controversia. Esta cuestión ha dado lugar a sentencias convergentes de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos e incluso de tribunales arbitrales del CIADI, en las que se ha reafirmado la importancia de las medidas cautelares para la defensa de los derechos de los litigantes en los procesos judiciales internacionales.

Finalmente, el último capítulo de la obra se dedica al análisis de los principales aportes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, en general, y a la consolidación del *corpus iuris* interamericano, en particular. La autora analiza los ámbitos materiales en los que las sentencias de la Corte han contribuido a fortalecer la tutela judicial efectiva

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

de los derechos humanos en la región latinoamericana. Se enfatiza la relevancia de dichas decisiones en casos que implicaban la desaparición forzada de personas y se relatan los famosos asuntos *Velázquez Rodríguez*, *Ticona Estrada* y *Radilla Cantú*. Asimismo, se analizan las sentencias de la Corte referentes a la prohibición de la tortura, como acto constitutivo de violación de normas de *ius cogens*. Adicionalmente, se presta especial atención a la jurisprudencia que la Corte ha desarrollado en torno a la protección de los derechos humanos de grupos vulnerables (personas migrantes, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y la comunidad LGBTI) y se analizan a detalle las sentencias pioneras en las que la Corte ha precisado el alcance de la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región latinoamericana. Finalmente, el libro centra el debate en torno al desarrollo del control de convencionalidad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana, desde el caso *Almonacid Arellano*, ha recordado la obligación de los jueces internos de examinar, de oficio, la compatibilidad del derecho interno con las normas convencionales del sistema interamericano, tal y como son interpretadas en la jurisprudencia de este órgano judicial internacional. Aunque el control de convencionalidad requiere un análisis judicial de la conformidad del derecho interno con todo el derecho internacional, la jurisprudencia de la Corte en la materia no ha hecho más que despertar un renovado interés por su utilización efectiva en materia de protección de los derechos humanos.

Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos da cuenta del profundo conocimiento de dicho sistema que ha cultivado la brillante trayectoria académica de Elizabeth Salmón, reconocida experta en el tema en el plano global. Su visión del sistema es crítica, apolítica y socialmente muy útil porque revela, con imparcialidad y realismo, algunos de los peligros que actualmente afronta la protección de los derechos humanos en las Américas. La crisis aguda de financiamiento del sistema interamericano amenaza la eficacia de su actuar y ha creado un rezago procesal considerable. El activismo de sus órganos ha causado el retiro de algunos países latinoamericanos del sistema y la resistencia de otros hacia sus implicaciones en términos de delegación de soberanía. La opacidad en la elección de los jueces de la Corte Interamericana y el incumplimiento crónico de algunas de sus sentencias por parte de los Estados, siguen siendo señalados por

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

quienes critican su desempeño. No obstante, lejos de limitarse a constatar estos problemas jurídicos y políticos, la autora propone puntos de partida concretos para pensar en su resolución y ofrece así una visión optimista y reconfortante sobre el futuro del sistema interamericano, como principal garante de la dignidad de las personas en la región latinoamericana.

Virdzhiniya **Petrova Georgieva** *

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesora en la Facultad de Derecho, ambos de la UNAM.

STĘPIEŃ, Bárbara Anna y BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coords.), *Mare Nostrum-Nuestro Mar: estudios sobre derecho del mar*, México, Tirant lo Blanch, 2019, 404 pp.

Bárbara Anna Stępień y Manuel Becerra Ramírez se han propuesto mostrar la diversidad de temas que se encuentran dentro del área de investigación del derecho del mar, así como discutir su estado actual y los desafíos que enfrenta. La ambición del equipo internacional de investigadores, los autores del libro, fue reavivar la discusión científica sobre el tema del derecho del mar dentro de la disciplina del derecho internacional público en México y, más ampliamente, en América Latina. Stępień y Becerra Ramírez aprovecharon la ocasión que suponía el 25 aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS), que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. La monografía *Mare nostrum-nuestro mar* muestra que el derecho del mar es un vasto campo de investigación, un tema que dista mucho de estar agotado y que aún deja muchas preguntas abiertas y crea constantemente nuevas oportunidades para la investigación científica.

El problema del derecho del mar está presente en la doctrina del derecho internacional público, básicamente, desde sus inicios dogmáticos, es decir, desde la separación de esta especialidad del resto de ciencias jurídicas. Ya en 1609, Hugo Grocio, un erudito llamado “el padre de la ley de las naciones”, publicó la obra *Mare liberum*, cuya importancia hasta nuestros días sigue siendo apreciada. El derecho del mar es una de las ramas más importantes del *ius gentium* moderno y se refiere a cuestiones tan importantes como las áreas marítimas, el transporte marítimo y otros usos del mar. La actividad humana ha estado presente no solo en tierra, sino también en el mar desde tiempos inmemoriales y, en consecuencia, ha dado lugar al desarrollo de un derecho que regula las formas de uso de las áreas marítimas. Más aún, el derecho del mar constituye una de las ramas del derecho internacional público que, al tiempo que toca temas fundamentales de esta disciplina, sigue intrínsecamente vinculada con el derecho internacional público como un todo. La cuestión fundamental mencionada anteriormente es, sin duda, el territorio, incluido el marítimo, que es un componente esencial del Estado: el actor principal en las relaciones internacionales y, al mismo tiempo,

sujeto de derecho internacional. El derecho del mar no solo es fundamental para el derecho de las naciones, sino que también es un componente permanente e inamovible del mismo, debido a que esta rama ha adquirido y utiliza claramente las reglas generales de toda la especialidad (como la regla de la coexistencia pacífica, por ejemplo, válida en mar abierto; o el principio de la distribución geográfica equitativa, como sería aplicable al nombramiento de jueces en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar).

Esta rama no aspira a la separación y autonomía doctrinales (por ejemplo, el caso del derecho europeo o el referido a los derechos humanos). Sin embargo, el derecho del mar tiene en cuenta como fuentes, en cierta medida, no solo los actos jurídicos internacionales, sino también los actos de derecho interno. Por todas estas razones, la monografía coordinada por Bárbara Anna Stępień y Manuel Bacerra Ramírez es un estudio doblemente relevante e inspirador pues el tema es parte de las áreas de investigación actuales e importantes del derecho internacional, y, al mismo tiempo, pertenece a aquellos que pueden y deben analizarse desde los supuestos generales de derecho internacional público, así como la posición de las doctrinas nacionales o locales en este ámbito del derecho. Además, la perspectiva utilizada en el trabajo contribuye a llenar una brecha significativa en la literatura jurídica de la academia mexicana contemporánea.

La estructura de la monografía se construyó con la intención de presentar un esbozo de los temas teóricos más importantes, así como discutir ejemplos empíricos y delinear la perspectiva mexicana sobre los problemas planteados. Las tres partes sustantivas del libro revelan que no tratamos en este caso con una conferencia exhaustiva y sistemática sobre el derecho del mar, sino con una original selección de temas. Esto también se aplica a la primera parte, la general, y aunque *prima facie* podría percibirse como un inconveniente del estudio, el avance y el nivel de análisis de los problemas presentados compensa completamente el hecho de que el material sea selectivo.

La primera parte del libro, “Temas generales del derecho del mar”, consta de cinco artículos. Aun cuando estos no agoten la materia, que podrían clasificarse como una descripción general de las normas e instituciones del derecho del mar, su contenido se centra en cuestiones importantes, tanto en la perspectiva de los 25 años de historia del funcionamiento de las disposiciones de la Convención, como en la actualidad. Vale la pena prestar atención, por ejemplo, al análisis del funcionamiento y la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en Hamburgo (de Wagner

Menezes). El artículo 279 de la UNCLOS establece que las partes deben resolver sus disputas con medios pacíficos. Tienen para ello, entre otros medios, este tribunal que garantiza la correcta interpretación de las disposiciones del derecho del mar y su aplicación efectiva. Este tribunal es un guardián especializado de las disposiciones de la Convención de 1982 y, a la luz de las consideraciones del profesor Menezes, puede afirmarse que el derecho del mar es una rama especializada del derecho internacional público, entre otros motivos, debido al hecho de que la Corte Internacional de Justicia tiene jurisdicción sobre el mismo. El texto sobre el trabajo preparatorio que terminó con la adopción de la UNCLOS (de José Luis Vallarta Marrón) no es menos interesante. La llamada Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, celebrada en 1972-82, es una de las conferencias de codificación más importantes e innegablemente más largas en el ámbito del derecho internacional, y es un ejemplo de diplomacia multilateral característica de las relaciones internacionales contemporáneas. Vallarta Marrón presenta, de modo fascinante, los antecedentes del trabajo sobre la adopción de la Constitución de los Mares y Océanos desde la posición de miembro de la delegación mexicana. Otros artículos se centran en la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (de Alberto César Moreira), el estatuto de las islas (de Donald R. Rothwell) y el principio de la libertad de los mares y el gobierno de la autoridad naval (de Xavier J. Ramírez García de León).

La segunda parte de la monografía “Temas particulares del derecho del mar” es una presentación de varios casos, gracias a los cuales es posible ilustrar las condiciones y los desafíos actuales del derecho del mar. Los casos seleccionados por los autores se refieren principalmente al problema de la delimitación de las zonas marinas. Bárbara Stepieñ señala que actualmente hay alrededor de 200 fronteras marítimas en el mundo que requieren delimitación. Juan Ramón Martínez Vargas y Angélica María Gutiérrez Ramos realizan un análisis de la cuestión de las líneas de base, que es un buen punto de partida para resolver casos específicos de delimitación marítima. La delimitación es un problema que debe ser considerado no sólo en términos jurídicos, sino también mediante los complejos contextos políticos e históricos que hacen aún más difícil este desafío (véanse los artículos de Maria Adele Carrai y Juan Carlos Velázquez Elizarrarás).

La última y tercera parte de la monografía es una presentación de temas que nos permiten conocer y evaluar la contribución mexicana al desarrollo

del derecho del mar, así como las acciones que se deben llevar a cabo para adecuar el Estado mexicano a la normativa legal internacional vigente (de Fabiola Jiménez Morán Sotomayor, Pablo Ferrara y Manuel Becerra Ramírez). El derecho internacional de los tratados se basa en el consentimiento de los Estados, que es necesario tanto para legislar como para hacer cumplir la ley. Por lo tanto, las descripciones y análisis realizados desde la perspectiva de una doctrina específica, así como las actividades legislativas o las actividades relacionadas con el ejercicio del derecho por parte de estados específicos como entidades del derecho internacional, son extremadamente interesantes y valiosas desde el punto de vista cognitivo.

Finalmente, vale la pena referirse al título de la publicación. Fomenta la reflexión sobre la función y la eficacia de las normas internacionales del derecho del mar y, por lo tanto, intenta responder a la pregunta de lo que hoy es *mare nostrum*. El objetivo de las normas que conforman el derecho del mar contemporáneo no es sólo y principalmente delimitar las zonas marítimas y determinar el alcance de la jurisdicción de los distintos Estados, sino también garantizar la coexistencia pacífica de los mismos y la cooperación en las zonas no sujetas a jurisdicción estatal, como el mar abierto o el fondo de los mares y océanos (que tienen el estatuto de *terra communis*). Al reflexionar sobre el significado contemporáneo de la fórmula *mare nostrum*, no se puede ignorar un verdadero dilema: ¿El espacio es de toda la humanidad, o el espacio es sólo de quienes ocupan posiciones que les permiten anexas ciertas zonas del mar y subordinarlas a sus propios objetivos e intereses?

La monografía coordinada por Bárbara Anna Stepień y Manuel Becerra Ramírez muestra no sólo la complejidad de las cuestiones planteadas en ella, sino también (o, sobre todo) las perspectivas de la investigación sobre el derecho contemporáneo del mar, con especial énfasis en las direcciones de su evolución.

Brygida Kuźniak*

* Profesora Asociada (adjunta con habilitación) en la Universidad Jaguelónica de Cracovia, Polonia. Directora del Departamento de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Administración. La autora desea agradecer a Magdalena Szczudło por su ayuda lingüística, incluidas las traducciones necesarias.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

SECCIÓN ESPECIAL DONALD TRUMP Y EL DERECHO INTERNACIONAL

La regulación internacional de la inversión extranjera directa durante la administración de Donald Trump. Una visión histórica

The International Regulation of Foreign Direct Investment During the Administration of Donald Trump. A Historical Vision

La regulation internationale de l'investissement étranger direct au cours de l'administration du président Donald Trump. Une perspective historique

Adelina **Quintero Sánchez***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El papel de Estados Unidos en la evolución de la regulación internacional de la inversión extranjera.* III. *Marco jurídico de Estados Unidos para la inversión extranjera.* IV. *El modelo estadounidense de BIT.* V. *Del TLCAN al UMSCA.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

* Profesora de tiempo completo, asociada “C”, en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, en el área económica de la carrera de Relaciones Internacionales; miembro del Sistema Nacional de Investigadores y autora de diversos artículos y capítulos de libros.

Artículo recibido el 15 de enero de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 559-589
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La llegada de Donald Trump a la presidencia de EE UU implicó muchos cambios en diversas áreas, no obstante, con respecto a la regulación de la inversión extranjera esta siguió el mismo objetivo y lineamientos que la han caracterizado desde que definió su modelo de Tratado Bilateral de Inversiones, décadas atrás. La prioridad central de la regulación de la inversión extranjera es la protección de sus empresas en los países donde se instalan, principalmente, cuando estos son subdesarrollados.

Palabras clave: inversión extranjera, Estados Unidos, Trump, empresas transnacionales.

ABSTRACT: The arrival of Donald Trump to the presidency of the USA involved many changes in different areas, however with respect to the regulation of foreign investment this followed the same objective and guidelines that have characterized it since it defined its model of bilateral investment treaty, decades ago. The central priority of the regulation of foreign investment is the protection of their companies in the countries where they are installed, mainly when they are underdeveloped.

Key words: foreign investment, United States, Trump, transnational companies.

RÉSUMÉ: L'arrivée de Donald Trump à la présidence des États-Unis a entraîné des changements copieux à différent secteurs, cependant la régulation de l'investissement étranger a suivi la cible et les directrices que lui caractérisent depuis avoir établi son modèle de traité bilatéral d'investissement, il y a quelque décennies. La priorité axiale de la régulation de l'investissement étranger, c'est la protection de ses entreprises dans les Pays où elles s'installent, principalement, quand il s'agit de pays en développement.

Mots-clés: investissement étranger, États-Unis, Trump, Entreprises transnationales.

I. INTRODUCCIÓN

Estados Unidos (EE UU) hasta hoy en día, es el país con más presencia en los flujos de inversión extranjera directa (IED), tanto como emisor como receptor, al tiempo que es la casa matriz del mayor número de empresas transnacionales (ET), las cuales constituyen los principales vehículos de la inversión. Esta situación, en consonancia con su estatus de potencia hegemónica y arquitecto del andamiaje institucional que conforma el sistema de Naciones Unidas explica su papel como artífice principal del régimen internacional para la regulación de la inversión extranjera, que se construye, esencialmente, a través de dos vías: acuerdos bilaterales de inversión y capítulos de inversión dentro de los acuerdos de libre comercio. La principal característica de esta regulación es proteger a la inversión estadounidense de prácticas nocivas por parte de los países receptores, garantizar las mejores condiciones para su establecimiento, desarrollo y funcionamiento, así como ofrecerle opciones alternas para dirimir sus controversias, y que éstas no se remitan a los tribunales nacionales de los Estados en las que operan. Es preciso enfatizar que dicho régimen se enfoca más en regular la inversión extranjera en países en desarrollo, que en sus contrapartes industrializadas.

De ahí que, se plantea como hipótesis de este trabajo que más allá de la retórica discursiva y propagandística de la administración Trump y aunque se hayan dado varias acciones contrarias a seguir con las mismas políticas en materia de regulación internacional de la inversión extranjera, esta regulación no ha sufrido cambios radicales, más bien se le ha dado continuidad en consonancia con la doctrina de protección y promoción de las inversiones, la cual ha adquirido tintes más neoproteccionistas. Mientras que el objetivo es analizar la regulación internacional que se ha desprendido de los acuerdos firmados durante la administración de Donald Trump a la luz de una revisión histórica para determinar el papel de Estados Unidos dentro del régimen internacional para regular la inversión extranjera.

Finalmente, se debe señalar que la metodología utilizada es deductiva-argumentativa, con base en la revisión de los acuerdos en materia de inversión signados por Estados Unidos, informes de organismos internacionales e investigaciones especializadas en la materia.

II. EL PAPEL DE ESTADOS UNIDOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Desde que EE UU obtuvo su independencia, comenzó a incrementar su comercio e inversión en el mundo, echando mano, en principio, de los territorios más accesibles como América Latina, donde la visión era ir intercambiando materias primas por maquinaria y bienes manufacturados, a la vez que invertían en cobre, hierro, plomo y minas de plata, para sustentar su desarrollo industrial.¹

Es imprescindible destacar que en el período que va desde 1914 hasta 1945, cuando EE UU ya había asimilado exitosamente la primera etapa de la Revolución Industrial, iniciada en Inglaterra, su meta fue ampliar su poder económico y desplegar su inversión extranjera, esencialmente en Latinoamérica y algunas partes de Europa del Este.²

Estados Unidos emerge como la primera potencia industrial del mundo después de la Primera Guerra Mundial (PGM), impulsado por el desarrollo de sus industrias pesadas e incursiona, como nunca antes, en empresas con base científica y tecnológica, como la industria eléctrica, la química, la petrolera y la de telecomunicaciones; es decir, la expresión de la segunda revolución industrial. Asimismo, nace la corporación y se implementa el fordismo como sistema de producción en masa con base en el desarrollo de las máquinas-herramienta y las partes intercambiables. Entonces hay una sobreproducción y se visualizan los países de forma geoestrategia, dónde se pueden vender los productos, de los cuales se pueden obtener nuevas tecnologías y los que pueden actuar como proveedores de materias primas básicas, como el petróleo.

Antes de la Primera Guerra Mundial, Estados Unidos había tenido, hacia sus inversiones en países en desarrollo, una política reactiva, que se apoyaba en la diplomacia del dólar e intervenciones militares para proteger

¹ Todavía en el siglo XIX cuando Estados Unidos aún estaba en proceso de desarrollo industrial y Gran Bretaña conservaba una presencia muy grande en todo el continente, sólo en algunos mercados como el mexicano y cubano los comerciantes e inversionistas estadounidenses obtuvieron una posición dominante, mientras Gran Bretaña conservaba su estatus de potencia comercial dominante, particularmente en manufacturas que daba a cambio de materias primas como azúcar, algodón, carne y trigo. O'Brien, Thomas, *The Century of U.S. Capitalism in Latin America*, Nuevo Mexico, University of New Mexico Press, 1999, pp. 4-6.

² Dávila Aldas, Francisco, "América Latina y la globalización", *Revista de Relaciones Internacionales*, México, núms. 101 y 102, mayo-diciembre de 2008, pp. 43 y 44.

los intereses de sus empresarios; sin embargo, ya con las corporaciones, se privilegió la búsqueda de protección legal para las patentes y derechos de propiedad intelectual a fin de no sólo proteger su propiedad, sino también sus mercados y su tecnología.

La gran depresión de los años veinte fue un *impasse* en el avance del comercio y la inversión extranjera estadounidense, sin embargo, cuando esta se terminó se reemprendió la expansión con una agresiva agenda que buscaba, por una parte, allegarse de minerales y productos agrícolas y por otra, seguir absorbiendo nuevas tecnologías e incrementar su base industrial y comercial.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial (SGM), las empresas estadounidenses, principalmente de bienes de consumo, experimentaron su *boom* en el mundo y observaron la oportunidad para volver a expandirse en todos los mercados y colocar sus productos en el exterior, desde los artículos de lujo hasta los básicos, tales como Coca-Cola y Chevrolet. No obstante, en algunos países como los latinoamericanos y los socialistas, dada la coyuntura histórica, tropezaron con algunos obstáculos para establecerse, sobre todo de orden político e ideológico.³

La recién surgida potencia hegemónica (EE UU) coordinó la creación de todo un andamiaje institucional para reestructurar el sistema internacional de posguerra y crea diferentes organizaciones internacionales para regular los temas nodales del quehacer internacional en torno a Naciones Unidas, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento (BIRF), que después sería parte del Grupo del Banco Mundial,⁴ para el sistema financiero y la reconstrucción. Sin embargo, entre los organismos establecidos después de la SGM, para regular las relaciones internacionales, no se creó ninguno para la IE (inversión extranjera); por lo que estos tópicos de forma indirecta se incluyeron en otro organismo.⁵

Así, la Carta de la Habana de 1948, diseñada para establecer la Organización Internacional de Comercio (OIC), constituye el primer intento

³ O'Brien, Thomas, *op. cit.*, p. xiii.

⁴ Dentro del Grupo del Banco Mundial se fueron creando entidades relacionadas con la inversión, como la Agencia Financiera Internacional, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

⁵ Tolentino, Paz Estrella, "Transnational Rules for Transnational Corporations. What Next?", en Michie, Jonathan y Grieve-Smith, John (eds.), *Global Instability: The Political Economy of World Governance*, Londres, Universidad de Londres, 1999, p. 32.

por crear, a nivel multilateral, un marco de regulación para la inversión extranjera. Aunque en la Carta imperaba el contenido comercial, EE UU propuso incluir artículos con cierta protección para la IE, que lo favorecerían directamente al ser el principal acreedor de la época, visualizando que con ello podría extender sus intereses en materia de inversión, enlazándolos con el comercio, ya que en ese momento era poca la disposición a firmar acuerdos bilaterales por parte de los países en desarrollo.⁶ Esto constituye el primer intento por crear un régimen multilateral para la protección a la IE, además de su táctica de amalgamarlo con el comercio.

El borrador sobre la protección a la inversión establecía, entre otras cosas, que los países debían incentivar las inversiones extranjeras a través de abrir sectores restringidos a los nacionales, a la par de no discriminarlas y ofrecerles protección y seguridad a largo plazo, incluyendo la garantía de no expropiar o nacionalizar los activos de una empresa extranjera, salvo por razones justas y razonables. De igual manera, se exhortaba a los miembros interesados en atraer inversiones a firmar acuerdos bilaterales o multilaterales en la materia.⁷ Es menester señalar que, éstas disposiciones no fructificaron como parte de la OIC, puesto que la organización nunca se creó, y lo único que se ratificó fue el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), que se concentró en la desarancelización, dejando el tema de inversión para futuras negociaciones.

De forma simultánea EE UU avanzó en la regulación para la inversión extranjera en el orden internacional al firmar acuerdos bilaterales que incluyeran algunas prerrogativas para la IE, así desde 1945 empezó a negociar una serie de acuerdos de amistad, comercio y navegación, creando una nueva generación de los mismos,⁸ que si bien se orientaban al comercio, ya incluían provisiones para proteger la propiedad en territorio extranjero; es decir, la IE, aunque no con ese nombre, en conformidad con las normas de

⁶ Gutiérrez-Haces, Teresa, "Inversión extranjera directa en el TLCAN", *Economía*, México, vol. 1, núm. 3, 2004, p. 35.

⁷ Organización Internacional de Comercio, "Carta de la Habana", artículo 12, 1948.

⁸ El contenido de estos tratados dista mucho de lo estipulado en la primera generación de los mismos, dedicados exclusivamente al tránsito de mercancías, como el firmado con México en 1831. Fukunari, Kimura, *Issues and Options for the Multilateral, Regional, and Bilateral Trade Policies of the United States and Japan*, Conferencia en la Universidad de Michigan (Ann Arbor), 5 y 6 de octubre de 2000.

derecho internacional.⁹ Puede decirse que son un antecedente no sólo de los tratados de libre comercio, sino de los propios acuerdos bilaterales para la inversión (BIT, por sus siglas en inglés), al ser acuerdos previos que incluyen garantías para la protección de la IE y de los inversionistas en consonancia con el comercio y la navegación.

Los países en desarrollo, por su parte, adoptaron el enfoque de “soberanía permanente sobre riquezas y recursos naturales” emanado de Naciones Unidas, que enfatizaba el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales y expropiar en caso de considerarlo preciso, sin importar que contravinieran disposiciones emanadas de otros acuerdos. Los países exportadores de capital, encabezados por Estados Unidos, como respuesta, sentaron las bases de la doctrina “de la promoción y protección de las inversiones”, que es la que continúa prevaleciendo hasta hoy en día. Ésta se empezó a debatir en el seno de la ahora Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), con la iniciativa para la Convención Multilateral Abs-Shawcross de 1959, la cual, aunque nunca se firmó, sí sirvió de fuente de inspiración para el contenido de los primeros BIT.¹⁰

Después de que en 1959 se celebrara el primer acuerdo bilateral para la inversión entre Alemania y Pakistán, muchos países los siguieron en la firma de este tipo de acuerdos en las dos décadas posteriores. En el caso de EE UU, no se remitió a la firma BIT, sino que, comenzó a incidir en los contenidos de los mismos.

El modelo prevaleciente del BIT, de acuerdo con la doctrina de promoción y protección de las inversiones, hace alusión al círculo virtuoso de la inversión, el que establece que las inversiones son fuente por excelencia de empleos, tecnología, competencia y capital, por lo que, los países receptores deben ofrecer la adecuada protección por medio de un marco jurídico que les brinde certidumbre. Un aspecto toral es la búsqueda de mecanismos que permitan superar las legislaciones y tribunales nacionales, considerados arbitrarios y parciales, a los que debían someterse los inversionistas extranjeros en caso de controversia. La propuesta para resolver este recoveco era crear una instancia supranacional donde se dirimieran las

⁹ Vandavelde, Kenneth, *The First Bilateral Investment Treaties. U.S. Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, EUA, Oxford University Press, 2017, pp. 57 y 58.

¹⁰ Gutiérrez-Haces, Teresa y Quintero, Adelina, “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Norteamérica*, México, vol. 11, núm. 2, 2016, pp. 120 y 121.

controversias y los inversionistas pudieran contar con representación propia frente al país receptor.¹¹

A nivel internacional, los países desarrollados, esencialmente Estados Unidos y los de Europa Occidental, implementaron, a través de la costumbre internacional, un estándar mínimo de trato, el cual les otorgaba determinadas prerrogativas y garantías a los inversionistas extranjeros en el territorio del país receptor. Uno de los lineamientos básicos era la restricción de las expropiaciones y la adecuada compensación en caso de proceder.¹² No obstante, gran parte de los países en desarrollo y los socialistas se oponían a este trato mínimo, bajo el argumento de que contravenía su soberanía nacional.

Los BIT rápidamente se convirtieron en acuerdos atípicos, ya que a diferencia de otros tratados bilaterales de la época que se daban entre partes con un mismo nivel de desarrollo, éstos en su mayoría incluían a una parte desarrollada y otra en desarrollo, así también transitaron, principalmente los firmados por Estados Unidos, de ser instrumentos que protegían y promovían la inversión a convenios que sólo promueven la IE de forma indirecta, dado que su único objetivo es protegerla.¹³

Entre 1959 y 1969, sólo se firmaron 72 BIT, pero estos estuvieron determinados por los intereses de los países desarrollados y establecieron los contenidos clave para este tipo de acuerdos, aún vigentes, tales como las cláusulas de trato nacional, de nación más favorecida, la restricción de expropiación, la garantía de libre transferencia y la opción arbitral para solución de controversias entre Estados, y entre inversionista-Estado en casos excepcionales.¹⁴

El nacimiento del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI), como parte del Grupo del Banco Mundial, a iniciativa de Estados Unidos, fue un avance en el mismo sentido. El Centro se creó para administrar el arbitraje y las controversias entre inversionistas y Estados, constituyendo de esta manera una nueva forma de arbitraje internacional, en la que una de las partes es del orden público y la otra del

¹¹ Nassar Guier, Edgar, "La garantía internacional de inversiones", *Relaciones Internacionales*, Costa Rica, 2a. época, 1994, p. 17.

¹² UNCTAD, *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2008, pp. 10 y 11.

¹³ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ *Ibidem*, p. 13.

privado; práctica que pronto se volvió recurrente entre los BIT. Asimismo, desde 1960 se trató de abrir un foro similar en el seno de la Corte Permanente de Arbitraje, la cual fue creada por la Conferencia de Paz de la Haya en 1899, pero éste no fructificó.¹⁵

La creación del CIADI fue un paso decisivo para los países desarrollados, dado que materializaba una de sus búsquedas históricas para proteger a sus empresas y a sus inversiones. No obstante, resultaba insuficiente, ya que hacía falta producir un incentivo para que los países en desarrollo aceptaran y decidieran acudir a este mecanismo de solución de controversias. Posteriormente, en los años setenta se introduce el concepto de “garantía de inversiones”, es decir, un seguro contra el riesgo político, que se refiere a cualquier acción o eventualidad que ponga en riesgo las inversiones extranjeras. De ahí que surjan distintas instancias para la garantía de las inversiones, como la Overseas Private Investment Corporation (OPIC) en Estados Unidos, y la Agencia Multilateral para la Protección y Garantía de Inversiones (MIGA por sus siglas en inglés), perteneciente al Grupo del Banco Mundial.¹⁶

Aunque el enfoque de “soberanía permanente de los países en desarrollo”, alcanzó su máximo esplendor al incorporarse, en 1974, a la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, parte de la iniciativa del denominado Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), en el seno de Naciones Unidas, pronto fue opacado, dada la coyuntura internacional marcada por la crisis económica internacional que se superaría hasta finales de los ochenta y junto con el término de la Guerra Fría, que derivarían en la expansión del capitalismo a nivel global.

Las propuestas del NOEI fueron desplazadas por nuevas iniciativas de tratados bilaterales de inversión, y en el caso de EE UU, este inauguró su propio modelo de BIT. La creación del programa estadounidense para BIT es trascendental, pues revoluciona el contenido típico de estos acuerdos. El modelo estadounidense agrega nuevas prerrogativas para la protección de

¹⁵ Véase Álvarez Ávila, Gabriela, “Las características del arbitraje del CIADI”, en Velásquez Elizarrarás, Juan Carlos (comp.), *El derecho internacional público y privado a través de los debates teóricos actuales en las Universidades de México y el extranjero*, México, UNAM, 2005.

¹⁶ Véanse Contreras García, Joaquín, “Algunas consideraciones sobre la protección a la IED a la luz del derecho internacional privado”, *Jurídica*, México, núm. 24, 1995; Checkley, Juan Carlos *et al.*, “La inversión extranjera y los Convenios MIGA y OPIC”, *Revista del Foro*, Lima, año XXIX, enero-junio de 1991.

sus empresas, tales como la protección al preestablecimiento; convierte en regla el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, que se utilizaba excepcionalmente; pasa de restringir algunos requisitos de desempeño a prohibirlos en su mayoría, además de eliminar cláusulas relacionadas directamente con la promoción para la inversión, como transferencia de tecnología, cooperación científica y técnica, entre otras; haciendo así que éstos acuerdos se carguen más hacia la protección que hacia la promoción de la inversión extranjera.¹⁷

Posteriormente, Estados Unidos da un paso más allá al incluir el contenido de su programa de BIT en los acuerdos de libre comercio, donde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es el que inaugura esta tendencia. El TLCAN es un tratado de comercio que incluye un capítulo extenso sobre inversión, con normas de protección muy similares a las contenidas en los BIT firmados por EE UU, aunque más extenso y detallado en algunos aspectos.¹⁸ Éste tratado reemplazó al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALCCEU), que ya contenía un capítulo dedicado a la inversión, pero era más escueto, entre dos países con un nivel de desarrollo económico similar y menor nivel de exigencia, marcando un parteaguas en la historia de los TLC's al incluir la fórmula comercio-inversión.

A partir del nuevo milenio se incursionó en una nueva etapa de la regulación internacional a la IE, puesto que el consenso alcanzado sobre el modelo neoliberal de protección a la inversión se puso en entredicho, consecuencia de la evaluación de los resultados obtenidos de las políticas de este corte aplicadas, que han sido por debajo de las expectativas en muchos casos; llevando a que los elementos básicos de las premisas de la protección y promoción de las inversiones sean reexaminados, y en algunos casos modificados.¹⁹ No obstante, en EE UU a partir de que se sustituyó la ley

¹⁷ El BIT entre Estado Unidos y Bolivia fue de los primeros en prohibir los requisitos de desempeño, véase UNCTAD, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸ A partir del TLCAN se firmaron otros acuerdos de libre comercio que siguieron la tendencia de incluir temas relacionados como IE, entre ellos destaca el Acuerdo Marco de Inversión para la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSEA) de 1998, el Tratado de Libre Comercio entre Panamá y Singapur de 2006 y el Acuerdo de Asociación Económica entre Nueva Zelanda y Tailandia de 2005.

¹⁹ Sauvart, Karl P. y Ortino, Federico, *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*, London, King's College, London, 2017, pp. 33-36.

conocida como *Fast Track* en 2002 por el Acta de Autoridad de Promoción Comercial (TPA, por sus siglas en inglés), el Congreso retomó la discusión sobre la protección a la IE en diversos foros internacionales y ha tratado de insertar su modelo de regulación.²⁰

Así, el modelo de BIT, o mejor dicho, el modelo de regulación internacional para la inversión extranjera estadounidense ha ido evolucionando y sofisticándose, al tiempo que se ha vuelto multifacético y se ha insertado tanto en los capítulos dentro de los TLC como en distintos tipos de acuerdos regionales y con grupos de países.

A nivel multilateral, la aceptación de las normas en materia de inversión promovidas por Estados Unidos ha sufrido varios reveses, como en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas, en las negociaciones de los denominados temas de Singapur en la OMC y en el intento fallido del Acuerdo Multilateral de Inversiones, en el seno de la OCDE. A pesar de esto se sigue buscando su inclusión y expansión en nuevos acuerdos y nuevas áreas, como se intentó en la administración Obama a través del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés), y el recientemente firmado acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá (UMSCA, por sus siglas en inglés).

III. MARCO JURÍDICO DE ESTADOS UNIDOS PARA LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Estados Unidos continúa siendo el principal inversor en el mundo, de acuerdo con la UNCTAD, en 2017 invirtió en el exterior una suma de 342

²⁰ En 1970, en EE UU se crea el *Trade Act* con el fin de elevar los aranceles y protección comercial para varios productos. Sin embargo, para asegurarse que el Congreso no limitara la autoridad del Ejecutivo se firmó el *Trade Act* de 1974 que autorizaba al presidente a reducir barreras arancelarias y neoproteccionistas. Empero el Congreso no deseaba otorgar una carta blanca al presidente, por lo que nació el sistema de *fast track*, temporal y renovable. Este procedimiento le permite negociar al representante del Ejecutivo, bajo un mandato especial (“la vía rápida”), acuerdos comerciales que no pueden ser modificados posteriormente por el Congreso, quien sólo puede aprobar o rechazar el acuerdo en su totalidad. Posteriormente, en 2002, durante la segunda administración de Bush padre, cambia de nombre a TPA, aunque el contenido se mantiene, básicamente para buscar firmar más acuerdos comerciales y de inversión. Véase Roett, Riordan, “La política de los Estados Unidos frente a la integración continental”, *Contribuciones*, año XVIII, núm. 3, julio-septiembre de 2001.

mil millones de dólares, mientras que recibió inversiones extranjeras por 275 mil millones de dólares.²¹ Asimismo, Estados Unidos aún es la casa matriz del mayor número de empresas transnacionales de mayor presencia en el mundo, de acuerdo al ranking de las 2,000 principales empresas más globales, elaborado por *Forbes*, dicho país cuenta con 560, ocupando el primer puesto, seguido por China con 291.²² De acuerdo con la UNCTAD, dentro del *top 100* de empresas transnacionales (ET) 2017, Estados Unidos sigue encabezando la lista con 20.²³

Como se visualizó en el apartado anterior, desde que EE UU se consolidó como potencia hegemónica al término de la SGM, se posicionó tanto en los flujos de capital como en las regulaciones internacionales en torno a los mismos. Las ET estadounidenses tenían ya la capacidad y la necesidad de expandirse más allá de sus fronteras, por lo que aprovecharon los cambios acaecidos en las diferentes regiones para activar la dinámica capitalista a nivel global. Este despliegue estadounidense se dio, tanto para insertarse en Europa, Asia y África como, por supuesto, en América Latina. Así, el gobierno, en apoyo a esta estrategia, ha avanzado en la firma de BIT y TLC comprensivos que incluyen un apartado sobre IE, en conjunción con otras acciones para ofrecer las mejores condiciones a sus ET. Este objetivo no ha cambiado a raíz de que lleguen nuevas administraciones, ya sean demócratas o republicanas y tampoco ha sido el caso con el gobierno de Donald Trump, a pesar de los escándalos que han caracterizado lo que va de su mandato.

Aun en la coyuntura actual, donde priman los temas de seguridad en la agenda de política exterior estadounidense, son vitales los intereses comerciales, siguiendo aún lo establecido en la Trade Act de 2002, la cual marca que el comercio internacional es vital para la seguridad nacional de EE UU al ser un elemento crítico para su crecimiento económico, su poderío y su liderazgo en el mundo, considerando además, que su seguridad nacional depende de su seguridad económica, que a su vez está cimentada en las oportunidades de inversión que tenga su creciente base industrial en sectores clave en el exterior; es decir, a través de sus ET, tales como tecno-

²¹ UNCTAD, *World Investment Report 2018*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2018, pp. 61 y 184.

²² “Global 2000: Las empresas más grandes del mundo de 2018”, *Forbes*, México, 7 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/global-2000-las-empresas-mas-grandes-del-mundo-de-2018/>.

²³ UNCTAD, *World Investment Report 2018*, cit., pp. 28 y 29.

logía de la información, telecomunicaciones y otras tecnologías de vanguardia, industrias básicas, bienes de capital, servicios, agricultura y propiedad intelectual. En resumen, sostiene que el comercio y la IE crearán nuevas oportunidades para EE UU y preservarán su fuerza inconmensurable en los asuntos económicos, políticos y militares. La Administración de Comercio Internacional (ITA, por sus siglas en inglés), subraya que su misión es “coadyuvar a crear oportunidades económicas para los negocios y trabajadores americanos a través de la inversión y del comercio; que son las bases para promover la prosperidad y un mundo mejor”.²⁴

En el discurso oficial para el gobierno estadounidense, las normas internacionales para la protección a la inversión extranjera derivadas de sus diferentes instrumentos, tienen como finalidad proteger los intereses de sus inversionistas en el extranjero, desarrollar políticas orientadas al mercado en los países socios y promover las exportaciones estadounidenses.²⁵ De acuerdo al gobierno de EE UU las ET requieren, para desplegarse en un determinado país, que todos sus sectores estén abiertos a la inversión extranjera, así como una adecuada infraestructura, burocracias flexibles, condiciones macroeconómicas estables, acceso a los recursos nacionales y gobernanza. Estas exigencias evidencian la búsqueda de las condiciones más idóneas para el despliegue de sus empresas transnacionales.²⁶ Para ello el gobierno se compromete a otorgar a las inversiones en el extranjero seis beneficios básicos, que se insertan en el clausulado de los acuerdos en materia de inversión, que son:

- Trato nacional y de nación más favorecida (NMF) para sus inversiones;
- Claridad y limitación en las expropiaciones;
- Garantía de libre transferencia de fondos por parte de los inversionistas;
- Limite a la habilidad de los gobiernos receptores de imponer requisitos de desempeño o condiciones para el establecimiento o mantenimiento de la inversión;

²⁴ International Trade Administration, “Promoting Trade and Investment”, 18 de abril de 2017. Disponible en: <http://trade.gov/promotingtrade/index.asp>.

²⁵ Office of the United States Trade Representative, “Bilateral Investment Treaties”, 8 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>.

²⁶ Barefoot, Kevin B. y Raymond, J. Mataloni Jr., “U.S. Multinational Companies”, U.S. Bureau of Economic Analysis, Operations of Multinational Companies. U.S. Direct Investment Abroad, p. 74.

- Evitar se restrinja la movilidad del personal gerencial de la inversión o se solicite que parte de la planta productiva tenga una determinada nacionalidad, y
- Ofrecer un mecanismo de solución de controversias entre un inversionista y el país contratante por medio de tribunales arbitrales, sin tener que usar los nacionales.²⁷

Estados Unidos ha creado una amplia red de acuerdos internacionales de distinta índole para regular la inversión extranjera, pero nos remitiremos en el presente trabajo a los BIT y los TLC.

IV. EL MODELO ESTADOUNIDENSE DE BIT

La diferencia entre un BIT y un TLC es que, mientras el primero se limita a regular la inversión extranjera, este último es un instrumento mucho más complejo que eslabona, junto con las libertades para la IE, una serie de normas que en su conjunto crean las condiciones perfectas para la entrada, instalación y funcionamiento de las ET; no sólo haciendo alusión a la apertura comercial, sino a las reglas de protección de propiedad intelectual, las oportunidades que se les abren de incursionar en las compras del sector público y servicios, etcétera.

Los denominados tratados bilaterales de inversión son un instrumento bilateral que surgió hace varias décadas, pero que fue hasta después de 2000 cuando se incrementó su uso de una forma nunca antes vista.²⁸

Hay dos tipos básicos de BITs, el clásico europeo y el estadounidense. El primero es más acotado y más balanceado entre promoción y protección de la inversión, mientras el segundo se enfoca primordialmente en la protección con medidas más estrictas.²⁹ Ambos en su contenido incluyen las

²⁷ Trade Compliance Center, “Bilateral Investment Treaties”, 21 de agosto de 2017. Disponible en: http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002699.asp.

²⁸ Los BIT pasaron, de menos de 400 antes de los años noventa a más de 2,000 al principio del siglo XXI, de acuerdo con las cifras de la UNCTAD, en 2005 ya se habían firmado 2,392. Además, ya entrada la década de los noventa se registraron cambios en las legislaciones de más de sesenta Estados en materia de IE, de los que el 94% estaban encaminadas a favorecerla. UNCTAD, *World Investment Report 2005*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2005, pp. 20-22.

²⁹ Algunos mecanismos usados en el modelo europeo de BIT para promoción de la IE es ofrecer incentivos condicionados a ciertos requisitos de desempeño, intercambiar información y facilitar los trámites.

cláusulas de trato nacional y nación más favorecida para inversiones establecidas, compensación por expropiación, derecho de libre transferencia, resolución de disputas Estado-Estado y en algunos inversionista-Estado, porque esta fórmula es más característica del modelo estadounidense. Mientras el modelo de EE UU incorpora aspectos como la prohibición de expropiación como de cualquier medida equivalente y de los requisitos de desempeño, el trato nacional y de nación más favorecida con respecto a los derechos de pre-establecimiento, entre otros aspectos innovadores.³⁰ Para efectos de este trabajo nos centraremos en el modelo estadounidense de BIT.

Parafraseando la definición disponible en la página electrónica del Trade Compliance Center, los BIT son acuerdos bilaterales encargados de promover y proteger las inversiones recíprocas de los países y para el gobierno de EE UU, un tratado bilateral de inversión tiene por objeto garantizar que los inversionistas estadounidenses reciban el trato de nación más favorecida o trato nacional (lo que sea mejor) en el país signatario. Se protege a los inversionistas estadounidenses contra los requisitos de desempeño, las restricciones a las transferencias y contra la expropiación arbitraria. También los BIT, establecen los procedimientos para la solución de controversias y, por ende, proporcionan un entorno más abierto y seguro para la inversión, promoviendo el desarrollo del sector privado.³¹

En 2008 se concluyeron 58 nuevos BIT, de los cuales en 46 participaron Estados en desarrollo y en 38, países desarrollados; pero sólo trece fueron entre países en desarrollo. El número total de este tipo de acuerdos para 2017 superó los tres mil.³² Esto nos muestra que es un instrumento ampliamente usado en los últimos años, donde Estados Unidos tiene un gran dinamismo. Aunque también algunos han sido denunciados por países en desarrollo, cuestionando sus efectos negativos para el desarrollo econó-

³⁰ Vandevelde, Kenneth, *U.S. International Investment Agreements*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 19 y 20.

³¹ La Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos y el Departamento de Estado, llevan a cabo conjuntamente las negociaciones de los BIT, con la asistencia del Departamento de Comercio y el Tesoro. El potencial BIT tiene que recibir el consejo y consentimiento del Senado antes de ser ratificado y entrar en vigor. Así, estos estarán en vigor durante diez años y seguirán a menos que una parte los denuncie con una notificación por escrito con un año de antelación a la otra parte para requerir su terminación. Trade Compliance Center, *op. cit.*

³² UNTAD, *World Investment Report 2018*, *cit.*, p. 32.

mico y su escasa compatibilidad con las políticas nacionales, ejemplo de ello son Bolivia y Ecuador.³³

En el desarrollo de estas negociaciones ha participado de forma destacada EE UU, con 39 BIT en vigor y seis en espera de ratificación, todos con países en desarrollo, y de los cuales nueve son con Estados latinoamericanos.³⁴ Asimismo se han firmado otros seis en espera de ser ratificados, entre los cuales figuran uno con El Salvador, otro con Haití y el último con Nicaragua.

El gobierno estadounidense establece que los BIT tienen como fundamento proteger sus inversiones en el exterior, principalmente en los países donde los derechos de los inversionistas no están ya protegidos por otros acuerdos y sus objetivos son:

- Fomentar la adopción de políticas nacionales orientadas al mercado, que den un tratamiento de la inversión privada de manera abierta, transparente y no discriminatoria.
- Apoyar el desarrollo de las normas del derecho internacional en consonancia con estos objetivos.

Para cumplir con estos objetivos se ofrecen los seis lineamientos básicos que ya se mencionaron previamente en las cláusulas de los acuerdos de IE.

De forma general, este tipo de tratados cubren varios puntos esenciales, que van desde el ámbito de aplicación hasta la resolución de controversias, en donde debe remarcarse que, pese a que existen excepciones, en lo general, comparten una misma estructura.

El primer punto en los BIT es el referente al ámbito de aplicación, que alude tanto a las partes contratantes como a sus respectivas inversiones, por lo que se enuncia una definición de inversión, en donde prevalecen dos fórmulas: la más amplia que estipula qué se entenderá por “inversión” a toda clase de activos tales como bienes muebles o inmuebles, acciones, derechos e intereses de toda naturaleza, incluyendo derechos de propiedad; y la más delimitada, que se remite a una lista de todos los aspectos que pue-

³³ Sólo en 2008 Ecuador denunció 9 BIT.

³⁴ Los nueve países latinoamericanos con los que EE UU tiene un BIT en vigor son: Argentina, Bolivia, Ecuador, Granada, Honduras, Jamaica, Panamá, Trinidad y Tobago, y Uruguay. Ver Trade Compliance Center, *op. cit.*

den considerarse como inversión.³⁵ También se incluye una definición de “inversionista”, donde se agrupa de forma general a los nacionales, ya sean personas físicas o morales.³⁶

La apertura sectorial en los BIT y TLC suscritos por EE UU se aplica a todos los sectores, a excepción de las reservas, aunque existen casos donde algunos países no hacen reservas, como el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos con Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR, por sus siglas en inglés);³⁷ así, éstos instrumentos incluyen una lista de sectores y actividades económicas explícitamente excluidas del acuerdo.

Cabe señalar que, aunque la mayoría de estos acuerdos no son retroactivos, hay algunos pocos que se aplican no sólo a las inversiones que se lleven a cabo a partir de la firma del acuerdo, sino a las ya existentes antes del mismo.

En lo concerniente a la aplicación en el tiempo, en su mayoría este tipo de tratados prevé que entren en vigor un mes después de que se depositen los instrumentos de ratificación por las partes y se mantengan así por un período inicial de diez años, factibles de extenderse por mutuo acuerdo de las partes.³⁸

En el tratamiento y protección de las inversiones, punto neurálgico de los BIT, anteriormente se limitaba a brindar un trato justo y equitativo a las inversiones de conformidad con los principios del derecho internacional o se remitía a las legislaciones nacionales.³⁹ Ahora se complementa o se susti-

³⁵ La fórmula más utilizada en los BIT recientes es la que busca incorporar toda clase de inversión, como son los nuevos instrumentos financieros o las nuevas formas de transacción. Ejemplo de ello son los suscritos por EE UU con Argentina (1991), Bolivia (1998), Ecuador (1993), El Salvador (1999) y Honduras (1995). Mientras los BIT de la fórmula más restringida son los de EE UU con Granada (1986) y Haití (1983).

³⁶ Normalmente la definición de “nacional” ésta sujeta a la legislación interna de cada parte, y pueden prevalecer distintas formas para determinarla, principalmente en el caso de las personas jurídicas, como el asiento o lugar de constitución, el control directo o indirecto de la empresa, o una combinación entre éstos.

³⁷ Mientras los países centroamericanos no reservaron ningún sector, EE UU sí reservó los siguientes sectores: telecomunicaciones, servicios sociales, minorías sociales y económicas, transporte marítimo, trato preferencial en otros acuerdos internacionales y trato preferencial en relación con los sectores de aviación, pesca y asuntos marítimos.

³⁸ Kaplan, Marcos y Manrique, Irma, *Regulación de los flujos financieros internacionales*, México, UNAM, 2000, pp. 108 y 109.

³⁹ En muchos BIT firmados por países en desarrollo, particularmente latinoamericanos, se establece que las inversiones se admitirán “de acuerdo con la legislación vigente en la parte

tuye con los principios de trato nacional, de nación más favorecida y un nivel mínimo de trato, como parte de la no discriminación.

La *no discriminación* prohíbe básicamente el trato desigual en contra de las inversiones que realicen los inversionistas de la otra parte a través de los tres principios antes mencionados. La cláusula de *trato nacional* establece el compromiso de otorgar a los inversionistas e inversiones de la otra parte un trato no menos favorable que el dado a las inversiones e inversionistas nacionales. El principio de *nación más favorecida* consiste en hacer extensivos para la otra parte del acuerdo todos los beneficios que se brinden a las inversiones de un tercer Estado.⁴⁰ Finalmente, el *nivel mínimo de trato* rescata al trato justo y equitativo; para el que no existe una definición por lo que se liga con los principios del derecho internacional consuetudinario para su interpretación. En los BIT firmados por Estados Unidos este precepto se combina con el de *seguridad y protección plenas*.⁴¹

Otro aspecto de los BIT es el prohibir los requisitos de desempeño, restringiendo una práctica que había sido utilizado con frecuencia por los países en desarrollo para vincular a las inversiones con el desarrollo nacional, es decir, que impide imponer o hacer cumplir algún tipo de condición para su establecimiento, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación o el funcionamiento de una inversión.⁴²

Un punto más es el relacionado con la libre transferencia, que establece la libertad plena de la otra parte para transferir todo tipo de fondos relacionados con las inversiones, donde casi siempre se incorpora una lista, sin embargo, en algunos tratados se remarca que tal lista no limita el tipo de pagos a transferir. De igual forma se menciona que las transferencias deberán ser en moneda convertible y sin demora.

receptora”. Zabludovsky, Jaime y Gómez Lora, Sergio, *Principales retos de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos: disciplinas en materia de inversión*, Washington D.C., INTAL-BID, 2005, p. 5.

⁴⁰ En la mayoría de estos tratados se prevé una serie de excepciones explícitas, principalmente en lo que se refiere a las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida con respecto a los privilegios dados a terceros Estados como resultado de cualquier proceso de integración o de cualquier tratado internacional en materia tributaria.

⁴¹ Kaplan, Marcos y Manrique, Irma, *op. cit.*, p. 110.

⁴² El BIT entre EU UU y Nicaragua fue de los primeros en prohibir totalmente los requisitos de desempeño, seguido por otros como los que se tiene con Honduras, El Salvador y Uruguay que también siguieron esta tónica.

Esta libertad de transferencia es una contradicción, puesto que los BIT en el preámbulo declaran fomentar las inversiones de largo plazo, pero no establecen normatividad alguna para el tipo de inversión, el tiempo de permanencia de la misma, etcétera. Así que no existe, ni en la práctica ni en la teoría, una real diferenciación de las inversiones a largo plazo de las especulativas, lo que permite que las prácticas de los capitales golondrinos aumenten, al igual que el riesgo de crisis financieras.

En lo que corresponde a la expropiación, ésta queda prohibida, salvo algunas excepciones en determinadas circunstancias, como el estar relacionadas con el bienestar público, con apego a la legislación nacional y con un inmediato y justo pago de indemnización. La utilidad pública no puede estar sustentada en intereses de grupo; más, no existe una definición precisa y a veces se sustituye o complementa con otras expresiones como interés nacional, seguridad nacional o interés social, entre otras. Algunos BIT llevan esto al extremo y permiten reclamar indemnización, no sólo por pérdidas en una inversión en operación, sino por oportunidades no logradas de ganancia en relación a una inversión aún en proyecto.⁴³

En lo que alude a la solución de controversias, existe el nivel más común, que se refiere a los conflictos entre los Estados parte, para lo que se creará un tribunal *ad hoc*, al cual se someterá la controversia, siempre y cuando se haya intentado la negociación sin resultados satisfactorios.⁴⁴ El tiempo que se concede para la resolución varía, mientras que para el pago de la indemnización se usa generalmente la expresión de “al valor del mercado” o “al justo valor del mercado” y que el pago sea transferible y realizado sin demora. Como nivel innovador, se incluyen las controversias entre un Estado parte y un inversionista (de la otra parte); que de igual manera serán dirimidas en un tribunal *ad hoc*.

En la generalidad de los casos se remite al arbitraje en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), o el de su mecanismo complementario, cuando alguna de las partes no sea miembro del mismo. Actualmente, se ha extendido a formas alternativas de arbitraje, como el de la Comisión de las Naciones Unidas

⁴³ Calderón Salazar, Jorge A. (coord.), *México en un mundo global*, México, Friedrich Ebert Stiftung, 2001, p. 216.

⁴⁴ A este punto por lo general se agrega una lista con los detalles del procedimiento para formar el tribunal, y para que legislación se aplicará, casi siempre se recurre a lo dispuesto en el tratado o al derecho internacional.

sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o en el caso de algunos de ellos, firmados por EE UU, se remiten a la Cámara Internacional de Comercio (CIC).⁴⁵

Este apartado sobre controversias entre un Estado y un inversionista da facilidades a los inversionistas para poder demandar y enjuiciar a un Estado anfitrión en igualdad de condiciones a nivel internacional, sin la obligación de agotar en primera instancia los mecanismos jurídicos internos. Como señala Jorge A. Calderón, no existe la contraparte donde el Estado anfitrión pueda demandar a un inversionista extranjero por malas prácticas.⁴⁶

En pocas palabras, este tipo de tratados están orientados a favorecer el flujo de inversiones hacia los países en desarrollo por parte de EE UU que, como exportador de inversiones, suele pactarlos con países receptores de inversiones; pero, como subraya Antonio Belaurde Moreyra, esta asimetría no la refleja el contenido del acuerdo, ya que están concebidos en pie de igualdad.⁴⁷ Además, en el caso de Latinoamérica, EE UU resguarda su papel como principal inversionista.

Los BIT por mucho tiempo fueron los principales instrumentos en la materia utilizados por Estados Unidos y, por tanto, con los parámetros más extensos para la protección y promoción de las inversiones externas, hasta que se incluyeron sus regulaciones como parte de los TLC, que no sólo han igualado su contenido, sino que lo han superado.

V. DEL TLCAN AL UMSCA

El UMSCA, firmado el 30 de noviembre de 2018, es el mejor referente para comprender la estrategia actual de la administración Trump para la IE por medio de los TLC; pues, no sólo demuestra la forma en que un país poco desarrollado puede negociar con la primera potencia mundial, sino también los contenidos que Estados Unidos está manejando como parte de su agenda en esta materia. Este representa una señal diáfana respecto a la intención de la primera potencia económica de solicitar, a cambio de la apertura de su mercado de bienes, la inclusión de estas disciplinas, además de algunas otras,

⁴⁵ Kaplan, Marcos y Manrique, Irma, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁶ Calderón Salazar, Jorge A., *op. cit.*, p. 218.

⁴⁷ Belaurde Moreyra, Antonio, “Enfoque histórico de la promoción y protección de las inversiones”, *Revista del Foro*, Lima, año XXIX, enero-junio de 1991, p. 227.

en toda negociación de libre comercio, principalmente cuando se trata de economías en desarrollo como las de sus vecinos del sur.⁴⁸

Se debe señalar que el USMCA tiene como precedente el TLCAN, el cual entró en vigor el 1o. de enero de 1994 y fue el primer acuerdo comercial en incluir una amplia regulación para la inversión extranjera. Es preciso reconocer el carácter único del TLCAN como que crea una nueva generación de TLC; no sólo por el hecho de conjuntar miembros con grados tan heterogéneos de desarrollo en condiciones de igualdad, como México por una parte y Estados Unidos junto con Canadá, por la otra. Sino por ser un tratado que rebasa por mucho su carácter netamente comercial para conjuntar una plétora de disciplinas en diversas materias relacionadas con el comercio, tales como, servicios, propiedad intelectual y, por supuesto, inversiones; que es uno de los aspectos más relevantes dentro del acuerdo y con amplias repercusiones en la configuración jurídica y económica de los miembros, principalmente de México.⁴⁹

El TLCAN no puede ser considerado como un tratado esencialmente comercial, dado que es también un tratado de libre inversión, como enfatiza el especialista británico, E.V.K. FitzGerald: “la implicación más importante del NAFTA para México y América Latina es la referida al régimen de inversión extranjera”;⁵⁰ esto bajo el sustento del énfasis que se le brinda a éste aspecto al introducir una amplia legislación internacional en la materia; en suma al avance que significa, puesto que en el comercio entre los miembros ya se había liberalizado, mientras que el tema de inversiones

⁴⁸ Los TLC de Estados Unidos con Canadá y Australia (2004), por ser socios desarrollados con regímenes modernos de inversión, no incluyen un mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado, como tampoco lo incluyen los firmados con Israel, Bahrein y Jordania. En el caso de Israel, aparte de no ser un país en desarrollo el acuerdo data de mucho tiempo (1985) y es menos detallado y abarcador que los actuales. En los casos de Bahrein y Jordania su ausencia se explica por la existencia de BIT previos, firmados en 1999 y 1997, respectivamente. Esto evidencia la intención de EE UU de proteger su inversión principalmente en los países en desarrollo.

⁴⁹ El único acuerdo previo de libre comercio con regulación para la IE era el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (ALCCEU) de 1988, asimilado por el TLCAN, que, si bien contenía un capítulo similar al de éste en materia de inversión, está lejos de ser tan comprensivo, extenso y riguroso.

⁵⁰ Fitzgerald, E.V. K., “Trade, Investment and NAFTA: The Economics of Neighbourhood”, en Bulmer-Thomas, Víctor y Dunkerley, James (eds.), *The United States and Latin America: The New Agenda*, Cambridge-Massachusetts, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University-Institute of Latin American Studies, University of London, 1999, p. 115.

nunca se había tratado formalmente, ya que siempre había existido un desacuerdo sobre el contenido de un posible acuerdo exclusivo para la inversión. El capítulo XI del TLCAN, referente a las inversiones, y punto medular del tratado, en su momento fue uno de los más amplios en la materia, o el más extenso si tomamos en cuenta que es un TLC.⁵¹ No hay que perder de vista que el TLCAN trascendió al convertirse en el precedente por excelencia para los subsecuentes TLC que se han y se están firmando no sólo en el hemisferio occidental, sino en el mundo, principalmente en los que Estados Unidos participa.

EITLCAN se diferencia de los acuerdos clásicos de libre comercio por su capítulo sobre IE y por incluir un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado que, como señala Bernardo Sepúlveda, vulnera la jurisdicción nacional al delegar facultades privativas del Estado a una autoridad supranacional, rompiendo definitivamente con los principios defendidos por la Cláusula Calvo y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.⁵² Esto implicó expandir el mecanismo a sus socios fronterizos y al mismo tiempo crear un modelo de acuerdo para firmar con países en desarrollo.⁵³

La firma del TLCAN tuvo como uno de sus principales pilares la regulación de la IE; desde el punto de vista de Canadá y México esto serviría como imán para la atracción de mayores flujos de ese tipo de capital, mientras que para EE UU representaba una oportunidad de expandir y reforzar su presencia económica en sectores antes vetados a sus ET.⁵⁴ En esta lógica, se evidencia que este capítulo repercutió principalmente en México⁵⁵ si se considera que

⁵¹ El precursor más cercano del capítulo XI del TLCAN es el capítulo sobre la misma materia que se incluyó en el Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos (ALCCEU), el cual también contiene disposiciones para la protección y liberalización de las inversiones; sin embargo, no incluía el mecanismo de solución de disputas inversionista-Estado.

⁵² Sepúlveda Amor, Bernardo, "Derecho internacional y soberanía nacional: el TLC y las reivindicaciones de la jurisdicción mexicana", en Madrid Hurtado, Miguel de la *et al.*, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM-The American Society of International Law, 1997, p. 112.

⁵³ Vega Cánovas, Gustavo *et al.*, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte* UNAM-COLMEX, México, 2005, p. XIX.

⁵⁴ Ibarra, Marilyn y Koncz, Jennifer, "Direct Investment Positions for 2008" U.S. Bureau of Economic Analysis, *Operations of Multinational Companies. U.S. Direct Investment Abroad*, pp. 20 y 21.

⁵⁵ La política de México hacia la IE se había caracterizado por ser restrictiva y selectiva, sin embargo, esto empezó a modificarse hacia la liberalización a partir de la administración de Miguel de la Madrid y ampliada con la de Carlos Salinas de Gortari.

las reglas en la misma materia tanto en Estados Unidos como en Canadá⁵⁶ ya eran flexibles.

El TLCAN se inspira en el modelo de BIT estadounidense, así como el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y EE UU. Su contenido se estructura de forma muy similar, puesto que tiene como puntos rectores la apertura sectorial, el trato a la inversión, los requisitos de desempeño, la transferencia, la expropiación y la solución de controversias. No obstante, hay muchos puntos en lo que el capítulo XI es innovador al compararse con los acuerdos previos de IE porque, esencialmente, vincula la regulación de las inversiones con el comercio y otros sectores como la propiedad intelectual e incluye un sistema de resolución de controversias entre el inversionista y el país. Asimismo, el TLCAN incluye la protección pre-establecimiento, es decir, que se aplica a las inversiones ya existentes antes de que el acuerdo entrara en vigor. Esto explica el origen del “modelo TLCAN” como cimiento para otros acuerdos y para el propio AMI.⁵⁷

Desde que entró en vigor el TLCAN, y gracias a la misma experiencia estadounidense en la firma y aplicación de acuerdos en materia de inversión, su normatividad internacional en este aspecto ha evolucionado, y esto se refleja en el contenido del capítulo del UMSCA, el cual ya los incorpora, aunque sigue la misma estructura de su predecesor.

Dejando a un lado toda la expectativa, sincretismo y opacidad que marcaron a las negociaciones del UMSCA en relación con la regulación de la inversión extranjera, se le da continuidad al modelo de BIT estadounidense y sigue acorde a los lineamientos marcados por las administraciones anteriores. El capítulo XIV del UMSCA, denominado por el Presidente Trump como el “más moderno, actualizado y equilibrado acuerdo”, a la luz del TLCAN, tiene las siguientes características:

⁵⁶ Canadá cambió su enfoque hacia la IE durante los años ochenta. En 1985 la Foreign Investment Review Agency (Agencia Revisora de la IE) de Canadá, la cual se encargaba de revisar la mayor parte de la IE a fin de comprobar su beneficio a la nación, fue remplazada por la Investment Canada con el fin primordial de trabajar en la promoción a la IE, con un cambio en el procedimiento de revisión que lo hiciera más flexible y racional. Graham, Edward M., y Wilkie, Christopher, “Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales, las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA)”, *ARS IURIS*, México, núm. 21, 1999, p. 38.

⁵⁷ Melgar Manzanilla, P. y Quintero Sánchez, A., “The Impact of NAFTA Chapter XI on México”, *Opción*, año 24, núm. 14, 2018, pp. 1663 y 1664.

- No hay un cambio radical en las disposiciones, se incluyen ciertas precisiones conceptuales emanadas de la experiencia del TLCAN, principalmente para clarificar conceptos y evitar lagunas jurídicas.
- Incluye a las empresas paraestatales, ya que en el TLCAN estas no eran objeto de las regulaciones del capítulo XI, en el nuevo acuerdo deben respetar los principios de trato nacional y nación más favorecida, así como las demás cláusulas, e igualmente pueden ser demandadas en un tribunal arbitral. Esto reproduce los lineamientos que ya había negociado Estados Unidos en el TPP.⁵⁸
- Se limita y sofisticada el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, esto como respuesta a los abusos presentados en el TLCAN por demandas infundadas y procedimientos altamente costosos.⁵⁹ Para los inversionistas en general, se limita la posibilidad a acudir a este mecanismo, sólo podrán hacerlo por cuestiones relacionadas con trato nacional, trato de nación más favorecida o expropiación directa; las demás violaciones solo podrán dirimirse en el procedimiento Estado-Estado. Mientras que para los inversionistas en sectores estratégicos, se conserva el mecanismo inversionista-Estado tradicional para todas las disposiciones. Los sectores estratégicos son únicamente energía, generación de electricidad, transporte, telecomunicaciones e infraestructura. Se debe enfatizar el hecho de que el sistema de solución de controversias inversionista-Estado ha sido de las partes más criticadas en los acuerdos de inversión, ya que una empresa privada puede demandar al Estado en pie de igualdad en un tribunal arbitral *ad hoc*, eludiendo a las leyes y a los tribunales nacionales del país demandado.
- En el caso de México, se abren todos los sectores que habían quedado excluidos parcial o totalmente en el capítulo XIX del TLCAN, para ser susceptibles de inversión extranjera.
- Canadá se reservó de este capítulo.⁶⁰

⁵⁸ Quintero Sánchez, Adelina, “Retos y disyuntivas del proceso de negociación y entrada en vigor del Acuerdo de Asociación Transpacífico (ATP): un estudio crítico de caso”, en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, 2017, pp. 299-302.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 312 y 313.

⁶⁰ Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA), capítulo XIV, 2017.

Lo negociado en el USMCA refleja que la administración de Trump conserva el mismo interés de proteccionismo hacia sus empresas que operen en México y Canadá, por lo que la regulación en materia de inversión extranjera lejos de modificarse se ha endurecido y extendido a nuevos sectores antes vetados para la inversión en México y a nuevos actores, haciendo referencia a las empresas paraestatales que gozaban de fuero ante las posibles demandas por parte de inversionistas foráneos.

Más allá del USMCA hay otras iniciativas y acciones relacionadas con la regulación de la inversión extranjera por parte del gobierno actual de EE UU, que se deben considerar.

En primera instancia, la orden ejecutiva por la que el presidente Trump retira a su país del TPP, el 23 de enero de 2017, se podría considerar un retroceso en el objetivo de ampliar su regulación internacional hacia la IE, principalmente en una región estratégica, que es el sudeste asiático, donde está avanzando China con la firma de distintos instrumentos para la inversión extranjera que siguen su propio modelo e interés nacional. No obstante, no se puede soslayar el trasfondo político que matizó la decisión y las últimas declaraciones del gobierno estadounidense que al parecer está reconsiderando formar parte del acuerdo.⁶¹

La oposición que ha mostrado el primer mandatario estadounidense hacia el comercio y la inversión externa, son parte de un discurso neoproteccionista, para sustentar el andamiaje ideológico que lo llevó al puesto que ostenta. No obstante, como señalan, Adam S. Chilton, Helen V. Milner y Dustin Tingley, una cosa es la retórica discursiva y las cuestiones que se manejan en los medios masivos de comunicación y otra, son las políticas y acuerdos que se firman en las diferentes materias; como sucede en relación con el comercio y la inversión.⁶²

Por otro parte, se debe considerar que Estados Unidos no ha denunciado otros acuerdos de libre comercio ni ha siquiera intentado sustraerse de sus acuerdos bilaterales de inversión, siendo uno de los países con el mayor número de este tipo de instrumentos. Actualmente tiene en vigor acuerdos con Albania, Argentina, Armenia, Azerbaijan, Bahrein,

⁶¹ Adelina Quintero, *op. cit.*, pp. 296 y 297.

⁶² Chilton, Adam S. *et al.*, "Reciprocity and Public Opposition to Foreign Direct Investment", *British Journal of Political Science*, 2017, p. 13.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

Bangladesh, Bolivia, Bulgaria, Camerún, República Democrática del Congo, Croacia, República Checa, Ecuador, Egipto, Estonia, Georgia, Granada, Honduras, Jamaica, Jordania, Kazakistán, Kirguistán, Latvia, Lituania, Moldavia, Mongolia, Marruecos, Mozambique, Panamá, Polonia, Rumania, Ruanda, Senegal, Eslovaquia, Sri Lanka, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania y Uruguay.⁶³

Asimismo, se ha dado seguimiento a los acuerdos marco para el comercio y la inversión (TIFA, por sus siglas en inglés), que han firmado con incontables países de África, Medio Oriente y Asia. Los TIFA son acuerdos que sólo establecen un marco de cooperación entre las partes contratantes y esa cooperación frecuentemente toma la forma de un marco institucional para dar seguimiento a las reglas de inversión e identificar los plazos requeridos para lanzar las futuras negociaciones para la liberalización y protección de la inversión. La meta a largo plazo de los TIFA es que cristalicen en acuerdos más sustantivos, como los BIT.⁶⁴ En el caso de África, de igual manera se cuenta con el Acta Africana de Crecimiento y Oportunidad (AGOA, por sus siglas en inglés), la cual tiene como objetivo fomentar oportunidades de comercio e inversión en los países de África Subsahariana.⁶⁵

Por último, no se debe olvidar que Estados Unidos es el país con más tratados de doble imposición (DTT, por sus siglas en inglés); que indirectamente forman parte de su esquema internacional de regulación para la inversión extranjera, al estar enfocados en evitar que a sus empresas transnacionales se les duplique el cobro de impuestos y con esto igualmente se busca que los impuestos queden en Estados Unidos y no se paguen en los países donde tienen inversiones sustanciales.⁶⁶

⁶³ Los BIT con Bolivia y Ecuador han sido denunciados por los respectivos países latinoamericanos, por lo que el primero ya no está en vigor y el segundo termina en 2018. Office of the United States Trade Representative, “Bilateral Investment Treaties Currently in Force (from the Trade Compliance Center)”, 18 de agosto de 2017. Disponible en: https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp.

⁶⁴ Office of the United States Trade Representative, “Trade & Investment Framework Agreements”, 25 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/trade-investment-framework-agreements>.

⁶⁵ Office of the United States Trade Representative, “African Growth and Opportunity Act (AGOA)”, 17 de octubre de 2017. Disponible en: <https://ustr.gov/issue-areas/trade-development/preference-programs/african-growth-and-opportunity-act-agoa>.

⁶⁶ EE UU es el país con mayor número de DTT firmados con 153, seguido por Reino Unido con 151 y Francia con 133. Entre los países en desarrollo sobresale China con 99, la Repú-

VI. CONCLUSIONES

La política que ha caracterizado a EE UU en materia de IE responde a sus estrategias de desarrollo nacional para garantizar su hegemonía económica mundial y sustentar su rol como principal emisor y receptor de estos flujos, así como para ser la casa matriz de un vasto número de las principales ET en el mundo. Este objetivo no se ha modificado en forma substancial desde el término de la SGM hasta la fecha, sin importar los cambios de administraciones.

De ahí que en las últimas décadas EE UU es uno de los países más activos en la firma no sólo de BIT y TLC, que incluyen un capítulo para la inversión; sino de otros instrumentos que incorporan esta apertura y protección a sus ET junto con sus inversiones, como los acuerdos marco para el comercio y la inversión que ha firmado con innumerables países en desarrollo en todos los continentes, o los tratados de doble imposición, que utiliza para proteger a sus empresas del doble cobro de impuestos.

Asimismo, es uno de los principales impulsores de la mayor sofisticación y endurecimiento de las normas jurídicas internacionales a favor de la protección de la IE, sin menoscabar el hecho de ser el artífice de la fórmula comercio-inversión, siendo el TLCAN pionero en esta categoría. Hecho que responde a una estrategia más sofisticada que consiste en, por medio de vender las potenciales bondades del comercio, condicionar la inclusión del tema de la IE, tal como las recientes negociaciones del UMSCA lo demostraron fehacientemente. Cabe señalar el hecho de que las contrapartes en todos estos acuerdos son, en esencia, países en desarrollo, en los cuales históricamente ha buscado invertir para obtener materias primas, al tiempo que ha intentado imponer las más amplias garantías para sus empresas.

Actualmente, con el gobierno del presidente Donald Trump se reafirma la misma tendencia con la firma del UMSCA y el seguimiento de sus demás instrumentos internacionales en materia de inversión. En general, las acciones y políticas internacionales en torno a la inversión por parte de dicha administración, aunque más neoproteccionistas, responden al devenir

blica de Corea con 81 e India con 79. De acuerdo con la UNCTAD, Estados Unidos cuenta, aparte de sus BIT, con otros 69 acuerdos con normas para la inversión extranjera. UNCTAD, *Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator*, Nueva York-Ginebra, ONU, 7 de enero de 2018. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

histórico del país en la materia y a su objetivo primario de proteger a sus empresas en el exterior, principalmente cuando se instalan en países en desarrollo. Quizá podría marcar un parteaguas y un cambio en este sentido la firma de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, entre la Unión Europea y EE UU, al considerar que la primera sigue siendo el ente más representativo en la exportación de capitales en el mundo y no concilia intereses con varios principios para la inversión negociados por EE UU, como el referente a la solución de controversias inversionista- Estado. No obstante, es por esa razón, entre otras, que las negociaciones se estancaron después de ser lanzadas por la administración de Obama, principalmente con la llegada de Trump.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, “Las características del arbitraje del CIADI”, en VELÁSQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos (comp.), *El derecho internacional público y privado a través de los debates teóricos actuales en las Universidades de México y el extranjero*, México, UNAM, 2005.
- BAREFOOT, Kevin B. y RAYMOND, J. Mataloni Jr., “U.S. Multinational Companies”, U.S. Bureau of Economic Analysis, *Operations of Multinational Companies*. U.S. Direct Investment Abroad, 2008.
- BELAUDE MOREYRA, Antonio, “Enfoque histórico de la promoción y protección de las inversiones”, *Revista del Foro*, Lima, año XXIX, enero-junio de 1991.
- CALDERÓN SALAZAR, Jorge A., (coord.), *México en un mundo global*, México, Friedrich Ebert Stiftung, 2001.
- CONTRERAS GARCÍA, Joaquín, “Algunas consideraciones sobre la protección a la IED a la luz del derecho internacional privado”, *Jurídica*, México, núm. 24, 1995.
- CHECKLEY, Juan Carlos *et al.*, “La inversión extranjera y los convenios MIGA y OPIC”, *Revista del Foro*, Lima, año XXIX, enero-junio de 1991.
- CHILTON, Adam S. *et al.*, “Reciprocity and Public Opposition to Foreign Direct Investment”, *British Journal of Political Science*, 2017.
- DÁVILA ALDAS, Francisco, “América Latina y la globalización”, *Revista de Relaciones Internacionales*, México, núms. 101 y 102, mayo-diciembre de 2008.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- FITZGERALD, E. V. K., "Trade, Investment and NAFTA: The Economics of Neighbourhood", en BULMER-THOMAS, Víctor y DUNKERLEY, James (eds.), *The United States and Latin America: The New Agenda*, Cambridge-Massachusetts, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University-Institute of Latin American Studies, University of London, 1999.
- "Global 2000: Las empresas más grandes del mundo de 2018", *Forbes*, México, 7 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/global-2000-las-empresas-mas-grandes-del-mundo-de-2018/>.
- FUKUNARI, Kimura, *Issues and Options for the Multilateral, Regional, and Bilateral Trade Policies of the United States and Japan*, Conferencia en la Universidad de Michigan (Ann Arbor), 5 y 6 de octubre de 2000.
- GRAHAM, Edward M., y WILKIE, Cristopher, "Acuerdos económicos regionales y firmas multinacionales, las disposiciones en materia de inversión en el TLCAN (NAFTA)", *ARS IURIS*, México, núm. 21, 1999.
- GUTIÉRREZ-HACES, Teresa y QUINTERO, Adelina, "Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera", *Norteamérica*, México, vol. 11, núm. 2, 2016.
- GUTIÉRREZ-HACES, Teresa, "Inversión extranjera directa en el TLCAN", *Economía*, México, vol. 1, núm. 3, 2004.
- INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION, "Promoting Trade and Investment", 18 de abril de 2017. Disponible en: <http://trade.gov/promoting-trade/index.asp>.
- KAPLAN, Marcos y MANRIQUE, Irma, *Regulación de los flujos financieros internacionales*, México, UNAM, 2000.
- MELGAR MANZANILLA, P. y QUINTERO SÁNCHEZ, A., "The Impact of NAFTA Chapter XI on México", *Opción*, año 24, núm. 14, 2018.
- NASSAR GUIER, Edgar, "La garantía internacional de inversiones", *Relaciones Internacionales*, Costa Rica, 2a. época, 1994.
- O'BRIEN, Thomas, *The Century of U.S. Capitalism in Latin America*, Nuevo Mexico, University of New Mexico Press, 1999.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, "African Growth and Opportunity Act (AGOA)", 17 de octubre de 2017. Disponible en: <https://ustr.gov/issue-areas/trade-development/preference-programs/african-growth-and-opportunity-act-agoa>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, “Bilateral Investment Treaties”, 8 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, “Bilateral Investment Treaties Currently in Force (from the Trade Compliance Center)”, 18 de agosto de 2017. Disponible en: https://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp.
- OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, “Trade & Investment Framework Agreements”, 25 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/trade-investment-framework-agreements>.
- QUINTERO SÁNCHEZ, Adelina, “Retos y disyuntivas del proceso de negociación y entrada en vigor del Acuerdo de Asociación Transpacífico (ATP): un estudio crítico de caso”, en VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, 2017.
- ROETT, Riordan, “La política de los Estados Unidos frente a la integración continental”, *Contribuciones*, año XVIII, núm. 3, julio-septiembre de 2001.
- SAUVANT, Karl P. y ORTINO, Federico, *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*, London, King’s College, London, 2017.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo, “Derecho internacional y soberanía nacional: el TLC y las reivindicaciones de la jurisdicción mexicana”, en MADRID HURTADO, Miguel de la *et al.*, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM-The American Society of International Law, 1997.
- TOLENTINO, Paz Estrella, “Transnational Rules for Transnational Corporations. What Next?”, en MICHIE, Jonathan y GRIEVE-SMITH, John (eds.), *Global Instability: The Political Economy of World Governance*, Londres, Universidad de Londres, 1999.
- TRADE COMPLIANCE CENTER, “Bilateral Investment Treaties”, 21 de agosto de 2017. Disponible en: http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_002699.asp.
- UNCTAD, *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2008.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- UNCTAD, *Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator*, Nueva York-Ginebra, ONU, 7 de enero de 2018. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.
- UNCTAD, *World Investment Report 2005*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2005.
- UNCTAD, *World Investment Report 2018*, Nueva York-Ginebra, ONU, 2018.
- VANDEVELDE, Kenneth, *The First Bilateral Investment Treaties. U.S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties*, EUA, Oxford University Press, 2017.
- VANDEVELDE, Kenneth, *U.S. International Investment Agreements*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- VEGA CÁNOVAS, Gustavo *et al.*, *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte UNAM-COLMEX*, México, 2005.
- ZABLUDOVSKY, Jaime y GÓMEZ LORA, Sergio, *Principales retos de la negociación de un tratado de libre comercio con Estados Unidos: disciplinas en materia de inversión*, Washington DC, INTAL-BID, 2005.

Ensayo sobre algunas implicaciones de la política exterior *America First* en el multilateralismo

Essay on some implications of the America First foreign policy on multilateralism

Essai sur certaines implications de la politique étrangère America First sur le multilateralisme

María Concepción **Juárez Castro***

Laura Elena **Pardo Contreras****

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estados Unidos de América en la arquitectura y defensa del sistema multilateral*. III. *La llegada al poder de Donald Trump: el aislacionismo renovado y los desafíos al orden internacional*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía*.

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y especialista en derecho internacional público por la División de Estudios de Posgrado de la misma facultad.

** Licenciada en Relaciones Internacionales por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y maestra en Derecho Internacional por la Universidad de Sussex. Es asociada del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales.

Artículo recibido el 15 de octubre de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 591-622
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: Estados Unidos de América fue el principal impulsor del multilateralismo y del desarrollo del derecho internacional durante el siglo XX, el ejemplo por excelencia fue la creación del Sistema de las Naciones Unidas. Sin embargo, la llegada de Donald Trump a la presidencia ha revelado algunos desafíos para el ámbito multilateral. Si bien, las acciones recientes de política exterior de su administración ponen a prueba el sistema de gobernanza global, se ha demostrado que la acción multilateral es todavía la mejor manera de enfrentar los grandes problemas de la humanidad. Frente a esos desafíos, diversos temas de la agenda internacional y normas jurídicas deberán demostrar su resiliencia para enfrentar el alejamiento de Estados Unidos de América al sistema del que fue arquitecto.

Palabras clave: multilateralismo, política exterior, gobernanza global.

ABSTRACT: The United States of America was the main promoter of multilateralism and the development of international law in the 20th century, the example par excellence was the establishment of the United Nations System. However, Donald Trump's arrival to the presidency has revealed some challenges for the multilateral sphere in key aspects. Although recent foreign policy actions of his administration have tested the global governance system, it has been demonstrated that multilateral action is still the best way to face the greatest problems of humanity. To address these challenges, various international agenda topics and norms might prove their resiliency to face the distance of the USA towards the system it was the architect of.

Key words: multilateralism, foreign policy, global governance.

RÉSUMÉ: Les États-Unis d'Amérique ont été le principal moteur du multilatéralisme et du développement du droit international pendant le XXème siècle, l'exemple par excellence a été la création du System des Nations Unies. Cependant, l'arrivée de Donald Trump à la présidence a révélee quelques défis dans l'espace multilatérale en domaines clés. Alors que les actions dans la politique étrangère de son administration mettent à l'épreuve la gouvernance globale, on constate que l'action multilatérale reste le meilleur moyen de traiter les grands problèmes de l'humanité. Plusieurs questions à l'ordre du jour international et des normes resteront résilientes pour faire face à la distance des États Unis au système dont ils ont été l'architecte.

Mots-clés: multilatéralisme, politique étrangère, gouvernance globale.

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial diversos países sufrieron transformaciones políticas, económicas, sociales y geográficas, incluso el mundo tuvo que cuestionar si las normas jurídicas, que regulaban las relaciones entre Estados, eran lo suficientemente sólidas y efectivas para mantener la paz y la seguridad internacionales. De esa manera, con el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho —las organizaciones internacionales, los individuos y los beligerantes—, la diversificación y especialización de temas en la agenda mundial y la creación de foros de discusión y deliberación, se desvaneció la preponderancia de las acciones unilaterales y bilaterales de los países que caracterizaron la primera mitad del siglo XX.

Al concluir el conflicto bélico, los Estados que habían participado activamente en él, así como aquellos que habían sido utilizados como corredores para transportar insumos a los combatientes o para el desplazamiento humano, y los territorios que se mantuvieron neutrales, apoyaron la iniciativa estadounidense y británica de constituir una organización mundial que superara las deficiencias de la Liga de las Naciones.¹ Específicamente, destacó el impulso de Estados Unidos de América (EE UU) en el diseño de la nueva entidad: la denominación propuesta por el presidente Franklin D. Roosevelt en la Declaración de las Naciones Unidas del 10. de enero de 1942,² y los planteamientos de estructura y funcionamiento que se plasmaron en la Carta del Atlántico (1941), en las Declaraciones de Moscú y Teherán (1943), en las Conferencias de Dumbarton Oaks y Yalta (1944 y 1945, respectivamente), y por supuesto, en la Conferencia de San Francisco (1945). Así, el 24 de octubre de 1945 surgió la Organización de las Naciones Unidas (ONU), organismo internacional que puso en relieve a nuevos actores y el papel que éstos desempeñan en la comunidad mundial, así como en el desarrollo de las normas que integran el cuerpo jurídico internacional. Con el nacimiento de la ONU, EE UU se convirtió en un país con un papel preponderante en el contexto mundial dada su influencia

¹ Cfr. Carrillo Suárez, Agustín Eduardo, “Los organismos internacionales”, *Curso de actualización de profesores de derecho internacional privado*, Cuadernos de trabajo del Seminario de Derecho Internacional, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2009, p. 54. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4056/12.pdf>.

² Disponible en: <http://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1942-declaration-united-nations/index.html>.

y hegemonía en las decisiones que se adoptaban, no solo como uno de los 51 Estados miembros fundadores, sino como uno de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (CSONU). De este modo, se convirtió en arquitecto del sistema multilateral, artífice de las normas jurídicas internacionales, e influencia en el diseño de la política exterior de varias latitudes.³

II. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA EN LA ARQUITECTURA Y DEFENSA DEL SISTEMA MULTILATERAL

Convencidos que una victoria absoluta sobre sus enemigos es esencial para defender la vida, la libertad, la independencia y la libertad de religión, y preservar los derechos humanos y la justicia tanto en sus propias tierras, así como en otras, y que ahora están comprometidos en la lucha común en contra de las fuerzas bárbaras e inhumanas que tratan de subyugar al mundo...

Declaración de las Naciones Unidas, 1o. de enero de 1942

1. La razón de ser del multilateralismo

Por décadas, la ONU y los organismos internacionales creados posteriormente —algunos establecidos de manera anterior a 1945, como la Unión Postal Universal— han abanderado los problemas que atañen a la comunidad internacional en general. Por ese motivo, los Estados —como sujetos tradicionales del derecho internacional— se unieron, coordinaron y cooperaron entre sí para enfrentar los retos del contexto mundial a través de foros, agrupaciones y posicionamientos que les eran comunes,⁴ a esta figura se le conoce como multilateralismo.

³ Cfr. Corell, Hans, “The Mandate of the United Nations Security Council in a Changing World”, en Ebbesson, Jonas *et al.* (eds.), *International Law and Changing Perceptions of Security: Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden-Boston, Brill-Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 41. Disponible en: <http://www.havc.se/res/SelectedMaterial/20142224ilperceptionsofsecurity.pdf>.

⁴ Para Robert O. Keohane y Lisa L. Martin, “las instituciones internacionales pueden proveer [a los Estados] de información, reducir los costos de transacción y hacer que los compromisos sean más creíbles, establecer puntos focales para la coordinación y facilitar la operación de reciprocidad [entre los actores de la comunidad internacional]” (la traducción es propia). Keohane, Robert O. y Martin, Lisa L., “The Promise of Institutionalist Theory”, *International Security*, Massachusetts, vol. 20, núm. 1, 1995, p. 42. Disponible en: <https://>

El multilateralismo es definido como “una forma institucional que coordina el comportamiento entre tres o más Estados sobre las bases de principios generalizados de conducta” (la traducción es propia).⁵ Esto significa que el desarrollo del derecho y de las instituciones internacionales difuminaron los límites teóricos de la soberanía,⁶ y los Estados aceptaron la necesidad de participar con otros actores —organismos internacionales, individuos, organizaciones no gubernamentales, entidades federativas, empresas transnacionales, comunidades académicas y científicas, etcétera—, para trabajar conjuntamente en temas y enfoques que anteriormente se consideraban exclusivos del ámbito interno o privado. Tal como lo señala el embajador Miguel Ruiz Cabañas, “el multilateralismo es una expresión de la diplomacia y de la política internacional, cuyo objetivo es ofrecer soluciones comunes a problemas comunes”.⁷

Existe la mayoritaria percepción de que determinados asuntos constituyen desafíos para la comunidad internacional en su conjunto, de manera tal que no pueden ser resueltos unilateral o exclusivamente con acciones a nivel interno, sino que necesitan un enfoque común y coordinado, que solo puede alcanzarse a través de la negociación y la voluntad política común de los gobiernos expresada a nivel multilateral.⁸

www.uio.no/studier/emner/hf/iakh/HIS4421/h11/undervisningsmateriale/HIS4421_Keohane-MartinInstitutionalism.pdf.

⁵ Ruggie, John Gerard, “Multilateralism: The Anatomy of an Institution”, *International Organization*, Massachusetts, vol. 46, núm. 3, 1992, p. 568. Disponible en: <https://scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/multilateralism.pdf>.

⁶ Cfr. Tardif, Eric, “Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVI, enero-diciembre de 2010, pp. 307-322. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3929/3452>.

⁷ Ruiz Cabañas Izquierdo, Miguel y Rivera Chávez, María Paulina, “En defensa del multilateralismo”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, núm. 110, mayo-agosto de 2017, p. 11. Disponible en: <https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/numeros/n110/ruizcabanasrivera.pdf>.

⁸ Keohane, Robert O. y Nye, Joseph S., *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1977, citado en Lagos, Enrique, “Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. V, 2005, p. 315. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/122/184#N11>.

La maquinaria del Sistema de Naciones Unidas —incluyendo los órganos principales, sus fondos, agencias especializadas y programas— ha demostrado que el multilateralismo ha sido, en ciertos temas (por ejemplo, el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales —incluyendo el despliegue de las operaciones de mantenimiento de la paz—, el desarrollo sostenible, el desarme nuclear y en algunos casos, el desarme en general; así como la promoción y protección de los derechos humanos) un modelo propicio para la atención de los desafíos de la comunidad internacional. A través de los foros aumenta la membresía, los países interactúan entre sí —independientemente de su localización geográfica o de su desarrollo económico—, participan en procesos de negociación en los que comparten y debaten perspectivas, y son representados en las mesas de discusión.

A pesar de la aceptación del multilateralismo, existen ejemplos exitosos de integración regional en el mundo como la Unión Europea, los cuales no minimizan ni excluyen el progreso del multilateralismo, por el contrario, los bloques regionales resuelven desafíos que son comunes a Estados que mantienen cercanía geográfica, identidad política, económica o cultural, y así, el regionalismo se enfoca en problemas específicos. Es decir, la integración regional se centra en las acciones de un número indefinido, pero limitado de países que buscan la coordinación, convergencia y ayuda mutua para resolver problemas, fortalecer instituciones o mejorar las condiciones de un territorio definido; mientras que el multilateralismo se encarga de atender aquellos retos que ningún Estado o bloque de países puede resolver por sí solos, sino que se requiere de la cooperación colectiva para encontrar soluciones viables a problemas comunes que atañen al mundo entero.⁹

De esa manera, el multilateralismo ha fortalecido las relaciones entre los sujetos de derecho y ha conducido a la formación de normas jurídicas internacionales que permiten alcanzar fines y objetivos comunes; al mismo tiempo, propicia la formulación de las políticas exterior e interior de los Estados, respaldadas y alentadas por los acontecimientos y desarrollos multilaterales.

Las decisiones que los gobiernos adoptan para conducir la política exterior e interior se encuentran interrelacionadas y mantienen un alto

⁹ Al respecto, se sugiere consultar a Forero Rodríguez, Mario A., “Integración y multilateralismo en el marco de las relaciones económicas internacionales”, *Revista Análisis Internacional*, núm. 3, 2011, pp. 54 y 55. Disponible en: <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/download/72/75>.

grado de influencia entre sí, éstas no operan en el vacío. Gabriela Rodríguez señala que la política exterior está sustentada en una serie de principios que derivan de los procesos históricos particulares de cada Estado,¹⁰ y la explica de la siguiente manera:

La política exterior puede definirse como las directrices y estrategias delineadas por cada Estado para conducir sus relaciones con otros Estados y actores internacionales, con intereses claramente establecidos para cumplir objetivos nacionales específicos en el plano internacional.¹¹

Así, como consecuencia de distintas decisiones que se han adoptado en los periodos presidenciales en EE UU, la política exterior de ese país se ha ido transformando. Cada una de las acciones internas ha tenido repercusiones en el exterior, y dado el papel hegemónico de ese país en el escenario mundial, influyen directamente en la formación de las normas jurídicas y en la evolución de las relaciones internacionales.

Múltiples factores internos y externos favorecen la solidez de los Estados, de sus instituciones y de su pueblo, a la par inclinan la balanza dentro de los foros internacionales cuando hay que tomar decisiones y adoptar posicionamientos.

2. *Prioridades de la política exterior de Barack Obama: el acercamiento y la reconciliación con el mundo*

Barack Obama, de formación internacionalista, criticó la visión que consideraba que “el derecho internacional era una invasión a la soberanía estadounidense y una restricción a su capacidad para imponer su voluntad en todo el mundo” (la traducción es propia).¹² Contrario a esto, la política exterior del presidente Obama se basó en privilegiar la prevalencia de intereses mutuos con distintos países. Así, los ejes de la relación con el mundo

¹⁰ Rodríguez Huerta, Gabriela, *México en el mundo. Constitución y política exterior*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 35.

¹¹ *Ibidem*, p. 36.

¹² Goldsmith, Jack, “The Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory of International Law”, *Harvard International Law Journal*, Massachusetts, vol. 57, núm. 2, 2016, p. 455. Disponible en: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Goldsmith_HILJ-Online-Version_23-June-2016_Final.pdf.

fueron: el retiro de las tropas de Iraq, la cuestión de Afganistán y el relanzamiento de las relaciones con amigos y enemigos.¹³ Por ello, los derechos humanos y la democracia sí constituyeron un eje de su política exterior, pero no el centro. Esta premisa le permitió renovar relaciones con Rusia, Irán, China, Sudán y con las instituciones multilaterales, por mencionar algunas.¹⁴

Durante su campaña, Obama criticó a la administración Bush por el débil cumplimiento de los compromisos de EE UU en materia de derecho internacional sobre el uso de la fuerza y los derechos humanos.¹⁵

[S]olo podemos entender la promesa de fundación de esta institución —reemplazar los estragos de la guerra con la cooperación— si naciones poderosas como la mía aceptan restricciones. A veces soy criticado en mi propio país por profesar una creencia en las normas internacionales y las instituciones multilaterales. Pero estoy convencido de que a la larga, renunciar un poco a la libertad de acción, sin renunciar a nuestra capacidad de protegernos o de perseguir nuestros intereses centrales, sino aferrándonos a las reglas internacionales a largo plazo, mejora nuestra seguridad. Y creo que eso no es solo cierto para nosotros (la traducción es propia).¹⁶

De esa manera, la misión encomendada al Departamento de Estado durante la administración Obama fue formar y mantener un mundo pacífico, próspero, justo y democrático, y fomentar las condiciones para la estabilidad y el progreso en beneficio del pueblo estadounidense y de la gente de todo el mundo.¹⁷ Por ello, se puede afirmar que EE UU tuvo una agenda global destinada a cambiar su relación con el mundo. Dentro del acercamiento con amigos y antiguos enemigos se incluyeron aspectos como la

¹³ Packer, George, “Rights and Wrongs”, *The New Yorker*, 17 de mayo de 2010. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2010/05/17/rights-and-wrongs>.

¹⁴ Unger, David, “The Foreign Policy Legacy of Barack Obama”, *The International Spectator*, Bologna, vol. 51, núm. 4, 2016, p. 5. Disponible en: <http://www.iai.it/sites/default/files/unger.pdf>.

¹⁵ Goldsmith, Jack, *op. cit.*, p. 455.

¹⁶ Reilly, Katie, “Read Barack Obama’s Final Speech to the United Nations as President”, *TIME*, 20 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://time.com/4501910/president-obama-untied-nations-speech-transcript/>.

¹⁷ Declaración de misión del Departamento de Estado de Estados Unidos de América 2009-2017. Disponible en: <https://2009-2017.state.gov/s/d/rm/index.htm#mission>.

normalización de las relaciones con Cuba, el apoyo al Acuerdo Nuclear con Irán, la campaña aérea de la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte) sobre Libia bajo el principio de “Responsabilidad de proteger”, la defensa a la Primavera Árabe; y logros como la muerte de Osama Bin Laden y el retiro de tropas de Iraq.¹⁸

Otro de sus principales objetivos fue aliviar las tensiones entre los países musulmanes y EE UU, especialmente en cuanto a la promoción de la democracia como motivación para tomar acciones, por ejemplo, la invasión de Iraq. Así, reconoció en su discurso “Un nuevo comienzo”, pronunciado en El Cairo el 4 de junio de 2009, que ningún sistema de gobierno debe ser impuesto por otro,¹⁹ lo que también ejemplifica su política exterior de privilegiar las coincidencias con sus socios. De lo más comentado —y reprochado— fue la inacción en Siria,²⁰ pues aun cuando había declarado que no intervendría a menos que se utilizaran armas químicas, dejó la decisión a consideración del Congreso cuando se comprobó su uso, y éste decidió no intervenir.²¹

En los dos periodos del presidente Obama, EE UU tomó una serie de decisiones que contribuyeron a incrementar la confianza en las normas jurídicas y en las relaciones internacionales, verbigracia, la lucha contra el terrorismo, el régimen de no proliferación de armas nucleares —a pesar de ser uno de los opositores a la adopción del Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares—,²² la solución de la controversia nuclear con Irán por la vía diplomática (a través del Joint Comprehensive Plan of Action, JCPOA, por su sigla en inglés, o Acuerdo Nuclear de Irán), la apertura de relaciones con Cuba, el apoyo para alcanzar el fin de la guerra entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las po-

¹⁸ Packer, George, “Witnessing the Obama Presidency, from Start to Finish”, *The New Yorker*, 18 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2018/06/18/witnessing-the-obama-presidency-from-start-to-finish>.

¹⁹ Packer, George, “Rights...”, *cit.*

²⁰ Packer, George, “Witnessing...”, *cit.*

²¹ Murdock, Sebastian, “Majority of Republicans Said «No» When Obama Wanted to Launch a Strike on Syria”, *Huffpost*, 4 de julio de 2017. Disponible en: https://www.huffpost.com/entry/republi-cans-strike-syria-trump_n_58e6f71de4b051b9a9da355d.

²² Cf. Rühle, Michael, “The Nuclear Weapons Ban Treaty: Reasons for Scepticism”, *NATO Review*, 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.nato.int/docu/review/2017/also-in-2017/nuclear-weapons-ban-treaty-scepticism-abolition/en/index.htm>.

líticas DACA (Deferred Action for Childhood Arrivals) y DAPA (Deferred Action for Parents of American and Lawful Permanent Residents) para la población migrante, entre otras cuestiones.²³

Sin embargo, el presidente Obama también fue cuestionado duramente por no haber cumplido algunas promesas de campaña que incluían el retiro integral de las tropas de ultramar, la pacificación de Iraq, Libia y/o Siria, el cierre de la prisión de Guantánamo, las protestas de la Primavera Árabe, los cuestionamientos sobre el uso de drones en los conflictos armados y su marco jurídico, la debilidad del Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP [Trans-Pacific Partnership]), las filtraciones de información y espionaje, la anexión de Crimea y Sebastopol a la Federación de Rusia, la crisis en Venezuela, la solución del conflicto palestino-israelí, y la reforma migratoria integral.²⁴

De forma destacada, el 31 de marzo de 2009, la Secretaria de Estado, Hillary Clinton, y la Representante Permanente de EE UU ante la ONU, Susan Rice, anunciaron que su país buscaría un escaño en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU para convertirlo en un cuerpo efectivo, y promover los derechos humanos.²⁵ En mayo de 2009, EE UU fue elegido para tomar un asiento en el Consejo con el apoyo de 167 Estados miembros de la Asamblea General de la ONU (AGONU),²⁶ a lo que Rice manifestó:

Nos presentamos ante el Consejo de Derechos Humanos porque esta administración y, de hecho, el pueblo estadounidense, están profundamente comprometidos con la defensa y el respeto de los derechos humanos de cada persona. Si bien reconocemos que el Consejo de Derechos Humanos ha sido un organismo defectuoso que no ha estado a la altura de su potencial, esperamos trabajar desde adentro con una amplia unidad transversal de Estados miembros para fortalecer y reformar el

²³ Faus, Joan, “La doctrina exterior de Obama, en 11 claves”, *El País*, 15 de marzo de 2016. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/03/14/estados_unidos/1457971957_819516.html.

²⁴ Pereda, Cristina F., “Examen a las grandes promesas de Obama”, *El País*, 18 de agosto de 2016. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/08/17/estados_unidos/1471396016_268432.html.

²⁵ Groves, Steven y Schaefer, Brett, “The U.N. Human Rights Council: No Better for Obama’s Engagement”, *The Heritage Foundation*, 2009. Disponible en: <https://www.heritage.org/report/the-un-human-rights-council-no-better-obamas-engagement>.

²⁶ Los resultados de la votación en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 12 de mayo de 2009 están disponibles en: http://www.un.org/en/ga/63/elections/hrc_elections.shtml.

Consejo de Derechos Humanos y permitirle estar a la altura de la visión que se creó cuando se creó (la traducción es propia).²⁷

Durante su participación en el Consejo, EE UU fue considerado una las delegaciones más activas al emitir pronunciamientos y condenar la situación de los derechos humanos en países como Costa de Marfil, Libia, Guinea y Haití.²⁸ A pesar de eso, el gobierno estadounidense fue duramente criticado tras someterse al Examen Periódico Universal, en 2015. El resultado de esa evaluación fueron 343 recomendaciones en materia de derechos humanos que versaron sobre el uso desproporcionado de la fuerza policial contra la población civil, la discriminación racial y el uso de drones contra civiles. Asimismo, se le recomendó ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, y ser parte de la Convención de la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la de los Derechos de las Personas con Discapacidad.²⁹

También, el presidente Obama defendió el valor de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como foro multilateral, destacó la importancia del intercambio de bienes, servicios e inversiones en todo el mundo, y a la Organización como el espacio guardián y generador de las normas que rigen al sistema de comercio internacional. En diciembre de 2016 durante el 13o. examen de políticas comerciales, el Representante Permanente de EE UU ante la OMC, Michael Punke, señaló lo siguiente:

Nos complace estar observando un consenso cada vez más amplio de que se necesita un multilateralismo pragmático, un multilateralismo que reconozca que el mundo ha cambiado drásticamente en las últimas dos décadas, que algunos paí-

²⁷ Comentarios de la Representante Permanente de los Estados Unidos, Susan E. Rice, después de las elecciones del Consejo de derechos Humanos ante la Asamblea General, citado en Groves, Steven y Schaefer, Brett, *op. cit.*

²⁸ Oficina de Asuntos de Organismos Internacionales del Departamento de Estado de EE UU, “Revitalizing the United Nations and Multilateral Cooperation: The Obama Administration’s Progress”, comentarios, 1o. de febrero de 2011. Disponible en: <https://2009-2017.state.gov/p/io/rm/2011/155854.htm>.

²⁹ *Cf.* Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Estados Unidos de América”, 30o. periodo de sesiones (A/HRC/30/12), 20 de julio de 2015. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A_HRC_30_12_SPA.docx.

ses en desarrollo se han convertido en mercados emergentes competitivos a nivel mundial, liderando economías, y que ese papel, en la economía global, conlleva más responsabilidad (la traducción es propia).³⁰

En concordancia con el discurso proclamado, en diciembre de 2016, el gobierno de Obama incoó un procedimiento contra China —su principal competidor mundial en el ámbito comercial— ante el órgano de solución de diferencias de la OMC. La disputa versó sobre diversas medidas de ayuda interna —subsidios— que el país asiático otorgó a los productores agropecuarios de trigo, arroz indica, arroz japónica y maíz. Así, EE UU consideró que la medida era incompatible con diversos acuerdos previamente celebrados y que limitaban de manera desleal el acceso de sus cereales al mercado chino.³¹

Incluso Obama promovió la decisión de formar parte del Acuerdo de París sobre cambio climático, el cual entró en vigor cuatro días antes de tener lugar la elección presidencial de EE UU. Unos meses más tarde, la política exterior de ese país cambiaría radicalmente.

III. LA LLEGADA AL PODER DE DONALD TRUMP: EL AISLACIONISMO RENOVADO Y LOS DESAFÍOS AL ORDEN INTERNACIONAL

1. *La política exterior de Donald Trump: America First*

El 20 de enero de 2017, Donald Trump se convirtió en el cuadragésimo quinto presidente de EE UU después de un inesperado resultado en la contienda electoral. Durante su campaña declaró que, de llegar a convertirse en mandatario de ese país adoptaría diversas acciones que cambiarían las decisiones que caracterizaron a Barack Obama, incluyendo algunas en materia de política exterior.³²

³⁰ Declaración del embajador de Estados Unidos, Michael Punke, en el 13o. Examen de Políticas Comerciales de la OMC, 19 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speechestranscripts/2016/december/Statement-US-13-WTO-TPR-USA>.

³¹ Cfr. Organización Mundial del Comercio, *Solución de Diferencias DS511: China-Ayuda interna para los productores agropecuarios*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds511_s.htm.

³² Borger, Julian, “In Pledging to Put «America First», Trump Holds the World at his Mercy”, *The Guardian*, 20 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2017/jan/20/trump-inauguration-america-first-foreign-policy>.

Con la llegada de Trump a la presidencia, la relación de EE UU con el mundo cambió. Desde su campaña abogó por una política exterior muy diferente a la de su antecesor con promesas como la construcción de un muro en la frontera con México, el traslado de la embajada estadounidense en Israel hacia Jerusalén —incluso anunció el cierre de la Oficina de Representación de la Organización para la Liberación de Palestina en Washington, DC—, la renegociación del JCPOA, el retiro de las bases militares estadounidenses en Japón y Corea del Sur, la denuncia del Acuerdo de París sobre cambio climático, la reconsideración de su membresía en la OTAN, la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la mejora de las relaciones con Rusia, el término del conflicto en Siria y el bombardeo al Estado Islámico, entre otras.³³

Trump dejó entrever tres creencias: su postura en contra del comercio y de las alianzas, y estar a favor del liderazgo fuerte.³⁴ También fue claro que el fortalecimiento del régimen de gobernanza global no era su objetivo y desde el inicio de su presidencia —a través de la firma de órdenes ejecutivas como “La seguridad fronteriza y aplicación de mejoras migratorias”, o la “Orden Ejecutiva de Independencia Energética”—³⁵ comenzó a menguar el liderazgo de EE UU a nivel mundial.³⁶

³³ Timm, Jane C., “The 141 Stances Donald Trump Took During his White House Bid”, *NBC News*, 28 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/2016-election/full-list-donald-trump-s-rapidly-changing-policy-positions-n547801>.

³⁴ Saunders, Elizabeth N., “Is Trump a Normal Foreign-Policy President? What We Know After One Year”, *Foreign Affairs*, 18 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2018-01-18/trump-normal-foreign-policy-president>.

³⁵ 1) *Minimizing the Economic Burden of the Patient Protection and Affordable Care Act*; 2) *Expediting Environmental Reviews and Approvals for High Priority Infrastructure Projects*; 3) *Border Security and Immigration Enforcement Improvements*; 4) *Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*; 5) *Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*; 6) *Ethics Commitments by Executive Branch Appointees*; 7) *Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*; 8) *Core Principles for Regulating the United States Financial System*; 9) *Enforcing Federal Law With Respect to Transnational Criminal Organizations and Preventing International Trafficking*; 10) *Preventing Violence Against Federal, State, Tribal, and Local Law Enforcement Officers*; 11) *Providing an Order of Succession Within the Department of Justice*.

También véanse las órdenes ejecutivas de Donald Trump en 2017. Disponibles en: <https://www.federalregister.gov/presidential-documents/executive-orders/donald-trump/2017>.

³⁶ Boon, Kristen, “President Trump and the Future of Multilateralism”, *Emory International Law Review*, Atlanta, vol. 31, 2017, p. 1076. Disponible en: <http://law.emory.edu/eilr/recent-developments/volume-31/essays/president-trump-future-multilateralism.html>.

El inicio del periodo presidencial de Trump se dio en un contexto mundial de desafíos al orden liberal existente, de incertidumbre, de bajo crecimiento económico, de intensificación en las voces proteccionistas con fenómenos como el Brexit, de auge de las derechas en Europa, de crisis de refugiados y humanitarias, de la amenaza nuclear de Corea del Norte, de terrorismo y extremismo violento, de políticas migratorias cada vez más restrictivas, así como de conflictos y crisis latentes en Venezuela, Yemen, Siria o Ucrania. Contrario a su antecesor, el Departamento de Estado transformó su mandato para encargarse de liderar la política exterior de EE UU, a través de la diplomacia, la defensa y la asistencia, al promover los intereses del pueblo estadounidense, su seguridad y prosperidad económica.³⁷

A raíz del discurso nacionalista y proteccionista adoptado por Trump y su famoso lema America First, las prioridades de la agenda multilateral se han revalorizado y el orden internacional ha atestiguado cambios. Incluso problemas globales que se consideraban superados o que se encontraban en un impasse (estancamiento), han vuelto a la mesa del debate. Pareciera que el punto de inicio de la política exterior de Donald Trump es el enojo y el argumento de que los aliados de EE UU se aprovechan de él;³⁸ además, su desdén por las acciones e instituciones multilaterales se ha hecho patente desde sus primeros días en el poder. Si bien, este país tiene membresía originaria en las organizaciones internacionales más importantes, como la propia ONU, e incluso fue arquitecto del orden y régimen de gobernanza globales que hoy conocemos, ha cumplido sus promesas de campaña y ha dado la espalda a importantes instrumentos y entidades multilaterales.

2. *El desdén hacia los instrumentos e instituciones multilaterales*

Para ejemplificar la actitud del nuevo gobierno de EE UU hacia los compromisos negociados y adquiridos, se expondrán los casos de los acuerdos de París y Nuclear de Irán, respectivamente, ya que se trata de asuntos que afectan a todo el mundo y que constituyen triunfos e innovaciones del multilateralismo. Asimismo, se analizará el efecto en las instituciones de la

³⁷ Más información del Departamento de Estado de Estados Unidos de América disponible en: <https://www.state.gov/aboutstate/>.

³⁸ Wright, Thomas, "Trump's 19th Century Foreign Policy", *Politico Magazine*, 20 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.politico.com/magazine/story/2016/01/donald-trump-foreign-policy-213546>.

gobernanza global —que el propio EE UU ayudó a diseñar y a mantener—, tomando como ejemplo a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y al Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

A. El Acuerdo de París: el debilitamiento del régimen de gobernanza del cambio climático

El cambio climático es quizá la amenaza más grande que enfrenta el planeta, y el Acuerdo de París constituye el instrumento multilateral más reciente, operativo y prometedor para combatir el cambio climático.³⁹ Por ello, el anuncio del retiro de EE UU de éste, el 1o. de junio de 2017, fue condenado por organismos internacionales y gobiernos de diferentes países.⁴⁰

Este anuncio también ejemplificó la promesa de campaña de Trump sobre retirarse o renegociar convenciones internacionales que a su parecer no eran beneficiosas para su país. Sin embargo, para el resto del mundo esto implicó dar la espalda al régimen de gobernanza del cambio climático y a la vez dejar un vacío en el liderazgo del tema, sin mencionar el impacto financiero y en la cooperación.

Con el Acuerdo de París, por primera vez se habían logrado compromisos específicos para el largo plazo, y EE UU demostró el mayor interés en cumplir con sus disposiciones, sin olvidar al activismo que tuvo en las negociaciones. Sin embargo, la decisión de Trump debilitó ese régimen.

La tragedia de la decisión del gobierno de Trump la semana pasada fue que el Acuerdo de París marcó un parteaguas en las negociaciones interminables e imposibles entre los 190 Estados miembros de las Naciones Unidas acerca de los objetivos de las temperaturas a largo plazo... y las negociaciones entre los mayores emisores. Los compromisos hechos en París se centraron en medidas y acciones

³⁹ Tudela, Fernando, “Trump y el Acuerdo de París”, *Nexos*, 1 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=33948>.

⁴⁰ Conolly, Kate y Watts, Jonathan, “World Leaders React After Trump Rejects Paris Climate Deal”, *The Guardian*, 2 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2017/jun/01/trump-withdraw-paris-climate-deal-world-leaders-react>.

específicas que los países con las mayores emisiones están dispuestos a tomar para reducir las emisiones hoy y no en el futuro lejano (la traducción es propia).⁴¹

Lo anterior marcó un gran progreso en el combate al cambio climático, pues tanto Estados Unidos de América como China —los mayores emisores— estaban de acuerdo con los compromisos establecidos en el instrumento. Tan solo EE UU es el segundo emisor a nivel mundial de gases de efecto invernadero (GEI) —con más de 6.3 millones de emisiones—. ⁴² Por tanto, su voluntad de formar parte del Acuerdo constituyó el reconocimiento de su responsabilidad como uno de los principales países emisores de GEI junto con China, situación que fortaleció la asunción de un compromiso compartido en todo el mundo, eliminó los obstáculos más notorios para avanzar en las negociaciones del Acuerdo y logró consenso entre la comunidad internacional. ⁴³ El retiro del instrumento no es tan simple. El artículo 28 del Acuerdo de París que contempla el proceso de denuncia del mismo, establece que cualquiera de las partes podrá denunciarlo mediante notificación por escrito al depositario en cualquier momento después de que hayan transcurrido tres años a partir de la fecha de entrada en vigor para esa parte. Asimismo, la denuncia surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en la notificación. Derivado de lo anterior, la denuncia de EE UU no podrá hacerse efectiva hasta el 4 de noviembre de 2020, y aunque el presidente Trump en un inicio planteó la renegociación del Acuerdo, esto sería prácticamente inviable. ⁴⁴

Es de resaltar que el anuncio de Donald Trump generó gran oposición dentro de los círculos políticos estadounidenses, ya que se desarrollaron diversas iniciativas como la impulsada por catorce estados que forma-

⁴¹ Nordhaus, Ted y Trembath, Alex, “Trump’s Paris Agreement Withdrawal in Context”, *Foreign Affairs*, 5 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-06-05/trumps-paris-agreement-withdrawal-context>.

⁴² Datos del Banco Mundial, más información disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/EN.ATM.GHGT.KT.CE?view=chart>.

⁴³ La Casa Blanca, Oficina de la Secretaría de Prensa, “U.S.-China Joint Announcement on Climate Change”, 11 de noviembre de 2014. Diponible en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/11/11/us-china-joint-announcement-climate-change>.

⁴⁴ Tudela, Fernando, *op. cit.*

ron la Alianza de los Estados Unidos para el Clima y 377 alcaldes formaron el grupo US Climate Mayors, ambos grupos con los objetivos de adoptar, cumplir y sostener los compromisos del Acuerdo de París.⁴⁵

Una vez que EE UU deje de ser parte de ese instrumento, sin duda se dificultaría la estrategia internacional para enfrentar el cambio climático. Aunque el Acuerdo se debilitó sigue siendo efectivo y estando presente, pues más de 190 países que representan el 80% de las emisiones globales son signatarios, y de los cuales, más de 180 lo han ratificado.⁴⁶

B. *El Acuerdo Nuclear de Irán: de la estabilidad a la incertidumbre en el Medio Oriente*

El JCPOA se refiere a una serie de medidas voluntarias para limitar el programa nuclear de Irán, con el objetivo de que éste no evolucione hasta convertirse en una fuente de inestabilidad Medio Oriente a cambio de levantar las sanciones de las que el país era sujeto. El JCPOA fue negociado por los cinco miembros permanentes del CSONU (P5), Alemania (P5 + 1), e Irán. Su cumplimiento tiene implicaciones a nivel mundial, ya que se trata de un tema que afecta a la humanidad en su totalidad.

Inicialmente, alcanzar el acuerdo parecía imposible debido a que se trataba de países cuyas relaciones estaban marcadas por el conflicto y la falta de confianza. Sin embargo, los negociadores lograron alinear sus objetivos para contribuir con la estabilidad en Medio Oriente. El instrumento fue un triunfo para el multilateralismo debido a que conjuntaba visiones diferentes y contenía medidas para verificar su cumplimiento.⁴⁷

El JCPOA no fue firmado por ninguna de las partes y no incluye provisiones relativas a la ratificación, a la denuncia y la entrada en vigor. Al no estar suscrito se considera una serie de medidas voluntarias, no obstante, se puede argumentar que tiene un estatus jurídico especial ya que está avalado por la Resolución 2231 (2015) del CSONU, que a su vez contiene

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Más información sobre el Acuerdo de París disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsq_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en.

⁴⁷ Sherman, Wendy, "How We Got the Iran Deal", *Foreign Affairs*, vol. 97, núm. 5, septiembre-octubre de 2018. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-08-13/how-we-got-iran-deal>.

medidas voluntarias y obligatorias.⁴⁸ Lo anterior, de alguna manera lo hace vinculante y otorga obligaciones jurídicas bajo la Carta de las Naciones Unidas, es decir, crea obligaciones internacionales.

Durante su campaña, Donald Trump expresó que el Acuerdo no era justo para su país debido a que las ambiciones nucleares de Irán planteaban un grave riesgo a la seguridad internacional. Por ello, el 8 de mayo de 2018, el presidente Trump anunció la reimposición de sanciones a Irán, esto es, su salida del JCPOA.⁴⁹ Ante esa situación, la aplicación de posibles represalias ha hecho sonar las alarmas en cuestiones de seguridad, si bien el Acuerdo no era perfecto, ofrecía la seguridad de que Irán no obtendría un arma nuclear y los mecanismos de verificación dieron señales que el país había cumplido su parte del trato.

El Acuerdo no contiene ninguna disposición para denunciarlo, sin embargo, al salir una parte —en este caso EE UU— se deja la posibilidad para las otras partes de permanecer, incluyendo a Irán.⁵⁰ Una vez más, el desdén del presidente Trump a los logros del multilateralismo, afecta la estabilidad de una región completa.

C. El retiro de la UNESCO: del poder suave al olvido del liderazgo

La UNESCO es una de las organizaciones más conocidas del Sistema de las Naciones Unidas, pues además de haber sido una de las primeras en establecerse tras la creación de la ONU, es conocida por su lista de sitios patrimonio de la humanidad que ayuda a preservar, difundir y mantener el patrimonio, además de promover la cooperación en torno al intercambio de ideas, cultura e información.

El 12 de octubre de 2017, Donald Trump —a través del Departamento de Estado— anunció el retiro de su país de la UNESCO con efectos

⁴⁸ Mulligan, Stephen P., “Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement”, *Congressional Research Service*, 4 de mayo de 2018, p. 20. Disponible en: <https://fas.org/sgp/crs/row/R44761.pdf>.

⁴⁹ La Casa Blanca, “President Donald J. Trump is Ending United States Participation in an Unacceptable Iran Deal”, Fact Sheets, 8 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-ending-united-states-participation-unacceptable-iran-deal/>.

⁵⁰ Kerr, Paul K. y Katzman, Kenneth, “Iran Nuclear Agreement and U.S. Exit”, *Congressional Research Service*, 20 de julio de 2018, p. 22. Disponible en: <https://fas.org/sgp/crs/nuke/R43333.pdf>.

a partir de diciembre de 2018, bajo los argumentos que la Organización precisa de reformas profundas, que es un organismo altamente politizado, y que tiene un marcado sesgo en contra de Israel.⁵¹

La UNESCO fue el primer organismo internacional donde Palestina fue admitido como miembro. De hecho, bajo la administración Obama, EE UU había dejado de hacer su aportación financiera a la Organización —alrededor del 22% de su presupuesto total— en apoyo a Israel tras la admisión de Palestina.⁵² Ahora, la decisión de Trump es más drástica, pues va más allá de la reducción en el financiamiento, es parte del patrón de abandono de las instituciones multilaterales.

Irina Bokova, entonces directora general de la UNESCO, lamentó la decisión y la consideró como una pérdida para el multilateralismo. Afirmó que la labor conjunta era esencial para crear respuestas para la paz y la seguridad, combatir el terrorismo y antisemitismo, así como luchar contra la ignorancia y la discriminación a largo plazo.⁵³

Con esta decisión, y la posibilidad de cambiar su estatus al de Estado observador, ese país perdería liderazgo y la oportunidad de usar su voto en los asuntos propios de la Organización —como una posible reforma o impulsar mejoras que el propio EE UU ha señalado—.

D. *El Consejo de Derechos Humanos: un enfoque desde la politización*

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo del sistema de las Naciones Unidas compuesto por 47 Estados miembro, que tiene el objetivo de examinar la situación de los derechos humanos en el mundo y de formular recomendaciones. Es de resaltar que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos en 2006, organismo percibido como débil y desgastado,

⁵¹ Rosenberg, Eli y Morello, Carol, “U.S. Withdraws from UNESCO, the U.N.’s Cultural Organization, Citing Anti-Israel Bias”, *The Washington Post*, 12 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2017/10/12/u-s-withdraws-from-unesco-the-u-n-s-cultural-organization-citing-anti-israel-bias/?utm_term=.2b4098b539b9.

⁵² Fisher, Max, “Trump Prepares Orders Aiming at Global Funding and Treaties”, *The New York Times*, 25 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/01/25/us/politics/united-nations-trump-administration.html>.

⁵³ “Statement by Irina Bokova, Director General of UNESCO, on the occasion of the Withdrawal by the United States of America from UNESCO”, UNESCO, 12 de octubre de 2017. Disponible en: <https://en.unesco.org/news/statement-irina-bokova-director-general-unesco-occasion-withdrawal-united-states-america-unesco>.

y que sirvió como foro de confrontaciones políticas. Adicionalmente, su efectividad fue altamente cuestionada ya que su membresía —de 53 Estados— llevó a más negociaciones, a resoluciones más duras y a menos acciones decisivas, transformándola en una “Asamblea General en miniatura”.⁵⁴

Es claro que el Consejo enfrenta retos debido a que entre sus miembros se encuentran Estados que han tenido serias acusaciones sobre violaciones a los derechos humanos, como Venezuela y la República Democrática del Congo.⁵⁵ Sin embargo, a diez años de su creación, ha tenido logros en la arena multilateral como el nombramiento de misiones de investigación para Siria, Eritrea o Burundi; la respuesta a situaciones urgentes mediante periodos extraordinarios de sesiones, la creación de comisiones de investigación, el nombramiento de relatores especializados en determinados temas, el Examen Periódico Universal, y un método de denuncias innovador.

Anteriormente, el presidente George W. Bush no quiso participar en el proceso para obtener un asiento en 2006. No obstante, el presidente Obama logró uno en 2009 como parte de su estrategia de política exterior y para demostrar la importancia que le confería a la protección de los derechos humanos a nivel mundial, además de considerar que la presencia de aquel país en el Consejo daría una mayor voz a las víctimas de violaciones de derechos humanos que en ese momento eran atribuibles a distintos regímenes autoritarios de Medio Oriente.⁵⁶

Como parte de la estrategia de alejamiento de las instituciones multilaterales, en marzo de 2017, el secretario de Estado, Rex Tillerson, amenazó con retirar a EE UU del Consejo de Derechos Humanos bajo el

⁵⁴ UN Watch, “This Year’s UN Commission on Human Rights Structural Problems and Political Gamesmanship”, issue 25, 14 de abril de 1999. Disponible en: <https://www.unwatch.org/issue-25-years-un-commission-human-rights-structural-problems-political-gamesmanship/>.

⁵⁵ Los miembros del Consejo son electos para un periodo de tres años. Venezuela termina su membresía en 2019 —tiene posibilidad de reelección— y la República Democrática del Congo en 2020. Más información disponible en la página web del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCElections.aspx>.

⁵⁶ Un ejemplo de ello fue la condena de Libia y la propuesta de su expulsión del Consejo de Derechos Humanos en febrero de 2011, como parte de las acciones del gobierno estadounidense se convocó a una sesión especial en el Consejo sobre la crisis de ese país y se propuso la creación de una comisión internacional de investigación. “Obamas Speech on Lybia (Text)”, *The New York Times*, 23 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2011/02/24/us/politics/24obama-statement-libya.html>.

argumento de que éste no cumple con su cometido en la mejora de los derechos humanos, y la existencia de un fuerte prejuicio en contra de Israel.⁵⁷

La amenaza del retiro se materializó el 19 de junio de 2018, tras el anuncio de Nikki Hailey, Representante Permanente de EE UU ante la ONU.⁵⁸ Este retiro es especialmente devastador debido a que ese país había sido el defensor por excelencia de la causa de los derechos humanos en el mundo. A pesar de los retos que enfrenta el Consejo, no se pueden minimizar los logros evidentes que ha tenido en la arena multilateral, como los mencionados.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. *Decisiones recientes en la política exterior de Estados Unidos de América: ¿temas pendientes en el multilateralismo?*

La política exterior abanderada por el presidente Donald Trump sin duda tendrá efectos bilaterales, regionales y multilaterales. Además de los ejemplos mencionados, destacan los efectos en el comercio internacional derivados del retiro del TPP pocos días después de rendir protesta,⁵⁹ la amenaza de abandonar la OMC⁶⁰ y la consecuente adopción de una postura altamente proteccionista que ha desencadenado guerras comerciales con antiguos socios como China. Asimismo, se ha pronunciado por recortar el financiamiento a las instituciones como la ONU, lo que tendrá efectos directos y tangibles en mecanismos útiles como las Operaciones de Mantenimiento

⁵⁷ Revesz, Rachel, “Rex Tillerson Threatens to Withdraw from UN Human Rights Council to Improve Human Rights”, *The Independent*, 15 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/rex-tillerson-un-human-rights-council-us-secretary-state-china-saudi-arabia-egypt-a7630531.html>.

⁵⁸ Harris, Gardiner, “Haley Blames Watchdog Groups for U.S. Withdrawal from U.N. Rights Council”, *The New York Times*, 20 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/06/20/us/politics/haley-un-human-rights-council.html>.

⁵⁹ Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos de América, “The United States Officially Withdraws from the Trans-Pacific Partnership”, 30 de enero de 2017. Disponible en: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/january/US-Withdraws-From-TPP>.

⁶⁰ Micklethwait, John *et al.*, “President Trump Threatens to Withdraw U.S. from the World Trade Organization «If They Don’t Shape Up»”, *TIME*, 30 de agosto de 2018. Disponible en: <http://time.com/5383420/trump-world-trade-organization/>.

de la Paz (OMP)⁶¹ cuyos mandatos fueron, en parte, diseñados por EE UU. De hecho, el artículo 17 de la Carta de la ONU establece disposiciones particulares sobre los aspectos financieros y presupuestarios de los Estados miembros con respecto de la propia Organización, sus órganos y organismos. También, con base en las resoluciones adoptadas por la AGONU, y que podrían llegar a ser consideradas como *soft law*, los Estados han establecido tasas de prorrateo para la financiación de las OMP.

Consistente con la política de alejarse de las instituciones multilaterales, el gobierno estadounidense ha asumido una postura defensiva frente a los tribunales internacionales, como la Corte Penal Internacional (CPI).⁶² El 10 de septiembre de 2018, John Bolton, asesor de seguridad nacional de EE UU, expresó que ese país adoptaría cualquier medida que considerara necesaria para proteger a su pueblo y a sus aliados contra las acusaciones que ese tribunal había instaurado en contra de nacionales por la comisión de diversos crímenes —tipificados por el Estatuto de la CPI— durante el conflicto en Afganistán. Bolton señaló que EE UU no cooperaría con el tribunal, y expresó que, para todos los efectos, la CPI ya está muerta para ellos.⁶³ Además, precisó que esa investigación no había sido incoada por Afganistán ni por algún otro Estado, y que de ser necesario EE UU valoraría recurrir al CSONU para restringir la actuación de la Corte y asegurarse que no ejerciera jurisdicción sobre estadounidenses y nacionales de otros Estados que no hubieran ratificado el Estatuto de Roma. Como reacción a esa declaración, la Corte emitió un comunicado de prensa en el que aseguró que, como tribunal de justicia, continuará realizando su labor sin desalentarse, de conformidad con los principios y la idea general del Estado de derecho.⁶⁴

A pesar de ello, no es la primera ocasión en que EE UU cuestiona la jurisdicción del tribunal. En 2005, el presidente George W. Bush instruyó

⁶¹ Los comentarios al respecto de este tema están disponibles en: <https://usun.usmission.gov/remarks-at-a-un-security-council-open-debate-on-peacekeeping/>.

⁶² Embajada y Consulado de Estados Unidos de América en Países Bajos, “Fact Sheet: Protecting American Constitutionalism and Sovereignty from the International Criminal Court”, 10 de septiembre de 2010. Disponible en: <https://nl.usembassy.gov/fact-sheet-protecting-american-constitutionalism-and-sovereignty-from-the-international-criminal-court/>.

⁶³ “John Bolton Threatens ICC with US Sanctions”, *BBC News*, 11 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>.

⁶⁴ Corte Penal Internacional, “The ICC will continue its independent and impartial work, undeterred”, 12 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1406>.

el retiro de la firma del Estatuto de la CPI,⁶⁵ procedimiento que fue cuestionado en el derecho internacional a pesar de no existir disposición expresa en contrario en el instrumento jurídico y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

EE UU ha puesto en entredicho a las instituciones del derecho internacional, lo que puede acarrear otros cuestionamientos y una posible apatía o enojo por parte de los actores que han respetado las normas, independientemente de que éstas los beneficien directamente. Sin embargo, corresponderá a la comunidad internacional dar seguimiento y vigilar ese tipo de decisiones a la luz de las normas jurídicas que establecen procedimientos específicos para el retiro, la denuncia, o las medidas por adoptar ante el quebrantamiento de obligaciones internacionales por parte de un sujeto de derecho. Del mismo modo, en la manera que continúen adoptándose decisiones en materia de política exterior que cuestionen el andamiaje internacional, tendremos que mantenernos atentos al rumbo que tome el multilateralismo y al grado de resiliencia de las normas jurídicas y las instituciones.

2. *Algunas implicaciones de la política exterior de Estados Unidos de América frente al derecho internacional*

En todos los casos expuestos en este artículo, EE UU fue parte de las negociaciones y del diseño de las instituciones mencionadas, incluso de su defensa, su activismo alentó su desarrollo. El retiro y desdén por el orden que construyó y defendió después de la Segunda Guerra Mundial traerá para este país la pérdida de su prestigio, algo que será difícil de recuperar⁶⁶ por las administraciones subsecuentes en el largo plazo.

Con la llegada al poder de Donald Trump, la política exterior de EE UU parece ser guiada por una visión maniquea y simplista del mundo, que rompe con lo construido en los años previos y que ha llevado a hablar de la política exterior en la era de Twitter y Trump.

⁶⁵ Departamento de Defensa de Estados Unidos de América, “U.S. Withdraws from International Criminal Court Treaty”, 7 de mayo de 2002. Disponible en: <https://archive.defense.gov/news/newsarticle.aspx?id=44089>.

⁶⁶ Byman, Daniel L., “Recovering from the Trump Foreign Policy”, *The Brookings Institution*, 18 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/06/18/recovering-from-the-trump-foreign-policy/>.

Ahora bien, esto lleva a pensar que, bajo la actual administración, EE UU difícilmente cumplirá sus compromisos internacionales. Sin embargo, esta idea no debe suponer que el multilateralismo fracasará o desaparecerá, pues a pesar de todo, aún es la mejor manera de enfrentar los problemas que le son comunes a la humanidad. De hecho, durante los últimos setenta años las instituciones multilaterales han jugado un papel fundamental en los esfuerzos globales orientados a robustecer la gobernanza mundial y mantener la paz y la seguridad internacionales; y después de la crisis financiera, esas instituciones son más necesarias que nunca.⁶⁷

El multilateralismo ha beneficiado continuamente al mundo y ha ayudado a crear un sistema de gobernanza que, de manera progresiva, ha atendido retos que le son comunes a toda la comunidad internacional (por ejemplo, cambio climático, transparencia, inversión, telecomunicaciones, desarrollo sostenible, entre otros), aunque claro, el sistema multilateral siempre es y será perfectible.

Hay quienes afirman que, para fortalecer y preservar este orden, se requiere de un renovado liderazgo de Estados Unidos de América,⁶⁸ ya que él mismo lo ha defendido tradicionalmente a través de su poder militar, de su economía, o de su sistema de alianzas. Pese a ello, se debe percibir un objetivo concreto en su política exterior, y en el centro de la misma está el entendido de que sus intereses fundamentales se verán mejor defendidos si mantiene su apoyo a este sistema.⁶⁹

En realidad, las situaciones descritas no ponen en entredicho la arquitectura multilateral construida durante la segunda mitad del siglo XX, debido a que el sistema está lo suficientemente arraigado como para que otros Estados, incluso con un mayor sentido de compromiso, tomen el lugar que históricamente conquistó EE UU. Esto no significa que las denuncias y desdenes de ese país hacia el sistema, del cual fue arquitecto, no tengan implicaciones para otros Estados; sin embargo, no podemos dejar

⁶⁷ Thomson, Stéphanie, “4 Trends that Will Define the Future of US Foreign Policy”, *World Economic Forum*, 26 de abril de 2016. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2016/04/4-trends-that-will-define-the-future-of-us-foreign-policy/>.

⁶⁸ Kagan, Robert *et al.*, *Strengthening the Liberal World Order. A World Economic Forum White Paper*, World Economic Forum, abril de 2016, p. 2. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_US_GAC_Strengthening_Liberal_World_Order_White_Paper_US.pdf.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 5.

de lado que esta situación puede representar una oportunidad para llenar esos vacíos de poder, por ejemplo, bajo la dirección de potencias medianas.

A estas alturas de su mandato (2020), se puede afirmar que el estilo de liderazgo de Donald Trump ha afectado la relación del país con el mundo, además de dudar de la seriedad de las decisiones que adopta, sobre todo si se pone en consideración el rechazo mostrado a las opiniones de sus asesores y a las provenientes de expertos en los temas. Asimismo, el mandatario se ha mantenido fiel a sus ideas de campaña sobre las que ha construido una política exterior consistente con el discurso nacionalista y proteccionista que lo caracteriza en el ámbito político: el retiro del TPP, el desprecio hacia el TLCAN, el cuestionamiento sobre su compromiso con la OTAN, la admiración y adulación pública a los líderes de Rusia, Turquía, Arabia Saudita y China, el lanzamiento de amenazas a través de Twitter, y el acompañamiento de personal sin experiencia en la política exterior.⁷⁰ La salida de EE UU de estos regímenes e instituciones, y la negligencia de su propio liderazgo, ciertamente debilitan al multilateralismo, pero no lo rompen porque es un sistema profundamente arraigado del cual dependen muchos países y fenómenos, además de la influencia de sus valores para atender los problemas que son comunes.

Existen grandes temas que definirán la agenda global —y en donde a falta del liderazgo de EE UU es posible que surjan nuevos líderes— en los próximos años, a saber: la reforma de las instituciones globales financieras —pues el mundo no es el mismo que cuando surgieron el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional—; los retos a la seguridad frente al terrorismo y las tensiones regionales en Asia o Medio Oriente, los efectos del cambio climático, así como la atención que demanda el impacto de la movilidad humana, en particular, la mitigación de los riesgos que enfrentan las personas migrantes y refugiadas y los beneficios de los movimientos humanos en todo el mundo.⁷¹ Una de las opciones es usar la crisis como motivo

⁷⁰ Saunders, Elizabeth, *op. cit.*

⁷¹ El 19 de diciembre de 2018, la Asamblea General de la ONU adoptó el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, mediante la resolución A/RES/73/195, por 152 votos a favor (incluyendo a México), 5 en contra (entre ellos EE UU) y 12 abstenciones. Para información más detallada de la votación, consúltese la Biblioteca Digital de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/1656414?ln=en>.

para la reforma.⁷² Es la oportunidad para poner a prueba la resiliencia del derecho y de las instituciones internacionales, en el que tradicionalmente EE UU tenía gran influencia y hegemonía, como el caso del CSONU, en el que ha dado forma a las resoluciones, mandatos y mecanismos que emanan del órgano.

Día a día todas las instituciones contribuyen con la estabilidad global y fueron diseñadas para resistir el paso del tiempo: incluyen décadas de encuentros diplomáticos para llegar a soluciones negociadas, contienen mecanismos flexibles para el ajuste de sus miembros sin que tengan que retirarse.⁷³ Es cierto que preocupa la tendencia hacia el aislacionismo y proteccionismo, pero más allá del retiro del orden internacional existe un alto grado de cumplimiento de sus normas jurídicas en el comercio, en las inversiones, en el transporte, en las comunicaciones, en la movilidad, etcétera. Por ese motivo, María Fernanda Espinosa Garcés, presidenta de la AGONU, expresó, durante la apertura del Segmento de Alto Nivel del Debate General del septuagésimo tercer periodo ordinario de sesiones de la Asamblea, que el multilateralismo constituye la única respuesta posible a los problemas globales que enfrentamos. Debilitarlo o ponerlo en cuestión solo genera inestabilidad y desconcierto, desconfianza y polarización.⁷⁴

El retiro y rechazo que EE UU muestra al sistema y al orden jurídico internacionales, pone en relieve el miedo permanente y el debate enraizado sobre el carácter normativo del derecho internacional, y sobre la ineficacia de la comunidad internacional para sancionar las violaciones a los preceptos que ella misma construye. Sin embargo, ni su retiro de esos organismos internacionales o de las convenciones que ha adoptado podrían desarticular el multilateralismo, el solo incumplimiento de las normas internacionales no suprime su valor jurídico ni minimiza la responsabilidad en la que se incurre por contravenirlas. Lo que da el valor normativo al derecho interna-

⁷² Pisani-Ferry, Jean, “Can Multilateralism Adapt?”, *Bruegel*, 3 de julio 2018. Disponible en: <http://bruegel.org/2018/07/can-multilateralism-adapt/>.

⁷³ Vabulas, Felicity, “Trump is Pulling the U.S. out of UNESCO. The Bigger Pattern is the Problem”, *The Washington Post*, 16 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/10/16/trump-is-pulling-the-u-s-out-of-unesco-the-bigger-pattern-is-the-problem/?noredirect=on&utm_term=.84ce10bf52a5.

⁷⁴ “La ONU es tan relevante como cuando se fundó la Organización, dice la presidenta de la Asamblea General”, *Noticias ONU*, 25 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/09/1442292>.

cional, y en específico al sistema multilateral, es que esas normas jurídicas y sus instituciones logran aproximar a la comunidad internacional al fin último de un sistema y orden jurídicos, es decir, la seguridad y la certeza de que las normas que construyen los sujetos son válidas y aplicables, y no solo funcionan como producto del consentimiento y buena fe. De hecho, el retiro de diversas instituciones internacionales revela la importancia de los principios *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos) y *dura lex, sed lex* (la ley es dura pero es la ley): si EE UU no está dispuesto a cumplir, entonces no existe una dictadura internacional que lo obligue a permanecer en los foros o en los acuerdos, sin embargo, a través de su membresía y papel en la comunidad internacional ha construido los mecanismos correspondientes para hacer cumplir las normas jurídicas. Esto demuestra que el orden jurídico internacional puede ser cuestionado en su eficacia, pero no así en su valor jurídico. Sobre esa percepción, Thomas Frank se pronunció en 2006:

En el corto plazo, deberíamos imaginar un mundo en el que Estados Unidos de América viole la prohibición (en contra del uso de la fuerza armada) y gaste menos esfuerzo para disuadir o responder a las violaciones de otros. Algunos podrían decir que esto reducirá la hipocresía de EE UU, y también significará menos apoyo para muchas normas jurídicas internacionales básicas (la traducción es propia).⁷⁵

Más allá de eso, las normas jurídicas internacionales seguirán regulando el actuar de EE UU y de los demás sujetos, como producto de la costumbre, de la codificación y de la práctica, pero por encima de cualquier circunstancia como producto de la expresión de su propia voluntad por encontrar soluciones comunes que atañen al mundo entero.

V. BIBLIOGRAFÍA

BOON, Kristen, “President Trump and the Future of Multilateralism”, *Emory International Law Review*, Atlanta, vol. 31, 2017. Disponible en: <http://law.emory.edu/eilr/recent-developments/volume-31/essays/president-trump-future-multilateralism.html>.

BORGER, Julian, “In Pledging to Put «America first», Trump Holds the World at his Mercy”, *The Guardian*, 20 de enero de 2017. Disponible en:

⁷⁵ Hakimi, Monica, “International Law in the Age of Trump”, *EJIL:Talk!*, 28 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-the-age-of-trump/>.

<https://www.theguardian.com/world/2017/jan/20/trump-inauguration-america-first-foreign-policy>.

BYMAN, Daniel L., “Recovering from the Trump Foreign Policy”, *The Brookings Institution*, 18 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2018/06/18/recovering-from-the-trump-foreign-policy/>.

CARRILLO SUÁREZ, Agustín Eduardo, “Los organismos internacionales”, *Curso de actualización de profesores de derecho internacional privado*, Cuadernos de trabajo del Seminario de Derecho Internacional, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2009. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4056/12.pd>.

CONOLLY, Kate y WATTS, Jonathan, “World Leaders React After Trump Rejects Paris Climate Deal”, *The Guardian*, 2 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.theguardian.com/environment/2017/jun/01/trump-withdraw-paris-climate-deal-world-leaders-react>.

CORELL, Hans, “The Mandate of the United Nations Security Council in a Changing World”, en Ebbesson, Jonas *et al.* (eds.), *International Law and Changing Perceptions of Security: Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden-Boston, Brill-Martinus Nijhoff Publishers, 2014. Disponible en: <http://www.havc.se/res/SelectedMaterial/20142224ilperceptionsofsecurity.pdf>.

FAUS, Joan, “La doctrina exterior de Obama, en 11 claves”, *El País*, 15 de marzo de 2016. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/03/14/estados_unidos/1457971957_819516.html.

FISHER, Max, “Trump Prepares Orders Aiming at Global Funding and Treaties”, *The New York Times*, 25 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/01/25/us/politics/united-nations-trump-administration.html>.

FORERO RODRÍGUEZ, Mario A., “Integración y multilateralismo en el marco de las relaciones económicas internacionales”, *Revista Análisis Internacional*, núm. 3, 2011. Disponible en: <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/download/72/75>.

GOLDSMITH, Jack, “The Contributions of the Obama Administration to the Practice and Theory of International Law”, *Harvard International Law Journal*, Massachusetts, vol. 57, núm. 2, 2016. Disponible en: https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Goldsmith_HILJ-Online-Version_23-June-2016_Final.pdf.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- GROVES, Steven y SCHAEFER, Brett, “The U.N. Human Rights Council: No Better for Obama’s Engagement”, *The Heritage Foundation*, 2009. Disponible en: <https://www.heritage.org/report/the-un-human-rights-council-no-better-obamas-engagement>.
- HAKIMI, Mónica, “International Law in the Age of Trump”, *EJIL: Talk!*, 28 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-the-age-of-trump/>.
- HARRIS, Gardiner, “Haley Blames Watchdog Groups for U.S. Withdrawal from U.N. Rights Council”, *The New York Times*, 20 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/06/20/us/politics/haley-un-human-rights-council.html>.
- “John Bolton Threatens ICC with US Sanctions”, *BBC News*, 11 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>.
- KAGAN, Robert *et al.*, *Strengthening the Liberal World Order. A World Economic Forum White Paper*, World Economic Forum, abril de 2016. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_US_GAC_Strengthening_Liberal_World_Order_White_Paper_US.pdf.
- KEOHANE, Robert O. y MARTIN, Lisa L., “The Promise of Institutional Theory”, *International Security*, Massachusetts, vol. 20, núm. 1, 1995. Disponible en: https://www.uio.no/studier/emner/hf/iakh/HIS4421/h11/undervisningsmateriale/HIS4421_KeohaneMartinInstitutionalism.pdf.
- KERR, Paul K. y KATZMAN, Kenneth, “Iran Nuclear Agreement and U.S. Exit”, *Congressional Research Service*, 20 de julio de 2018. Disponible en: <https://fas.org/sgp/crs/nuke/R43333.pdf>.
- LAGOS, Enrique, “Algunas tendencias del derecho internacional a principios del siglo XXI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. V, 2005. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/122/184#N11>.
- MICKLETHWAIT, John *et al.*, “President Trump Threatens to Withdraw U.S. from the World Trade Organization «If They Don’t Shape Up»”, *TIME*, 30 de agosto de 2018. Disponible en: <http://time.com/5383420/trump-world-trade-organization/>.
- MULLIGAN, Stephen P., “Withdrawal from International Agreements: Legal Framework, the Paris Agreement, and the Iran Nuclear Agreement”, *Congressional Research Service*, 4 de mayo de 2018. Disponible en: <https://fas.org/sgp/crs/row/R44761.pdf>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- MULLIGAN, Stephen P., “Withdrawal from the Iran Nuclear Deal: Legal Authorities and Implications”, Congressional Research Service, 17 de mayo de 2018.
- MURDOCK, Sebastian, “Majority of Republicans Said «No» When Obama Wanted to Launch a Strike on Syria”, *Huffpost*, 4 de julio de 2017. Disponible en: https://www.huffpost.com/entry/republicans-strike-syria-trump_n_58e6f71de4b051b9a9da355d.
- NORDHAUS, Ted y TREMBATH, Alex, “Trump’s Paris Agreement Withdrawal in Context”, *Foreign Affairs*, 5 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-06-05/trumps-paris-agreement-withdrawal-context>.
- “Obamas Speech on Lybia (Text)”, *The New York Times*, 23 de febrero de 2011. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2011/02/24/us/politics/24obama-statement-libya.html>.
- PACKER, George, “Rights and Wrongs”, *The New Yorker*, 17 de mayo de 2010. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2010/05/17/rights-and-wrongs>.
- PACKER, George, “Witnessing the Obama Presidency, from Start to Finish”, *The New Yorker*, 18 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.newyorker.com/magazine/2018/06/18/witnessing-the-obama-presidency-from-start-to-finish>.
- PEREDA, Cristina F., “Examen a las grandes promesas de Obama”, *El País*, 18 de agosto de 2016. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/08/17/estados_unidos/1471396016_268432.html.
- PISANI-FERRY, Jean, “Can Multilateralism Adapt?”, *Bruegel*, 3 de julio 2018. Disponible en: <http://bruegel.org/2018/07/can-multilateralism-adapt/>.
- REILLY, Katie, “Read Barack Obama’s Final Speech to the United Nations as President”, *TIME*, 20 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://time.com/4501910/president-obama-united-nations-speech-transcript/>.
- REVESZ, Rachel, “Rex Tillerson Threatens to Withdraw from UN Human Rights Council to Improve Human Rights”, *The Independent*, 15 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.independent.co.uk/news/world/americas/rex-tillerson-un-human-rights-council-us-secretary-state-china-saudi-arabia-egypt-a7630531.html>.
- RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela, *México en el mundo. Constitución y política exterior*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- ROSENBERG, Eli y MORELLO, Carol, “U.S. Withdraws from UNESCO, the U.N.’s Cultural Organization, Citing Anti-Israel Bias”, *The Washington Post*, 12 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2017/10/12/u-s-withdraws-from-unesco-the-u-n-s-cultural-organization-citing-anti-israel-bias/?utm_term=.2b4098b539b9.
- RUGGIE, John Gerard, “Multilateralism: The Anatomy of an Institution”, *International Organization*, Massachusetts, vol. 46, núm. 3, 1992. Disponible en: <https://scholar.harvard.edu/files/john-ruggie/files/multilateralism.pdf>.
- RÜHLE, Michael, “The Nuclear Weapons Ban Treaty: Reasons for Scepticism”, *NATO Review*, 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.nato.int/docu/review/2017/also-in-2017/nuclear-weapons-ban-treaty-scepticism-abolition/en/index.htm>.
- RUIZ CABAÑAS IZQUIERDO, Miguel y RIVERA CHÁVEZ, María Paulina, “En defensa del multilateralismo”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, núm. 110, mayo-agosto de 2017. Disponible en: <https://revistadigital.se.gob.mx/images/stories/numeros/n110/ruizcabanasrivera.pdf>.
- SAUNDERS, Elizabeth N., “Is Trump a Normal Foreign-Policy President? What We Know After One Year”, *Foreign Affairs*, 18 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2018-01-18/trump-normal-foreign-policy-president>.
- SHERMAN, Wendy, “How We Got the Iran Deal”, *Foreign Affairs*, vol. 97, núm. 5, septiembre-octubre de 2018. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-08-13/how-we-got-iran-deal>.
- TARDIF, Eric, “Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVI, enero-diciembre de 2010. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3929/3452>.
- THOMSON, Stéphanie, “4 Trends that Will Define the Future of US Foreign Policy”, *World Economic Forum*, 26 de abril de 2016. Disponible en: <https://www.weforum.org/agenda/2016/04/4-trends-that-will-define-the-future-of-us-foreign-policy/>.
- TIMM, Jane C., “The 141 Stances Donald Trump Took During his White House Bid”, *NBC News*, 28 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/2016-election/full-list-donald-trump-s-rapidly-changing-policy-positions-n547801>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

TUDELA, Fernando, “Trump y el Acuerdo de París”, *Nexos*, 1 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=33948>.

UN WATCH, “This Year’s UN Commission on Human Rights Structural Problems and Political Gamesmanship”, issue 25, 14 de abril de 1999. Disponible en: <https://www.unwatch.org/issue-25-years-un-commission-human-rights-structural-problems-political-gamesmanship/>.

UNGER, David, “The Foreign Policy Legacy of Barack Obama”, *The International Spectator*, Bologna, vol. 51, núm. 4, 2016. Disponible en: <http://www.iai.it/sites/default/files/unger.pdf>.

VABULAS, Felicity, “Trump is Pulling the U.S. out of UNESCO. The Bigger Pattern is the Problem”, *The Washington Post*, 16 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/10/16/trump-is-pulling-the-u-s-out-of-unesco-the-bigger-pattern-is-the-problem/?noredirect=on&utm_term=.84ce10bf52a5.

WRIGHT, Thomas, “Trump’s 19th Century Foreign Policy”, *Politico Magazine*, 20 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.politico.com/magazine/story/2016/01/donald-trump-foreign-policy-213546>.

Entre retórica y realidad. Bocetos actuales de la relación México-Estados Unidos

*Between Rhetoric and Reality. Sketches of the State
of the Art in the Mexico-US relation*

*Entre le retrorique et la realite. Billets actuels
de la relation Mexique-États Unis*

Víctor Emilio **Corzo Aceves***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Redefinición de la agenda bilateral*. III. *Evolución de la relación bilateral*. IV. *Migración*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

* Doctor en derecho y diplomático de carrera experto en derecho internacional dentro del Servicio Exterior Mexicano.

Artículo recibido el 26 de noviembre de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 623-653
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: La relación bilateral entre México y Estados Unidos siempre ha sido contradictoria: por un lado, la retórica oficial maneja un discurso de confrontación, mientras que por el otro, la realidad muestra una amplia cooperación. Con la llegada de dos presidentes que se autodefinen como “*anti-establishment*”, como Donald Trump y Andrés Manuel López Obrador, el presente artículo busca analizar los primeros meses de gobierno en los que han coincidido sus administraciones, para determinar si hay un cambio de rumbo o no en la relación México–EE UU.

Palabras clave: migración, integración, comercio, Twitter, asilo, regla interina, MPP, deportaciones, refugiados, lista de espera, tercer Estado seguro, caravanas.

ABSTRACT: The US-Mexico bilateral relation has always been contradictory: on one hand, official rhetoric handles a confrontational discourse, while reality, on the other, shows that permanent cooperation is the rule. With the arrival of two presidents who define themselves as “*anti-establishment*”, such as Donald Trump and Andrés Manuel López Obrador, this article analyzes the first months in which their administrations have coincided, to determine if there is or not a change of direction in the US-Mexico bilateral relation.

Keywords: border, migration, integration, security, commerce, Twitter, asylum, interim rule, MPP, deportations, refugees, meeting, third safe country, caravans.

RÉSUMÉ: Les relations bilatérales entre le Mexique et les États Unis ont toujours été contradictoires: d’une part, la rhétorique officielle gère un discours conflictuel, alors que la réalité, d’autre part, montre une dynamique de coopération. Avec l’arrivée de deux présidents qui se définissent comme “*anti-établissement*”, tels que Donald Trump et Andrés Manuel López Obrador, cet article cherche à analyser les premiers mois de gouvernement au cours desquels les administrations des deux présidents ont coïncidé, afin de déterminer ou pas un changement de direction dans la relation bilatérale Mexique–États Unis.

Mots-clés: migration, coopération, frontières, commerce, Twitter, asile, règle provisoire, MPP, expulsions, réfugiés, liste d’attente, tiers pays sûrs, caravanes.

I. INTRODUCCIÓN

La postulación y elección de Donald J. Trump a la presidencia de Estados Unidos debe entenderse como parte una tendencia mundial que rechaza las inercias de la globalización y que regresa al concepto tradicional de “nación”. Esta tendencia tiene origen en el descontento de diferentes sectores de la sociedad que se sienten marginados por el sistema económico mundial al no percibir un beneficio directo en sus economías. Dicho sentir ha sido explotado políticamente en varios Estados para manipular y exacerbar el sentimiento “nacionalista”. Como, por ejemplo, en EE UU, para hacer creer a su población que la migración y globalización son factores que impactan negativamente; o como en México, para justificar que existe delincuencia por la enorme demanda extranjera de estupefacientes, o que las riquezas nacionales son saqueadas por intereses extranjeros.

La humanidad se comporta de forma contradictoria, casi de forma similar al movimiento de un péndulo: a veces el *animus* mundial se vuelca hacia una causa, y, algunos años después, se convierte en una completa indiferencia. Como muestra basta comparar la percepción de los secretarios generales de las Naciones Unidas sobre el escenario mundial, la cual durante las dos últimas décadas ha cambiado diametralmente; por un lado, Kofi Annan, en 2000, afirmaba que “argumentar en contra de la globalización es como argumentar en contra de las leyes de la gravedad”.¹ Por el otro, en pleno 2018, António Guterres, advierte que se está presenciando el “resurgimiento de la irracionalidad”² por las tendencias de contracción nacional a favor de conceptos westphalianos de soberanía.

Es innegable el hecho que los avances tecnológicos actuales son producto de la globalización y que, gracias a ésta, vivimos en un mundo económicamente interdependiente donde la interacción comercial y social han diluido la rigidez de las fronteras nacionales. Irónicamente, se tiene que los mismos medios electrónicos, generados por la globalización, en

¹ Annan, Kofi, “Secretary-General Kofi Annan’s Opening Address to the Fifty-Third Annual DPI/NGO Conference”, Nueva York, 28 de agosto de 2000. Disponible en: <http://www.un.org/dpi/ngosection/annualconfs/53/sg-address.html>, consultado el 10. de septiembre de 2019.

² Friedman, Uri, “UN Secretary-General: American Power Is in Decline, the World Is «in Pieces»”, *The Atlantic*, 13 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/09/antonio-guterres-united-nations/570130/>, consultado el 10. de septiembre de 2019.

específico las redes sociales, se han vuelto campos de batalla ideológicos, donde han encontrado una gran plataforma de difusión los sentimientos xenófobos, nacionalistas, antirégimen y globalifóbicos de aquellas personas que añoran regresar al concepto clásico de “soberanía” donde el Estado es la autoridad suprema que resuelve sus asuntos internos sin injerencia externa alguna y se desentiende del haber mundial.

México y EE UU no se escapan de dichas tendencias. Desde hace ya dos años, Estados Unidos se ha transformado, con la elección de Donald Trump, al perseguir como objetivo primordial su lema de campaña “*America first, America first*”. En el caso de México, su electorado optó por elegir a Andrés Manuel López Obrador, quien se comprometió en campaña a lograr que EE UU respete la soberanía nacional e impere el respeto mutuo entre ambos países. Ambos mandatarios surgen bajo el escenario mundial antes descrito. Inclusive, Andrés Manuel López Obrador, en la carta del 12 de julio de 2018, dirigida a Donald Trump, reconoce esta coincidencia señalando que ambos “sabemos cumplir lo que decimos y hemos enfrentado la adversidad con éxito. Conseguimos poner a nuestros votantes y ciudadanos al centro y desplazar al *establishment* o régimen predominante”.³ A lo que Trump contesta “[a]mbos alcanzamos el triunfo electoral al proveer una visión clara para hacer nuestros países más fuertes y mejores”.⁴

Los dos gobernantes, han apuntado la necesidad de replantear la relación bilateral. Por un lado, Trump señaló que “México se ha aprovechado de EE UU por el tiempo suficiente. ¡El déficit comercial y la poca ayuda en la débil frontera debe cambiar, AHORA!”.⁵ Por el otro, López Obrador indicó, primero en campaña, que “[n]i México ni su pueblo va a ser piñata de ningún gobierno extranjero”, y posterior a su elección como presidente de México, que era necesario “iniciar una nueva etapa en la relación entre

³ Carta enviada a Donald J. Trump por parte de Andrés Manuel López Obrador el 12 de julio de 2018, disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/07/Carta-firmada.pdf>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁴ Carta de respuesta a Andrés Manuel López Obrador por parte de Donald J. Trump el 20 de julio de 2018, disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/07/Carta-de-Trump-a-AMLO.pdf>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁵ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 27 de enero de 2017, en @realDonaldTrump [“Mexico has taken advantage of the U.S. for long enough. Massive trade deficits & little help on the very weak border must change, NOW!”].

México y Estados Unidos basada en el respeto mutuo y la identificación de áreas de entendimiento e intereses comunes”.⁶

A partir de la llegada de Donald J. Trump a la presidencia de EE UU parece emerger una nueva dinámica en la relación bilateral donde se le ha exigido a México el pago de la construcción del muro fronterizo, detener la migración irregular de Centroamérica, y la negociación de un nuevo tratado de libre comercio en sustitución del TLCAN. Si bien este tipo de temas no son ajenos a las exigencias que se han tenido en el pasado, lo que sorprende en la actualidad es, primero, la desaparición —por lo menos en el discurso— de la compartimentalización que se tenía de la agenda bilateral, donde cada tema se trataba por separado para evitar la contaminación del resto de los temas de la agenda bilateral donde existe coincidencia en las posiciones entre ambos gobiernos. Y segundo, la incertidumbre respecto a la posición estadounidense, ya que en el dialogo bilateral ha sido común que, por un lado, se ofrezca una posición institucional como “oficial”; pero, por el otro, esta pueda verse modificada o contradicha posteriormente, por los *tweets* publicados por Donald Trump.⁷

En este sentido, la nueva normalidad en la relación México-EE UU son los *tweets* de Donald Trump donde mezcla sin cesar un tema con el otro, y amenaza con descarrilar los acuerdos logrados bajo la menor provocación.⁸ Para ejemplificar este actuar, basta hacer un recuento de los mensajes

⁶ Carta enviada a Donald J. Trump por parte de Andrés Manuel López Obrador, *cit.*

⁷ Si bien pareciera que un simple *tweet* no tendría por qué irrumpir parte de la agenda bilateral, muchas veces los representantes estadounidenses se enteran del cambio de posición oficial hasta que el presidente Trump publica sus *tweets*, lo que provoca la creación de un *impasse*, ya que tienen que esperar a la valoración institucional que les permita determinar si existe una modificación en sus posturas o no. Véase Hoffman, Ashley y Beckwith, Ryan, “Donald Trump’s Tweets Really Matter. These 27 Examples Prove It”, *Time*, 18 de enero de 2018. Disponible en: <https://time.com/5099544/donald-trump-tweets-first-year/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁸ Las cortes federales estadounidenses, han citado los mensajes vía Twitter de Donald Trump para entender las motivaciones detrás de sus políticas, y los han empleado como evidencia en la emisión de medidas cautelares dentro de los casos *The Regents of The University of California and Janet Napolitano v. United States Department of Homeland Security and Kirstjen Nielsen (U.S. District Court for the Northern District of California, 3:17-cv-05211)* e *International Refugee Assistance Project, et al. v. Donald J. Trump (U.S. District Court District of Maryland, 8:17-cv-02921)*. Inclusive, en este último caso la Corte de Distrito, en su orden del 17 de octubre de 2017 (p. 14) hizo referencia textual a que “el secretario de Prensa de EE UU, el 6 de junio de 2017, señaló que los *tweets* de Donald Trump deberían ser considerados como “pronunciamientos oficiales del presidente de los EE UU”.

de Donald Trump frente al TLCAN, el muro fronterizo y la cooperación de México frente a la migración proveniente de Centroamérica:

- a) Durante su campaña presidencial prometió que “renegociaría” el TLCAN ya que lo consideraba como “el peor acuerdo en la historia de EE UU”.¹⁰
- b) Una vez en la presidencia, insinuó que sólo era benéfico para México¹¹ y por ende lo daría por “terminado”.¹²
- c) Después de hacer públicas dichas declaraciones, expuso que tras “recibir llamadas del presidente de México y del primer ministro de Canadá solicitando renegociar el TLCAN en lugar de terminarlo”¹³ había aceptado el inicio de las negociaciones para un nuevo acuerdo, pero amenazó que si no se llegaba a un arreglo justo “terminaría” el TLCAN.¹⁴
- d) Una vez iniciadas las negociaciones, presionó a los equipos de negociación, al señalar que México y Canadá, estaban “siendo muy difíciles”¹⁵ y que a lo mejor tendría que dar por terminado el TLCAN.

⁹ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 19 de octubre de 2016, en @realDonaldTrump [*“I will renegotiate NAFTA. If I can’t make a great deal, we’re going to tear it up. We’re going to get this economy running again. #Debate”*].

¹⁰ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 17 de mayo de 2016, en @realDonaldTrump [*“How can Crooked Hillary put her husband in charge of the economy when he was responsible for NAFTA, the worst economic deal in U.S. history?”*].

¹¹ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 26 de enero de 2017, en @realDonaldTrump [*“The U.S. has a 60 billion dollar trade deficit with Mexico. It has been a one-sided deal from the beginning of NAFTA with massive numbers...”*].

¹² “«I was all set to terminate», Trump said in an Oval Office interview Thursday night. «I looked forward to terminating. I was going to do it». Parker, Ashley *et al.*, “«I Was All Set to Terminate»: Inside Trump’s Sudden Shift on NAFTA”, *The Washington Post*, 27 de abril de 2017. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/i-was-all-set-to-terminate-inside-trumps-sudden-shift-on-nafta/2017/04/27/0452a3fa-2b65-11e7-b605-33413c691853_story.html?utm_term=.b60b83d81b39, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

¹³ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 27 de abril de 2017, en @realDonaldTrump [*“I received calls from the President of Mexico and the Prime Minister of Canada asking to renegotiate NAFTA rather than terminate. I agreed.”*].

¹⁴ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 27 de abril de 2017, en @realDonaldTrump [*“...subject to the fact that if we do not reach a fair deal for all, we will then terminate NAFTA. Relationships are good-deal very possible!”*].

¹⁵ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 27 de agosto de 2017, en @realDonaldTrump [*“We are in the NAFTA (worst trade deal ever made) renegotiation process with Mexico & Canada. Both being very difficult, may have to terminate?”*].

- e) Transcurridas cinco rondas de negociaciones, y a una semana de iniciar la sexta, nuevamente saca el tema del muro fronterizo, lo mezcla con el TLCAN diciendo que éste “va a ser pagado, directa o indirectamente —o a través de un reembolso a largo plazo— por México, quien tiene un excedente comercial de 71 mil millones de dólares con EE UU. El muro de 20 mil millones de dólares son «cacaahuates» comparado con lo que México gana de los EE UU. ¡El TLCAN es un mal chiste!”.¹⁶
- f) Cancelada la octava ronda de negociaciones por falta de acuerdos, Trump nuevamente amenaza con dar por terminado el TLCAN,¹⁷ e inclusive condiciona la celebración del nuevo tratado comercial a que México detenga el flujo migratorio proveniente de Centroamérica.¹⁸
- g) Concluidas las negociaciones, por un lado, reiteró sus ataques al TLCAN afirmando que dicho tratado es “uno de los peores convenios comerciales”¹⁹ que se ha hecho en la historia; y, por el otro, alabó la sociedad comercial de América del Norte;²⁰ sin embargo, quince días después, frente a la caravana migrante proveniente de Honduras, fulmina amedrentando con “llamar al ejército estadounidense y cerrar

¹⁶ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 18 de enero de 2018, en @realDonaldTrump [“The Wall will be paid for, directly or indirectly, or through longer term reimbursement, by Mexico, which has a ridiculous \$71 billion dollar trade surplus with the U.S. The \$20 billion dollar Wall is “peanuts” compared to what Mexico makes from the U.S. NAFTA is a bad joke!”].

¹⁷ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 10 de abril de 2018, en @realDonaldTrump [“Mexico is doing very little, if not NOTHING, at stopping people from flowing into Mexico through their Southern Border, and then into the U.S. They laugh at our dumb immigration laws. They must stop the big drug and people flows, or I will stop their cash cow, NAFTA. NEED WALL!”].

¹⁸ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 23 de abril de 2018, en @realDonaldTrump [“Mexico, whose laws on immigration are very tough, must stop people from going through Mexico and into the U.S. We may make this a condition of the new NAFTA Agreement. Our Country cannot accept what is happening! Also, we must get Wall funding fast.”].

¹⁹ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 10 de septiembre de 2018, en @realDonaldTrump [“...remember, NAFTA was one of the WORST Trade Deals ever made. The U.S. lost thousands of businesses and millions of jobs. We were far better off before NAFTA—should never have been signed. Even the Vat Tax was not accounted for. We make new deal or go back to pre-NAFTA!”].

²⁰ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 3 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“Mexico, Canada and the United States are a great partnership and will be a very formidable trading force. We will now, because of the USMCA, work very well together. Great Spirit!”].

la frontera”²¹ con México si las autoridades mexicanas no evitan el avance de los migrantes hacia EE UU y enfatiza que, para él, era más importante la seguridad en su frontera que el recién acordado tratado comercial entre México-EE UU-Canadá.²²

- h) En la víspera de la llegada de la Caravana Migrante a México, y en reacción a las imágenes que mostraban el despliegue de los elementos de la Policía Federal, reconoció los esfuerzos para contener el avance de los migrantes, diciendo “[g]racias México, esperamos trabajar contigo!”.²³ Días después, las felicitaciones se transformaron, primero, en decepción al señalar: “[t]ristemente, parece que la policía y el ejército de México no pueden detener la caravana que se dirige a la frontera sur de EE UU”;²⁴ y posteriormente, en reclamo, al afirmar que los “soldados mexicanos heridos, no pudieron o no quisieron detener la caravana. Deberían detenerlos [a los migrantes] antes de que lleguen a nuestra frontera, ¡pero no lo harán!”.²⁵
- i) Una vez que integrantes de la caravana migrante llegaron a la frontera con EE UU, Trump citó textualmente al presidente municipal de Tijuana, Juan Manuel Gastélum Buenrostro, y dijo que al igual que dicha ciudad fronteriza los EE UU estaban mal preparados para esta

²¹ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 18 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“...in addition to stopping all payments to these countries, which seem to have almost no control over their population, I must, in the strongest of terms, ask Mexico to stop this onslaught-and if unable to do so I will call up the U.S. Military and CLOSE OUR SOUTHERN BORDER!”].

²² Trump, Donald J., *tweet* publicado el 18 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“...the assault on our country at our Southern Border, including the Criminal elements and DRUGS pouring in, is far more important to me, as President, than Trade or the USMCA. Hopefully Mexico will stop this onslaught at their Northern Border. All Democrats fault for weak laws!”].

²³ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 18 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“Thank you Mexico, we look forward to working with you!”].

²⁴ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 22 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“Sadly, it looks like Mexico’s Police and Military are unable to stop the Caravan heading to the Southern Border of the United States. Criminals and unknown Middle Easterners are mixed in. I have alerted Border Patrol and Military that this is a National Emergency. Must change laws!”].

²⁵ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 31 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“The Caravans are made up of some very tough fighters and people. Fought back hard and viciously against Mexico at Northern Border before breaking through. Mexican soldiers hurt, were unable, or unwilling to stop Caravan. Should stop them before they reach our Border, but won’t!”].

invasión, y no la iban a tolerar. “[La caravana migrante] está causando crimen y grandes problemas en México. ¡Regrésense a su casa!”.²⁶

- j) En plena celebración del Día de Acción de Gracias, amagó con el cierre de la frontera entre México y EE UU, al señalar: “[s]i descubrimos que se llega a un nivel en el que vamos a perder el control [de la frontera] o que nuestra gente se va a lastimar [por ejemplo, los agentes migratorios estadounidenses], cerraremos la entrada al país [con México] por un período de tiempo hasta que podamos controlarlo”,²⁷ y precisó “[vamos a cerrar] toda la frontera... [m]e refiero a toda la frontera. Y México no podrá vender sus autos en los Estados Unidos, donde hacen muchos autos en gran beneficio para ellos, no en un gran beneficio para nosotros”.²⁸
- k) Dos días después, señalaba que ningún migrante entraría a “Estados Unidos hasta que su petición [de asilo] fuera aprobada en corte”²⁹ y que “todos [los migrantes] se quedarán en México”.³⁰ Volviendo a recalcar: “si por alguna razón es necesario, CERRAREMOS nuestra frontera sur”.³¹ Y en los días siguientes, cuando la caravana migrante intentó ingresar por la fuerza a EE UU, le sugirió a nuestro país que “[s]ería muy INTELIGENTE si México detuviera las caravanas mucho antes

²⁶ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 18 de noviembre de 2018, en @realDonaldTrump [*The Mayor of Tijuana, Mexico, just stated that “the City is ill-prepared to handle this many migrants, the backlog could last 6 months.” Likewise, the U.S. is ill-prepared for this invasion, and will not stand for it. They are causing crime and big problems in Mexico. Go home!*”].

²⁷ CNN Wire, “President Trump’s Thanksgiving Call to Troop Includes Threat to Close Border, Complaints about Appeals Court”, *FOX 59*, 22 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://fox59.com/2018/11/22/president-trumps-thanksgiving-call-to-troop-includes-threat-to-close-border-complaints-about-appeals-court/>, consultado el 10. de septiembre de 2019.

²⁸ Olorunnipa, Toluse, “Trump Says He Closed Mexican Border and Authorized Lethal Force”, *Bloomberg*, 22 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-11-22/trump-says-he-closed-mexican-border-and-authorized-lethal-force>, consultado el 10. de septiembre de 2019.

²⁹ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 24 de noviembre de 2018, en @realDonaldTrump [*“Migrants at the Southern Border will not be allowed into the United States until their claims are individually approved in court. We only will allow those who come into our Country legally. Other than that, our very strong policy is Catch and Detain. No «Releasing» into the U.S.”*].

³⁰ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 24 de noviembre de 2018, en @realDonaldTrump [*“...if for any reason it becomes necessary, we will CLOSE our Southern Border. There is no way that the United States will, after decades of abuse, put up with this costly and dangerous situation anymore!”*].

³¹ *Idem*.

que llegaran a nuestra frontera sur”,³² y regrésenlos a sus países, ya sea “por avión, por camión, o como quieran, pero ellos NO van a entrar a EE UU. Vamos a cerrar la frontera de forma permanente si es necesario”.³³

- l) La dinámica siguió así por los meses siguientes, hasta abril y mayo de 2019, cuando se llega al punto más álgido, con la amenaza que Donald Trump realizaría sobre la imposición de aranceles a todos los productos provenientes de México, primero, si no se detenía el flujo de migrantes irregulares provenientes de Centroamérica;³⁴ y segundo, si no se detenía el tráfico ilícito de estupefacientes en un periodo de un año.³⁵

Históricamente la relación México y EE UU ha venido de menos a más. Si bien ambas naciones se encuentran literalmente una a lado de la otra, sus antecedentes históricos —tan diametralmente opuestos— son los que terminan condenando a ambas naciones a una vecindad distante. De esta manera, la relación bilateral ha sido sesgada por una fuerte desconfianza que tradicionalmente ha prevalecido entre ambas naciones, misma que ha sido alimentada orgánicamente por sus diferencias sociales, culturales, históricas, jurídicas, económicas y políticas. Y no es para menos, por un lado, queda el hiriente recuerdo en México de haber perdido más de la mitad de su territorio, durante las más de trece incursiones militares de

³² Trump, Donald J., *tweet* publicado el 25 de noviembre de 2018, en @realDonaldTrump [“*Would be very SMART if Mexico would stop the Caravans long before they get to our Southern Border, or if originating countries would not let them form (it is a way they get certain people out of their country and dump in U.S. No longer). Dems created this problem. No crossings!*”].

³³ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 26 de noviembre de 2018, en @realDonaldTrump [“*Mexico should move the flag waving Migrants, many of whom are stone cold criminals, back to their countries. Do it by plane, do it by bus, do it anyway you want, but they are NOT coming into the U.S.A. We will close the Border permanently if need be. Congress fund the WALL!*”].

³⁴ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 30 de mayo de 2019, en @realDonaldTrump [“*On June 10th, the United States will impose a 5% Tariff on all goods coming into our Country from Mexico, until such time as illegal migrants coming through Mexico, and into our Country, STOP. The Tariff will gradually increase until the Illegal Immigration problem is remedied!*”].

³⁵ Egan, Lauren, “*Trump Gives Mexico One-Year Warning to Stop Drugs before Tariffs, Border Closure*”, *NBC News*, el 4 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-gives-mexico-one-year-warning-stop-drugs-tariffs-border-n991026>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

los estadounidenses; y por el otro, la amenaza latente y creciente de treinta millones de personas de origen mexicano en EE UU que son vistos por algunos sectores de la población estadounidense como una “invasión”³⁶ que busca la “reconquista” del territorio perdido.³⁷

Hasta épocas recientes es que el paradigma de “vecinos distantes” empieza a quedar atrás gracias al acercamiento que autoridades de los dos lados de la frontera iniciaron, y que claramente puede identificarse con el parteaguas en la relación bilateral que representó la adopción del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, en 1994. Justo a partir de dicho acontecimiento, es que las instituciones gubernamentales y sus operadores empezaron a construir lazos de confianza, los cuales han ido “*in crescendo*”. Partiendo así, desde los puntos más bajos de la relación bilateral moderna, que pueden ser ejemplificados con la expulsión de territorio nacional de los agentes de la DEA —durante la década de los noventa— después del secuestro trasfronterizo de Álvarez Machain,³⁸ o la ejecución de la Operación

³⁶ Durante la campaña electoral para las elecciones intermedias de 2018, en EE UU, Donald Trump caracterizó la caravana migrante proveniente de Honduras como una “invasión”. Cfr. Trump, Donald J., *tweet* publicado el 29 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“*Many Gang Members and some very bad people are mixed into the Caravan heading to our Southern Border. Please go back, you will not be admitted into the United States unless you go through the legal process. This is an invasion of our Country and our Military is waiting for you!*”]. La misma etiqueta fue empleada nuevamente ante la caravana migrante proveniente de los países del triángulo norte cuando ésta llegó a la frontera entre México y EE UU. Cfr. Trump, Donald J., *tweet* publicado el 18 de noviembre de 2018, en @realDonaldTrump [“*The Mayor of Tijuana, Mexico, just stated that «the City is ill-prepared to handle this many migrants, the backlog could last 6 months». Likewise, the U.S. is ill-prepared for this invasion, and will not stand for it. They are causing crime and big problems in Mexico. Go home!*”].

³⁷ Véase Gilchrist, Jim y Corsi, Jerome R., *Minutemen. The Battle to Secure America's Borders*, EUA, World Ahead Publishing, 2006.

³⁸ Humberto Alvarez Machain fue objeto de un secuestro trasfronterizo orquestado por agentes de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) quienes lo acusaban de participar en la tortura del agente de la DEA, Enrique “Kiki” Camarena, en Guadalajara, Jalisco, en 1985. Después de su secuestro en México, fue trasladado ante cortes estadounidenses que bajo la doctrina *male captus bene detentus* procedieron a enjuiciarlo. La Suprema Corte de EE UU llegó a conocer del caso y bajo la teoría de la laguna legal (*legal vacuum*) determinó que el tratado bilateral de extradición entre México y EE UU, al no contener una prohibición expresa sobre “secuestros trasfronterizos”, no podía interpretarse como impedimento para que agentes estadounidenses realizaran detenciones en México. A partir de entonces, en algunos tratados de asistencia jurídica mutua y de extradición, el gobierno de México ha adicionado una cláusula restrictiva a la posible actuación extraterritorial de autoridades extranjeras.

Casablanca³⁹ sin conocimiento de las autoridades mexicanas; pasando por un punto intermedio representado por la construcción de lazos de cooperación que —después de años de construcción— terminan evolucionando en el reconocimiento de “responsabilidad compartida” cristalizado en la Iniciativa Mérida;⁴⁰ hasta llegar a la época actual donde se permite abiertamente la operación de agentes estadounidenses en territorio nacional en actividades relacionadas a preverificaciones aduanales en los puertos de entrada terrestres fronterizos, o migratorias en los aeropuertos internacionales.⁴¹

La relación bilateral entre México y EE UU tiene tal complejidad y extensión, que difícilmente puede concentrarse en una sola persona o dependencia gubernamental. Durante los últimos años, los gobiernos de ambos países han promovido la fragmentación de la misma con la finalidad de inyectarle el dinamismo propio al proyecto de integración, que viene avanzando desde la entrada en vigor del TLCAN. Esta inercia, en la práctica, ha provocado una proliferación de actores en la interlocución bilateral, lo cual ha facilitado un diálogo permanente entre los actores principales en los dos lados de la frontera, mismo que ha garantizado el avance constante de la agenda México-EE UU.

Bajo este escenario, se ha permitido que los gobiernos federales solamente se preocupen de la visión macro de la relación bilateral, y que el microcosmos se deje en manos de operadores gubernamentales locales o de rangos administrativos menores que se encargan del intercambio bilateral cotidiano. Esta pluralidad de actores ha generado que en la práctica existan varios Méxicos y Estados Unidos, los cuales en la esfera de sus competen-

³⁹ La Operación Casablanca fue una investigación encubierta de autoridades estadounidenses en México durante la década de los noventa. Se centró en la investigación de operaciones bancarias dentro del sistema financiero mexicano donde se identificó que operadores mexicanos realizaban lavado de dinero de ganancias provenientes del narcotráfico. Tal operación concluyó en la detención de veintidós banqueros mexicanos, quienes fueron arrestados en San Diego y Las Vegas, después de que se trasladaran a dichas ciudades —bajo engaños— creyendo unos que eran invitados a una conferencia bancaria sobre lavado de dinero; y otros que viajaban a la inauguración de un casino, respectivamente. En ambos escenarios, la sorpresa fue que eran esperados por agentes de procuración de justicia estadounidenses.

⁴⁰ Corzo Aceves, Víctor Emilio y Corzo Aceves, Ernesto Eduardo. “Implicaciones jurídicas de la Iniciativa Mérida”, *El Mundo del Abogado*, año 12, núm. 131, marzo de 2010, pp. 32 y 33.

⁴¹ Corzo Aceves, Víctor Emilio, “México frente al principio apostólico de soberanía”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 205, mayo de 2016, pp.30 y 31.

cias siguen las propias inercias que dicta la interdependencia generada por las sociedades y mercados comerciales y financieros de ambos Estados.⁴²

II. REDEFINICIÓN DE LA AGENDA BILATERAL

Con la llegada de Trump a la presidencia de EE UU hay tres temas de la relación bilateral que han acaparado la atención: migración, comercio y seguridad. Si bien estos temas siempre han jugado un rol central en la agenda binacional, en la era Trump son invocados —a la menor provocación— en la discusión de cualquier otro tema. Aun cuando —en la teoría— la relación bilateral es sólida, con cierto grado de madurez, es importante reconocer que el efecto Trump y su forma disruptiva de hacer política, sí ha llegado a tener —en cierta medida— un impacto negativo en la relación bilateral con México, en específico a otorgarle, en primer lugar, carta blanca a los detractores de esta integración que se vive de la región de América del Norte; segundo, relegar las políticas binacionales propuestas para tener una coordinación más estrecha entre ambos países; y, tercero, dejar sin respaldo el progreso binacional que la mano invisible del mercado ha generado con las cadenas integradas de producción que el TLCAN promovió y consolidó.

La llegada de Donald Trump al gobierno de EE UU ha causado una gran convulsión por su estilo muy personal de desarrollar su política interna y exterior, primero, haciéndola pública a través de polémicos mensajes en redes sociales, y segundo, imponiendo sus políticas sin mediar la más mínima sutileza, siempre polarizando entre aquellos que lo apoyan y los que no. Si bien, desde una perspectiva de *realpolitik*, EE UU tiene la posición para comportarse de tal forma hacia el exterior, es importante reconocer que, durante otras administraciones estadounidenses, por lo general se buscaba tener una negociación donde todas las partes —aunque fuera en menor medida— ganaran.⁴³

Por esta razón, se puede afirmar que la forma de negociar del Ejecutivo federal estadounidense —en la actualidad— ha adoptado un carácter distributivo (gana/pierde), más radical que en el pasado inmediato,

⁴² Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Entre terremotos y desastres. La relación bilateral México-Estados Unidos”, *El Mundo del Abogado*, año 19, núm. 223, noviembre de 2017, pp. 24-28.

⁴³ Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Asimetrías de vecindad”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 211, noviembre de 2016.

donde EE UU aprovecha su posición de poder, no solo para atajar mayores beneficios, sino para imponer su visión, inclusive a través de amenazas. Por ejemplo, en dos ocasiones, en 2018, ante el problema de las caravanas migrantes, Trump amenazó a México y a Honduras al señalar, ante un primer flujo migratorio, que “la gallina de los huevos de oro TLCAN está en juego, al igual que la ayuda económica a Honduras y los países que permitan que esto [que la Caravana Migrante llegue a EE UU]”;⁴⁴ y durante un segundo movimiento migratorio, “[l]os Estados Unidos han informado firmemente al presidente de Honduras que si la gran caravana de personas que se dirige a Estados Unidos no se detiene y no regresa a Honduras, no se dará más dinero ni ayuda a Honduras, con efecto inmediato”.⁴⁵

Es importante señalar que, como parte de la estrategia de negociación de la administración Trump, no se ha reparado en hacer válidas sus amenazas en aras de fortalecer su posición negociadora, como aconteció, por ejemplo, con los países del “Triángulo Norte”, a quienes les suspendió la ayuda estadounidense al considerar que éstos no habían realizado lo suficiente para reducir el número de migrantes que se dirigían desde o por sus países hacia EE UU;⁴⁶ o en el caso de México, que —ante la cristalización

⁴⁴ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 3 de abril de 2018, en @realDonaldTrump [“The big Caravan of People from Honduras, now coming across Mexico and heading to our «Weak Laws» Border, had better be stopped before it gets there. Cash cow NAFTA is in play, as is foreign aid to Honduras and the countries that allow this to happen. Congress MUST ACT NOW!”].

⁴⁵ Trump, Donald J., *tweet* publicado el 16 de octubre de 2018, en @realDonaldTrump [“The United States has strongly informed the President of Honduras that if the large Caravan of people heading to the U.S. is not stopped and brought back to Honduras, no more money or aid will be given to Honduras, effective immediately!”].

⁴⁶ Tal y como era predecible, las autoridades centroamericanas no pudieron contener los flujos migratorios, y el 17 de junio de 2019 la vocera del Departamento de Estado anunció la suspensión de ayuda de EE UU: “As you know, in March, the President concluded these countries have not effectively prevented illegal migrants from coming to the United States. “We will not provide new funds for programs in those countries until we are satisfied the Northern Triangle governments are taking concrete actions to reduce the number of illegal migrants coming to the U.S. border... This is consistent with the President’s direction and with the recognition that it is critical that there be sufficient political will in these countries to address the problem at its source. As Secretary Pompeo has said, these nations have the responsibility to take care of the immigration problems in their home country”. *Department Press Briefing*, 17 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.state.gov/briefings/department-press-briefing-june-17-2019/>, consultado el 10. de septiembre de 2019.

de una amenaza real e inminente por parte de Trump—⁴⁷ se vio obligado —para evitar la imposición de aranceles graduales a sus productos— a llegar a pactar la Declaración Conjunta del 7 de junio de 2019, en la que se comprometió a incrementar “significativamente su esfuerzo de aplicación de la ley mexicana a fin de reducir la migración irregular, incluyendo el despliegue de la Guardia Nacional en todo el territorio nacional, dando prioridad a la frontera sur”;⁴⁸ y a autorizar la entrada de los peticionarios de asilo que EE UU devuelva para que esperen en México la resolución de sus solicitudes.

En la esfera de las relaciones internacionales —aun cuando jurídicamente todos los Estados son “iguales”— es innegable que existen países del norte y del sur; Estados con poder duro y otros que compensan con poder suave. Dependiendo del tipo de relación bilateral que se tenga, cuando las circunstancias son de cordialidad, los gobiernos son cautos en la forma en que desarrollan sus negociaciones internacionales a fin de no evidenciar que el Estado contraparte se encuentra en una posición de desigualdad.

La forma de negociación durante la administración Trump, especialmente en lo que respecta a su posición frente a México, ha roto las formas vistas durante los últimos 24 años. Sus acercamientos hacia México, en lugar de asemejarse a la actitud que se debería tener con uno de sus principales socios comerciales, se acerca más a la actitud que se tenía cuando ambos Estados se consideraban, a sí mismos, como vecinos distantes. Este cambio de actitud, como efecto secundario, ha desnudado la retórica tradicional mexicana de no alineamiento a las políticas estadounidenses, donde se buscaba mantener con bajo perfil los temas más ríspidos de la relación bilateral, y en caso de que fueran ventilados a la opinión pública mexicana, siempre buscaba maquillar la ejecución de las peticiones estadounidenses como acuerdos bilaterales, decisión soberana, pero nunca como imposiciones del vecino del norte.⁴⁹

⁴⁷ Egan, Lauren, *op. cit.*

⁴⁸ Declaración Conjunta México-Estados Unidos del 7 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/documentos/declaracion-conjunta-203701>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁴⁹ Un ejemplo reciente de este actuar se dio a finales de 2018, cuando ante el anuncio unilateral de las autoridades estadounidenses sobre la implementación de los Protocolos de Protección a Migrantes (MPP, por sus siglas en inglés) bajo los cuales regresan temporalmente a México a todos los peticionarios de asilo, las autoridades mexicanas anunciaron —también de

En adición a lo anterior, bajo la administración Trump, se ha vuelto cada vez más frecuente el empleo del discurso antimexicano, el cual irónicamente, había sido una herramienta —a la inversa— comúnmente empleada por los gobiernos mexicanos de antaño,⁵⁰ quienes explotaban “[e]l recuerdo de las intervenciones armadas y de la traumática pérdida de la mitad del territorio nacional a manos de Estados Unidos”⁵¹ para fines de política interna, manipulando así a “la conciencia colectiva de los mexicanos... [quienes ven a Estados Unidos como] el blanco idóneo al que puede culparse —ya sea con justificación o sin ella— de gran parte de los problemas que aquejan el país”.⁵²

Tan arraigada se encontraba la retórica clásica antiestadounidense en México, que la misma entra de lleno en la diplomacia mexicana, la cual se destaca por su apego casi apostólico a los principios de política exterior, los cuales —en su momento— cumplieron, por un lado, “una importante función como instrumento para administrar en el frente doméstico el choque de la herencia soberanista antiestadounidense profundamente arraigada en el imaginario colectivo mexicano”, y por el otro, “un valioso papel como instancia de preservación de la tradición histórica y cultural que ha sustentado esas mismas líneas generales que la retórica principista manipuló para fines de política interna”.⁵³

Esta retórica xenofóbica ha provocado, por un lado, en EE UU el aumento de incidentes conexos a crímenes de odio,⁵⁴ como el acontecido

forma unilateral— que, de acuerdo con el compromiso histórico de protección a los derechos humanos de los migrantes, permitirían el retorno de dichos migrantes a territorio nacional para que esperaran en libertad (ya que en EE UU permanecen en centros de detención migratorios) la determinación final de sus peticiones de asilo en aquel país. Véase Secretaría de Relaciones Exteriores, “Posicionamiento de México ante la decisión del Gobierno de EUA de implementar la sección 235(b)(2)(c) de su Ley de Inmigración y Nacionalidad”, comunicado de prensa núm. 14, 20 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/sre/prensa/posicionamiento-de-mexico-ante-la-decision-delgobierno-de-eua-de-implementar-la-seccion-235-b-2-c-de-su-ley-de-inmigracion-y-nacionalidad>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁵⁰ Ordóñez, Andrés, *Los avatares de la soberanía. Tradición hispánica y pensamiento político en la vida internacional de México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

⁵¹ Estévez, Dolia, *El embajador*, México, Planeta, 2013, p. 21.

⁵² *Idem.*

⁵³ Ordóñez, Andrés, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁴ “Editorial: Hate Crimes are Increasing Alongside Trump’s Rhetoric”, *St. Louis Post-Dispatch*, 18 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.stltoday.com/opinion/editorial/>

en El Paso, Texas, el 3 de agosto de 2019;⁵⁵ y por el otro, en México el que la opinión sobre EE UU se encuentre en sus índices más bajos de las últimas dos décadas.⁵⁶ En este sentido, la posición estadounidense, si bien desde una perspectiva de *realpolitik* es acertada por dejar sentir su fuerza, es errada bajo una visión de largo plazo, ya que —como lo afirmara la ex embajadora de Estados Unidos en México, Roberta Jacobson— pareciera que la actual administración estadounidense está tratando de destruir su confianza y su liderazgo en la región.⁵⁷

III. EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN BILATERAL

La relación bilateral entre México y Estados Unidos siempre ha sido contradictoria. Por un lado, la retórica oficial maneja un discurso de confrontación en el que un gobierno recrimina al otro de injerencia, abuso, corrupción y de ser el origen de todos los males. Por el otro lado, la realidad muestra una dinámica completamente diferente en el que ambos países se apoyan durante crisis económicas o desastres naturales; cooperan estrechamente en materia de seguridad, migración y procuración de justicia; buscan mayor complementariedad en la cadena de producción, y adoptan diferentes medidas en aras de lograr una mayor integración económica regional, a la par del desarrollo de las megaregiones económicas trasfronterizas, que atienda las necesidades de la realidad social que se vive entre ambos países.⁵⁸

editorial-hate-crimes-are-increasing-alongside-trump-s-rhetoric/article_7f7e8b96-44a8-5de4-81cc-dbc3893e2071.html.

⁵⁵ Ese día tuvo lugar un atentado armado en el Wal Mart ubicado en el centro comercial El Paso Cielo Vista Mall, donde 22 personas perdieron la vida. Según la confesión del autor material, el ataque fue motivado por odio racial en contra de mexicanos. Las víctimas mexicanas: ocho fallecidas y nueve lesionadas. Véase Corzo Aceves, Víctor Emilio, “El Paso, Texas: la retórica del odio”, *El Mundo del Abogado*, año 21, núm. 245, septiembre de 2019, pp. 12-15.

⁵⁶ Según cifras del Pew Research Center la opinión de EE UU en México se redujo del 66%, que se tenía a fines de la administración de Barak Obama, al 30% en 2017 bajo la administración de Donald Trump. Véase Pew Research Center. “Opinion of the United States”, Global Indicators Database. Disponible en: <http://www.pewglobal.org/database/indicator/1/survey/all/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁵⁷ Jacobson, Roberta S., “My Year as a Trump Ambassador”, *New York Times*, 20 de octubre de 2018. disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/10/20/opinion/sunday/nafta-mexico-trump-ambassador.html>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁵⁸ Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Integración y desintegración”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 208, agosto de 2016, pp. 46 y 47.

Más allá de una vecindad, a México y Estados Unidos los unen lazos familiares, históricos, culturales, lingüísticos, ambientales y económicos que desdibujan cualquier línea fronteriza. Estos vínculos se vuelven evidentes a lo largo de los más de 3,152 kilómetros que constituyen la frontera terrestre entre México y Estados Unidos, donde las comunidades fronterizas se han constituido en verdaderas sociedades binacionales que ven la frontera —o “línea” como ellos le llaman— como una mera parada de tránsito. El dinamismo deseado entre México y Estados Unidos se puede ver cristalizado en las tres megaregiones económicas que se han forjado a lo largo de la frontera de ambos países,⁵⁹ donde queda evidenciado que las economías fronterizas siguen una lógica pragmatista, más que de prejuicios basados simplemente en delimitaciones administrativas.

Desafortunadamente el fenómeno de la frontera poco a poco se desdibuja entre más cerca se esté de las capitales de ambos países. Al adentrarse al territorio de cada uno de los Estados se deja de vivir la integración fáctica de la frontera y regresa a la visión nacionalista tradicional de *realpolitik* que impera en Washington, DC y la Ciudad de México. Ambos países han transitado diferentes etapas en las que ha predominado desde la desconfianza absoluta hasta la permisión de realizar actos de autoridad en el territorio del otro.

Lo anterior no obedece a una política estructurada que vaya orientada hacia un propósito programado en específico, sino que, es respuesta a la necesidad de dar alcance al dinamismo propio de relaciones comerciales, económicas, culturales, migratorias, financieras y delictivas que existen entre México y EE UU. En otras palabras, es un reconocimiento natural que se da de la evolución orgánica del principio de soberanía nacional, donde los Estados cooperan entre sí para atajar problemas de carácter transnacional que no pueden ser solucionados de manera unilateral. En otras palabras, los Estados

⁵⁹ Las tres megaregiones se ubican en el Sur de California (que aparte de las ciudades de California, incluye a Tijuana y Mexicali, en Baja California), en el corredor Arizona-Sonora (*Arizona Sun Corridor*) y la costa del Golfo de México (que incluye las megalópolis conformadas entre Matamoros-Brownsville y Reynosa-McAllen). Véase Regional Plan Association, “Megaregions”, *America2050*. Disponible en: <http://www.america2050.org/content/megaregions.html>; Hagler, Yoav, “Defining U.S. Megaregions”, *America2050*, noviembre, 2009. Disponible en: http://www.america2050.org/upload/2010/09/2050_Defining_US_Megaregions.pdf, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

trabajan de manera más estrecha entre sí para alcanzar fines comunes que promuevan sus propios intereses.⁶⁰

Bajo este supuesto, hace veinticinco años, con la suscripción del TLCAN, en lugar de tratar de contener las tendencias de globalización, se cambia de paradigma económico y empiezan a sentar las bases para la integración de cadenas de producción en América del Norte, y que poco a poco —más allá del tema comercial y financiero— se fueron incorporando temas de seguridad y corresponsabilidad social en iniciativas trinacionales paralelas, como la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN), o binacionales, como la Iniciativa Mérida⁶¹ o el mecanismo Frontera Siglo XXI.

IV. MIGRACIÓN

En materia migratoria México y Estados Unidos cuentan —en la retórica— con discursos aparentemente opuestos. Por un lado, EE UU opera bajo la visión de la fortaleza, donde el tema de la migración se ataja desde una perspectiva individualista, de seguridad nacional, que ve al migrante como objeto de medidas de restricción para evitar ingrese a su territorio. En cambio, por el otro, México aborda el tema de la migración bajo una óptica multilateralista, donde es responsabilidad de todos los Estados el atender el fenómeno migratorio, y con enfoque de derechos humanos, donde el migrante es sujeto de derechos y se le debe dar un apoyo integral para auxiliarlo en su situación de vulnerabilidad.⁶²

Ambas visiones no son nuevas, empero el garbo con la que se ejecutan en la práctica, sí. De ahí lo paradigmático de la llegada de Trump a

⁶⁰ Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Evolución del concepto de soberanía”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 204, abril de 2016, pp. 30 y 31.

⁶¹ Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Las implicaciones jurídicas de la Iniciativa Mérida”, *cit.* pp. 32 y 33.

⁶² “[L]a vulnerabilidad de las y los migrantes como sujetos de derechos humanos es de naturaleza estructural y cultural. Deriva de una estructura de poder en la cual los migrantes, como no ciudadanos, carecen de capacidad para incidir en las normas o en su aplicación. Desde un punto de vista cultural, la vulnerabilidad se relaciona con elementos tales como estereotipos, prejuicios, racismo, xenofobia, ignorancia y discriminación institucional que tienden a desvalorizar a los extranjeros y a justificar las relaciones de poder entre las naciones”. Guadagno, Lorenzo y Hernández-Ardieta, Ingrid (coords.), *Migrantes en México. Vulnerabilidad y riesgos*, México-Suiza, Organización Internacional para la Migraciones-El Colegio de la Frontera, 2016.

la presidencia de EE UU. Desde su llegada se diseñó y puso en marcha un esquema operativo y normativo para robustecer el aparato gubernamental de persecución y deportación de migrantes irregulares; lograr una remoción más expedita de éstos; y disuadir el arribo de personas que quieran abusar de la figura del asilo, ingresar de forma irregular a EE UU, o que representen una “amenaza” a su seguridad nacional. Alrededor de estos objetivos, se han implementado diferentes medidas, como, por ejemplo: separar a menores de edad de sus padres durante su intento de cruce irregular; desplegar la Guardia Nacional y al ejército en la frontera con México; negociar acuerdos de “tercer Estado seguro”; limitar la elegibilidad a peticionarios de asilo en EE UU y obligarlos a esperar el desahogo de su proceso en México.⁶³

Como era de esperarse, el sistema de pesos y contrapesos, liderado por organizaciones no gubernamentales —tales como *American Civil Liberties Union*, o *Mexican-American Legal Defense and Educational Fund*— se activó y casi toda la totalidad de las medidas implementadas por la administración Trump han sido llevadas ante las cortes estadounidenses para que se analice su legalidad. Batallas han sido ganadas⁶⁴ y otras perdidas,⁶⁵ pero sin duda se

⁶³ Corzo Aceves, Víctor Emilio, “México, ¿tercer Estado seguro?”, *El Mundo del Abogado*, año 21, núm. 244, agosto de 2019, pp. 28-31.

⁶⁴ Por ejemplo, el 19 de noviembre de 2018, la Corte de Distrito del Distrito Norte de California emitió una orden de restricción temporal para evitar la entrada en vigor de la “Proclamación Presidencial que aborda la Migración Masiva a través de la Frontera Sur de EE.UU.” al considerar que el presidente no tenía facultad para “reescribir las leyes migratorias para imponer una condicionante que el Congreso ha prohibido expresamente”. Véase Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Llegada de la Caravana Migrante a la frontera México-EE.UU”, *El Mundo del Abogado*, año 20, núm. 236, diciembre de 2018.

⁶⁵ Por ejemplo, el 26 de junio de 2018, la Suprema Corte de Estados Unidos, en una votación cerrada (5-4), concluyó que las restricciones de viaje —a territorio estadounidense— impuestas a nacionales de Irán, Somalia, Iraq, Libia, Sudán, Siria y Yemen respondían a un interés legítimo de seguridad nacional y son producto de un proceso de revisión realizado por varias agencias gubernamentales y miembros del gabinete, y que fueron emitidas conforme a las facultades que le otorga la ley al presidente. Véase Corzo Aceves, Víctor Emilio, “*Trump vs. Hawái*: la legalidad de las restricciones de viaje”, *El Mundo del Abogado*, año 20, núm. 232, agosto de 2018, pp. 50-53. El 11 de septiembre de 2019, la Suprema Corte de Estados Unidos resolvió a favor del gobierno de EE UU el recurso de suspensión interpuesto por el procurador general estadounidense dentro de la demanda promovida por East Bay Sanctuary Covenant en contra de la regla interina de asilo, permitiendo así, que dicha regla siga en vigor y solo pueda ser terminada hasta que se agote el proceso judicial de apelación y de *certiorari* en la demanda referida.

puede afirmar que durante los dos años que van de la presidencia de Donald Trump se ha consolidado una fuerte resistencia, la cual ha empleada las cortes estadounidenses para cuestionar las medidas adoptadas por el gobierno federal.

El tono de la política migratoria de Donald Trump fue esbozado desde el inicio de su presidencia con tres órdenes ejecutivas firmadas a finales de enero de 2017, a partir de las cuales se han implementado diferentes acciones ejecutivas en contra de la población migrante en EE UU que han tenido como objeto:

- 1) Convertir a todos los migrantes irregulares en prioridades de deportación.⁶⁶
- 2) Buscar que las remociones sean lo más expeditas posibles.⁶⁷
- 3) Asegurar que los migrantes enfrenten sus procesos de deportación detenidos.⁶⁸
- 4) Sancionar a quien facilite la presencia de migrantes irregulares.⁶⁹
- 5) Fortalecer las capacidades institucionales —tanto recursos humanos como materiales— de las agencias migratorias estadounidenses.⁷⁰
- 6) Construcción de un nuevo muro fronterizo.⁷¹
- 7) Militarización de la frontera con México y autorización para que el personal militar emplee el uso de la fuerza letal en la frontera.⁷²

⁶⁶ Enhancing Public Safety in the Interior of the United States, Orden Ejecutiva 13768 emitida por Donald J. Trump, presidente de los Estados Unidos de América, el 25 de enero de 2017. Véase Corzo Aceves, Víctor Emilio, “La política migratoria de Donald Trump”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 215, marzo de 2017, pp. 40 y 41.

⁶⁷ Border Security and Immigration Enforcement Improvements, Orden Ejecutiva 13767 emitida por Donald J. Trump, presidente de los Estados Unidos de América, el 25 de enero de 2017.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*. También véase Corzo Aceves, Víctor Emilio. “Implicaciones jurídicas del muro fronterizo”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 216, abril de 2017, pp. 50 y 51.

⁷² 5,900 militares estadounidenses en activo y 2,100 miembros de la Guardia Nacional fueron desplegados a la frontera con México para evitar el ingreso irregular de los miembros de la caravana migrante. Véase Copp, Tara, “White House Approves Use of Force, Some Law Enforcement Roles for Border Troops”, *Military Times*, 21 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.militarytimes.com/news/your-military/2018/11/21/white-house-approves-use-of-force-some-law-enforcement-roles-for-border-troops/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

- 8) Rescisión del programa DACA (*Differed Action for Childhood Arrivals*).⁷³
- 9) Separación de familias en la frontera.⁷⁴
- 10) Limitación de elegibilidad para ser peticionario de asilo de aquellos extranjeros que no ingresen a través de los Puertos de Entrada en la frontera con México.⁷⁵
- 11) Restricción de ingreso a territorio estadounidense —por 90 días— a nacionales de países que representan un alto riesgo terrorista (por ejemplo de Irán, Somalia, Iraq, Libia, Sudán, Siria y Yemen).⁷⁶
- 12) Implementar los Protocolos de Protección a Migrantes (MPP, por sus siglas en inglés) bajo los cuales se regresa a México a todos los peticionarios de asilo para que esperen en territorio nacional la resolución de sus solicitudes.⁷⁷
- 13) Emitir una “regla interina de asilo” bajo la cual se determina que “cualquier extranjero, quien ingrese, o intente ingresar, o arribe a los Estados Unidos por la frontera terrestre sur [la que comparte con México], después de haber transitado hacia Estados Unidos, por lo menos a través de un tercer Estado diferente al de su Estado de ciudadanía,

⁷³ Memorandum on Rescission Of Deferred Action For Childhood Arrivals (DACA), emitido por Elaine C. Duke, encargada del Departamento de Seguridad Nacional, el 5 de septiembre de 2017. Véase Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Entre sueños y pesadillas: el programa DACA”, *El Mundo del Abogado*, año 19, núm. 222, octubre de 2017, pp. 28-35.

⁷⁴ Durante un discurso realizado en la ciudad de San Diego, California, el 7 de mayo de 2018, el entonces procurador general de EE UU, Jeff Sessions, señaló: “[i]f you are smuggling a child, then we will prosecute you and that child will be separated from you as required by law”. Bajo dicha visión, el gobierno estadounidense procedió a separar a más de 2,600 menores de edad de sus padres, en lo que se conoce como la política migratoria de tolerancia cero. Dicha política fue suspendida gracias a una medida cautelar emitida el 26 de junio de 2018, por una Corte de Distrito del Distrito Sur de California, en el caso *Ms. L.; et al., v. U.S. Immigration and Customs Enforcement; et al.*

⁷⁵ Presidential Proclamation Addressing Mass Migration Through the Southern Border of the United States, emitida por Donald J. Trump, presidente de los Estados Unidos de América, el 9 de noviembre de 2018.

⁷⁶ Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States, Orden Ejecutiva 13769 emitida por Donald J. Trump, presidente de los Estados Unidos de América, el 27 de enero de 2017.

⁷⁷ Policy Guidance for Implementation of the Migrant Protection Protocols, Kirstjen M. Nielsen, Departamento de Seguridad Nacional de EE UU, el 25 de enero de 2019.

nacionalidad o última residencia habitual-legal, no será considerado como elegible para solicitar asilo”.⁷⁸

- 14) Suscribir acuerdos de tercer Estado seguro⁷⁹ para transferir la “responsabilidad del examen de una solicitud de asilo de un país de acogida a otro país que es considerado «seguro» (es decir, capaz de proporcionar protección a los solicitantes de asilo y los refugiados)”.⁸⁰

La política migratoria de ambos países se encuentra interrelacionada, especialmente por el concepto estratégico de frontera que EE UU tiene (donde inclusive el territorio nacional mexicano quedara incluido) y bajo el cual se vuelca a una operación extraterritorial para detener las amenazas externas, a fin de evitar que éstas arriben o se acerquen a su territorio. Esta visión conmina al Estado mexicano a ejecutar —en la práctica— una política migratoria en su frontera sur más cercana a la estadounidense que a la de “puertas abiertas” que se ha pregonado hasta hace unos meses en el discurso político mexicano.

Antes del despliegue de la Guardia Nacional en la frontera sur, las caravanas migrantes que transitaron por nuestro país —especialmente la más grande de finales de 2018— empezaban a dejar en claro, por un lado, la estrecha coordinación de las políticas migratorias entre México y EE UU al permitir, 1) la identificación de 500 migrantes con antecedentes penales o afiliación a pandillas, gracias al registro de los miembros de dicha caravana ante las autoridades mexicanas;⁸¹ 2) la continuación de la operatividad del sistema de turnos, implementada desde el arribo de la oleada de

⁷⁸ Asylum Eligibility and Procedural Modifications, emitidos por la *Executive Office for Immigration Review, Department of Justice; U.S. Citizenship and Immigration Services, Department of Homeland Security*, el 15 de julio de 2019.

⁷⁹ Remarks by President Trump at Signing of Safe Third Country Agreement with Guatemala, Embajada de Estados Unidos en Guatemala, 26 de julio de 2019. Disponible en: <https://gt.usembassy.gov/remarks-by-president-trump-at-signing-of-safe-third-country-agreement-with-guatemala/>, consultado el 10. de septiembre de 2019.

⁸⁰ “La protección de los refugiados y la migración mixta. El plan de los 10 puntos en acción”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2011, p. 284.

⁸¹ El entonces embajador de México en EE UU declaró: “What I can tell you is that we, you know, work together very closely with the United States through different mechanisms to look at people that are moving through our region and I think that’s positive because it allows us to identify individuals that might have a criminal background”. Ballasy, Nicholas, “Mexican Ambassador to the US: There Are Criminals in the Caravan”, *Washington Examiner*,

haitianos y migrantes extracontinentales durante principios de 2017, con el cual las autoridades migratorias de ambos países administran el flujo de migrantes en aras de evitar que la masividad de arribos desquicie la vida y operatividad fronteriza; 3) el despliegue de la fuerza pública mexicana para contener el intento de cruce a territorio estadounidense, que un grupo de la caravana migrante realizó el 25 de noviembre de 2018, y que derivó en un enfrentamiento violento con autoridades mexicanas y estadounidenses en las inmediaciones del Puerto de Entrada de El Chaparral, en la ciudad de Tijuana, Baja California, y 4) con la amenaza,⁸² y posterior deportación de 98 migrantes que fueron identificados como participantes en el altercado, se dejó en claro que no se toleraría que los migrantes alteraran la dinámica fronteriza entre México y EE UU.⁸³

Ya con el despliegue masivo de la Guardia Nacional de México en la frontera sur,⁸⁴ como consecuencia directa de la adopción de la Declaración Conjunta México Estados Unidos, y la aceptación, por parte del gobierno de México, de que los peticionarios de asilos fueran retornados de EE UU a México para que esperen en territorio nacional el desahogo de sus casos, quedó completamente evidenciado el cambio drástico en la retórica migratoria de México.

Este cambio de ninguna manera pudo ser caracterizado como errático, ya que responde a la protección de los intereses nacionales ante una amenazada real e inminente proveniente de EE UU, que, de haber llegado a concretarse, hubiera afectado gravemente la economía mexicana. Sin embargo, la contradicción entre la retórica mexicana promigrante y las acciones de control migratorio que diario se aplican en la frontera sur de México, las cuales, aun cuando se quiera hacerlas pasar como falsos positivos y ma-

21 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.washingtonexaminer.com/news/mexican-ambassador-to-the-us-there-are-criminals-in-the-caravan>.

⁸² Secretaría de Gobernación, “Autoridades mexicanas retoman control del cruce fronterizo El Chaparral, en Baja California”, comunicado de prensa, 25 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/autoridades-mexicanas-retoman-control-del-cruce-fronterizo-el-chaparral-en-baja-california?idiom=es>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁸³ Secretaría de Gobernación, “Deporta INM a 98 extranjeros”, comunicado de prensa, 26 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/deporta-inm-a-98-extranjeros-183103?idiom=es>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

⁸⁴ López Ponce, Jannet, “Completo, despliegue de la Guardia Nacional en frontera sur: Ebrard”, *Milenio*, 8 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.milenio.com/politica/guardia-nacional-mexico-completa-despliegue-frontera-sur-ebard>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.

tizarlas bajo el mero argumento de ingreso ordenado y controlado, ponen en relieve que aún no se encuentra un justo balance entre ambas posiciones dentro de México, y que esa indefinición tiene el potencial para convertirse en un grave problema en un futuro cercano, especialmente cuando se confunde el apoyo a los migrantes con una política de frontera abierta o se tiene una política migratoria meramente reactiva a presiones externas.

El comportamiento del gobierno de México en el exterior —especialmente en EE UU— es completamente opuesto: ahí sí se vive a la altura de las expectativas de lo que se espera de uno de los países considerados como líder en materia migratoria a nivel mundial,⁸⁵ ya que, a través de las cincuenta y un representaciones que forman la red consular mexicana en Estados Unidos, se han ejecutado —históricamente—⁸⁶ una multiplicidad de acciones de asistencia y protección consular a favor de los millones de mexicanos que han hecho de EE UU su segundo hogar. Con la llegada de Trump a la presidencia estadounidense se implementaron, por parte del gobierno de México, acciones de emergencia con programas temporales de asistencia adicionales a los ya existentes, tales como Somos Mexicanos⁸⁷ y Fortalecimiento para la Atención de Mexicanos en Estados Unidos (FAMEU),⁸⁸ con los cuales se buscó redoblar los esfuerzos de protección preventiva hacia la

⁸⁵ El gobierno de México, en conjunto con el de Suiza, lideraron y concluyeron, en el seno de Naciones Unidas, durante 2017-2018, la negociación del Primer Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, con el que se busca abordar el fenómeno migratorio desde una perspectiva integral y ofrecer soluciones internacionales al mismo. Véase Corzo Aceves, Víctor Emilio, “Aspectos Jurídicos de la Caravana Migrante”, *El Mundo del Abogado*, año 20, núm. 235, noviembre de 2018, pp. 62-65.

⁸⁶ La práctica consular de México en EE UU es de casi 200 años. El primer consulado en EE UU se estableció en la ciudad de Nueva Orleans en 1823.

⁸⁷ Con el programa Somos Mexicanos, el gobierno de México buscó facilitar la reinserción del migrante a territorio nacional. En específico se buscó agilizar y simplificar los servicios consulares relacionados a repatriaciones, tales como el certificado de transferencia de estudios, registro de nacimiento de los nacidos en el extranjero, la emisión del certificado de menaje de casa; así como la exención del pago de impuestos por derechos de importación de algunos bienes muebles.

⁸⁸ Con el programa FAMEU, con fondos adicionales a los ya radicados a las representaciones consulares en EE UU, se instrumentó una estrategia de cuatro líneas de acción (por ejemplo, litigio estratégico, representación y orientación legal individual, diagnóstico migratorio y fortalecimiento de los mecanismos de defensa a los migrantes mexicanos) a fin de que la comunidad mexicana estuviera preparada frente a las políticas de persecución de la administración Trump.

comunidad mexicana. En la actualidad, dichos programas temporales han sido sustituidos por otros que responden a las necesidades que la comunidad mexicana enfrenta a la actualidad ante las nuevas medidas de la administración Trump, por ejemplo, la Estrategia de Protección al Migrante Mexicano a través de la cual se auxilia a la comunidad mexicana frente a los operativos migratorios que fueron anunciados por el gobierno estadounidense como “redadas masivas”,⁸⁹ y se busca la “transformación de las representaciones [consulares]... en una especie de procuradurías de defensa del migrante”.⁹⁰

V. CONCLUSIÓN

Durante el tiempo en el que Donald J. Trump ha estado al frente de la presidencia de EE UU, ha quedado evidenciado que la principal prioridad de su gobierno es hacia el interior, tal cual lo decía su slogan de campaña: *America First*. Tal retracción ha representado la renuncia tácita de Estados Unidos al liderazgo global que durante las últimas décadas había desempeñado,⁹¹ y que fue reafirmado durante la participación de Donald Trump ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en septiembre de 2019, al afirmar que “el futuro pertenece a los patriotas, no a los globalistas”. Bajo esta visión nacionalista, *antiestablishment*, se corre el riesgo que, con el discurso populista dirigido a sus bases electorales, busque adoptar medidas que afecten la

⁸⁹ Secretaría de Relaciones Exteriores, “Consulados de México refuerzan labores de asistencia ante posibles redadas migratorias en Estados Unidos”, comunicado de prensa núm. 223, 12 de julio de 2019.

⁹⁰ Secretaría de Relaciones Exteriores, “La SRE presenta al Poder Legislativo informe en materia de protección consular”, comunicado de prensa núm. 280, 20 de agosto de 2019.

⁹¹ La retracción estadounidense durante la administración Trump se ha traducido en completa indiferencia frente a temas de gran importancia a nivel global, teniendo como efecto su salida del Acuerdo de París, del Acuerdo con Irán (que a su vez derivó en la presentación de una demanda en contra de Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia por la reimposición de sanciones en contra de ese país), de la UNESCO, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica; así como en la guerra comercial con China y la Unión Europea; su intercambio amenazante con Corea del Norte (aunque hay que reconocer que se logró celebrar una cumbre entre ambos países); el bombardeo unilateral realizado en contra de Siria; las desavenencias con sus mayores socios comerciales al amenazar con dar por terminado el TLCAN; el cambio de su embajada de Israel a Jerusalén; la confrontación con los países del G-7 y de la OTAN, y su retórica amenazante en la ONU donde retomó el argumento bipolar de “están con nosotros o en contra de nosotros”.

relación binacional. Afortunadamente, del lado mexicano ha existido prudencia, y el presidente Andrés Manuel López Obrador, ante los múltiples embates de Trump, no ha caído en la provocación y mantiene su posición de “amor y paz” frente a EE UU.⁹²

Más allá de los gobiernos en turno de ambos países, las tendencias establecidas orgánicamente —por las fuerzas del mercado y la sociedad de ambos países— que durante los últimos veinticinco años han transformado a México y a EE UU en socios estratégicos, son un factor innegable de la relación bilateral el cual responde a sus propios intereses y sirve como contrapeso a las decisiones de ambos gobiernos. Asimismo, es innegable que la realidad que viven ambas naciones obliga a las autoridades de ambos países a trabajar hombro con hombro para enfrentar los retos transnacionales que impactan a ambas sociedades. Bajo dicha premisa, se puede afirmar que la relación bilateral continuará, tal cual, con los procesos de integración que se echaron a andar décadas atrás.

Es cierto que las tendencias nacionalistas, tanto en EE UU y en México, representan un riesgo, empero, son múltiples los actores que intervienen en la dinámica bilateral —tales como sociedad civil, cámaras de comercio, autoridades locales, municipales, empresas transnacionales— que están convencidos de la necesidad de seguir cooperando y trabajando juntos. Por esta razón, se puede afirmar que lo único que puede variar es la velocidad con la que los mercados, las economías, las sociedades y las políticas de ambos países seguirán integrándose. Ante tal escenario, hay que tener confianza que las sociedades y gobiernos de ambos países sean lo suficientemente sensatos para reconocer que ni México, ni Estados Unidos, se moverán a ningún lado y que los destinos de ambos países están y estarán por siempre entrelazados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

“«Amor y paz», responde López Obrador a los ataques de Trump”, *Excelsior*, 7 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/amor-y-paz-responde-lopez-obrador-a-los-ataques-de-trump/1317279>, consultado el 30 de septiembre de 2019.

⁹² “«Amor y paz», responde López Obrador a los ataques de Trump”, *Excelsior*, 7 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/amor-y-paz-responde-lopez-obrador-a-los-ataques-de-trump/1317279>, consultado el 30 de septiembre de 2019.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- ANNAN, Kofi, "Secretary-General Kofi Annan's Opening Address to the Fifty-Third Annual DPI/NGO Conference", Nueva York, 28 de agosto de 2000. Disponible en: <http://www.un.org/dpi/ngosection/annualconfs/53/sg-address.html>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- BALLASY, Nicholas, "Mexican Ambassador to the US: There Are Criminals in the Caravan", *Washington Examiner*, 21 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.washingtonexaminer.com/news/mexican-ambassador-to-the-us-there-are-criminals-in-the-caravan>, consultado el 24 de noviembre de 2018.
- CNN WIRE, "President Trump's Thanksgiving Call to Troop Includes Threat to Close Border, Complaints about Appeals Court", *FOX 59*, 22 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://fox59.com/2018/11/22/president-trumps-thanksgiving-call-to-troop-includes-threat-to-close-border-complaints-about-appeals-court/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- COPP, Tara, "White House Approves Use of Force, Some Law Enforcement Roles for Border Troops", *Military Times*, 21 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.militarytimes.com/news/your-military/2018/11/21/white-house-approves-use-of-force-some-law-enforcement-roles-for-border-troops/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio y CORZO ACEVES, Ernesto Eduardo, "Implicaciones jurídicas de la Iniciativa Mérida", *El Mundo del Abogado*, año 12, núm. 131, marzo de 2010.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio y CORZO ACEVES, Ernesto Eduardo, *La aplicación del derecho internacional en México: una visión crítica*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Instituto Matías Romero, 2012.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, "¿La protección diplomática o consular es un derecho humano?", *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 210, octubre de 2016.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, "Asimetrías de vecindad", *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 211, noviembre de 2016.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, "Aspectos jurídicos de la caravana migrante", *El Mundo del Abogado*, año 20, núm. 235, noviembre de 2018.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, "Coaliciones militares y realpolitik", *El Mundo del Abogado*, año 17, núm. 198, octubre de 2015.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, "Delinquentes y fronteras: la delincuencia organizada transnacional", *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 214, febrero de 2017.

- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “El Paso, Texas: La retórica del odio”, *El Mundo del Abogado*, año 21, núm. 245, septiembre de 2019.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Entre sueños y pesadillas: el programa DACA”, *El Mundo del Abogado*, año 19, núm. 222, octubre de 2017.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Entre terremotos y desastres. La relación bilateral México-Estados Unidos”, *El Mundo del Abogado*, año 19, núm. 223, noviembre de 2017.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Evolución del concepto de soberanía”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 204, abril de 2016.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Implicaciones jurídicas del muro fronterizo”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 216, abril de 2017.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Integración y desintegración”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 208, agosto de 2016.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “La política migratoria de Donald Trump”, *El Mundo del Abogado*, Sección “Derecho en el Mundo”, año 18, núm. 215, marzo, 2017.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Llegada de la caravana migrante a la frontera México-EE.UU.”, *El Mundo del Abogado*, año 20, núm. 236, diciembre de 2018.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Medios alternativos a la extradición”, *El Mundo del Abogado*, año 16, núm. 185, septiembre de 2014.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “México frente al principio apostólico de soberanía”, *El Mundo del Abogado*, año 18, núm. 205, mayo de 2016.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “México, ¿tercer Estado seguro?”, *El Mundo del Abogado*, año 21, núm. 244, agosto de 2019.
- CORZO ACEVES, Víctor Emilio, “Trump vs. Hawaii: la legalidad de las restricciones de viaje”. *El Mundo del Abogado*, año 20, núm. 232, agosto de 2018.
- EGAN, Lauren, “Trump Gives Mexico One-Year Warning to Stop Drugs before Tariffs, Border Closure”, *NBC News*, el 4 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.nbcnews.com/politics/donald-trump/trump-gives-mexico-one-year-warning-stop-drugs-tariffs-border-n991026>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- “Editorial: Hate Crimes are Increasing Alongside Trump’s Rhetoric”, *St. Louis Post-Dispatch*, 18 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.stltoday.com/opinion/editorial/editorial-hate-crimes-are-increasing-alongside-trump-s-rhetoric/article_7f7e8b96-44a8-5de4-81cc-dbc3893e2071.html.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- ESTÉVEZ, Dolía, *El embajador*, México, Planeta, 2013.
- FRIEDMAN, Uri, “UN Secretary-General: American Power Is in Decline, the World Is «in Pieces»”, *The Atlantic*, 13 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/09/antonio-guterres-united-nations/570130/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- GILCHRIST, Jim y CORSI, Jerome R., *Minutemen. The Battle to Secure America’s Borders*, EUA, Wolrd Ahead Publishing, 2006.
- GUADAGNO, Lorenzo y HERNÁNDEZ-ARDIETA, Ingrid (coords.), *Migrantes en México. Vulnerabilidad y riesgos*, México-Suiza, Organización Internacional para la Migraciones-El Colegio de la Frontera, 2016.
- HAGLER, Yoav, “Defining U.S. Megaregions”. *America2050*, noviembre de 2009. Disponible en: http://www.america2050.org/upload/2010/09/2050_Defining_US_Megaregions.pdf, consultado el 30 de octubre de 2018.
- HOFFMAN, Ashley y BECKWITH, Ryan, “Donald Trump’s Tweets Really Matter. These 27 Examples Prove It”, *TIME*, 18 de enero de 2018. Disponible en: <https://time.com/5099544/donald-trump-tweets-first-year/>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- JACOBSON, Roberta S., “My Year as a Trump Ambassador”, *New York Times*, 20 de octubre de 2018, en <https://www.nytimes.com/2018/10/20/opinion/sunday/nafta-mexico-trump-ambassador.html>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- LÓPEZ PONCE, Jannet, “Completo, despliegue de la Guardia Nacional en frontera sur: Ebrard”, *Milenio*, 8 de julio de 2019. Disponible en: <https://www.milenio.com/politica/guardia-nacional-mexico-completa-despliegue-frontera-sur-ebard>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- OLORUNNIPA, Toluse, “Trump Says He Closed Mexican Border and Authorized Lethal Force”, *Bloomberg*, 22 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-11-22/trump-says-he-closed-mexican-border-and-authorized-lethal-force>, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- ORDÓÑEZ, Andrés, *Los avatares de la soberanía. Tradición hispánica y pensamiento político en la vida internacional de México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.
- PARKER, Ashley *et al.*, “«I Was All Set to Terminate»: Inside Trump’s Sudden Shift on NAFTA”, *The Washington Post*, 27 de abril de 2017. Disponible

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- en: https://www.washingtonpost.com/politics/i-was-all-set-to-terminate-inside-trumps-sudden-shift-on-nafta/2017/04/27/0452a3fa-2b65-11e7-b605-33413c691853_story.html?utm_term=.b60b83d81b39, consultado el 1o. de septiembre de 2019.
- PEW RESEARCH CENTER, “Opinion of the United States”, Global Indicators Database.
- REGIONAL PLAN ASSOCIATION, “Megaregions”, *America2050*. Disponible en: <http://www.america2050.org/content/megaregions.html>.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “Autoridades mexicanas retoman control del cruce fronterizo El Chaparral, en Baja California”, comunicado de prensa, 25 de noviembre de 2018.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES “Consulados de México refuerzan labores de asistencia ante posibles redadas migratorias en Estados Unidos”, comunicado de prensa núm. 223, 12 de julio de 2019.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES “La SRE presenta al Poder Legislativo informe en materia de protección consular”, comunicado de prensa núm. 280, 20 de agosto de 2019.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, “Posicionamiento de México ante la decisión del Gobierno de EUA de implementar la sección 235(b)(2) (c) de su Ley de Inmigración y Nacionalidad”, comunicado de prensa núm.14, 20 de diciembre de 2018.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, “Secretaría de Relaciones Exteriores deporta INM a 98 extranjeros”, comunicado de prensa, 26 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/deporta-inm-a-98-extranjeros-183103?idiom=es>, consultado el 26 de noviembre de 2018.

Implicancias de la salida unilateral de los Estados Unidos del Acuerdo Nuclear con Irán

Consequences of unilateral output of the United States from Nuclear Agreement with Iran

Conséquences de la sortie unilatérale des États-Unis de l'Accord Nucléaire avec l'Iran

Milagros Calumani Quilca*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Política exterior de los Estados Unidos con Irán*. III. *Acuerdo Nuclear con Irán (PIAC), características y crisis*. IV. *Donald Trump: Perspectiva teórica de política exterior*. V. *Actores involucrados*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

* Licenciada en administración de negocios internacionales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

Artículo recibido el 22 de abril de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 655-685
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: El Acuerdo Nuclear firmado con Irán representó un gran hito de la administración Obama y garantizaba la no generación de armas nucleares en Irán durante 15 años, como comienzo. Sin embargo, en mayo de 2018 el presidente Donald Trump sorprendió a la comunidad internacional con la reimposición de sanciones a Irán y su salida unilateral del Acuerdo Nuclear. Esta decisión refleja su estilo de política exterior, pero también su alcance mundial, ambos temas serán analizados en el presente artículo.

Palabras clave: Acuerdo Nuclear, Irán, Estados Unidos, Donald Trump, política exterior.

ABSTRACT: The Nuclear Agreement signed with Iran was one of the main achievements of the Obama administration and guaranteed the non-production of nuclear weapons in Iran for at least 15 years. However, in May, 2018 President Donald Trump decided to denounce the Nuclear Agreement as a unilateral decision and to reimpose sanctions on Iran, which also involves economic relations with third countries. This decision reflects his style of foreign policy, but also its global reach in foreign affairs issues. These both topics will be analyze in the content of the present article.

Keywords: Joint Comprehensive Plan of Action, Nuclear Agreement, Iran, United States, Donald Trump, Foreign Affairs.

RÉSUMÉ: L'Accord Nucléaire signé avec l'Iran c'était l'une des principales réalisations de l'administration Obama et garanti la non-production d'armes nucléaires en Iran pendant, au moins, 15 ans. Cependant, en mai 2018, le président Donald Trump a décidé unilatéralement de dénoncer l'accord nucléaire et de réimposer des sanctions à l'Iran, ce qui implique également des relations économiques avec des pays tiers. Cette décision reflète son style de politique étrangère, mais aussi sa portée mondiale dans les affaires internationales. Ces deux sujets seront analysés dans le contenu de cet article.

Mots-clés: plan d'action global commun, Accord Nucléaire, Iran, États-Unis, Donald Trump, affaires étrangères.

I. INTRODUCCIÓN

En mayo del 2018 el presidente Donald Trump decidió retirar a los Estados Unidos de América del Plan Integral de Acción Conjunta (PIAC, en adelante Acuerdo Nuclear) y reimponer fuertes sanciones económicas y financieras de carácter unilateral y extraterritorial a la República Islámica de Irán (de ahora en adelante, Irán), utilizando como principal sustento un informe de los servicios secretos de Israel, país que junto a Arabia Saudita ve amenazada su influencia en Medio Oriente, donde presenta pruebas de la vigencia del programa nuclear secreto de Irán.¹

El estilo de negociación de Donald Trump ha generado mucha incertidumbre en las relaciones internacionales, imponiendo sanciones unilaterales, al mismo tiempo que propone negociar nuevas condiciones favorables a los intereses de Estados Unidos, en posición de ventaja. Sin embargo, la estrategia de Donald Trump está mellando el poder blando que Estados Unidos ha logrado acumular desde el gobierno del presidente Woodrow Wilson a inicios del siglo XX.

Dichas medidas han repercutido negativamente en la economía de Irán y en el sistema internacional, lo que la ha llevado a formular una demanda contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia² con fecha 16 de julio de 2018, solicitando medidas urgentes y medidas provisionales. Los demás Estados signatarios del acuerdo (la Federación de Rusia, la República Popular China, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Francesa y la República Federal de Alemania) tienen la intención de salvar este acuerdo, presentando diversas alternativas a pesar de que cada uno debe lidiar con la presión y sanciones impuestas por Estados Unidos en

¹ Memorando presidencial, “Ceasing United States Participation in the Joint Comprehensive Plan of Action and Taking Additional Action to Counter Iran’s Malign Influence and Deny Iran All Paths to a Nuclear Weapon”, 8 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/ceasing-u-s-participation-jcpoa-taking-additional-action-counter-iran-malign-influence-deny-iran-paths-nuclear-weapon/> (consultado el 4 de octubre de 2018).

² La República Islámica de Irán no pertenece a la Organización Mundial del Comercio (OMC), hecho que al mismo tiempo le habría permitido iniciar una demanda ante el Organismo de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

ámbitos fuera del Acuerdo Nuclear. Asimismo, se destaca la presencia de China como principal socio comercial de Irán.

Esta situación sustenta la tesis de que la transición actual en el ámbito internacional es una de poder pero no de hegemonía, donde otros Estados, además de la potencia hegemónica (algunas antiguas y nuevas potencias), son protagonistas en el proceso de conformación de un nuevo orden internacional en el que estarán presentes los intereses de dichos actores,³ lo que obliga a Estados Unidos a cambiar de estrategia, a tal punto que puede ser que Donald Trump sea de esos personajes que están destinados a marcar el final de una era, quizá sin darse cuenta.⁴

II. POLÍTICA EXTERIOR DE LOS ESTADOS UNIDOS CON IRÁN

La relación bilateral y diplomática entre Estados Unidos e Irán data de mediados del siglo XIX; sin embargo, tuvo sus mayores hitos después de la segunda guerra mundial, donde Irán apoyó al Eje y terminó siendo invadida por el Reino Unido y la Unión Soviética, pero manteniendo la dinastía Pahlavi. En el año 1953, luego de la nacionalización del petróleo iraní, tanto Reino Unido como los Estados Unidos promueven un golpe de Estado contra el primer ministro iraní Mohamed Mossadeq, dando paso al retorno del Sha al país y la ejecución de una política de occidentalización.

En agosto de 1955 Estados Unidos e Irán firman un primer acuerdo, el *Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares*, durante los gobiernos del presidente Eisenhower y el Sha Mohammad Reza Pahlaví. Asimismo, Estados Unidos e Irán mantuvieron relaciones de amistad duran-

³ Alcalde Cardoza, Javier, “El orden internacional: Antecedentes, Situación, Prospectiva”, *La Política Exterior Peruana en el Siglo XXI*, Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) y Konrad Adenauer Stiftung (KAS), Lima, Equis, 2015, p. 32.

⁴ Entrevista a Henry Kissinger, “Henry Kissinger: ‘Estamos en un período muy, muy grave’”, *Portafolio*, 27 de julio de 2018, disponible en: <https://www.portafolio.co/internacional/henry-kissinger-estamos-en-un-periodo-muy-muy-grave-519509> (consultado el 4 de octubre de 2018). Extracto: “Creo que Trump puede ser uno de esos personajes en la historia que aparece de vez en cuando para marcar el final de una era y forzarla a renunciar a sus viejas pretensiones. No necesariamente quiere decir que él sepa esto, o que esté considerando una gran alternativa. Puede que sea sólo un accidente”.

te los años 1955–1979, periodo que duró el *Pacto de Bagdad*, organización defensiva militar formada en 1955 por Irán, Irak, Pakistán, Reino Unido y Turquía; y donde Estados Unidos impulsó las negociaciones a pesar de no firmar dicho acuerdo. Mientras tanto, el líder religioso Ayatollah Khomeini lideró protestas contra la política prooccidental del Sha, por lo que terminó exiliado durante 15 años entre Irak y Francia, retornando en febrero de 1979.

En el año 1979 Estados Unidos e Irán afrontaron una grave crisis diplomática a raíz de la *revolución iraní* y el derrocamiento del último Sah de Irán Mohammad Reza Pahlavi, quien fue forzado al exilio. El 14 de febrero del mismo año un grupo armado atacó la Embajada de Estados Unidos en Teherán, tomando prisioneras a setenta personas, incluido el embajador; este ataque fue reducido por el gobierno provisional iraní, el primer ministro Mehdi Bazargan se disculpó por el ataque indicando su disposición a reparar cualquier daño. El 10. abril de 1979, a través de referéndum nacional, se crea la *República Islámica de Irán*, promovida por el líder religioso Ayatollah Khomeini.⁵

En octubre de 1979, el ex Sah de Irán fue admitido en Estados Unidos para un tratamiento contra el cáncer, lo que motivó a Irán a exigir su retorno para su juicio por traición y posterior ejecución. El 4 de noviembre de 1979, luego de varias manifestaciones frente a la Embajada de Estados Unidos en Teherán, un grupo estudiantil denominado *The Muslim Students of the Imam Khomeini Line* invadió la Embajada norteamericana tomando como rehenes a todo el personal diplomático y consular, además de otras personas presentes; a la mañana siguiente también fueron tomados los consulados estadounidenses de *Tabriz* y *Shiraz*, no se tomaron rehenes debido a que las actividades se encontraban suspendidas, después de las protestas de febrero. Los rehenes de la Embajada norteamericana en Teherán permanecieron cautivos por 444 días.

El 28 de noviembre de 1979, Estados Unidos presentó una demanda contra Irán ante la Corte Internacional de Justicia solicitando la adopción de medidas provisionales, responsabilizando al Estado de Irán por la inacción frente a los hechos acaecidos:

⁵ Fraile Alonso, Montserrat, “¿Cómo se «perdió» Irán? Una visión global del contexto histórico a 30 años de la caída del Shah”, *Revista Isagogé*, núm. 6, 2009, pp. 50 y 51.

During the three hours or more of the assault, repeated calls for help were made from the Embassy [of the United States] to the Iranian Foreign Ministry... A request was also made to the Iranian Chargé d'affaires in Washington for assistance in putting an end to the seizure of the Embassy. Despite these repeated requests, no Iranian security forces were sent in time to provide relief and protection to the Embassy... No attempt was made by the Iranian Government to clear the Embassy premises, to rescue the persons held hostage, or to persuade the militants to terminate their action against the Embassy.⁶

La Corte emitió su sentencia el 24 de mayo de 1980, indicando que la inviolabilidad de las embajadas y de los enviados diplomáticos es prerrequisito fundamental para las relaciones entre Estados, solicitando la inmediata liberación de los rehenes e indicando que, Irán se encuentra en la obligación de reparar al gobierno estadounidense por el daño causado con el suceso del 4 de noviembre de 1979⁷.

Paralelamente, Estados Unidos impuso múltiples sanciones unilaterales contra Irán,⁸ las que incluyeron el bloqueo de petróleo importado desde Irán, congelamiento de fondos iraníes en Estados Unidos, restricción del número de diplomáticos iraníes en Estados Unidos; el 7 de abril de 1980 rompe relaciones diplomáticas con Irán, así como prohíbe toda exportación a Irán; el 25 de abril el presidente Jimmy Carter ordenó una operación armada en territorio iraní a fin de rescatar a los rehenes sustentada en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, sobre el derecho de legítima defensa,⁹ que resultó fallida. La liberación de los rehenes se realizó el 20 de enero de 1981, siendo negociada por el presidente Jimmy Carter y ejecutada momentos después de la posesión del cargo por Ronald Reagan; desde entonces las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos e Irán per-

⁶ General List no. 64, *Corte Internacional de Justicia*, Case concerning United States Diplomatic and Consular staff in Tehran, Sentencia, 24 de mayo de 1980, pp. 12 y 13, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf> (consultado el 4 de octubre de 2018).

⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁸ Negro Alvarado, Dante, "El caso de los rehenes estadounidenses en Teherán y el Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos", *Revista Agenda Internacional*, año VII, núm. 16, 2002, p. 166.

⁹ General List no. 64, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

manecen rotas y es Suiza quien protege los intereses de ciudadanos estado-unidenses en Irán a través de su embajada y consulados.

Entre 1997 y 2005 gobernó el presidente Mohammad Jatami, representando al movimiento reformista iraní, con una política exterior conciliadora pero cauta, principalmente luego de que en el 2002 el presidente George W. Bush denominara a países como Irán, Irak y Corea del Norte parte de un “Eje de Maldad” que se arma para amenazar la paz del mundo.¹⁰ En el 2005 Mahmud Ahmadinejad ganó las elecciones presidenciales en segunda vuelta con un discurso abiertamente antiestadounidense y ultraconservador, su política exterior se enfocó en reforzar relaciones con países de África y América Latina, gobernando junto con el líder religioso Ayatollah Jemenei hasta 2013.

Por otro lado, el 5 de marzo de 1970 entró en vigor el *Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP)*, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, que tiene por objetivo emprender medidas eficaces encaminadas al desarme nuclear;¹¹ solo son los cinco Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas los Estados poseedores de armas nucleares signatarios del TNP¹² (Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Rusia y China). En virtud de este tratado, el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) de la ONU verifica su cumplimiento a través de la aplicación de salvaguardias e inspecciones periódicas.¹³

En ese orden de ideas, en diciembre de 2003 Irán firmó, pero no ratificó un Protocolo Adicional con la OIEA en torno a al TNP, que implementó hasta 2006, sometién dose a la inspección del OIEA en su territorio. Sin embargo, mediante resolución GOV/2006/14 de fecha 4 de febrero de 2006 el OIEA informó que: “Luego de casi tres años de intensas actividades

¹⁰ Discurso del presidente sobre el Estado de la Nación, Capitolio de los Estados Unidos, Washington, D. C., 29 de enero de 2002, disponible en: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.es.html> (consultado el 04/10/2018).

¹¹ INFCIRC/140, Tratado sobre No Proliferación de Armas Nucleares, 22 de abril de 1970, art. 3, pp. 2 y 3 disponible en https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infircs/1970/infirc140_sp.pdf (consultado el 04/10/2018).

¹² Según el TNP, los Estados poseedores de armas nucleares son los que han fabricado y hecho explotar un arma nuclear u otro dispositivo nuclear explosivo antes del 1o. de enero de 1967. Cabe resaltar que solo Reino Unido, la ex URSS y los Estados Unidos se acogieron al TNP desde sus inicios, mientras que Francia accede el 02 agosto de 1992 y China el 09 de marzo de 1992.

¹³ INFCIRC/140, *op. cit.*

de verificación, no está en condiciones de aclarar algunas cuestiones importantes del programa nuclear iraní ni de concluir que no existen materiales o actividades nucleares no declarados”.¹⁴

Indicando además que Irán ha reanudado sus actividades relacionadas con el enriquecimiento de uranio, y solicitando dar a conocer al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas los múltiples informes y resoluciones del OIEA al respecto.

Mediante Resolución 1696 del 31 de julio de 2006, el Consejo de Seguridad pide a Irán acatar todas las recomendaciones del OIEA, expresando su intención de adoptar medidas apropiadas o medidas adicionales para persuadir a Irán de cumplir con lo indicado, con base en el artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas sobre *Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*; lo que trajo como consecuencia la imposición de sanciones por parte de la ONU a través de la Resolución 1737-2006, con el objeto de frenar el programa de enriquecimiento de uranio de Irán a través de su programa nuclear. Desde entonces, las Naciones Unidas ha impuesto sanciones a Irán¹⁵, a estas sanciones multilaterales se suman las sanciones unilaterales impuestas por los Estados Unidos y la Unión Europea¹⁶. Las sanciones de la ONU bloquean las provisiones militares pesadas y de tecnología nuclear a Irán, frenan la exportación iraní de armas y congelan los bienes de responsables y de empresas vinculadas al programa nuclear; las sanciones de países como Estados Unidos se circunscriben en actividades comerciales, restricción de venta de gasolina, límite de inversión en el sector energético iraní, entre otros.

¹⁴ Resolución GOV/2006/14, *Organismo Internacional de Energía Atómica*, Aplicación del acuerdo de salvaguardias en relación con el TNP en la República Islámica del Irán, 4 de febrero de 2006, p. 01, disponible en: https://www.iaea.org/sites/default/files/gov2006-14_sp.pdf (consultado el 04/10/2018).

¹⁵ Resolución 1737 (2006), *Consejo de Seguridad* de las Naciones Unidas, Sesión 5612ª, 23 de diciembre de 2006, disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1737\(2006\)](https://undocs.org/es/S/RES/1737(2006)) consultado el (04/10/2018) y demás Resoluciones del Consejo de Seguridad 1696 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008), 1835 (2008), 1929 (2010) y 2224 (2015).

¹⁶ Por ejemplo, la Ley de Sanciones Contra Irán (ISA por sus siglas en inglés) aprobada por los Estados Unidos, así como la prohibición de acceso de los bancos iraníes al sistema SWIFT a partir del 17 de marzo de 2012, aprobada por la Unión Europea.

III. ACUERDO NUCLEAR CON IRÁN (PIAC), CARACTERÍSTICAS Y CRISIS

Los cinco países miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Estados Unidos, Rusia, China, Reino Unido y Francia) más la República Federal de Alemania y la Alta Representante de la Unión Europea, también conocidos como E3+3, se reunieron con Irán desde noviembre de 2012 a fin de negociar la suspensión de su programa de enriquecimiento de uranio. Pero fue a partir de la presidencia de Hasan Rouhaní en 2013, que en noviembre se logró firmar un *acuerdo preliminar* sobre el programa nuclear iraní en Ginebra,¹⁷ donde Irán se comprometió a congelar su programa nuclear durante al menos seis meses, limitando su enriquecimiento de uranio, suspendiendo la construcción del reactor de Irak, así como su abastecimiento de combustible, permitiendo el ingreso de inspectores del OIEA para vigilar la implementación del acuerdo; todo esto a cambio de reducir y aliviar en menor medida las sanciones que le fueron impuestas. Este acuerdo representó un gran avance en las negociaciones y un primer paso para lograr un acuerdo definitivo.

El 14 de julio de 2015, luego de diez años de negociaciones, se logró firmar el PIAC (Plan Integral de Acción Conjunta, de ahora en adelante, Acuerdo Nuclear), con el objetivo de asegurar que el Programa Nuclear iraní sea exclusivamente pacífico y donde Irán se compromete a no buscar, desarrollar o adquirir arma nuclear alguna, contribuyendo a la paz y seguridad regional e internacional, dando acceso a inspectores internacionales del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA). A cambio los seis Estados firmantes (E3+3) se comprometen a levantar progresivamente la mayoría de las sanciones internacionales, multilaterales y unilaterales impuestas a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los Estados Unidos y la Unión Europea, logrando restablecer las relaciones económicas, financieras y de cooperación¹⁸. Este acuerdo fue endosado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución

¹⁷ Joint Plan of Action (JPOA), 24 de noviembre de 2013, Ginebra, disponible en: <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/jpoa.pdf> (consultado el 04/10/2018)

¹⁸ Harvard Kennedy School, Centro Belfer de Ciencias y Estudios Internacionales, *The Iran Nuclear Deal: A Definitive Guide* (2017), Cambridge, pp. 58-65.

2231-2015 del 20 de julio, haciendo suyo el reciente acuerdo con Irán y dejando sin efecto las resoluciones previas relacionadas al programa nuclear iraní. Cabe resaltar que este acuerdo tampoco es definitivo, ya que plantea un plazo de 15 años para evaluar los avances y decidir su continuidad negociando nuevos alcances. Las sanciones multilaterales y unilaterales contra Irán fueron levantadas a partir de enero de 2016, luego de que el OIEA confirmara el cumplimiento de los requisitos para la puesta en marcha del Acuerdo Nuclear suscrito en julio del 2015.¹⁹

En su investigación, Bernejo y Gutiérrez, describen el alcance del Acuerdo de Viena (Acuerdo Nuclear) del 14 de julio de 2015.²⁰

1. Irán

- Acepta no enriquecer uranio por encima del 3.67% al menos durante 15 años.
- Acepta reducir en dos tercios sus centrífugas (que pasan de 19 000 a 6 104, y de estas 5 060 podrán producir uranio por 10 años).
- Renuncia a construir nuevas plantas de enriquecimiento de uranio por 13 años.
- Se compromete a no enriquecer uranio en la planta de Fordow durante 15 años, y a convertirla exclusivamente a fines pacíficos y de investigación.
- Solo la planta de Natanz se podrá enriquecer uranio hasta el 3.67%.
- Permitirá al Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), un acceso regular a todas las instalaciones nucleares, incluidas las de Natanz y Fordow.

¹⁹ Informe S/2016/57, *Organismo Internacional de Energía Atómica*, Verificación y vigilancia en la República Islámica de Irán a la luz de la resolución 2231 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 19 de enero de 2016, disponible en: <https://undocs.org/es/S/2016/57> (consultado el 4 de octubre de 2018).

²⁰ Bernejo García, Romualdo y Gutiérrez Espada, Cesario, “Del programa nuclear de la República Islámica de Irán y de su evolución (política y derecho)”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2015, vol. 31, pp. 50 y 51.

2. Consejo de Seguridad, Estados Unidos y la Unión Europea

- Suspenderán las sanciones luego del informe favorable del OIEA respecto al programa nuclear iraní²¹.
- Si en cualquier momento Irán deja de cumplir los compromisos, las sanciones se restablecerán.

Llegados a este punto, es importante precisar que las negociaciones de occidente en torno al programa nuclear iraní fueron cada vez más flexibles con el país islámico, donde hasta el año 2015 Irán no paró de construir centrifugadoras de uranio enriquecido a pesar de las múltiples sanciones que pesaban sobre ella:

De insistir en que Irán interrumpiera permanentemente el enriquecimiento del uranio (2004) a permitir que Irán continuara el enriquecimiento a bajos niveles de uranio enriquecido (LEU), menos del 20% (2005), a proponer que Irán exportara la mayor parte de su LEU para que Francia y Rusia pudieran transformarlo en barras de combustible de uranio enriquecido al 20% (2009), a permitir que Irán conservara su propio uranio enriquecido al 20 por ciento para alimentar un reactor de investigación mientras suspendía las operaciones en su base de Fordow, donde las centrifugadoras podían fabricar más (2013).²²

Todos los cambios de la posición occidental con Irán hacen que este país tenga pocos incentivos para considerar una propuesta como definitiva, donde este acuerdo resulta el máximo de concesiones de las grandes potencias logradas al 2015 para Irán.

Luego de la firma del acuerdo, el congreso de los Estados Unidos tuvo un periodo de 60 días para ratificar su aprobación, aun cuando el texto del acuerdo establece su adopción formal a los 90 días de ser aprobado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (19 de octubre). El Congreso y el Senado protagonizaron múltiples debates y audiencias al respecto, donde los legisladores republicanos se opusieron al tratado insistiendo en que no garantizaba de manera verificable que Irán no obtenga un arma nuclear,

²¹ Las sanciones internacionales y multilaterales contra Irán empezaron a ser levantadas el 16 de enero de 2016, luego de que el OIEA confirmara el cumplimiento de los requisitos para la puesta en marcha del Acuerdo Nuclear suscrito en julio de 2015.

²² Kissinger, Henry, *Orden Mundial*, México, Debate, 2016, p. 167.

uno de los principales opositores fue el actual secretario de Estado Mike Pompeo²³ mientras que el expresidente Barack Obama defendió personalmente los beneficios del acuerdo, alegando que una acción militar sería “mucho menos efectiva”. De esta manera, el 10 de septiembre del 2015 el Senado no aprobó la “resolución de desaprobación” del texto del acuerdo, al no conseguir los 60 votos requeridos. Mientras tanto el Congreso tuvo plazo hasta el 17 de septiembre del mismo año para pronunciarse sobre el acuerdo, para hacer efectivo los compromisos. Paralelamente, en mayo de 2015, el Congreso aprobó la *Ley de Revisión del Acuerdo Nuclear con Irán*, que obliga al presidente de los Estados Unidos a certificar cada 90 días que Irán cumple lo pactado en el Acuerdo Nuclear,²⁴ esta Ley fue ratificada por el presidente Donald Trump en enero de 2018, cuando advirtió que si no se lograba imponer más sanciones a Irán a través de un *acuerdo adicional* rompería de manera unilateral el acuerdo, lo que ocurrió el 8 de mayo del mismo año.

El 8 de mayo de 2018, el presidente de Estados Unidos abandonó el Acuerdo Nuclear y reimpuso sanciones a Irán, aduciendo que por fuentes propias y supuestas pruebas brindadas por Israel, Irán no cumplía el acuerdo y mantenía su Programa Nuclear y producción de uranio en funcionamiento, además que no se ha abordado temas como el apoyo de Irán a grupos terroristas tales como Hezbollah y Hamas, ni el desarrollo de su programa balístico en general²⁵.

Al respecto, el presidente Benjamín Netanyahu de Israel, realizó una presentación ante medios de comunicación internacionales, haciendo público un informe con datos sobre el supuesto no cumplimiento del Acuerdo Nuclear por parte de Irán, con base en documentación sustraída por el servicio de inteligencia israelí (*Mosdad*) de una base de operaciones nucleares iraní en Teherán, y que involucra media tonelada de archivos físicos y digitales. Asimismo, aseguró que Irán tiene un programa nuclear secreto de nombre

²³ “The Final Tally: How Congress Voted on Iran”, *The Iran Primer*, 15 de septiembre de 2015, disponible en: <https://iranprimer.usip.org/blog/2015/sep/11/congress-votes-deal> (consultado el 4 de octubre de 2018)

²⁴ “Acuerdo nuclear con Irán: consecuencias de la ruptura”, *Estudios de Política Exterior*, 16 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.politicaexterior.com/actualidad/acuerdo-nuclear-iran-consecuencias-la-ruptura/> (consultado el 4 de octubre de 2018).

²⁵ Memorando Presidencial, *op. cit.*

Proyecto Amad, para la construcción de cabezas nucleares a ser disparadas en la ojiva de misiles estratégicos²⁶.

Por su parte, el Director General del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), presenta periódicamente información actualizada sobre el cumplimiento del acuerdo por parte de Irán al Consejo de Seguridad. El último informe oficial de cumplimiento del Acuerdo Nuclear fue elevado el 6 de junio de 2018, e indica que Irán cumple con todos los compromisos relacionados con la energía nuclear en el Acuerdo Nuclear²⁷.

La salida unilateral de los Estados Unidos implica la reimposición de sanciones a Irán, para lo cual se han establecido dos periodos, el primero a 90 días (6 de agosto) y el segundo a 180 días (4 de noviembre).

Estas sanciones reimpuestas de manera unilateral por los Estados Unidos afectan no solamente a Irán sino incluso a todas las empresas y países que comercien con este país, y que luego quieran tener una relación económico financiera con Estados Unidos.

Los doce requisitos que exige Estados Unidos a Irán para negociar son los siguientes:²⁸

- 1) Detallar al Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) las dimensiones militares de su programa nuclear y abandonar ese trabajo permanentemente y de forma verificable, perpetuamente.
- 2) Acabar con el enriquecimiento de uranio y “no buscar nunca un reprocesamiento de plutonio”.
- 3) Proporcionar al OIEA “acceso incondicional” a todas las instalaciones nucleares del país.
- 4) Eliminar su programa de misiles balísticos y acabar con “todo lanzamiento o desarrollo de misiles con capacidad nuclear”.

²⁶ “Netanyahu asegura que la decisión de la Casa Blanca evita un ‘desastre’ en la región”, *El País*, 09 de mayo de 2018, disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/05/08/actualidad/1525805331_271540.html (consultado el 4 de octubre de 2018).

²⁷ Informe S/2018/540, *Organismo Internacional de Energía Atómica - OIEA*, Verificación y vigilancia en la República Islámica de Irán a la luz de la resolución 2231 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 06 de junio de 2018, disponible en: <https://undocs.org/es/S/2018/540> (consultado el 4 de octubre de 2018).

²⁸ Comunicado de prensa, *After the Deal: A New Iran Strategy*, Pompeo, Mike, 21 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.state.gov/after-the-deal-a-new-iran-strategy/> (consultado el 4 de octubre de 2018).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- 5) Liberar a “todos los ciudadanos estadounidenses, así como a ciudadanos de nuestros socios y aliados, detenidos bajo cargos falsos y desaparecidos en Irán”.
- 6) Retirar su apoyo a “grupos terroristas en Medio Oriente, incluido el libanés Hezbolla y los palestinos Hamás y Yihad Islámica”.
- 7) Desmovilizar y desarmar a las milicias chiíes.
- 8) Retirar su apoyo a las milicias hutíes de Yemen.
- 9) Retirar de Siria “todas las fuerzas bajo comando iraní”.
- 10) Retirar su apoyo a “los talibanes y otros terroristas en Afganistán”, así como cesar de dar “refugio a líderes de Al Qaeda”.
- 11) Detener “el apoyo a terroristas y militantes de fuerzas Quds”, la unidad de elite y de operaciones internacionales de la Guardia Revolucionaria iraní.
- 12) “Acabar con su comportamiento amenazante contra sus vecinos”, incluidas “sus amenazas de destruir Israel y su disparo de misiles hacia Arabia Saudita y Emiratos Árabes Unidos”.

13)

El 7 de agosto de 2018, a través de la Orden Ejecutiva 13846 sobre la *Reimposición de algunas sanciones a Irán*²⁹ afectan a:

- La compra o adquisición de notas bancarias por el Gobierno de Irán.
- El comercio en oro y otros metales preciosos.
- El grafito, aluminio, acero, carbón y software utilizados en procesos industriales.
- Las transacciones en rial iraní.
- Las actividades relacionadas con la emisión de deuda soberana de Irán.
- El sector automotriz de Irán.

Mientras que el 5 de noviembre fueron reimpuestas las demás sanciones³⁰ a:

²⁹ Executive Order 13846, *Documentos Presidenciales*, Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran, 06 de Agosto de 2018, Registro Federal, vol. 83, núm. 152, disponible en: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/08062018_iran_eo.pdf (consultado el 4 de octubre de 2018).

³⁰ Registro Federal, *Rules and Regulations*, Iranian Transactions and Sanctions Regulations, 5 de noviembre de 2018, vol. 83, núm. 214 pp. 55269–55271 disponible en: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/fr83_55269.pdf (consultado el 4 de octubre de 2018).

- Los operadores portuarios, y los sectores de energía, pesca y construcción de barcos.
- Las transacciones relacionadas al petróleo iraní.
- Las transacciones de instituciones financieras extranjeras con el Banco Central de Irán.

En noviembre de 2018, se aprecia un gran impacto de estas políticas en la economía iraní con el aumento de la inflación,³¹ la incertidumbre de la Inversión Extranjera Directa comprometida³² y la reducción de las exportaciones, en el ámbito económico; así como el impacto psicológico de la población que no quiere regresar a épocas pasadas donde la incertidumbre y la necesidad amenazaba al país, como consecuencia de las sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ámbito multilateral y las sanciones unilaterales de Estados Unidos y de la Unión Europea respecto al Tratado de No Proliferación Nuclear, en el ámbito social. Estados Unidos pretende promover una asfixia económica sobre Irán para provocar la caída del régimen y sentarse a negociar con una debilitada Irán, pero en realidad afecta directamente a la población iraní y su calidad de vida.

En consecuencia, Irán ha llevado su caso a la Corte Internacional de Justicia, donde denunció a los Estados Unidos por violación del *Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares de 1955*, ocasionando el colapso de su economía de manera unilateral y sin justificación verídica y razonable³³. La demanda se sustenta jurídicamente en el Artículo 41 del

³¹ Fondo Monetario Internacional, disponible en: <https://www.imf.org/en/Countries/IRN> (consultado el 4 de octubre de 2018).

³² Reporte Mundial de Inversiones 2018, Inversión y nuevas políticas industriales, UNCTAD, pp. 47 y 48, disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (consultado el 4 de octubre de 2018).

³³ Irán presentó su sustento de demanda el 16 de julio de 2018 ante la Corte Internacional de Justicia, solicitando que el caso sea llevado con celeridad dado los efectos devastadores de las sanciones unilaterales de los Estados Unidos en la economía iraní. Corte Internacional de Justicia, véase *Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic General List no. 175, Corte Internacional de Justicia, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the Republic of Iran and the United States of America*, 16 de Julio de 2018, p. 30, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20180716-APP-01-00-EN.pdf> (consultado el 4 de octubre de 2018).

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y los artículos del 73 al 75 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, entre otros, solicitando medidas provisionales a las recientes sanciones unilaterales y extraterritoriales impuestas por Estados Unidos. Las “medidas provisionales” en el Derecho Internacional son un recurso suspensivo a través del cual la Corte Internacional de Justicia puede pedir a las partes de un litigio que realicen o se abstengan de realizar ciertos actos, en tanto la resolución del conflicto permanece pendiente³⁴.

Por su parte, Estados Unidos alega que las medidas anunciadas el 8 de mayo de 2018 corresponden al Acuerdo Nuclear, como instrumento multilateral distinto al *Tratado de Amistad de 1955*, por lo que la controversia queda fuera del alcance material de este Tratado. Asimismo, agrega que el Acuerdo Nuclear no contiene ninguna cláusula que prevea la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Estados Unidos argumenta que la decisión tomada el 8 de mayo se sustenta en temas de seguridad nacional³⁵.

Respecto las medidas provisionales, la Corte concluyó que si bien la reimposición de sanciones unilaterales por parte de los Estados Unidos corresponden con su salida del Acuerdo Nuclear, esto no excluye la posibilidad de que la controversia se relacione con la interpretación o aplicación del *Tratado de Amistad de 1955*, por lo que se halló competente para emitir un fallo del caso (*prima facie jurisdiction*). El 3 de octubre de 2018, la Corte ordenó a Estados Unidos el cese de sanciones a Irán respecto a la provisión de medicamentos (bienes y productos humanitarios en general), así como los servicios relacionados a la aviación civil (incluidos los repuestos de aviones), con la finalidad de no perjudicar a la sociedad civil³⁶.

Cabe precisar que esta decisión hace referencia a las medidas provisionales solicitadas por Irán, por lo que aún se espera la decisión final de la Corte.

³⁴ Arias Ramírez, Bernal, “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH*, vol. 43, 2006, p. 85.

³⁵ General List no. 175, *Corte Internacional de Justicia*, Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Request for the indication of provisional measures, 03 de octubre de 2018, pp. 10 y 11, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20181003-ORD-01-00-EN.pdf> (consultado el 4 de octubre de 2018).

³⁶ General List no. 175, *op. cit.*, p. 28.

IV. DONALD TRUMP: PERSPECTIVA TEÓRICA DE POLÍTICA EXTERIOR

Donald Trump se presentó como un *outsider* de la política estadounidense, a través del partido republicano, asumiendo el cargo en enero de 2017, con una campaña proteccionista y revisionista reflejada en sus lemas *Make America great again* o *America First* y dirigida principalmente al ciudadano de “clase trabajadora blanca” que no ve reflejado el crecimiento del país en sus ingresos y bienestar como consecuencia de la creciente desigualdad,³⁷ así como su deslinde del discurso liberal y pro multilateralismo de Obama. Desde el inicio de su gestión se aprecia un claro rechazo a los acuerdos alcanzados por la gestión de su predecesor Barack Obama, decidiendo su salida del Acuerdo de París sobre cambio climático, la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con Canadá y México, su salida de las negociaciones del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas en inglés), la renegociación de los acuerdos comerciales con China y la Unión Europea como consecuencia de los grandes déficit en balanza comercial, el abandono unilateral del Plan Integral de Acción Conjunta (PIAC) más conocido como Acuerdo Nuclear con Irán, entre otros.

En este apartado se analizará la política exterior del actual presidente de los Estados Unidos a través de teorías de ciencias políticas y relaciones internacionales, en torno a los componentes del poder, el populismo como estrategia política, su estilo de negociación, con mentalidad empresarial y un sistema de gobierno impregnado de un pragmatismo competitivo. Es importante destacar que varios autores niegan la existencia de una doctrina de política exterior estadounidense bajo la administración de Donald Trump, porque no desarrolla una estrategia coherente y constante de política exterior, sino que se caracteriza por su imprevisibilidad.³⁸

El poder es definido por Max Weber como “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social aún contra toda resistencia

³⁷ Christine J. Walley, “Trump’s election and the ‘white working class’”, *Journal of the American Ethnological Society*, Massachusetts Institute of Technology, vol. 44, núm. 2, 2017, p. 231.

³⁸ Tovar Ruiz, Juan, “La doctrina Trump en política exterior: fundamentos, rupturas y continuidades», *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 120, 2018, pp. 272-275.

y cualquiera que sea el fundamento de esta probabilidad”³⁹; Estados Unidos ha materializado la amplitud de su poder desde mediados del siglo XX en todo el sistema internacional a través de múltiples compromisos asumidos dentro de las organizaciones internacionales, así como a través de acuerdos y tratados firmados en temas diversos. Se aprecia que, durante su gobierno, Donald Trump reconoce y se vale del gran poder de los Estados Unidos y de los tres componentes del poder político; fuerza, influencia y autoridad,⁴⁰ para desplegar una estrategia de política exterior impulsiva, radical y reformista; un estilo de negociación donde prevalecen los elementos del *hard power* en detrimento del *soft power*,⁴¹ a través de sanciones económicas unilaterales, reducción de presupuesto a organismos multilaterales y fuerte gasto militar; para proponer, al mismo tiempo, negociaciones y reformas en condiciones de presión económica y política.

El populismo, como estrategia política que busca atraer a las clases populares, ha sido adoptado por Donald Trump desde su campaña electoral a la presidencia de los Estados Unidos. Cabe resaltar que, la política contemporánea presencia el auge del populismo, como lógica política independiente de la ideología política que elija un país, esto es, el populismo puede ser adoptado tanto por partidos políticos de derecha, de izquierda o de centro. Además, en Estados Unidos el populismo se distingue del conservadurismo autoritario; que opera dentro de un contexto democrático, socavándolo⁴². Según recientes encuestas, el presidente de los Estados Unidos mantiene más del 40% de aprobación en su mandato a casi dos años de gestión, lo que demuestra el gran apoyo popular que lo respalda.⁴³

³⁹ Weber, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p. 43.

⁴⁰ Valles, Josep, *Ciencia política. Una introducción*, 5a. ed., España, Ariel, 2006, p. 34.

⁴¹ El poder duro involucra coerción e inducción representado por el poder militar y económico, es el uso de la fuerza o la amenaza concreta de usarla. El poder blando es la habilidad de moldear las preferencias de otros Estados a través de la atracción y persuasión, sus principales instrumentos son la diplomacia, persuasión, influencia, cooperación, entre otros. “Donald Trump y la disminución del poder suave de Estados Unidos”, Project Syndicate, 2 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/trump-american-soft-power-decline-by-joseph-s-nye-2018-02/spanish?barrier=accesspaylog> (consultado el 4 de octubre de 2018)

⁴² Judis, John, *La explosión populista: Cómo la Gran Recesión transformó la política en Estados Unidos y Europa*, Barcelona, Deusto, 2018, pp. 74 y 75.

⁴³ “How popular is Donald Trump?”, *ABC News*, 2 de noviembre de 2018, disponible en: <https://projects.fivethirtyeight.com/trump-approval-ratings/> (consultado el 2 de noviembre de 2018).

Una de las principales causas que provocan la acogida de gobiernos populistas en el siglo XXI es la evolución del sistema internacional a raíz de los acuerdos de Bretton Woods de 1945, que trajo consigo la sesión de soberanía en temas específicos a organismos de representación internacional, el sometimiento al arbitraje internacional, la difusión de la cooperación internacional como poder blando (*soft power*) y la expansión de la globalización, esta última principalmente a través de la liberalización del comercio y la cada vez más libre movilidad de factores; todo esto ha provocado el viraje a políticas conservadoras y populistas.⁴⁴

Estados Unidos ha visto reducido su poder, mientras que, a través de sus acciones, ha promovido el fortalecimiento y reconocimiento de otras potencias a nivel mundial, tales como China o Rusia, así como el fortalecimiento de los organismos multilaterales, que involucran a todos los Estados miembros en un marco normativo específico, que si bien es voluntario supedita la seriedad y credibilidad de los Estados garantizando el cumplimiento de los acuerdos, de la mano con el fortalecimiento del *soft power* a nivel mundial.

Adicionalmente, las acciones de Donald Trump y su política exterior han mellado la credibilidad de los Estados Unidos a nivel mundial, avivan la incertidumbre por el próximo actuar del país y la desconfianza en los reales objetivos de cada “movimiento”. Trump ha demostrado que no tiene aliados, ya que incluso los países con los que tiene una estrecha relación económica, política o diplomática también han sido susceptibles de sus sanciones y tratos hostiles.⁴⁵ Sin embargo, negociar con Estados no es lo mismo que negociar con empresas, una decisión exacerbada y personalista puede perjudicar a economías enteras y a seres humanos, haciéndolos vulnerables incluso en sus derechos fundamentales. En el caso de Irán, las sanciones buscan la caída del régimen político teocrático, el mismo que involucra aspectos ideológicos y culturales que son parte de la idiosincrasia del pueblo iraní, además las sanciones impuestas son de carácter extraterritorial afectando a los países que mantienen negocios con Irán, por ejemplo las

⁴⁴ Mención aparte se merece la falta de consenso y políticas de crisis migratorias y humanitarias a nivel mundial, principalmente en África y Medio Oriente, así como en Venezuela, Honduras y Nicaragua en Latinoamérica.

⁴⁵ El revisionismo aplica también al acuerdo comercial firmado con Japón, gran aliado estadounidense desde mediados del siglo XX. Esta estrategia también se puede denominar *pragmatismo competitivo*.

sanciones impuestas a la empresa china Huawei, que ha generado tensiones diplomáticas. Como consecuencia, se puede afirmar que la política exterior de Donald Trump falta al principio internacional de no intervención en asuntos internos y el respeto de la soberanía nacional, violando la Carta de las Naciones Unidas.⁴⁶

Es importante resaltar que Donald Trump proviene de un entorno comercial y de negocios, por lo que no podemos compararlo con un político tradicional que respetaría los acuerdos pactados⁴⁷ para salvaguardar la imagen y credibilidad de su país. Ese entorno de negocios ha marcado su estilo de negociación, utilizando la técnica de negociación “Ganar Perder”, en contraposición de la técnica cooperativa “Ganar Ganar” muy utilizada en el ámbito diplomático. Su personalidad se refleja en la política exterior de los Estados Unidos haciéndola incierta, impredecible, impulsiva y confrontacional a fin de negociar mejores condiciones unilaterales, que solo favorecen a su país; se vale del poder de los Estados Unidos para imponer sanciones principalmente económicas, presionando y asfixiando a su contraparte para que acepte negociar en una situación de desventaja, bajo presión. Su técnica de negociación es agresiva, empieza con una propuesta exagerada que escandaliza a todos, es paciente y perseverante con sus condiciones, para terminar consiguiendo gran parte de su propuesta inicial.

El orden mundial se viene reconfigurando de cara a estos grandes cambios. Los retos que enfrenta esta transición del orden mundial incluyen un modelo con más tensiones diplomáticas, mayor inequidad económica y polarización social, debilitamiento de la coordinación multilateral, fuertes problemas ambientales y nuevas formas de malestar político en el mundo.⁴⁸

⁴⁶ Artículo 2, primer párrafo, de la Carta de las Naciones Unidas “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”, y párrafo séptimo: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII”.

⁴⁷ Convención de Viena de 1979 sobre el Derecho de los Tratados, parte III, sección primera, “Observancia de los tratados”; artículo 26: “Pacta Sunt Servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁴⁸ Sánchez Múgica, Alfonso, “El orden mundial y la reconfiguración hegemónica en el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, año XIII, núm. 233, mayo-agosto de 2018, p. 385.

Estados Unidos ahora es una potencia que debe negociar con sus aliados y no aliados. Si bien es cierto, la política exterior de los Estados Unidos con Donald Trump se ha caracterizado por ser imprevisible, debe tener cuidado con arriesgar la credibilidad de su país, que tanto trabajo ha costado a decenas de presidentes, principalmente a Woodrow Wilson quien promovió el multilateralismo y la cooperación desde el fin de la primera guerra mundial.⁴⁹

Según la Estrategia de Defensa Nacional de los Estados Unidos, publicada a finales del año 2017 en su última versión,⁵⁰ considera a Rusia y China como potencias revisionistas, que buscan ampliar su influencia en desmedro de los Estados Unidos, con estrategias políticas, económicas y poderío militar; por ejemplo, con la construcción del proyecto del cinturón y la ruta de la seda desde China hasta Europa Occidental a través de Asia central, África y el Medio Oriente, las grandes inversiones y préstamos de China en países en vías de desarrollo, principalmente en América Latina y África, así como la provisión de armamento y las últimas tecnologías provenientes de Rusia y China.

Donald Trump es consciente del gran poder de negociación que posee los Estados Unidos como consecuencia de su economía y poderío militar; sin embargo, se aprecia que a pesar de tener metas fijas no presenta una estrategia clara y consensuada, dejándose llevar por su personalidad, como se apreció en la Cumbre del G7 del año 2018, en Canadá, que terminó sin acuerdo suscrito por parte de los Estados Unidos a razón de una apresurada orden vía *Twitter*. Definitivamente el próximo gobierno de los Estados Unidos, con Trump o sin él, encontrará hostilidad y menor influencia a nivel mundial.

⁴⁹ Es importante mencionar los 14 puntos de Woodrow Wilson, que promovió la creación de la Sociedad de Naciones, organismo multilateral que pasó a llamar Organización de las Naciones Unidas luego de la segunda guerra mundial.

⁵⁰ National Security Strategy of the United States of America, *Presidencia de los Estados Unidos de América*, 2017, disponible en: <https://www.whitehouse.gov/articles/new-national-security-strategy-new-era/> (consultado el 4 de octubre de 2018).

V. ACTORES INVOLUCRADOS

Los actores directamente afectados con la decisión unilateral de Donald Trump aparte de Irán, son los cinco países que también negociaron el Acuerdo Nuclear; Rusia, China, Alemania, Francia y Reino Unido. Estos países tienen la intención de salvar el acuerdo sin los Estados Unidos,⁵¹ presentando diversas alternativas a pesar de que cada uno debe lidiar con la presión y sanciones impuestas por Estados Unidos en ámbitos fuera de este acuerdo. Pero también son actores los países considerados aliados de Estados Unidos en Medio Oriente; Israel y Arabia Saudita, quienes han promovido la quiebra del Acuerdo Nuclear y la reimposición de sanciones a Irán.

1. *Estados Unidos*

Las reacciones de los países puede variar de acuerdo con su régimen religioso-político, su poder comercial, su liderazgo regional o el simple respeto al principio de no intervención. Países como México, Corea del Norte, China e Irán han reaccionado de manera diferente ante las sanciones que económicas, financieras y/o políticas impuestas por los Estados Unidos. Los dos primeros países han tenido reacciones favorables a la estrategia de Donald Trump mientras que China e Irán han reaccionado de manera adversa, implementando tácticas de contención, pero con diferente alcance. Mientras tanto, Estados Unidos busca aumentar la presión y las sanciones en ambos países para lograr que negocien en desventaja.

En el caso de Irán, Donald Trump ha reimpuesto duras sanciones económicas y financieras no solo a este país sino también a las empresas y países que negocien con Irán, provocando un desequilibrio a nivel mundial, llevando a Irán a una situación crítica. La policía exterior ambivalente de Estados Unidos lo ha llevado a sugerir una posible negociación con Irán bajo diversas condiciones, donde se le exige no solo abandonar perpetuamente su programa nuclear, sino que además introduce temas que no forman par-

⁵¹ Declaración de la Comisión Mixta del Plan de Acción Integral Conjunto del 6 de julio de 2018.

te del Acuerdo Nuclear como retirar apoyo a grupos terroristas en Medio Oriente y África, retirarse de Siria, dejar de amenazar a los países vecinos como Israel o Arabia Saudita, entre otros.⁵² El líder religioso iraní Hasan Rohaní ha indicado que su país no tiene la intención de iniciar una guerra con Estados Unidos pero también ha cerrado toda posibilidad de diálogo con un gobierno estadounidense en el que no se puede confiar.

2. Unión Europea

Son Alemania y Francia los países que más han reaccionado a la salida unilateral de Estados Unidos del Acuerdo Nuclear, tratando de convencer a Donald Trump de que es una mala decisión, que debilita al multilateralismo y va en contra del Derecho Internacional, que si bien es cierto, no es de obligatorio cumplimiento, pero está basado en acciones de buena voluntad. Estos países junto con Reino Unido han logrado apaciguar la reacción de Irán ofreciéndole alternativas para paliar las sanciones reimpuestas.

Entre estas alternativas ofrecidas, destaca el *Estatuto de Bloqueo Actualizado aprobado por la Comisión Europea*,⁵³ el mismo que busca proteger los intereses europeos de las sanciones económicas extraterritoriales y que ahora también incluye las sanciones establecidas por Estados Unidos a Irán debido a que “tienen una aplicación extraterritorial y provocan efectos adversos sobre los intereses de la Unión y los de las personas naturales y jurídicas que ejercitan sus derechos en virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. A pesar de estas medidas, varias empresas europeas están abandonando Irán por temor a la represalias de Estados Unidos, tales como Daimler (Mercedes-Benz, Smart), PSA Peugeot Citroën, Renault, Volkswagen, Scania, Siemens, British Airways, Air France, KLM, Maersk y MSC.⁵⁴ Asimismo, se tiene previsto que la Unión Europea implemente un canal de

⁵² Comunicado de prensa, *op. cit.*

⁵³ Reglamento Delegado 2018/1100 de la Comisión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, 07 de agosto de 2018, pp. L 199 I/1-6.

⁵⁴ David Adesnik y Saeed Ghasseminejad, Research Memo: Foreign Investment in Iran: Multinational Firms' Compliance with U.S. Sanctions, *Foundation for defense of democracies*, 10 de septiembre de 2018, pp. 1-47, disponible en: [https://www.fidd.org/wp-content/uploads/2018/09/ MEMO_CompaniesinIran.pdf](https://www.fidd.org/wp-content/uploads/2018/09/MEMO_CompaniesinIran.pdf) (consultado el 4 de octubre de 2018).

pagos que facilite las transacciones con Irán, sin perjudicar a las empresas europeas.

La Unión Europea tiene importantes inversiones en petróleo, gas y el sector automotriz en Irán; sin embargo, las empresas europeas se retiran de Irán principalmente porque la banca internacional deja de financiarlas, lo que genera incertidumbre sobre la efectividad del *Estatuto de Bloqueo* actualizado por la Comisión Europea.

En torno a la cooperación internacional, la Unión Europea tiene previsto destinar 50 millones de euros en fondos de ayuda a Irán para proyectos sostenibles en el ámbito del desarrollo económico y social. El primer paquete por 18 millones de euros se aprobó a finales de agosto,⁵⁵ destinados principalmente al desarrollo de las pequeñas y medianas empresas con gran potencial, desarrollo de cadenas de valor seleccionadas, asistencia técnica a la Organización de Promoción Comercial iraní, entre otros.

3. Asia

Por su parte, Rusia y China también apoyan a Irán, sosteniendo firmemente su compromiso de mantener e implementar el Acuerdo Nuclear,⁵⁶ ambos países continúan cooperando con Irán. China e India, principales socios comerciales (China representa el 33% de las exportaciones de Irán, mientras que India el 18%),⁵⁷ continúan adquiriendo la materia prima mientras Arabia Saudita puede aumentar su producción para abastecer la desviación de la demanda ocasionada por las sanciones unilaterales de Estados Unidos y no generar un alza del precio internacional por barril de

⁵⁵ Nota de prensa de la Comisión Europea, “European Commission adopts support package for Iran, with a focus on the private sector”, 23 de agosto de 2018, disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5103_en.htm (consultado el 4 de octubre de 2018).

⁵⁶ Declaración de la Comisión Conjunta del Plan de Acción Integral Conjunto, ID ÚNICO: 180706_2, 06 de julio de 2018, ID único: 180706_2, disponible en: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/48076/statement-joint-commission-joint-comprehensive-plan-action_en (consultado el 4 de octubre de 2018).

⁵⁷ *The Observatory of Economic Complexity*, Exportaciones de Irán 2016, disponible en: <https://oec.world/en/profile/country/irn/> (consultado el 4 de octubre de 2018).

petróleo.⁵⁸ Sin embargo, aún no está definido si China dejará de comprarle el petróleo a Irán, esto debido a que paralelamente se encuentra sumida en una guerra comercial con Estados Unidos, donde se vienen imponiendo aranceles mutuos, de manera progresiva.

4. Medio Oriente

Mención aparte se merecen Israel y Arabia Saudita, a quienes no les ha costado mucho esfuerzo convencer a Estados Unidos para que se alinee a su agenda regional en contra del liderazgo iraní en Medio Oriente, su influencia militar y económica. Las pruebas brindadas por Israel para demostrar la constante violación del Acuerdo Nuclear por parte de Irán⁵⁹ fueron de gran soporte a Estados Unidos para tomar su decisión de salir del Acuerdo Nuclear y reimponer sanciones unilaterales a Irán. Cabe resaltar que dichas pruebas no concuerdan con los informes del Organismo Internacional de Energía Atómica, quien está encargado de supervisar el cumplimiento del acuerdo por parte de Irán. El primer ministro de Israel, Benjamín Netanyahu, ha declarado abiertamente que viene realizando una campaña internacional para desacreditar al régimen iraní en apoyo de la disolución del Acuerdo Nuclear.⁶⁰

Arabia Saudita también ha celebrado la salida de Estados Unidos del Acuerdo Nuclear, y es que el príncipe Mohammad Bin Salman y el presidente Donald Trump mantienen muy buenas relaciones, a pesar de que Arabia Saudita también financia grupos terroristas en Medio Oriente y

⁵⁸ “Sanciones a Irán: cuáles son los 8 países que pueden comprar petróleo a Irán (y qué riesgos tendría de no hacerlo)”, *BBC*, 6 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46104780> (consultado el 06/11/2018).

⁵⁹ Comunicación personal del Primer Ministro israelí Benjamin Netanyahu vía señal abierta desde la sede del Ministerio de Defensa en Tel Aviv, 01 de mayo de 2018, disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/04/30/actualidad/1525041011_969999.html (consultado el 4 de octubre de 2018).

⁶⁰ Comunicado personal del Primer Ministro israelí Benjamin Netanyahu, a través de las redes sociales, 11 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.dv.com/es/netanyahu-israel-est%C3%A1-en-campa%C3%B1a-contr-a-ir%C3%A1n-y-vamos-a-ganar/a-43747020-0> (consultado el 4 de octubre de 2018).

mantiene una política de poco respeto a los derechos humanos.⁶¹ Esto se puede sustentar en que Arabia Saudita representa uno de los principales proveedores de petróleo de los Estados Unidos⁶² y su mayor comprador de armas a nivel mundial (18% periodo 2013-2017),⁶³ después de China. Por otro lado, Arabia Saudita se ha visto muy beneficiada con las sanciones impuestas a Irán, ya que se prevé un desvío de la demanda de petróleo iraní hacia Arabia Saudita, mientras aumenta su capacidad de producción para el abastecimiento.

5. Medio Oriente-Irán

Por su parte, el régimen iraní ha declarado que no confía en Donald Trump y que no negociará con su gobierno. Además, ha denunciado a los Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, exponiendo la grave situación económica que está pasando por la reimposición de sanciones unilaterales, la Corte le otorgó las medidas provisionales solicitadas con fecha 3 de octubre de 2018, limitándolas a temas humanitarios, lo que provocó que esa misma tarde Estados Unidos proceda a denunciar el *Acuerdo de Amistad* con Irán de 1955. Por otro lado, se debe tener en cuenta la importancia del estrecho de Ormuz, vía estratégica para el traslado y suministro mundial de petróleo, que se encuentra en el golfo pérsico, colindante con Irán y que podría ser bloqueado.

Cabe resaltar que, a pesar de las sanciones impuestas Irán es la segunda economía más fuerte de Medio Oriente, después de Arabia Saudita. Según datos de la *Central Intelligence Agency*⁶⁴ de los Estados Unidos, la venta de petróleo representa el 60% de los ingresos de Irán, mientras que sus

⁶¹ Maurice Greenberg (Chair), William Wechsler y Lee Wolosky (Project Co-Directors), *Terrorist Financing Report of an Independent Task Force Sponsored*, The Council on Foreign Relations, 2002, p.8, disponible en: https://cfird8-files.cfr.org/sites/default/files/pdf/2002/10/Terrorist_Financing_TF.pdf (consultado el 4 de octubre de 2018).

⁶² U.S. Energy Information Administration, disponible en: https://www.eia.gov/dnav/pet/pet_move_impqus_a2_nus_ep00_im0_mbbL_m.htm (consultado el 04/10/2018).

⁶³ SIPRI Arms Transfer Database, disponible en: www.sipri.org (consultado el 4 de octubre de 2018).

⁶⁴ Central Intelligence Agency, disponible en: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ir.html> (consultado el 4 de octubre de 2018).

principales mercados de destino son China (27.5%), India (15.1%), Corea del Sur (11.4%) y Turquía (11.1%). Sin embargo, esta situación provocada por los Estados Unidos, también es un llamado de alerta a la comunidad internacional, porque puede contribuir a reforzar los sectores más radicales dentro de Irán, lo que en un corto y mediano plazo desestabilizará aún más el Medio Oriente.

VI. CONCLUSIONES

Después de muchos años de negociaciones, el Plan Integral de Acción Conjunta (PIAC) o Acuerdo Nuclear con Irán fue firmado en julio de 2015 con el objetivo de reducir el nivel de uranio producido por este país a fin de mantener un programa nuclear con fines pacíficos a cambio de eliminar las sanciones que le fueron impuestas por la comunidad internacional. Este acuerdo fue firmado con el Grupo de los 3+3 (Estados Unidos, Rusia, China, Francia, Reino Unido y Alemania) y endosado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución 2231-2015, pero a su vez marcó un gran hito de la administración Obama.

Con el ascenso de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos las críticas al Acuerdo Nuclear fueron en aumento, principalmente porque no plantea la eliminación del programa nuclear iraní sino que lo limita a un solo control del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) por un periodo de 15 años, para luego negociar nuevas condiciones y porque no contribuye a la estabilidad de Medio Oriente respecto al financiamiento iraní de grupos terroristas en la región, a pesar de que este aspecto no está incluido en el Acuerdo Nuclear.

En mayo de 2018, Estados Unidos decide retirarse del acuerdo, reimponiendo sanciones unilaterales a Irán en dos bloques, el primero luego de 60 días que inició el 07 de agosto y el segundo luego de 90 (5 de noviembre del 2018). Estas sanciones tienen carácter extraterritorial, dado que no solo afectan a Irán sino también a todos los socios comerciales que continúen haciendo negocios con dicho país, así como las operaciones financieras.

Analizando las técnicas y estilos de negociación del actual presidente de los Estados Unidos, se aprecia que busca acorralar a Irán asfixiando su economía a través de sanciones económicas para luego ofrecer negociar con

clara ventaja. Sin embargo, también se resalta que Donald Trump es un magnate experto en negocios, que está revolucionando la negociación entre Estados, la misma que hasta antes de su llegada giraba en torno al respeto del Derecho Internacional, las relaciones internacionales y el sistema multilateral. Sin embargo, los Estados tienen un papel subsidiario respecto a su población natural y jurídica, procurando asegurar bienestar social y estabilidad económica. Es por este motivo que las negociaciones entre Estados no son comparables a las negociaciones comerciales, incluso las ideologías políticas o religiosas juegan un rol importante. Esto explica la actuación radical de Donald Trump y la negación tajante de Hasán Rohaní y el actual Ayatollah Alí Jamenei para negociar.

Dadas estas circunstancias, los otros cinco países que firmaron el Acuerdo Nuclear se han comprometido a mantenerlo e implementar medidas para paliar las sanciones unilaterales impuestas por Estados Unidos. Por su parte, China y Rusia mantienen las relaciones comerciales y de cooperación con Irán, mientras que Francia, Alemania y Reino Unido a través de la Unión Europea fortalecen las relaciones de cooperación para el desarrollo y vienen desarrollando mecanismos económicos para que sus empresas no se vean perjudicadas por mantener relaciones comerciales con Irán, tales como la actualización del *Estatuto de Bloqueo*. Mientras tanto, Irán ha descartado iniciar una guerra con Estados Unidos pero tampoco negociará mientras las sanciones impuestas sigan vigentes, medidas que han afectado gravemente su economía.

La política exterior de los Estados Unidos ha cambiado en la forma con el ascenso del presidente Donald Trump, reflejando su personalidad, se ha tornado imprevisible, impulsiva y confrontacional, provocando desconfianza y cierta incertidumbre; pero en el fondo sigue siendo la misma, interviniendo en otros países para promover y reafirmar sus valores occidentales como principios y guías de desarrollo a nivel mundial, incluso pasando por alto el principio general de la no intervención, todo esto con tintes de pragmatismo competitivo pero falto de estrategia concreta.

Finalmente, mencionar la situación favorable para Irán con los hechos acaecidos, ya que su principal socio comercial, China, ha declarado que no interrumpirá sus relaciones con Irán, asimismo cuenta con el apoyo de la Unión Europea y Rusia, principalmente en temas de cooperación internacional. La sociedad internacional se encuentra alerta con la política exterior de Donald Trump y empieza a buscar alternativas para evitar un

gran impacto en sus economías, reducir su dependencia, a través de la diversificación de riesgos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE CARDOZA, Javier, “El orden internacional: Antecedentes, Situación, Prospectiva”, La Política Exterior Peruana en el Siglo XXI, *Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) y Konrad Adenauer Stiftung (KAS)*, Lima, Equis, 2015.
- AÑORVE AÑORVE, Daniel, “Más allá del poder suave, del poder duro y del poder inteligente: la resiliencia ecológica y humana como fundamentos del poder”, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 125, mayo-agosto de 2016.
- ARIAS RAMÍREZ, Bernal, “Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH*, N° 43, 2006.
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesario, “Del programa nuclear de la República Islámica de Irán y de su evolución (política y derecho)”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2015, vol. 31.
- Comisión Europea, Reglamento Delegado 2018/1100, *Diario Oficial de la Unión Europea*, Reglamento relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, 07 de agosto de 2018, pp. L 199 I/1-6.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Reporte Mundial de Inversiones 2018, Inversión y nuevas políticas industriales*, Ginebra, Naciones Unidas, 2018.
- Consejo de Relaciones Exteriores, Greenberg, Maurice (dir.), Wechsler, William y Wolosky, Lee (co-dirs.), *Terrorist Financing. Report of an Independent Task Force Sponsored*, Nueva York, 2002.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Resolución S/RES/2231 (2015), “Plan de Acción Integral Conjunto (PAIC)”.
- Corte Internacional de Justicia, General List no. 64, *Case concerning United States Diplomatic and Consular staff in Tehran*, 24 de mayo de 1980.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- Corte Internacional de Justicia, General List N° 175, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the Republic of Iran and the United States of America*, 16 de Julio de 2018.
- Departamento de Tesoro de los Estados Unidos de América, Registro Federal, *Rules and Regulations, Iranian Transactions and Sanctions Regulations*, vol. 83, núm. 214, 05 de noviembre de 2018, pp. 55269-55271.
- FRAILE ALONSO, Montserrat, “¿Cómo se «perdió» Irán? Una visión global del contexto histórico a 30 años de la caída del Shah”, *Revista Isagogé*, núm. 6, 2009.
- Fundación para la Defensa de las Democracias, *Foreign Investment in Iran: Multinational Firms Compliance with U.S. Sanctions*, 10 de septiembre de 2018.
- Harvard Kennedy School, Centro Belfer de Ciencias y Estudios Internacionales, *The Iran Nuclear Deal: A Definitive Guide (2017)*, ed. actualizada, Cambridge, 2017.
- JUDIS, John, *La explosión populista: Cómo la Gran Recesión transformó la política en Estados Unidos y Europa*, España, Deusto, 2018.
- KISSINGER, Henry, *Orden Mundial*, México, Debate, 2016.
- NEGRO ALVARADO, Dante, “El caso de los rehenes estadounidenses en Teherán y el Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, *Revista Agenda Internacional*, año VII, núm. 16, 2002.
- Organismo Internacional de Energía Atómica, INFCIRC/140, Tratado sobre No Proliferación de Armas Nucleares, 22 de abril de 1970.
- Organismo Internacional de Energía Atómica, Resolución GOV/2006/14, Aplicación del acuerdo de salvaguardias en relación con el Tratado de No Proliferación Nuclear en la República Islámica de Irán, 04 de febrero de 2006.
- Organismo Internacional de Energía Atómica, Informe S/2016/57, Verificación y vigilancia en la República Islámica de Irán a la luz de la resolución 2231 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 19 de enero de 2016.
- Organismo Internacional de Energía Atómica, Informe S/2018/540, Verificación y vigilancia en la República Islámica de Irán a la luz de la resolución 2231 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, 06 de junio de 2018.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- Presidencia de los Estados Unidos de América, *National Security Strategy of the United States of America*, 2017.
- Presidencia de los Estados Unidos de América, Registro Federal, Orden Ejecutiva 13846 *Reimposing Certain Sanctions With Respect to Iran*, vol. 83, núm. 152, 6 de agosto de 2018.
- SÁNCHEZ MÚGICA, Alfonso, “El orden mundial y la reconfiguración hegemónica en el siglo XXI”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, año XIII, núm. 233, mayo-agosto de 2018.
- TOVAR RUIZ, Juan, “La doctrina Trump en política exterior: fundamentos, rupturas y continuidades”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 120, 2018.
- TRUMP, Donald, Memorando Presidencial, *Ceasing United States Participation in the Joint Comprehensive Plan of Action and Taking Additional Action to Counter Iran’s Malign Influence and Deny Iran All Paths to a Nuclear Weapon*, 8 de mayo de 2018.
- VALLÈS, Josep, *Ciencia Política. Una Introducción*, 5a. ed., España, Ariel, 2006.
- WALLEY, Christine, “Trump’s election and the ‘white working class’”, *Journal of the American Ethnological Society*, Massachusetts Institute of Technology, vol. 44, núm. 2, 2017.
- WEBER, Max, *Conceptos sociológicos fundamentales*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

Trump's Foreign Policy and International Trade Law

*Política exterior y derecho comercial
internacional de Trump*

*Politique étrangère et droit commercial
international de Trump*

Virdzhiniya Petrova Georgieva*

SUMARIO: I. *Introduction*. II. *Free trade in International Law vs. neo-protectionism in Trump's Foreign Policy*. III. *Multilateralism in International Trade Law vs. bilateralism in Trump's Foreign Policy*. IV. *Conclusion*. V. *Bibliography*.

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Artículo recibido el 3 de diciembre de 2018
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 687-721
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

ABSTRACT: Donald Trump has based his Foreign Policy in the area of international trade on two main objectives. The first one seeks to promote “fair trade” in order to bring down trade deficits, restore reciprocity and balance in the trade relations of the United States with its trading partners and defend American commercial interests against and/or beyond other countries interests. On the second place, Trump’s Foreign Policy intends to stop the de-location of productive activities from the United States and create new jobs to foster a strong and growing domestic economy. The concrete fulfilment of these objectives have shaken deeply the most central foundations of International Trade Law: a normative system build after the Second World War to give legal basis and regulate the economic relations between states in the new international liberal order. In the first place, Trump’s Foreign Policy’s neo-protectionism represents a frontal attack on free trade, as a dominant paradigm of International Trade Law. In the second place, the avowed bilateralism of this Policy is the exact opposite of the multilateralism, promoted by the norms and institutions of International Trade Law. Both neo-protectionism and bilateralism manifest a broader crisis of States’ cooperation in the Post-World War II international liberal order.

Key words: United States’ Foreign Policy, Neo-Protectionism, Bilateralism, International Trade Law.

RESUMEN: Donald Trump ha orientado su política exterior hacia dos objetivos económicos principales en materia de comercio exterior. El primero consiste en luchar por un *fair trade* que reequilibre la relación comercial de Estados Unidos con sus socios comerciales, a través de una lógica que privilegie a los intereses estadounidenses por encima de la búsqueda de intereses comunes. En virtud del segundo objetivo se busca frenar la des-localización de actividades productivas de Estados Unidos para impulsar la creación de nuevos empleos y estimular el crecimiento de la economía interna. Estos dos objetivos de la política exterior de Trump han sacudido profundamente los pilares más fundamentales del derecho del comercio internacional: un conjunto normativo, construido después de la Segunda Guerra Mundial para dar sustento jurídico a las relaciones económicas del nuevo orden internacional liberal. En primer lugar, el neoproteccionismo de la política exterior de Trump constituye una contestación frontal del libre comercio como paradigma dominante del derecho del comercio internacional. En segundo lugar, el confirmado bilateralismo de dicha política es el exacto opuesto del multilateralismo, promovido por las normas e instituciones de la regulación jurídica del comercio internacional. Tanto el neoproteccionismo como el bilateralismo manifiestan la existencia de una crisis más profunda de la cooperación entre Estados en el orden internacional liberal de la posguerra.

Palabras clave: política exterior de Estados Unidos, neo-proteccionismo, bilateralismo, derecho del comercio internacional.

I. INTRODUCTION

Since his arrival at the White House, Donald Trump has favored a more active intervention of his Government in the volume and level of the United States' trade exchanges with the rest of the world. In many of his public statements, Trump blamed his trade partners of "taking advantage" of his country by "huge trade deficits", depredatory and unfair trade practices. The American Union's "horrible deals" with states that "aren't paying their bills" would have transformed it, on its detriment, in the "world's major consumer".

Trump has criticized, in the first place, the negative effects of these deals on the American economy and, especially, on the social and material well-being of its people. His political discourse on this point is matching with the profile of his major voters: white men without studies from the "Rust Belt" region: the industrial "heart" of the United States, composed by the States of Pennsylvania, Michigan, Wisconsin, Ohio and Minnesota. The de-location of many fabrics, which gave them, jobs for generations and their installation in developing countries, abundant in low-wage workers have been one of the principal subjects of Trump's presidential campaign.¹ Since then, Trump promised to workers assembled in Indianapolis that "companies are not going to leave the United States anymore without consequences." After the elections, in his inauguration speech, he mentioned "the forgotten men and women of our country" and reassured them that they "will be forgotten no longer".

Using the neo-protectionist, mercantilist and nationalist slogans "*America First*" and "*Make America Great Again*", Trump has based his Foreign Policy in the area of international trade on two main objectives. The first one seeks to promote "fair trade" in order to bring down trade deficits, restore reciprocity and balance in the trade relations of the United States with its trading partners and defend American commercial interests against and/or beyond other countries interests ("*America First*"). On the second place, Trump's

¹ Conesa Elsa, "Trump et les oubliés de la Rust Belt", *Les Echos*, 17 Mai 2017, à 18h27, available at: https://www.lesechos.fr/17/05/2017/lesechos.fr/0212101931369_trump-et-les-oublies-de-la-rust-belt.htm.

Foreign Policy intends to stop the de-location of productive activities from the United States and create new jobs to foster a strong and growing domestic economy (“*Make America Great Again*”).²

The concrete fulfilment of these objectives has shaken deeply the most central foundations of International Trade Law: a normative system build after the Second World War to give legal basis and regulate the economic relations between states in the new international liberal order. International Trade Law was to bring legal security and predictability to international trade exchanges and the United States was his original architect and his “best student”. Nowadays, we are facing a dramatic scenario in which the “creator” is attacking his own “creature”.

This essay will study the consequences of Trump’s Foreign Policy on the norms and institutions of International Trade Law and will try to demonstrate that it creates serious risks for the effective function of this specialized branch of International Law. In the first place, Trump’s Foreign Policy’s neo-protectionism represents a frontal attack on free trade, as a dominant paradigm of International Trade Law. In the second place, the bilateralism of this Policy is the exact opposite of the multilateralism, promoted by the norms and institutions of International Trade Law.

II. FREE TRADE IN INTERNATIONAL LAW VS NEO-PROTECTIONISM IN TRUMP’S FOREIGN POLICY

Free trade has been the economic foundation of the legal norms and institutions of International Trade Law since the end of the Second World War. The international trade theory demonstrated scientifically that protectionism is not an optimal international trade policy, as tariffs, export subsidies and im-

² In his official Trade Policy Agenda for 2017, Trump’s government explains, “The overarching purpose of our trade policy —the guiding principle behind all of our actions in this key area— will be to expand trade in a way that is freer and fairer for all Americans. Every action we take with respect to trade will be designed to increase our economic growth, promote job creation in the United States, promote reciprocity with our trading partners, strengthen our manufacturing base and our ability to defend ourselves, and expand our agricultural and services industry exports”, USTR, *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, Office of the United States Trade Representative, 2017, p. 1.

port quotes on trade in goods cause market distortions and negatively affect production and consumption. There was a consensus to consider that the suppression of barriers to free trade guarantee a more efficient resource allocation, better possibilities for innovation (*learning-by-doing*) and research and development (*R&D*). Free trade and global integration of markets was supposed to achieve, *per se*, a growth of the productivity and competitiveness of the export sectors of national economies. Consequently, the general level of productivity of domestic economies would grow and countries could reach a major economic development and a better social wellbeing and quality of life for their citizens.

The beliefs in the predictions of the conventional trade theory justified the adoption, on the international scale, of rules, specifically designed to give legal support to the process of international commercial liberalization. Since the Second World War, states members of the international community began to conclude international trade agreements, in order to liberalize trade in goods and services, remove trade barriers and provide market access, based on reciprocity and effectiveness. The fulminant proliferation of these agreements, at the regional, inter-regional, intra-regional and universal level, has created the image of a “spaghetti bowl”, to use the famous expression of American Economist Jagdish Bhagwati.³ In fact, if in 1995, there were no more than 100 free trade agreements, at present; WTO has registered 320 international commercial treaties, concluded between its member states.⁴ Every country has now signed at least one free trade agreement with the rest of the world. International trade agreements classically cover commercial liberalization of trade in goods and services, through the suppression of tariff and no tariff barriers to trade, but there are “last generation” trade agreements that also include legal regulations on “trade related measures” (trade and environment, trade and small and medium sized enterprises, trade and investment, electronic trade, trade and competition, etcetera). The sophistication of free trade promotion by international trea-

³ Bhagwati, Jagdish, y Panagariya, Arvind, “The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends”, *The American Economic Review*, vol. 86, 1996, pp. 82-87; Baldwin, Richard, *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, Cambridge, World Trade Organization, 2009.

⁴ “Acuerdos comerciales regionales y arreglos comerciales preferenciales” *Organización Mundial del Comercio*, 2019, available in: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/rta_pta_s.htm.

ties can now represent an extensive volume of disposals, which oscillates between 500 and 1500 pages for each agreement.

Free trade and its corollary- international investment- also supported the creation of many international interstate organizations, owing international legal personality and competent to regulate many aspects of the international economic activities. The International Monetary Fund, the World Bank, the International Center for Settlement of Investment Disputes, the large number of regional organizations for economic integration (for example, the European Union, the African Union, the Caribbean Community, the Union of South American Nations or the Eurasian Economic Community) as well as the World Trade Organization (WTO), “institutionalized” the international interstate cooperation on trade matters. The missions granted to these organizations by their member states refer to different aspects of international trade regulation. One of the two Bretton Woods “twins” institutions- the International Monetary Fund- received competences to control the stability of the exchange rates in the international monetary and financial relations, as the operations in this field are critical for the achievement of free trade objectives. Additionally, through the “Washington Consensus”, both the International Monetary Fund and the World Bank were able to prepare and/or impose the structural reforms needed to adapt their member states domestic economies to the requirements of the trade liberalization. The International Center for Settlement of Investment Disputes was to grant legal security and protect the interests of investors (natural or legal persons) against some political risks in the “host state”. The organizations for regional economic integration were to guarantee and expand free trade between its members, on the regional level, and WTO was to secure states free trade commitments on the multi-lateral or universal scale.

The free trade paradigm promoted the development of new mechanism as well of international dispute settlement. The States granted the responsibility to interpret and apply International Trade Law’s rules to many judicial or quasi-judicial bodies with regional and universal jurisdiction. The Dispute Settlement Body of the World Trade Organization, the Tribunal of Justice of the European Union, the Caribbean Court of Justice, the Court of Justice of the Andean Community or the development of international

commercial arbitration are some few examples of the ongoing process of “judicialization” of International Trade Law.⁵

This body of legal rules, institutions, dispute settlement mechanisms and their free trade paradigm organized the core of economic relations between states during the second half of the 20th Century. However, in the beginning of the 21st Century, the liberal foundation of International Trade Law seems to suffer a deep crisis. The 2008 economic and financial crisis and the fall-down of the sky-high home prices in the United States marked the “beginning of the end” of free trade as states exclusive commercial policy. In this regard, Trump’s Foreign Policy is not a major cause, but a simple consequence of the exhaustion of commercial liberalization as a paradigm of International Trade Law. Trump is just a new and strong voice of many old problems of free trade in International Law.

The first obvious failure of commercial liberalization in International Trade Law has to deal with the elimination of trade barriers and the free access to domestic markets. In fact, the rules and principles of International Trade Law have focused on the elimination of both tariff and non-tariff barriers. However, the only real success of International Trade Law has been the suppression of tariff barriers to trade. The global trade is now “duty free”. Nevertheless, so far, International Trade Law has been unable to reach an optimal regulation and/or elimination of no-tariff barriers and their persistent proliferation is the major cause of trade disruptions and obstructions in many domestic markets. States still use thefts of trade secrets, sanitary and phytosanitary measures, technical barriers (especially in trade in services) and currency practices (such as depredatory devaluations) as trade restriction tactics. Countries have increased their level of “creativity” in the no-tariff barriers field and have affected unfairly the competitiveness of many export sectors in developing and developed countries. WTO’s and other bilateral and plurilateral free trade agreements include rules on no-tariff trade barriers but their effective implementation in domestic policies has faced many political obstacles and protectionist “instincts” on behalf of States’ governments.

⁵ Petrova Georgieva, Virdzhiniya, “La «judicialización»: una nueva característica del orden jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, January-December 2015.

On the second place, the positive effects of “economic liberalism through International Law” on trade growth are not at any doubt. Trade development as result of the integration of labor, capital, goods and services markets (by legal means) has been exponential since 1950. However, the positive effects of free trade in International Law on general economic development of the countries and on the social well-being of their nations are less obvious. Recent studies show that trade liberalization has not operated under the logic “win-win” and has created many “losers”, not only between States in their trade exchange relations, but also between their own citizens. Indeed, free trade has caused harms to the non-qualified workers of the developed countries, exposing them to the “unfair” competition of the developing economies and their abundance of cheap labor. On the other hand, the workers in the developing states suffer “labor exploitation” and miserable salaries, which are the only way to preserve the competitiveness of their national exports.⁶ Finally, the workers in the agriculture- in many occasions, the most important sector of the domestic economies of developing countries, have been unable to compete with the export subsidies programs of the developed states. The de-location of productive activities and the inequality of the internal and international distribution of the benefits and economic rents, generated by free trade, has questioned its ability to drive national economies to further development. In other words, trade liberalization has not been an engine of growth for all.⁷

Beside these failures, all the Governments of the United States (democrats and republicans) have defended and promoted American leadership in international free trade since the end of the Second World War. Partly because trade liberalization was the best strategy of American multinational companies to get market access all around the world, and because free trade was seen by American Governments as a tool to maintain international peace and security through economic development.

However, the vision of multinational companies and the United States governments soon stood away from the opinion of large number of American citizens, who felt disappointed by free trade promises and harmed by its “perverse” effects. How can you convince a worker from the “Rust

⁶ Siroen, Jean-Marc, “L’OMC: une institution en crise”, *Alternatives Économiques*, no. 240, 2008, p. 249.

⁷ *Idem*.

Belt” who wins 25 dollars per hour that he must compete with a Mexican worker who wins 7 dollars per day? How do you make him sure that free trade is good, if it has made him lose his job?⁸ The lack of valid responses to these rhetorical questions brought to the Presidency of the United States a populist politician like Trump.

Trump’s Foreign Policy takes account of the demands of the non-qualified American workers and contains severe critics to free trade promotion in International Trade Law. For Trump’s Administration there are two principal present challenges to the promotion of commercial liberalization by the rules and institutions of International Trade Law. The first one must deal with countries that are not pursuing free trade principles in their domestic policies. In fact, one of Trump’s Foreign Trade Policy’s objective is “to use leverage to open trade markets”, because “the WTO rules, and those of some bilateral and plurilateral trade agreements, are often written with the implicit understanding that countries implementing those rules are pursuing free-market principles”. The second major concern of the Trump Administration about the promotion of free trade by International Law is the lack of transparency of many countries’ domestic regulations and the use of opaque legal rules as a *de facto* no-tariff trade barrier.⁹

As response to free trade failures in International Law, Trump’s Foreign Policy offers a “more aggressive approach”, based on a neo-protectionism in some strategic sectors of the United States’ economy.¹⁰ This neo-protectionism seeks to “encourage other countries to give U.S. producers fair

⁸ Trump et les oublié de la Rust Belt, *op. cit.*

⁹ In Trump’s opinion, “the second challenge is that WTO rules, and those of bilateral and plurilateral trade agreements, are often written with the implicit understanding that countries implementing those rules have functional legal and regulatory systems that are transparent. In practice, transparent systems are critical to the functioning of trade rules because transparency enables stakeholders and governments to understand the rules of the road and prepare effective diplomatic or legal challenges to those rules when they are not in conformity with international obligations. Once again, the world in which we find ourselves is one in which there are a number of important players whose legal and regulatory systems are not sufficiently transparent. These countries make it difficult for the global trading system to hold them accountable. The inability of the system to hold those countries accountable in turn leads to a loss of confidence in the system”, USTR, *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report...*, *cit.*, p. 5.

¹⁰ *Idem.*

and reciprocal access to their markets”¹¹ and relies on the use of the most classical tool of this international trade policy: the tariffs.

In this sense, since the beginning of 2018, Trump imposed tariffs for 25% on the import of steel and aluminum to the United States. It’s not a big surprise that he chooses precisely these two sectors to impose barriers on free trade. The United States was, during the 20th Century, the major producer of steel and aluminum and its Siderurgy- a symbol of American economic power. Both metals have strategic value for domestic economies as they serve for the fabrication of many products and weapons and Trump’s decision¹² to protect American producers by the imposition of tariffs in trade, thus, obeys to national security reasons.¹³ Trump’s neo-protectionist Foreign Policy would use tariffs to create trade barriers for many more types of goods and Mexico’s Secretary of Economy, Ildefonso Guajardo, has even suggested that the Trump Administration means to impose tariffs for 30% on the import of cars and auto parts.

Trump’s indiscriminate use of tariffs have led the entire world in a global “trade war”.¹⁴ In effect, all the states affected by those measures replied to Trump’s neo-protectionist Foreign Policy by taking trade countermeasures and imposing additional duties on a number of imports from the United States. In the beginning of June 2018, Mexico and Canada suspended the tariff preferential treatment to many products of the United States. China did the same and notified to the World Trade Organization the imposition of additional duties of 15 and 25% to imports from the United States (especially on agricultural products). In June 2018, the European Union’s authorities expressed that the United States left them no other choice “but to proceed... with the imposition of additional duties on a number of imports from the US” in order to “defend the Union’s interests, in full compliance

¹¹ *Idem*.

¹² “Acier et aluminium: pourquoi de nouveaux droits de douane au nom de la sécurité nationale”, *France 24*, Publié le 09/03/2018 - 17:47 Modifié le : 09/03/2018 - 20:14, available at: <https://www.france24.com/fr/20180309-acier-aluminium-douane-protectionnisme-securite-nationale-trump-omc-regle>.

¹³ The tariffs on aluminum and Steel imports applied to every country, except Mexico and Canada. The exemption of both governments was conditioned on the re-negotiation of NAFTA and the tariffs were finally imposed to them since the end of May 2018.

¹⁴ “Trade wars, Trump tariffs and protectionism explained”, *BBC News*, 10 May 2019, available in: <https://www.bbc.com/news/world-43512098>.

with International Trade Law”.¹⁵ Many other smaller countries and Russia adopted trade countermeasures against the United States’ neo-protectionism.

From an economic point of view, it is clear that Trump’s neo-protectionist Foreign Policy will produce more losses than gains for the American Economy. Tariffs will increase the price of bringing goods to the United States and this will increase automatically the price of the imported products in the domestic market. The higher prices will cause a major supply and a lower demand for the imported goods (economic law of supply and demand) and a consequent reduction of the general number of imports to the United States. The national producers of the imports, imposed with duties, will win (in economic terms, their “producer surplus” will increase), as the tariffs protect them from the lower prices of the imports, in a free trade scenario. Nevertheless, the consumers of the imported goods, subject to tariffs, will lose (their “consumer surplus” will be reduced), as they will have to pay a higher price for the imported goods and will spend more money on less variety of products, with a presumable worst quality. Additionally, the countermeasures adopted by many other states harm the American producers, as they restrict their free access to foreign markets. Many producers, even from the “Rust Belt”, have already expressed, through their representatives in the Congress, their concern about the negative consequences of Trump’s Foreign Policy on their economic activities.¹⁶

In the global level, Trump’s neo-protectionism will necessarily bring down the level of trade transactions and will provoke a retraction in international economy and domestic economic growth. As WTO Director, Ricardo Azevedo, preconizes: “We would see a reduction of global trade by around 17%. This would cause a very significant slowdown in GDP growth, and bring major disruptions for workers, firms, and communities as they adjust to this new reality. Potentially millions of workers would need to

¹⁵ “European Commission reacts to the US restrictions on steel and aluminium affecting the EU”, *European Commission*, Brussels, 31 May 2018, available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1851>.

¹⁶ Davenport, Coral and Swanson, Ana, “How Trump’s Policy Decisions Undermine the Industries He Pledged to Help”, *The New York Times*, July 4, 2018, available at: <https://www.nytimes.com/2018/07/04/climate/trump-industry-policy-consequences.html>.

find new jobs; firms would be looking for new products and markets; and communities for new sources of growth”.¹⁷

In a legal perspective, Trump’s neo-protectionist tariffs violate many rules and principles of International Trade Law. The abrupt increase in the tariffs is a direct and clear violation of rules established since the entry in force of the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT). In effect, trade practices in 1930 showed that states used the elevation of their tariff protection level as a simple negotiation strategy, aiming to put pressure on their trading partners and make them accept conditions that are more favorable for state’s economic interests. In consequence, GATT’s rules included a general prohibition of the sudden tariff elevation and created a system of consolidated and stabilized tariffs level, consistent with states commitments to eliminate trade barriers.¹⁸ In fact, the tariff concessions of WTO member states figure in legal documents called “Schedules of Concessions”, which record members’ specific commitments on tariffs and other concessions. These Schedules thus provide security and predictability of market access for goods.¹⁹ WTO rules allow states to modify and renegotiate their tariff schedules under some restrictive conditions laid down in WTO law.²⁰ However, they can’t misapply their schedules without previous

¹⁷ DG Roberto Azevêdo, “DG Azevêdo: we must turn the crisis of multilateralism into an opportunity to strengthen it”, *World Trade Organization*, 16 November 2018, available at: https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra246_e.htm.

¹⁸ Bown, Chad *et al.*, “Multilateral or bilateral trade deals. Lessons from history”, *Economics and Policy in the Age of Trump*, ed. Center for Economic Policy Research, 2017, p. 154.

¹⁹ WTO Schedules of Concessions and Renegotiation of Concessions, available at: https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_417/Module_757/ModuleDocuments/NAMA-M4-R3-E.pdf.

²⁰ There are different provisions dealing with the modification or withdrawal of tariff concessions and other concessions included in the Schedules. Many of these provisions allow a Member to renegotiate in order to modify or withdraw tariff and non-tariff concessions on a permanent basis subject to stipulated requirements, including compensation. The main provision in this respect is Article XXVIII of the GATT 1994, which allows a Member to enter into renegotiations in three different situations: 1) before the initiation of a three-year period; 2) in “special circumstances”, subject to the authorization of other Members; or, 3) if the Member has reserved its right to do so before the initiation of the triennial period. Other relevant provisions include Article XXIV:6 of the GATT 1994, which provides for the renegotiation of tariff concessions in the context of the formation of a customs union, and Article XVIII:7 of the GATT 1994 which provides for renegotiations of concessions by developing countries for purposes of promoting the establishment of a particular industry. In addition, Article XXVII of the GATT 1994 allows a Member to withhold or withdraw a concession made during

modification of their commitments, unless they prove there is a legal reason to do so. Additionally, if states decide to elevate their tariffs regards some WTO member states, but not regards all of them, they can incur in a violation of the most favored nation clause, under GATT Article I.²¹

Trump's Administration has implicitly admitted the existence of violations of WTO rules, as it has advanced one of the exceptions to the obligation to respect tariffs consolidation rules. The United States authorities have actually invoked the "national security" clause under GATT Article XXI b),²² which represents the broadest and more controversial GATT exception.

There has been a no-written consensus between member states to advocate the "national security" exception only in crisis and situations of extreme urgency that threaten the international peace and security. In practice, states have referred to article XXI b) only in war or pre-war circumstances. The United States used it against ex Czechoslovakia in 1949 during the Cold War and against Nicaragua in 1985 during the conflict with the "contras". The European Union alleged "national security" to impose

multilateral rounds of trade negotiations if the government with which the concession was negotiated does not become or has ceased to be a WTO Member (*WTO Schedules of Concessions and Renegotiation of Concessions, op. cit.*).

²¹ By virtue of article I: "1. With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III,* any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties".

²² Article XXI b) reads: "Nothing in this Agreement shall be construed to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

¹⁰prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to fissionable materials or the materials from which they are derived; relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; taken in time of war or other emergency in international relations; or to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security".

a boycott to Argentina in 1982 in the middle of the Maldivian War,²³ and, more recently, the Gulf States claimed the “national security” argument regards their boycott on Qatar.

Thus, it will be very difficult to conceive an application of the “national security” exception in time of peace for the United States and the world. Besides, the fact that Trump’s government unilaterally advance the alleged “national security” concern without any judicial control from the WTO Dispute Settlement Body, makes the situation even more complicated. If we interpret article XXI of GATT in the light of article XX (general restrictions) we can argue that the “national security” exception should not be “applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade.” Nevertheless, the restrictions under Article XX do not apply to Article XXI²⁴ and Trump knows it. It is too obvious for international analysts and for other states of the international community that the United States is not facing a true threat to its national security and is under no need to preserve its sovereign integrity. Trump’s neo-protectionist Foreign Policy has imposed trade barriers for political and commercial reasons that have nothing to do with the “maintenance of international peace and security”, “in time of war or other emergency in international relations”. Under the guise of “national security”, he is violating one of the most fundamental rules of International Trade Law and one of the major guarantees of legal predictability in the (past) progress of trade liberalization.

The reaction of other countries against Trump neo-protectionist’s violations of International Trade Law was to introduce demands against the United States under the WTO dispute settlement mechanism. Ten demands initiated in 2017 and eighteen in 2018²⁵ —a record for the WTO (and

²³ “Acier et aluminium : pourquoi de nouveaux droits de douane au nom de la sécurité nationale”, *op. cit.*

²⁴ Woods, Michael, “GATT article XXI’s national security exception- the ultimate trade policy conundrum”, *Woods LaFortune LLP*, Mar 9, 2018, available at: <http://www.wl-tradelaw.com/gatt-article-xxis-national-security-exception-the-ultimate-trade-policy-conundrum/>.

²⁵ Since 2017: DS519, DS520, DS521, DS524, DS525, DS527, DS528, DS530, DS532, DS535. Since 2018: DS537, DS538, DS540, DS542, DS543, DS544, DS545, DS546, DS547, DS548, DS549, DS550, DS551, DS552, DS553, DS554, DS555, DS556, DS557, DS558, DS559, DS560, DS561, DS562, DS563, DS564, DS565, DS566 (“Current status of disputes”

for all the mechanisms of dispute settlement in International Economic Law)—if we compare it to the three cases, pending before the Dispute Settlement Body in 2015. The United States presented many of these cases against foreign governments²⁶ to denounce the imposition of trade barriers in response of Trump's new tariffs. However, the majority of the proceedings are against the United States and its neo-protectionist government²⁷ and denounce serious violations of many articles of WTO's treaties.²⁸

Thus, for example, on 15 August 2018, Turkey initiated proceedings against the United States' tariff measures on the imports of steel and aluminium, claiming their inconsistencies with articles 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 4.2, 5.1, 7, 8.1, 9.1, 11.1(a), 11.1(b), 12.1, 12.2 and 12.3 of the Agreement on Safeguards; articles I:1, II:1(a), II:1(b), X:3(a), XI:1, XIII:1, XIX:1(a) and XIX:2 of the GATT 1994; and Article XVI:4 of the WTO Agreement. At its meeting on 21 November 2018, the DSB established a panel and Bahrain, Brazil, Canada, China, Colombia, Egypt, the European Union, Guatemala, Hong Kong, China, Iceland, India, Indonesia, Japan, Kazakhstan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Norway, Qatar, the Russian Federation, Saudi Arabia, Singapore, Switzerland, Chinese Taipei, Thailand, Ukraine, the United Arab Emirates and Venezuela reserved their third-party rights. The case is pending, at present.²⁹

World Trade Organization, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm.

²⁶ The United States demanded Mexico, Canada, China, the EU and Turkey for the imposition of trade barriers in retaliation of the measures adopted by Trump's Government.

²⁷ Vietnam, China, Switzerland, Russia, South Korea, Mexico, Canada and Norway initiated proceedings against Trump's administration trade measures, "Current status of disputes" *World Trade Organization*, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm

²⁸ Particularly, Articles 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 4.2, 5.1, 7, 8.1, 11.1(a), 11.1(b), 12.1, 12.2, 12.3 and 12.5 of the Agreement on Safeguards; Articles I:1, II:1(a), II:1(b), X:3(a), XI:1, XIX:1 and XIX:2 of the GATT 1994; Article XVI:4 of the WTO Agreement, "DS550: United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products", *World Trade Organization, Settled or terminated (withdrawn, mutually agreed solution) on 23 May 2019*, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm.

²⁹ "DS564: United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products", *World Trade Organization*, Panel composed on 25 January 2019, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds564_e.htm

In the same sense, on 8 November 2018, Switzerland requested the establishment of a panel to hear its demand against the United States concerning the protectionist measures imposed by the United States to allegedly adjust imports of steel and aluminium into the United States. Switzerland claimed that these measures were adopted in violation of Articles 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 4.2, 5.1, 7, 11.1(a), 12.1, 12.2, 12.3 and 12.5 of the Agreement on Safeguards; and Articles I:1, II:1(a), II:1(b), X:3(a), XI:1, XIX:1(a) and XIX:2 of the GATT 1994; and Article XVI:4 of the WTO Agreement. Bahrain, Brazil, Canada, China, Colombia, Egypt, the European Union, Guatemala, Hong Kong, China, Iceland, India, Indonesia, Japan, Kazakhstan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Norway, Qatar, the Russian Federation, Saudi Arabia, Singapore, South Africa, Chinese Taipei, Thailand, Turkey, Ukraine, the United Arab Emirates and Venezuela reserved their third-party rights. The case is still pending, at present.³⁰

India, China and the European Union also initiated proceedings against the United States regarding Trump's tariff measures on steel and aluminium imports into the United States and the three cases are currently pending.³¹

Trump's violation of free trade rules, embedded in the core of International Trade Law, alarmed many international organizations and their liberalization agenda. While some authors talk already about *Beijing Woods*, the two Bretton Woods institutions and the WTO issued an interesting report in 2017, in reaction of the wage of protectionism in Trump's (and other's governments) Foreign Policies.³² With no surprise, they advocated in favor of free trade and against protectionism, trying, of course, to justify their own existence and future survival. In the report, the IMF, the WB and the WTO explained to the public opinion that free trade is beneficial for domestic economies and incomes from free trade represent a gross part of countries General Domestic Product. Nevertheless, they admitted that "trade has... negatively impacted groups of workers and some communities" and insisted on the need for the states to adopt "domestic policies to address trade-related adjustments" such as search assistance, training pro-

³⁰ "Dispute Settle,emt: The Disputes Chronological list of dsputes cases", *World Trade Organization*, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

³¹ *Idem*.

³² "Making Trade an Engine of Growth for All. The Case for Trade and for Policies to Facilitate Adjustment", *International Monetary Fund*, April 10, 2017, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2017/04/08/making-trade-an-engine-of-growth-for-all>.

grams, and, in some situations, wage insurance.³³ In the opinion of the pro-free trade international organizations, those measures should be sufficient to avoid “trade shocks” and to “lift up” again the “forgotten men and women” of the world economy. In sum, in their opinion, the real enemy of workers all around the world is not free trade, *per se*, but State’s Governments and their bad domestic policies in addressing trade related adjustments. If we put this in the United States context, the true enemy of the “Rust Belt” workers would not be free trade, International Trade Law, Mexico or China, but Donald J. Trump.

Trump’s response to “trade shocks”, caused by global economic liberalization, should not be a neo-protectionist targeting on International Trade Law’s norms and institutions. Market access and trade barriers elimination foster trade flows, and make grow the general size of the domestic economic “cake”, if we see it like this. The problem is free trade and International Trade Law have nothing to do with the “proportional cake-cutting in pieces”. The allocation of resources by free trade doesn’t lead alone to redistribution and social justice. They depend entirely on states domestic policy choices and domestic legal regulations. Trump should consider revising more his Internal and less his Foreign Policy, if he wants to fight against the perverse effects of free trade on American economy and defend the interests and rights of the “forgotten ones”.

The United States has given to the world many Nobel laureates in domestic and international economics. They have warned for many years their respective governments that free trade with developing countries is not the principal cause of job loss and worst life conditions of the American non-qualified workers, such as Trump voters. In his brilliant manual on “*International Economics*”, Professor Paul Krugman (Nobel Memorial Prize in Economic Sciences, sole recipient for 2008) argues that there are no convincing evidences that free trade is, *per se*, responsible for job or live hood losses of American workers. The “villain” of the movie is not free trade, but technology, as it has devaluated non-qualified work.³⁴ In the same sense, WTO’s Director, Ricardo Azevedo recently argued, “the driving force behind job losses is innovation and higher productivity enabled by technology.

³³ *Ibidem*, p. 4.

³⁴ Krugman, Paul *et al.*, *International Economics. Theory and Practice*, Pearson, 2018

80% of jobs lost are because of these forces – not because of trade”.³⁵ As the pro-free trade international institutions have mentioned, in this regard, policies like unemployment insurance, savings, and a strong education system can help workers to respond to “free trade shocks”.

However, the free trade vs. protectionism dilemma in International Economics and International Trade Law has not the same significance in Trump’s Foreign Policy. Trump’s Foreign Policy doesn’t apply “first principles” or rules of (International) Law or Economy, it’s rather a product of politics, populism and ideology. In political science, “populism is the idea that society is separated into two groups at odds with one another - “the pure people” and “the corrupt elite”.³⁶ Populist politicians like Trump would favor the defense of the “pure people’s” interests in their decision-making process, even if the defense turns to be legally or economically wrong.

III. MULTILATERALISM IN INTERNATIONAL TRADE LAW VS. BILATERALISM IN TRUMP’S FOREIGN POLICY

Multilateral cooperation has been the basis of the negotiation of legal rules and principles of International Trade Law and their embedment in international commercial treaties, since the end of the Second World War. Nevertheless, in Trump’s Foreign Policy’s view, those legal norms are plagued by “bad deals”, that serve no more United States’ national interests and pose an obstacle to “*Make America Great Again*”.

One of Trump’s principal campaign promises was the re-negotiation and/or withdraw of the United States from many international multilateral trade agreements. After winning the elections, Trump has been particularly consistent and has kept this promise. Few times after his arrival at the White House, President Trump announced United States’ withdraw from the Transpacific Partnership (TPP) and initiated the re-negotiation of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) with Mexico and Cana-

³⁵ DG Roberto Azevêdo, “DG Azevêdo: we must turn the crisis of multilateralism into an opportunity to strengthen it”, *op. cit.*

³⁶ Molloy, David, “What is populism, and what does the term actually mean?”, *BBC News*, 6 March 2018, available at: <https://www.bbc.com/news/world-43301423>.

da. At the same time, Trump blocked the negotiations of the Transatlantic Partnership (TAP) with the EU and the Trade in Services Agreement (TiSA) with 24 other WTO members. Finally, Trump's Administration initiated a real "crusade" against another multilateral agreement, administered by the WTO: The Dispute Settlement Memorandum of Understanding.

The TPP was originally a free trade agreement of a "new generation", negotiated between 12 states from the Pacific Region, geographically situated in three different continents (Asia, America and Oceania). His ambitious aim was to create the bigger free trade zone of the world, represented by 40% of the global GDP and a global market of more than 800 million of people. The project of the treaty comprehended 30 Chapters, with more than 2000 pages and constituted a priority for ex-President's Barack Obama Foreign Policy in the Asia-Pacific Region. It represented not only free access for many American companies to the evolving domestic markets of the countries from this region, but it had as well a clear geo-strategic value of "containment" of the influence of China. The Obama Administration saw it as a legal tool to promote multilateral cooperation with the states of the region, in order to preserve American "guidance" and influence on their respective international agendas. It was as well an opportunity to preserve the "occidental" way of "trade liberalization by virtue of International Law" against the novelty of China's initiative "One belt, one road".³⁷

Less concerned about the geo-political implications of the agreement, President Trump estimated that TPP was "a horrible treaty", made to convince China to be part of it. In Trump's vision, the geopolitical dimension of trade agreements doesn't matter if they cause a harm to American workers. In his Trade Policy project for 2017, Trump clearly rejected "the notion that the United States should, for putative geopolitical advantage, turn a blind eye to unfair trade practices that disadvantage American workers, farmers, ranchers, and businesses in global markets".³⁸ After the signature of TPP withdraw decree, Trump expressed that "We want to start making our products again. We do not want to bring them in; we want to make them here. That doesn't mean we don't trade because we do trade, but we want to make our products here". He added, "It's one of the reasons I'm

³⁷ Chaisse, Julien and Mitsuo Matshushita, "China's Belt and Road Initiative: Mapping the World Trade and Specific Implications", *Journal of World Trade*, vol. 52, 2018, pp. 163-185.

³⁸ USTR (2017), *2017 Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report...* cit. p. 1.

sitting here instead of somebody else sitting here”.³⁹ In other speeches, he qualified TPP as “a rape to our country”, even if, after the entry into force of TPP-11⁴⁰ he seemed to have changed his mind and would be reconsidering to join the new agreement.⁴¹

Trump’s Foreign Policy’s objectives also materialized in the re-negotiation of another international multilateral trade agreement- NAFTA. In 1992, Mexico, Canada and the United States concluded NAFTA, seeking the diminution of trade (but not political) boundaries and the complementarity of the three economies in the North American Region.⁴² The objectives of the agreement were to “eliminate barriers to trade... promote conditions of fair competition... increase investment opportunities, provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights and create effective procedures... for the resolution of disputes”.⁴³

³⁹ Smith, David, “Trump withdraws from Trans-Pacific Partnership amid flurry of orders”, *The Guardian*, 23 Jan 2017, available at: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/23/donald-trump-first-orders-trans-pacific-partnership-tpp>.

⁴⁰ In fact, Trump’s withdraw from TPP didn’t cause the death of the agreement and it was actually concluded by 11 States of the Pacific Region, in Peru in the beginning of 2018.

⁴¹ Swanson, Ana, “Trump Proposes Rejoining Trans-Pacific Partnership”, *The New York Times*, April 12, 2018, available at: <https://www.nytimes.com/2018/04/12/us/politics/trump-trans-pacific-partnership.html>.

⁴² United States is high-tec, consumption-oriented economy where services are the major sector of the economic activity. It is, thus, a very energetic- dependent economy and Mexican and Canadian economies have an energetic surplus. Additionally, regards Mexico- United States interdependency, it is worth noting that the United States is a capital abundant and capital driven economy and Mexico is a labor abundant and labor driven economy. Towards the provisions of the comparative advantage’s theory, it makes it easier for them to arrange their trade relations in a more efficient way. Folsom, Ralph, *NAFTA in a Nutshell*, West, 2012, p. 15.

⁴³ By virtue of the agreement’s Preamble: “The Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, resolved to: STRENGTHEN the special bonds of friendship and cooperation among their nations; CONTRIBUTE to the harmonious development and expansion of world trade and provide a catalyst to broader international cooperation; CREATE an expanded and secure market for the goods and services produced in their territories; REDUCE distortions to trade; ESTABLISH clear and mutually advantageous rules governing their trade; ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment; BUILD on their respective rights and obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade and other multilateral and bilateral instruments of cooperation; ENHANCE the competitiveness of their firms in global markets; FOSTER creativity and innovation, and promote trade in goods and services that are the subject of intellectual property rights; CREATE new employment opportunities and

Little time after its entry into force, the treaty achieved its main objective- the elimination of trade barriers- and launched an “All Duty Free” zone in the integrated territories of its member states. Other non- tariff barriers to trade persisted and the competition of the low prices of the imports from other (developing) countries to the North American region raised some serious questions about the benefits of NAFTA for its developed member states, especially for the United States.

Since its early presidential campaign, Donald Trump promised to his voters to re-negotiate NAFTA. After the elections, on May 18, 2017, “President Trump became the first American president to begin renegotiating a comprehensive free trade agreement like NAFTA”.⁴⁴ His decision to do this claimed the necessity to arrange the problems and “bleeding” that the agreement caused to many American workers, especially for American farmers and ranchers who, supposedly, had suffered its negative effects for decades. In Trump’s administration point of view, “since the deal came into force in 1994, trade deficits have exploded, thousands of factories have closed, and millions of Americans have found themselves stranded, no longer able to utilize the skills for which they had been trained...”.⁴⁵ The re-negotiation objectives of the American government were to preserve the elimination of trade barriers to United States products,⁴⁶ to reduce trade deficits with

improve working conditions and living standards in their respective territories; UNDERTAKE each of the preceding in a manner consistent with environmental protection and conservation; PRESERVE their flexibility to safeguard the public welfare; PROMOTE sustainable development; STRENGTHEN the development and enforcement of environmental laws and regulations; and PROTECT, enhance and enforce basic workers’ rights.”

⁴⁴ *Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*, July 17, 2017, available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ As mentioned above, one of the most important obstacles to the effectiveness of NAFTA’s commitments came from non- tariff restrictions to trade, especially from the application of sanitary and phytosanitary measures. In this sense, the re-negotiation objectives of Trump administration intended to “provide for enforceable SPS obligations, including with respect to science-based measures, good regulatory practice, import checks, equivalence, regionalization, and certification and risk analysis...”. Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, *Summary of Objectives for the NAFTA Re-negotiation*. Another problematic aspect of NAFTA application was its “rules of origin” disposals. Only goods fabricated in the North American region were able to benefit from the elimination of tariffs, but the determination of the goods origin turns particularly difficult when it comes

Mexico and Canada and to obtain a more reciprocal and secure access to their domestic markets.

The re-negotiation of NAFTA took more than one year. In 2017, the three countries celebrated five rounds of negotiations and in 2018- two. The issues, which caused more controversies and blockages during the process, were some of the proposals of the Trump Government, especially his intention to obtain from Mexico and Canada an increase in the regional automotive content of NAFTA cars to 80% (75%, later in the negotiations) with 50% of American content. Additionally, what caused a deterioration in the negotiation climate was Trump's initiative to eliminate the dispute settlement mechanism of NAFTA Chapter 19.⁴⁷ Finally, in Trump's initial negotiation schedule figured the so-called "sunset clause" which provided for a re-negotiation and a possible expiration of the agreement's content every five years. Beside these difficulties, the parties' mutual concessions during the last stage of the negotiations, which took place during the presidential elections period in Mexico, gave results. Shortly after the election of Andrés Manuel Lopez Obrador on the top of Mexico's new government, Jesús Seade- its chief negotiator- announced that Mexico and the United States reached an agreement on the re-negotiation of NAFTA.

Trump's Foreign Policy in international trade has not been limited on withdraw and/or renegotiation of international multilateral trade agreements. Trump's vision of international trade has clashed as well with WTO and the international multilateral trade system as a whole. In many public speeches, President Trump and Robert Lighthizer- the United States'

to manufactured products, which parties may come from many different countries. The delocalization of global channels of production has replaced the label "Made in a country" with the label "Made in the world". Consequently, the United States big concern about NAFTA was always China and other countries "taking advantage" of its rules of origin regulations and importing good components in the region, that will then be sold as a final product with the beneficial trade treatment reserved for NAFTA member States. One the principal objectives of NAFTA re-negotiation was to "Update and strengthen the rules of origin, as necessary, to ensure that the benefits of NAFTA go to products genuinely made in the United States and North America" (Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, *Summary of Objectives for the NAFTA Re-negotiation*).

⁴⁷ This mechanism offers to a subject of anti-dumping proceedings in the territory of one of the contracting states to bring a claim against these proceedings before an international arbitral tribunal, who will exam and control their conformity with NAFTA rules on anti-dumping.

Trade Representative- have expressed their “discontent” and “disappointment” with WTO. After the last WTO ministerial meeting in Buenos Aires, in 2017, Lighthizer mentioned that the United States is “concerned” because the WTO is losing its primary objectives and is becoming an organization, centered on disputes. In the same sense, during his official visit in Vietnam, Trump noticed that the United States, “is not treated correctly” in the WTO. According to these statements, Trump’s Foreign Policy adopted measures that threaten to “kill the WTO from the inside”.

As mentioned above, the “trade war” provoked by the United States’ decision to increase tariffs on imports from the rest of the world is a severe violation of many articles of the multilateral trade agreements, administered by the WTO. In response to Trump’s neo-protectionism, many other countries have introduced demands against the United States before the WTO Dispute Settlement Body (DSB). At present, these claims have absolutely no chance to proceed because the DSB is a true “hostage” of Trump’s Foreign Policy decisions.

Trump is criticizing, in first place, the “judicial overreach” of the DSB and of its Appellate Body (AB). The AB would have exceeded its judicial function by a too extensive interpretation and application of the rules and principles of WTO law. The AB’s function should be limited to settle the disputes submitted by the WTO members and to review the decisions of the *ad hoc* panels. Nevertheless, in its findings and recommendations, the AB “cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”.⁴⁸ The logic of the United States is quite simple: the AB should control the panels but no one can control the AB,⁴⁹ because “the AB is creating its own rules”.⁵⁰ Many other developing and developed countries

⁴⁸ Article 19.2 of the WTO Dispute Settlement Understanding.

⁴⁹ In fact, the decisions of the OA are definitive and there is no other judicial resort for their review. The reports of the OA can only be re-examed if the DSB reaches a consensus on this point. Until now, the members of the DSB have reached no consensus on this point and the OA is actually operating as a “last resort” jurisdiction.

⁵⁰ A DSB, Minutes of the Meeting, April 3, 2002, WT/DSB/ M121, para. 35. This critic is due to a new trend in OA’s legal reasoning. *Ad hoc* panels usually respect OA’s final findings and there are abundant citations of its previous decisions in panel’s case law. This shows the development of a *stare decisis* doctrine in WTO law and a progressive “*jurisdictionalisation*” of its dispute settlement mechanism (Payosova, Tatiana, Gary Hufbauer and Jeffrey Schott, *The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and cures*, Peterson Institute of International Economics, Policy Brief, 2018, p. 3).

share this opinion and they presume that the AB's "judicial overreach" is a clear violation of articles 3.2 and 19.2 of the Dispute Settlement Understanding.⁵¹ The United States also address more specific and technical critics on some relevant procedural aspects of the WTO dispute settlement mechanism. In particular, the United States' representatives have stressed that some AB members have decided appealation cases even after their 4 years mandate had expired, without receiving an express authorization to do so by the DSB. Trump's administration have argued as well that the Korean arbiter, Hyun Chong Kim, renounced in July, 2017 with no respect of the 90 days period of pre-advise, established in the procedural rules of the DSB and the fact that the DSB adopted his report in *EU –Fatty Alcohol (DS442)* case even if Hyun Chong Kim have not been replaced. Finally, the United States have contested the existence of a no written rule in favor of the re-election of the arbiters for an additional 4 years period.⁵²

These critics are not, *per se*, the cause of the present crisis of the WTO dispute settlement mechanism. The direct origin of the complete blockage of the DSB is the way the Trump Administration has put them in action. In fact, given the impossibility to control the AB's presumed "judicial overreach" by legal means, since 2017, Trump decided to block the process of nomination of its members. In December 2016, the AB still had seven arbiters. Then, in June 2017, the Mexican arbiter —Ricardo Ramírez-Hernández— ended his four years mandate and was not re-elected nor replaced, because of the United States veto in the DSB voting procedures. This reduced AB's members to six. In august 2017, the Korean Hyun Chong Kim renounced and was not replaced and the same happened with the end of the mandate of Peter Van den Bossche, in December 2017. That brought down the AB's membership to four. In September 2018, ended the period of

⁵¹ Article 3.2 states: "The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements". By virtue of article 19.2 of the DSB, "In accordance with paragraph 2 of Article 3, in their findings and recommendations, the panel and Appellate Body cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements". *Idem*.

⁵² *Idem*.

Shree Baboo Chekitan Servansing and Trump's persistent blockage reduced the AB members to three, which is the minimum required for its functioning by article 17 of the Dispute Settlement Understanding. The critical, and probably, fatidic date for the future of the AB will be December 2019, which will mark the exit of two more AB members.

If Trump's position doesn't change until then, his Foreign Policy would have been the "assassin" of one the world's more efficient mechanisms for settlement of interstate disputes. The result will be a return to the past of GATT where a party was able to block the adoption of a panel report if it was not favorable to its national trade interests. It seems that this is the true political intention of Trump's Foreign Policy- a whiter commitments to the WTO multilateral trade system, a lesser international judicial control of their fulfillment and a trade dispute resolution "à la carte" of the United States' trade interests and international agenda. As a confirmation of these estimations, one of the key objectives of Trump's International Trade Policy cynically recalls that the United States Congress has made clear that "Americans are not directly subject to WTO decisions" and that WTO adverse reports and findings are not binding or self-executing for the United States.⁵³

Trump's attacks on the WTO dispute settlement mechanism deepen the crisis that faces nowadays this international organization. In fact, the WTO has been unable to fulfill its most fundamental statutory objectives. Because of the consensual nature of its institutional design, the geographical extension of its membership and the substantial changes in the economic power balance between its developing and developed member states, at present, all the decision-making procedures at WTO are blocked. The consensus as mechanism of decision-making in a "member-driven" organization has been able to preserve state sovereignty, but, at the same time, it has affected the organization's ability to administer efficiently the international trade agree-

⁵³ In Trump's Policy Objectives we can read that: "it is important to recall also that Congress had made clear that Americans are not directly subject to WTO decisions. The Uruguay Round Agreements Act states that, if a WTO dispute settlement report "is adverse to the United States, [the U.S. Trade Representative shall] consult with the appropriate congressional committees concerning whether to implement the report's recommendation and, if so, the manner of such implementation and the period of time needed for such implementation," confirming that these WTO reports are not binding or self-executing" (USTR, 2017 Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report, Washington, Office of the United States Trade Representative).

ments. The failure of Doha Round to reach comprehensive trade deals has shown, additionally, that WTO is no more the major negotiation forum of International Trade Law. The discrepancies between developed and developing states on number of issues, such as agriculture and subsidies, trade in services, competition, environment and intellectual property have shifted the “single undertaking” rule, as a technique for multilateral trade negotiation and have put WTO’s trade multilateralism in an impasse. WTO law and WTO itself need urgent reforms if the organization wants to survive to Trump’s crusade against it and be an active institutional player in International Trade Law. However, state practice and Trump’s Foreign Policy make WTO’s future uncertain and brings the path of the legal regulation of international trade far away from multilateralism and back to regional (sub-regional, inter-regional and intra-regional) deals and agreements.

Trump’s Foreign Policy towards WTO and multilateralism in International Trade Law is consistent with Trump’s vision of commercial (national or international) deals. It’s clear that the United States government has a real problem with multilateralism and trade cooperation among states. In the economic and trade policies’ field Trump is, in fact, an avowed adept of bilateralism, mercantilism and nationalism. As stated in his Official Trade Policy key objectives for 2017: “As a general matter, we believe that these goals can be best accomplished by focusing on bilateral negotiations rather than multilateral negotiations —and by renegotiating and revising trade agreements when our goals are not being met”.⁵⁴

Trump’s bilateralism in international trade policy inspires itself from the mercantilist theory of international trade, developed in Europe, in the 16th Century. Mercantilist authors assume a strong governmental intervention in foreign trade volume and nature and use taxes on trade as a tool to manipulate the trade balance in favor of their own domestic economy. In mercantilists view, a country should try to maximize exports, minimize imports⁵⁵ and accumulate precious metals that would permit it to reach a positive trade balance with constant trade surpluses in its international relations. Mercantilism’s two primary objectives are: accumulate gold to reinforce the monarch’s power and promote trade and industrial develop-

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁵⁵ Trump’s trade policy is stuck in the ’80s — the 1680s, available at: <https://www.washingtonpost.com/opinions/trumps-trade-policy-is-stuck-in-the-80s-the-1680s/2018>.

ment in the domestic economy. A mercantilist trade policy is about increasing exports of manufactures and imports of primary inputs,⁵⁶ prohibition of imports of manufactured goods and exports of primary inputs, and concession of monopolies to private investors. In the mercantilist world, the military power determinate the economic wealth of nations. War is also an instrument of foreign trade for mercantilists, as it serves the preservation of trade monopolies and economic dominance. Their ultimate objective, so far, is to win wars as a key to assure economic and trade success.⁵⁷

The idea of maintaining trade surpluses on every cost explains why a mercantilist, as Trump, will have no consideration for multilateral trade techniques and negotiations and would prefer trade bilateralism. Trump's mercantilist world of international trade is a world where "no one trusts anyone". It is a zero-sum view of the world. Nothing is a "win-win" game, everything is perceived as "I win- you lose", and everyone is suspicious of everyone else,⁵⁸ as the need to maintain trade surplus pushes trade partners to "take advantage" from one another. Bilateralism is the best way to negotiate in a world where mutual (and comparative) advantages don't exist and where "everyone cheats on everyone". In this sense, Trump's bilateralism and mercantilism in international trade sees every other country as "enemy" and "loser", and the United States as the potential winner- the one who gets trade surplus in bilateral relations. Even the supposed friends of the United States, or its "closest allies", are blamed to cheat in international trade and have to be treated suspiciously. In some of his speeches, Trump mentioned in this sense: "Frankly, our friends did more damage to us than our enemies" and, "Because we didn't deal with our enemies, we dealt with our friends, and we dealt incompetently".⁵⁹ His intention to reach "better deals" for the United States is almost a vision of "barter deals" with increased reciprocity of the commitments.

Bilateral deals are closest to Trump's mercantilist "zero-sum" vision of trade, as they permit to one of the parties in the negotiations to impose

⁵⁶ In this sense, many authors have mentioned that even if Trump is inspired by mercantilism, he would be missing one of mercantilists main arguments, when applying higher tariffs on aluminum and steel imports.

⁵⁷ Comín Comín, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Alianza, 2013

⁵⁸ Trump's trade policy is stuck in the '80s — the 1680s, *op. cit.*

⁵⁹ *Idem.*

its economic and commercial interests to the other. Trump exports his businessman's domestic negotiation tactics of "bluff", "bluster" and "bullying" to the international level and uses them aggressively toward the United States' trading partners. His bilateralism seeks to take advantage of the major size of the United States' economy and trade power to "convince" other smaller and less powerful countries to adhere to international trade deals. For a small country (or even for a big country, like Mexico) economic dependency on exports to the United States market can be a very strong reason to adhere to Trump's proposals during bilateral negotiations. In bilateralism, the bigger and stronger the trade partner is, the more chances he must win better legal and political conditions for himself. Ultimately, trade power through bilateralism can easily impose its own interests to the smaller and the weaker.

Bilateral approach to international trade represents a past period in the history of International Trade Law and it is precisely in response to its negative effects that state members of the international community, with the United States leadership, decided to build the international liberal trade order after the Second World War.

In fact, all the 19th century legal regulation of international trade was bilateral⁶⁰ with relative success. However, what moved International Trade Law from bilateralism to multilateralism after the Second World War was not the 19th Century experience, but rather the use of bilateralism in the interwar period. In fact, during the decade of 1930, many countries, including the United States developed preferential bilateralism. In this period, discriminatory trade blocs and protectionist bilateral trade agreements contributed to one of the most severe global trade contractions in the world economic history. The bourse crack of "the black thursday" and the devastation "debts" of the First World War (hyperinflation, huge foreign debts, and high cost of the reconstruction, political and social instability) precipitated the "Great Depression" in the United States and its sparrow all over the world. The GDP in the United States descended by 10% between 1929 and 1933 and the unemployment rates reached 36%. In response, the United States govern-

⁶⁰ Trade growth in 19th century was the result of a web of bilateral commercial agreements between European states. For example, the Anglo-French accord of 1783 involved the elimination of prohibitions and a modest reduction of duties on bilateral trade. Irwin, Douglas, Multilateral and bilateral trade policies in the world trading system: an historical perspective

ment adopted the famous Smoot-Hawley Tariff Act in 1930, which increased the duties and tariffs on imports to the United States of more than 20, 000 products. Many countries, like Canada, Spain, Italy and Switzerland adopted direct retaliations, imposing tariff, and non- tariff trade barriers to United States exports. Other states, particularly, the United Kingdom, retaliated indirectly and reduced trade barriers with other partners on a discriminatory basis.⁶¹ These protectionists and preferential trade policies conducted to the creation of “economic areas”, like the “sterling trade zone”, the “dollar bloc”, the “gold bloc” and the “Nazi bloc”. These blocs’ main objectives were to “empoorish the neighbor” and their direct result was a disintegration of international finance and trade.⁶² The bilateral trade deals were *de facto* barter deals, based on quantitative protectionism that reinforced state control over immigration and state dirigisme over the economy. The failure of this politics originated Roosevelt’s “New Deal” decision to insert a most favored nation clause in the United States’ international trade agreements.

The disaster of bilateralism in international trade policies, like the one chosen by Trump’s Administration, strengthened the resolve of international lawmakers after the Second World War to construct a rule based multilateral trading system that would prevent any return to predatory bilateralism in international commercial relations. It was in everyone’s mind in this period that Hitler was himself a true bilateralist. In fact, the Nazi Germany oriented its Foreign Trade Policy toward a rigid system of bilateral trade and clearing agreements. This system turned successful for German domestic economic growth because of the exploitation of Hitler’s trading partners. Germany was the largest trading partner of many smaller European states and issued on this basis a theory on monopolistic power in international trade. The ultimate objective was to build an informal German Economic Empire.⁶³

In this regard, by attacking multilateralism in International Trade Law, Trump’s Bilateralist Foreign Trade Policy is testing some of the hardest lessons of the United States’ and world’s legal and economic history. The

⁶¹ Bown, Chad *et al.*, *op. cit.*

⁶² Comin Comin, Francisco, *op. cit.*

⁶³ Ritschl, A., “Nazi economic imperialism and the exploitation of the small: evidence from Germany’s secret foreign exchange balances”, 1938-1940, *Economic History Review*, 2001, vol. LIV, p. 324.

buildings of multilateralism in International Trade Law and in international relations, in general, aim, above all, to preserve cooperation between states and maintain “peace through law”. The bilateral and mercantilist Foreign Policy of President Trump is possibly bringing the United States and the world in the interwar context of “trade wars”, which preceded the military Second World War. It is a context divided in economic and geo-political blocs, controlled by trade powers with imperialistic ambitions to extend their spheres of influence, in a clear hostility ones *vis-à-vis* the others.⁶⁴ The devise “*America First*” of Trump’s Internal and Foreign Policy is provoking, more than ever, an “*Anti-America*” sentiment in its trading and political partners.

IV. CONCLUSION

Trump’s Foreign Policy threat on International Trade Law’s fundamental norms and institutions is creating a risk for the international liberal order, as a whole. The size of the risk should not be overestimated and could end with the new Presidential campaigns in the United States, if Trump was to lose his re-election. Nevertheless, the risk seems more serious as Trump’s neo-protectionism and bilateralism are signs of more systemic problems of the international liberal order, that might be independent from Trump’s political life and future.

Both neo-protectionism and bilateralism manifest a broader crisis in international multilateral cooperation. Symptoms can be identified everywhere. The European Union’s model of the world’s most successful regional integration has faced the danger of des-integration after the decision of the United Kingdom to leave it. Some African states announced they are planning to withdraw from the Rome Statute —the ambitious multilateral treaty that created the International Criminal Court— because of its “racist” and “neo-colonial” judicial processes. Burundi and Gambia actually retired from the Court. Bolivia, Ecuador and Venezuela denounced the Washington Convention on Settlement of Investment Disputes- another comprehensive

⁶⁴ Ikenberry, John, “The Plot Against American Foreign Policy, Can the liberal order survive?”, *Foreign Affairs*, June 2017, p. 5.

multilateral treaty, arguing it had established a “colonial” system of “slavery” of States towards multinational companies.⁶⁵ South Africa, Indonesia⁶⁶ and India⁶⁷ are re-negotiating their bilateral investment treaties. Uzbekistan decided to exit (again) the Collective Security Treaty Organization. Permanent member states of the UN Security Council are blocking, more than usually, its decision-making process by their veto power.

The crisis causes are multiple and complex. The new geo-political power balance in foreign affairs and the decline of the United States hegemony have shaped new alliances and unilateral entrenchments. These new divisions are the result of the failure of international multilateral institutions to achieve their respective goals and missions. The UN has been unable to “maintain international peace and security” and to prevent the return of war in the relations between states. The WTO has failed to complete a single round of trade negotiations and isn’t able to administer the trade agreements, reached during the Marrakech Round. The World Bank had not eradicated global poverty and the International Monetary Fund has not prevented the financial crisis and their consequences on domestic and world’s economies.

Additionally, there is a perception that international multilateral institutions have been too binding on States’ Foreign Policy and international agenda. Trump’s arguments on WTO DSB’s “judicial overreach” summarize a more systematic critic of the constraining nature of “hard” International (Trade) Law as an instrument to control power at the international level. International (trade) norms and institutions would have “tied too much the hands” of states. Sovereignty delegations by countries to multilateral international (trade) institutions was to serve the interests of all members, towards reciprocity, where “no one lose and no one wins, all the time”. However, nowadays, many people would agree with Trump that multilater-

⁶⁵ Correa, Rafael, “Correa suscribe decreto que da por terminado convenio con el CIA-DI”, *El Tiempo*, 03 de julio de 2009, available at: <http://www.eltiempo.com.ec/noticias/economia/1/211881/correa-suscribe-decreto-que-da-por-terminado-convenio-con-el-ciadi>.

⁶⁶ “After South Africa, Indonesia takes a brave decision to terminate its Bilateral Investment Treaty with the Netherlands”, *SOMO*, March 24, 2014, available at: <https://www.somo.nl/after-south-africa-indonesia-takes-a-brave-decision-to-terminate-its-bilateral-investment-treaty-with-the-netherlands/>.

⁶⁷ Smith Freehills LLP, Herbert, “India seeks to re-negotiate Bilateral Investment Treaties with over 47 countries”, *LEXOLOGY*, India, July 7, 2016, available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e9408e6c-fa1b-47cf-9206-8517de5ac5fc>.

alism in International (Trade) Law has created only “winners” and “losers”, even if it’s time for a re-adjustment period of “taking sovereignty back”.

The problem with taking back sovereignty and attacking multilateralism in International Law, generally, and in International Trade Law, particularly, is that the attacks will re-introduce national power in commercial relations between states. In addition, national power’s visions of international trade are, by definition, imperialistic and discretionary. They turn to be particularly conflicting with the International Rule of Law and international peace. In sum, they have the potential to create not only “trade wars”, but also war, *per se*.

At present, we are assisting “the greatest presidential onslaught on international law and international institutions in American history”.⁶⁸ In this sense, Trump’s Foreign Policy effects on International Trade Law and other branches of International Law will ultimately depend on the stability and resistance of multilateralism and cooperation mechanisms of the international legal and political system. Will Trump’s Foreign Policy mortally wound the norms and institutions of International Trade Law or will they survive and be reformed and modernized? Will the present “trade war” put in true danger the international peace and security? Perhaps yes, but only future can tell.

V. BIBLIOGRAPHY

Acier et aluminium: pourquoi de nouveaux droits de douane au nom de la sécurité nationale, France 24, Publié le: 09/03/2018 - 17:47 Modifié le : 09/03/2018 - 20:14, available at: <https://www.france24.com/fr/20180309-acier-aluminium-douane-protectionnisme-securite-nationale-trump-omc-regle>.

AZEVEDO, Roberto, “DG Azevêdo: we must turn the crisis of multilateralism into an opportunity to strengthen it”, World Trade Organization, 16 November 2018, available at: https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra246_e.htm.

⁶⁸ Bosco, David, “We’ve been Here Before: the Durability of Multilateralism”, *Journal of International Affairs*, 2017, available at: <https://jia.sipa.columbia.edu/we%E2%80%99ve-been-here-durability-multilateralism>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- BALDWIN, Richard, *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, ed. World Trade Organization- Cambridge, 2009.
- BHAGWATI, Jagdish and PANAGARIYA, Arvind, “The Theory of Preferential Trade Agreements: Historical Evolution and Current Trends”, *The American Economic Review*, 1996, vol. 86.
- BOSCO, David, “We’ve been Here Before: the Durability of Multilateralism”, *Journal of International Affairs*, 2017, available at: <https://jia.sipa.columbia.edu/we%E2%80%99ve-been-here-durability-multilateralism>.
- BOWN, Chad *et al.*, “Multilateral or bilateral trade deals. Lessons from history”, *Economics and Policy in the Age of Trump*, ed. Center for Economic Policy Research, 2017.
- CHAISSÉ, Julien and MATSHUSHITA, Mitsuo, “China’s Belt and Road Initiative: Mapping the World Trade and Specific Implications”, *Journal of World Trade*, 2018, vol. 52.
- COMÍN COMÍN, Francisco, *Historia económica mundial. De los orígenes a la actualidad*, Madrid, Alianza, 2013.
- CONESA, Elsa, “Trump et les oubliés de la Rust Belt”, *Les Echos*, 17/05/17 à 18h27, available at: https://www.lesechos.fr/17/05/2017/lesechos.fr/0212101931369_trump-et-les-oublies-de-la-rust-belt.htm.
- CORREA, Rafael, “Correa suscribe decreto que da por terminado convenio con el CIADI”, *El Tiempo*, 3 de julio de 2009, available at: <http://www.eltiempo.com.ec/noticias/economia/1/211881/correa-suscribe-decreto-que-da-por-terminado-convenio-con-el-ciadi>.
- DAVENPORT, Coral and SWANSON, Ana, “How Trump’s Policy Decisions Undermine the Industries He Pledged to Help”, *The New York Times*, July 4, 2018, available at: <https://www.nytimes.com/2018/07/04/climate/trump-industry-policy-consequences.html>.
- European Commission, “European Commission reacts to the US restrictions on steel and aluminium affecting the EU”, Brussels, 31 May 2018, available in: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1851>.
- FOLSOM, Ralph, *NAFTA in a Nutshell*, West, 2012.
- IKENBERRY, John, “The Plot Against American Foreign Policy, Can the liberal order survive?”, *Foreign Affairs*, 2017, may-june.
- International Monetary Fund, “Making Trade an Engine of Growth for All. The Case for Trade and for Policies to Facilitate Adjustment”, April 10, 2017, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2017/04/08/making-trade-an-engine-of-growth-for-all>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- KRUGMAN, Paul *et al.*, *International Economics. Theory and Practice*, Pearson, 2018.
- MOLLOY, David, What is populism, and what does the term actually mean? BBC News, 6 March 2018, available at: <https://www.bbc.com/news/world-43301423>.
- Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, Summary of Objectives for the NAFTA Re-negotiation, July 17, 2017, available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>.
- Organización Mundial del Comercio, *Acuerdos comerciales regionales y arreglos comerciales preferenciales*, 2019, available at: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/rta_pta_s.htm.
- PAYOSOVA, Tatiana *et al.*, *The Dispute Settlement Crisis of the WTO: Crisis and cures*, Peterson Institute of International Economics, Policy Brief, 2018.
- PETROVA GEORGIEVA, Virdzhiniya, “La “judicialización”: una nueva característica del orden jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, enero de 2015.
- RITSCHL, “A. Nazi economic imperialism and the exploitation of the small: evidence from Germany’s secret foreign exchange balances, 1938-1940”, *Economic History Review*, vol. LIV, 2001.
- SIROEN, Jean-Marc, “L’OMC: une institution en crise”, *Alternatives Économiques*, num. 240, 2008.
- SMITH FREEHILLS, Herbert Llp, “India seeks to re-negotiate Bilateral Investment Treaties with over 47 countries”, *Lexology*, India, July 7 2016, available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e9408e6c-fa1b-47cf-9206-8517de5ac5fc>.
- SMITH, David, “Trump withdraws from Trans-Pacific Partnership amid flurry of orders”, *The Guardian*, 23 Jan 2017, available at: <https://www.theguardian.com/us-news/2017/jan/23/donald-trump-first-orders-trans-pacific-partnership-tpp>.
- SOMO, “After South Africa, Indonesia takes a brave decision to terminate its Bilateral Investment Treaty with the Netherlands”, March 24, 2014, available at: <https://www.somo.nl/after-south-africa-indonesia-takes-a-brave-decision-to-terminate-its-bilateral-investment-treaty-with-the-netherlands/>.
- SWANSON, Ana, “Trump Proposes Rejoining Trans-Pacific Partnership”, *The New York Times*, April 12, 2018, available at: <https://www.nytimes.com/2018/04/12/us/politics/trump-trans-pacific-partnership.html>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

The Washington Post, “Trump’s trade policy is stuck in the ’80s — the 1680s”, available at: https://www.washingtonpost.com/opinions/trumps-trade-policy-is-stuck-in-the-80s--the-1680s/2018/05/31/f8e2f7c2-6510-11e8-a69c-b944de66d9e7_story.html.

Office of the United States Trade Representative, *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, DC.

“Trade wars, Trump tariffs and protectionism explained”, *BBC News*, 10 May 2019, available at: <https://www.bbc.com/news/world-43512098>.

Office of the United States Trade Representative, USTR, *Trade Policy Agenda and 2016 Annual Report*, Washington, DC, 2017.

World Trade Organization, Vietnam, China, Switzerland, Russia, South Korea, Mexico, Canada and Norway initiated proceedings against Trump’s administration trade measures, “Current status of disputes”, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm.

WOODS, Michael, “GATT Article XXI’s National Security Exception- the Ultimate Trade Policy Conundrum”, *Woods LaFortune LPP*, Mar 9, 2018, available at: <http://www.wl-tradelaw.com/gatt-article-xxis-national-security-exception-the-ultimate-trade-policy-conundrum/>.

World Trade Organization, “Current status of disputes”, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm.

World Trade Organization, Schedules of Concessions and Renegotiation of Concessions, available at: https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_417/Module_757/ModuleDocuments/NAMA-M4-R3-E.pdf.

World Trade Organization, “Dispute Settlement: Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes”, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.

World Trade Organization, “Dispute Settle, emt: The Disputes Chronological list of disputes cases”, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm.

World Trade Organization, “DS550: United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products”, Settled or terminated (withdrawn, mutually agreed solution) on 23 May 2019, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds550_e.htm.

World Trade Organization, “DS564: United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products”, Panel composed on 25 January 2019, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds564_e.htm.

La ilegalidad del muro de Donald Trump

The illegality of Donald Trump's wall

Illegalite du mur de Donald Trump

Manuel **Becerra Ramírez***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los antecedentes del muro*. III. *La Orden Ejecutiva del presidente Trump*. IV. *Impacto ambiental del muro*. V. *¿Un muro fronterizo es ejercicio legal de la soberanía estatal?* VI. *Marco jurídico internacional*. VII. *Tratados México-Estados Unidos*. VIII. *Los recursos transfronterizos*. IX. *El derecho convencional y el principio de no perjudicar al medio ambiente de otro Estado, con actividades dentro de su territorio*. X. *Conclusiones*. XI *Bibliografía*.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores.

Artículo recibido el 6 de julio de 2019
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2019

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, pp. 723-753
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

RESUMEN: En este trabajo se analiza, desde la perspectiva del derecho internacional, el impacto de la construcción de un muro por parte del gobierno de los Estados Unidos en la frontera con México. Con base en estudios de expertos en ecología se analiza el impacto en el ecosistema la introducción de un elemento agresivo, intrusivo como la construcción de un muro de la región fronteriza. La frontera está regulada por una gran cantidad de normas jurídicas internacionales, las cuales, con la construcción de un muro, Estados Unidos viola al dañar, en forma irreversible, el ecosistema de la región. Precisamente el derecho internacional contemporáneo en materia de medio ambiente limita la soberanía interna de los Estados, en relación con actos que puedan dañar a los vecinos.

Palabras clave: fronteras y derecho internacional, derecho internacional del medio ambiente, muros fronterizos en derecho internacional, principios del derecho de medio ambiente, frontera México-Estados Unidos.

ABSTRACT: This paper analyzes, from the perspective of international law, the impact of the construction of a wall by the United States government on the border with Mexico. Based on studies of experts in ecology, the impact on the ecosystem of the introduction of an aggressive and intrusive element such as the construction of a wall in the border region is analyzed. The border is regulated by a large number of international legal norms, which, with the construction of a wall, the United States violates by irreversibly damaging the ecosystem of the region. Precisely, contemporary international environmental law limits the internal sovereignty of States, in relation to acts that may harm neighbours.

Key words: Borders and International Law, International Environmental Law, Border Walls in International Law, Principles of Environmental Law. Mexico-United States Border.

RÉSUMÉ: Cet article analyse, du point de vue du droit international, l'impact de la construction d'un mur par le gouvernement des États-Unis à la frontière avec le Mexique. Sur la base d'études menées par des experts en écologie, nous analysons l'impact sur l'écosystème de l'introduction d'un élément agressif et intrusif, tel que la construction d'un mur dans la frontière. La frontière est réglementée par un grand nombre de normes juridiques internationales qui, avec la construction d'un mur, sont violées par les États-Unis en endommageant de manière irréversible l'écosystème de la région. C'est précisément le droit international de l'environnement contemporain qui limite la souveraineté interne des États en ce qui concerne les actes susceptibles de nuire aux voisins.

Mots-clés: frontières et droit international, droit international de l'environnement, barrières frontalières en droit international, principes du droit de l'environnement, frontière Mexique-États-Unis.

I. INTRODUCCIÓN

Es cierto que parte del ejercicio de la soberanía estatal consiste en el control de las fronteras y la determinación de quién entra y quién no al territorio de los Estados. Y también es cierto que la historia de la humanidad está llena de muros. La experiencia histórica nos dice que, esos muros ahora son monumentos arquitectónicos impresionantes, construidos con motivos de defensa, al mismo tiempo son símbolos oprobiosos (el muro de Berlín, por ejemplo) o manifestación de masivas violaciones de derechos humanos, como son los casos de la muralla China, en donde las crónicas dicen que para su construcción murieron aproximadamente 10 millones de trabajadores o bien el muro construido por Israel, en el territorio en disputa con Palestina, y que la Corte Internacional de Justicia ha declarado violatorio del derecho internacional.

Aún más, el actual muro construido en la frontera México-Estados Unidos tiene una intención malévola, al dejar abierto el espacio desértico no impide la entrada a los Estados Unidos, sino que la hace más peligrosa, difícil y en muchísimos casos mortal. Evidentemente hay una violación flagrante a los derechos humanos de miles de personas que no son delincuentes, sino que buscan una forma digna de vivir.

Ya desde la campaña hacia la presidencia, Donald Trump ofreció la construcción de un muro en la frontera con México, y que los mexicanos, por alguna vía lo iban a pagar; así, unos cuantos días después de tomar la presidencia, Donald Trump, emitió una serie de órdenes ejecutivas de las cuales la primera será objeto de nuestros comentarios, en la que cumple con su amenaza, al ordenar la construcción de un muro. Este acto de Estado tiene una gran trascendencia para el orden jurídico internacional y concretamente para la relación bilateral México-Estados Unidos, pues independientemente de que viola el orden jurídico internacional significa un acto inamistoso en contra de sus vecinos sureños.

Desde que México adquiere su independencia en el siglo XIX, la frontera entre los dos países se ha movido impresionantemente desfavoreciendo a este país. Actualmente, es una de las fronteras más largas del mundo (3,141 km de longitud) en la que colindan cuatro Estados estadounidenses (California, Arizona, Nuevo México y Texas) y, seis Estados mexicanos

(Baja California Norte (BCN), Sonora, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León y Tamaulipas);¹ y además es muy rica, pues a pesar de parecer, y ser, árida, desértica, la región fronteriza está llena de vida silvestre, mucha de la cual es endémica y está en peligro de extinción.

En este trabajo, en el marco del derecho internacional contemporáneo, analizamos el impacto de la política de los Estados Unidos en la frontera, concretamente con la construcción de un muro que ya está parcialmente colocado en la región y lo que significa su prolongación.

El presente trabajo se desarrolló durante mi estancia sabática en la Universidad British Columbia, de Vancouver, Canadá (septiembre 2018-agosto 2019) con el soporte del Programa de Apoyos para la Superación del Personal Académico de la UNAM (PASPA) de la Dirección General del Personal Académico (DGAPA), a los cuales agradezco profundamente por su sustento.

II. LOS ANTECEDENTES DEL MURO ESTADOS UNIDOS-MÉXICO

La historia de la idea de construcción del muro en la frontera se remonta a la década de los 80, cuando la afluencia de migrantes mexicanos hace reaccionar al gobierno de los Estados Unidos con “muros” legales. En 1986 se dictó el *Immigration Reform and Control Act*, que sancionaba a quien, sabiéndolo, contratara a un inmigrante ilegal.

Después, en 1990 la *U.S. Border Patrol* empezó a construir barreras físicas en el sector de San Diego, colocándose 14 mil millas de vallas entre San Diego y Tijuana. Junto con ello, se aprobó la *Immigration Act* que pretendía beneficiar a los migrantes pues aumentó el número de visas para los trabajadores y profesionales.

En 1993 se dicta la *Operation Blockade* en El Paso, Texas y al año siguiente, 1994, la *Operation Gatekeeper* en San Diego, California. En virtud de estas operaciones se construyó un muro en la parte que hay más movimiento de personas en tránsito lo que hizo correr el flujo de trabajadores migrantes hacia el desierto de Sonora y Arizona de parte del territorio estadounidense. Este movimiento trajo varias consecuencias.

¹ Anglés Hernández, Marisol, “Los cursos de agua compartidos entre México y los Estados Unidos de América y la variable medio ambiental. Una aproximación”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 89-166.

En principio, aumentaron las muertes de los mexicanos que quisieron cruzar la frontera; después aumentó el costo a pagar a los traficantes (polleros) de trabajadores migrantes. Por último, se produjo un efecto que no habían previsto los estadounidenses: los mexicanos, en lugar de regresar a sus lugares de residencia, prefirieron quedarse en territorio extranjero, y aún más, cuando no pudieron regresar a su país, les siguieron sus familias y esto hizo que se incrementara el número de niños de migrantes nacidos en Estados Unidos. Esta política anti inmigrante se agudizó con la reforma de 1996 denominada *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996* bajo la presidencia del presidente W. Clinton, que penalizó la migración, agravando, por supuesto, la situación legal de los migrantes mexicanos.²

Sin embargo, el gobierno de Estados Unidos siguió insistiendo con su muro. En 2006, el presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, firmó la ley denominada *Secure Fence Act*, mediante la cual se le autoriza la construcción de una valla fronteriza entre México y Estados Unidos cerca de El Paso, Texas, una extensión de 700 millas adicionales (1,100 km) “de doble cadena y cercas de alambre de púas con luz y postes de cámara infrarrojos”. Además, autorizó al *Department of Homeland Security* para incrementar el uso de tecnología avanzada como cámaras, satélites y vehículos aéreos para reforzar la infraestructura de la frontera. La idea de esta ley fue hacer más segura la frontera del sur de los Estados Unidos y en aquel tiempo, el presidente Bush, la consideraba un paso importante hacia una reforma migratoria.³

De 2006 a 2017 se han seguido construyendo vallas a lo largo de la frontera y no sólo eso, sino que, se han construido una segunda y tercera valla,

² Además, hay que dejar solamente anotado, pues no es el objeto de este trabajo, supuestamente uno de los objetivos del TLCAN era crear empleos en el país que detuvieran la migración hacia los Estados Unidos. Sin embargo, no solamente no se detuvo el flujo de los mexicanos, sino que algunos deciden emigrar, a pesar de los enormes peligros, incluso de muerte, que eso implica a través del desierto. Las razones pueden ser la falta de empleo, pero también la gran diferencia que hay entre los sueldos mexicanos y los estadounidenses. Eso significa que el mencionado tratado de libre comercio no tuvo el efecto que tanto se publicitó. También la frontera siguió tan porosa con y sin muros, pues la droga sigue fluyendo y también el dinero del narcotráfico y las armas. Esto debería ser tomado en cuenta en las negociaciones con el vecino del norte, pues es ilógico pensar que, con tanto gasto en seguridad en la frontera, los narcotraficantes sigan alcanzando su objetivo de surtir la enorme demanda de drogas del lado estadounidense. Independientemente del exitoso negocio de venta de armas en el Estado mexicano.

³ *Secure Fence Act of 2006*, disponible en: https://ballotpedia.org/Secure_Fence_Act_of_2006, consultada el 4 de octubre de 2019.

lo que además del gasto por reparaciones ha significado un considerable gasto para el presupuesto estadounidense. Según reportes de 2017, se informó que desde el año fiscal de 2007 al 2016, se gastaron cerca de 2,300 millones en la construcción de la valla a lo largo de la frontera sud oriental y además que se pronosticó que se requerirán sumas considerables para su mantenimiento (mil millones en los próximos 20 años).⁴ Esta política migratoria de vallas selectivas ha provocado muchas muertes de trabajadores migrantes por el cruce del desierto.⁵

Por otra parte, el flujo migratorio de mexicanos a los Estados Unidos, según los reportes de los expertos, llegó a su máxima expresión en el año de 2007, y después empezó a bajar en virtud de que “se terminó el bono demográfico, se prefiere la migración legal, ya no sale a cuenta ir al norte dado el incremento de costos, riesgos y penas”,⁶ pero no sucedió lo mismo con los migrantes centro americanos, que aumentaron su flujo.

También hay que mencionar que no obstante la construcción de obstáculos para el paso a territorio norteamericano, ello no ha impedido que los traficantes de drogas puedan pasar por ahí, pues han utilizado cuerdas para escalar la valla, rampas para poder pasar vehículos, han construido túneles, cortando la valla, y aún utilizados aviones pequeños para sortear el paso; lo que si ha logrado es fragmentar el ecosistema, afectando a las especies vivas que lo habitan, como ya lo veremos más adelante.

III. LA ORDEN EJECUTIVA DEL PRESIDENTE TRUMP

El 25 de enero del 2017, con sólo pocos días de haber tomado el poder, el presidente de los Estados Unidos Donald Trump emitió una orden ejecutiva (*Executive Order*), que en el sistema legal mexicano se equipararía a un reglamento; es decir, que es una facultad del presidente estadounidense emitirla. La orden ejecutiva se basa en la preocupación por la pérdida del control de la frontera sur, y lo toma como un elemento de seguridad nacional (*Border*

⁴ *Idem.*

⁵ Ya desde la aprobación de la *Secure Fence Act* de 2006, los oponentes a la ley preveían que la valla no detendría a los migrantes, sino que los empujarían a tomar “rutas traicioneras” (*treacherous routes*). *Idem.*

⁶ Durand, Jorge, “Entre la línea y el muro”, *La Jornada*, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2019/01/20/opinion/020a2pol>. Consultada el 20 de enero de 2019.

security is critically important to the national security of the United States). Lo cual podría considerarse un elemento discursivo, pero como sabemos, de los antecedentes de la política exterior de la gran potencia estadounidense, cuando algo es considerado parte de la seguridad nacional se justifica la utilización de la fuerza, como una potencia imperial.

El análisis de la orden ejecutiva puede ser realizado desde dos perspectivas: desde el derecho interno estadounidense, y desde la perspectiva del derecho internacional, al cual nos avocaremos en este trabajo.

En la orden ejecutiva, el gobierno de Estados Unidos pone el acento en la “emigración ilegal”, y el crimen organizado y establece los siguientes puntos de la política del gobierno estadounidense:

Sec. 2. Es política de la rama del ejecutivo:

(a) Asegurar la frontera sur de los Estados Unidos a través de la construcción inmediata de un muro físico en la frontera sur, vigilado y apoyado por el personal adecuado a fin de prevenir la emigración ilegal, el tráfico de drogas y humanos y los actos de terrorismo;

(b) Detener a las personas que hayan sido arrestadas por sospecha de violar las leyes federales o estatales, incluida la ley federal de inmigración, y que se encuentren pendientes de nuevos procedimientos relativos a esas violaciones;

(c) Agilizar las decisiones de las reclamaciones, de los individuos detenidos, de ser elegibles para permanecer en los Estados Unidos;

(d) Retirar con prontitud a aquellas personas cuyas reclamaciones legales para permanecer en los Estados Unidos hayan sido rechazadas legalmente, después de que se hayan impuesto sanciones civiles o penales apropiadas y;

(e) cooperar plenamente en la aplicación de las leyes estatales y locales en la promulgación de las asociaciones Federal-Estatal para hacer cumplir las prioridades federales de inmigración, así como los programas estatales de vigilancia y detención que son consistentes con la ley federal y no socavan las prioridades federales de inmigración.⁷

⁷ Traducción propia. Sec. 2. Policy. It is the policy of the executive branch to:

(a) secure the southern border of the United States through the immediate construction of a physical wall on the southern border, monitored and supported by adequate personnel to prevent illegal immigration, drug and human trafficking, and acts of terrorism;

(b) detain individuals apprehended on suspicion of violating Federal or State law, including Federal immigration law, pending further proceedings regarding those violations;

Esta disposición ejecutiva del gobierno estadounidense, que se refiere también a la construcción de un muro en la frontera sur de los Estados Unidos, es decir, en la frontera con México, entraña una posible violación de los derechos de los mexicanos en el territorio de los Estados Unidos.

La orden ejecutiva es un acto de Estado que al trascender las fronteras estatales está sujeto al escrutinio, a través del derecho internacional. En principio, la construcción de un muro tiene un impacto impresionante en el ecosistema que no reconoce fronteras entre Estados Unidos y México y en consecuencia una violación a todo un tejido de normas de derecho convencional, bilateral y multilateral, consuetudinario, inclusive de normas de *lege ferenda*. Como nos disponemos a analizar a continuación.

IV. IMPACTO AMBIENTAL DEL MURO

El muro como las vallas construidas en la frontera, así como, los posibles muros que se puedan construir ya han sido estudiados por los científicos de ambos lados de la frontera. Al respecto destaca el estudio de los científicos Jesse R. Lasky, Walter Jetz y Timothy H. Keitt, que desde hace una década advertían sobre los daños al ecosistema con la fragmentación de la zona geográfica fronteriza:

Principales conclusiones: Las nuevas barreras a lo largo de la frontera aumentarían el número de especies en riesgo, especialmente en las tres regiones identificadas, lo que debería priorizarse para mitigar los impactos de las barreras actuales. Las es-

(c) expedite determinations of apprehended individuals' claims of eligibility to remain in the United States;

(d) remove promptly those individuals whose legal claims to remain in the United States have been lawfully rejected, after any appropriate civil or criminal sanctions have been imposed; and

(e) cooperate fully with States and local law enforcement in enacting Federal-State partnerships to enforce Federal immigration priorities, as well as State monitoring and detention programs that are consistent with Federal law and do not undermine Federal immigration priorities.

pecies que identificamos como potencialmente en riesgo merecen un estudio más profundo para determinar los impactos de las barreras de dispersión fronteriza.⁸

Hay que decir también, que la preocupación sobre la conservación de la flora y fauna de la frontera, México-Estados Unidos, no solo es binacional, sino que igualmente es una preocupación trinacional, si lo vemos con el Acuerdo celebrado entre Canadá, los Estados Unidos y México para la conservación y administración del ecosistema y la vida silvestre y mediante el cual se crea un Comité Trilateral.⁹

También del lado mexicano, los expertos en medio ambiente se han referido puntualmente a las consecuencias para el entorno natural que puede tener la construcción de un muro en la frontera; pero, es más, ya es posible medirlas en la parte que está construida, de tal manera que no se habla de hipótesis, sino de realidades.¹⁰

La geografía de América del norte nos muestra regiones que forman ecosistemas intensamente integrados, como los desiertos de Chihuahua y Sonora, que se extienden a lo largo del territorio nortero de México y parte del territorio de Estados Unidos, que al mismo tiempo que son ricos en vida animal y vegetal se encuentran en un equilibrio biológico débil que requieren un cuidado y protección de la acción del ser humano.¹¹

En efecto, en la frontera hay una gran cantidad de especies vegetales y animales que, inclusive, no tienen una limitación geográfica como la que

⁸ Lasky, Jesse R. *et al.*, “Conservation biogeography of the US–Mexico border: a transcontinental risk assessment of barriers to animal dispersal”, *Diversity and Distributions. A Journal of Conservation Biogeography*, First published: 3 May 2011, disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1472-4642.2011.00765.x>, consultado el 10 de marzo de 2019, trad. de MBR.

⁹ Memorandum of Understanding establishing the Canada/Mexico/US Trilateral Committee for Wildlife and Ecosystem Conservation and Management (Trilateral Committee) <https://www.fws.gov/international/wildlife-without-borders/mexico/trilateral-committee.html>, Consultado el 17 de enero del 2019.

¹⁰ Por ejemplo, en el año de 2011, en parte debido a fuertes lluvias se produjo una inundación en el punto fronterizo de Nogales Sonora, la causa principal fue el semibloqueo de un desagüe que cruza la frontera. Véase: “Reserva de la Biosfera el Pinacate y Gran Desierto del Altar, Reservas del Programa “El Hombre y la Biosfera (MAB)” de la UNESCO, desde el 25 de octubre de 1995”, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2017/09/asun_357_3146_20170914_1505400463.pdf (consultado el 22 de diciembre del 2018).

¹¹ Véase Hernández, Héctor, M., *La vida en los desiertos mexicanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

establecen las fronteras estatales, pues son trashumantes, o mejor dicho en términos jurídicos, son transfronterizos, como es el caso del león de la montaña y el gato montés, las aves, los osos negros, berrendos, jaguares, lobos mexicanos, ocelotes que, insistimos, no reconocen límites políticos creados por el ser humano. Algunas de ellas sufrirían, con el muro, un impacto inmediato y evidente como son los casos del correccaminos y el búho pigmeo que vuela a bajas alturas.

Simplemente, en la frontera con el estado de Sonora se localizan el jaguar, el borrego cimarrón y los berrendos, venados, gatos salvajes, coyotes y lobos que, se mueven libremente en la frontera y los cuales ya tienen una reserva especial, protegida por los dos países.¹² En efecto, este ecosistema fronterizo que abarca el Refugio Nacional de Vida Silvestre (*National Wildlife Refuge*) Cabeza Prieta en Arizona y el desierto de Pinacate y Gran Altar en el Estado mexicano de Sonora, está protegido por los dos países y certificado como patrimonio de la humanidad por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Para marcar los límites entre los dos países existe una cerca, precisamente diseñada para el tránsito de los animales de la vida silvestre.

El libre tránsito de los animales en esta región es vital, porque ellos se mueven en busca de agua, alimentos, e inclusive de parejas, como es el caso de los jaguares que solamente existen cinco ejemplares en el territorio de los Estados Unidos y tienen que pasar al territorio mexicano para encontrar pareja. Eso sucede también con el medio ambiente natural que se retroalimenta de la acción de los animales ya que impacta la flora especial de esta región (por ejemplo, los animales esparcen las semillas de las plantas). Es todo un ecosistema que tiene su armonía y que si se rompe con un muro (aunque sea “bonito”, como dice Trump) tendría un impacto indudable en todo el ecosistema.

El caso del berrendo es importante. Esta es una especie, que se encuentra en el territorio de Sonora y Arizona y está a punto de extinción por lo que la colaboración de los dos Estados es necesaria para evitarla. La mayor parte de los berrendos se encuentra en territorio mexicano, en el Estado de Sonora; sin embargo, los dos gobiernos realizan una colaboración, que

¹² Ortega, Yemeli, “Trump wall threatens Mexico’s animals without borders”, April 9, 2017, disponible en: <https://phys.org/news/2017-04-trump-wall-threatens-mexico-animals.html#jCp>. Consultado el 17 de enero del 2019.

es ejemplar, al nivel de funcionarios del medio ambiente, con la finalidad de que se mantenga la especie;¹³ lo mismo sucede con organismos no gubernamentales, como la Agrupación Sierra Madre, S.C, y el Departamento de Caza y Pesca de Nuevo México.¹⁴

Aún, con la carretera y la cerca construida, en la frontera hay datos que muestran que, sí hay una comunicación entre la población de berrendos. “Sin embargo, los planes de construir una muralla acabarán entonces con estas migraciones ocasionales, afectando el intercambio de material genético necesario para la supervivencia a largo plazo del berrendo”.¹⁵

El lobo mexicano, al igual que el berrendo, se encuentra en el territorio norteño de los Estados Unidos y México y es asimismo una especie que está en peligro de extinción, por esta razón, los Estados Unidos en el año de 1970 la declararon en este estatus. En este caso también hay una estrecha colaboración binacional para que se reproduzca. Precisamente, es necesario que haya espacio libre para que los lobos puedan migrar y comunicarse con otros de su especie del otro lado de la frontera. Del mismo modo, aquí la construcción de un muro impenetrable pone en peligro a la especie.¹⁶

Otro animal amenazado por la acción del hombre es el bisonte que, después de la existencia de millones en las praderas de lo que ahora es América del norte, actualmente necesita de la cooperación internacional para sobrevivir. Como una prueba de que es necesario tener una frontera “porosa”, por razones del movimiento de los animales, hay que mencionar que los bisontes tienen el pasto en el territorio de los Estados Unidos, pero el agua en México, por eso se mueven y rompen las vallas que ahora existen, lo que

¹³ Las normas mexicanas y estadounidenses prevén la conservación de los berrendos; así, tanto la NOM-059-SEMARNAT, como la *US Endangered Species Act*, tienen a la especie de berrendo como especie en peligro de extinción y en consecuencia realizan programas para su conservación.

¹⁴ Castellanos, Ramón y Sánchez Víctor, “Recuperación del berrendo peninsular”, disponible en: <https://studylib.es/doc/5137366/recuperacion-del-berrendo-peninsular>. Consultado el 4 de octubre del 2019.

¹⁵ Abarca, Francisco; Meléndez Cristina; Soria Cynthia; Molina Raul y Corrales Leonardo Colaboración binacional para la conservación del berrendo sonorense, disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/colaboracion-binacional-para-la-conservacion-del-berrendo-sonorense-1440.html>, consultada el 22 de enero de 2019.

¹⁶ *Idem*.

permite a los berrendos cruzar el cerco, ya que no puede saltar como lo harían, por ejemplo, los cimarrones.¹⁷

Indudablemente, la construcción de un muro en la zona fronteriza afectará el frágil ecosistema de la región, por ejemplo a la población de cactus llamados saguaro, que es un elemento esencial en el desierto, ya que funciona como almacén de agua, alimento y vivienda para aves, como el tecolote pigmeo, que vuela muy bajo, habita en estos gigantes del desierto y los utilizan como trampolín para desplazarse.¹⁸

Además, existen otros factores que, si bien no necesariamente afectan directamente, si lo hacen en forma indirecta, la construcción de un muro como son la movilización de maquinaria, el uso de tecnologías (helicópteros, luces potentes, por ejemplo, patrullaje, circulación de vehículos, etcétera) que espantan a los animales o afectan sus movimientos naturales. Como es un ecosistema, es decir, son cadenas biológicas que están en equilibrios muy sensibles, cualquier cambio puede afectarlos.¹⁹

Por otra parte, hay desperdigado en ambos lados de la frontera un complejo de ecosistemas, denominadas “charcas vernaes” que aparecen en épocas de lluvias y desaparecen en las sequías y que tienen interrelación entre ellas a pesar de que no hay una distancia entre una y otra. En dichas charcas hay una intensa vida que inclusive se comunica de una a otra. Así, los camarones hada, camarones almeja y camarones renacuajo, son una especie de crustáceos de agua dulce que solo aparecen cuando hay condiciones adecuadas de humedad, lo mismo sucede con cierto tipo de menta. Lógicamente, la construcción de un muro afectará este ecosistema, pues aumentará la fragmentación y hará más difícil la cooperación de los expertos para el estudio de estos sistemas de micro vida que existen en los dos lados de la frontera.²⁰

¹⁷ Listm, Rurik El bisonte y el muro, disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/el-bisonte-y-el-muro-2308.html>, consultado el 22 de enero de 2019.

¹⁸ Ávila Villegas, Sergio, “Impactos de la infraestructura fronteriza en el tecolote pigmeo”, disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/impactos-de-la-infraestructura-fronteriza-en-el-tecolote-pigmeo-523.html>, consultado el 6 de marzo del 2019.

¹⁹ Avila Villegas, Sergio La infraestructura fronteriza y sus efectos en el ambiente común, disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/la-infraestructura-fronteriza-y-sus-efectos-en-el-ambiente-comun-7190.html>, consultado el 22 de enero de 2019.

²⁰ García, César, “Ecosistemas únicos: las charcas vernaes de la Alta y la Baja California”, disponible en: ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/ecosistemas-unicos-las-charcas-vernaes-de

También hay que destacar que el mantenimiento del equilibrio natural en esta zona fronteriza requiere cooperación política, armonía entre los dos países; por supuesto, eso no se logra con la construcción de un muro, que es visto como una agresión de Estados Unidos contra su vecino sureño. En ese sentido, el muro en la frontera impacta la relación normal de cooperación binacional. Por ejemplo, la utilización de las aguas del Río Colorado que recorre el territorio de los dos países está regulada por el Tratado de Aguas Internacionales (TAI) firmado por ambos países en el año de 1944. Ahora bien, el TAI es aplicado por la Comisión Internacional de Límites y Aguas (CILA), la cual también define la relación entre ambos países para los ríos Bravo (Grande) y Tijuana. Ahora bien, en el seno de la CILA, los dos Estados fronterizos aprobaron el Acta 319 intitulada “Medidas interinas de cooperación internacional en la cuenca del Río Colorado”, que tuvo vigencia hasta el año de 2017.²¹

Ahora bien, esta estructura de cooperación bilateral, que es un canal de negociación con el poderoso vecino norteño, posiblemente con la construcción del muro se dañará, con lo cual los usuarios del agua en el territorio mexicano no tendrán canales de solución de las controversias que son recurrentes en la región.

Del mismo modo hay que mencionar que también un muro impactaría a la Laguna Madre y Delta del Río Bravo en las costas de los Estados de Texas y Tamaulipas y que, a decir de Patricia Moreno Casasola, “constituye una de las reservas más importantes del país y del Golfo de México. Un área de gran importancia económica para la nación y sumamente vulnerable ante los impactos del cambio climático global. La construcción de un muro alterará el funcionamiento de sus dunas y humedales, modificando hábitats y actividades económicas en ambos lados de la frontera”.²²

la-alta-y-la-baja-california-3234.html; consultada el 4 de octubre de 2019. También consultar: *www.jardinbotanicosq.com/garden-cafe-1*, consultado el 4 de octubre de 2019.

²¹ Comisión Internacional de Límites y Aguas entre México y los Estados Unidos. Boletín de Prensa, 20 de noviembre del 2012, disponible en: <https://studylib.es/doc/7316768/bolet%C3%ADn-de-prensa>, consultado el 6 de agosto del 2019.

²² Moreno Casasola, Patricia, “Tamaulipas de cara al mar: un futuro incierto”; disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/tamaulipas-de-cara-al-mar-un-futuro-incierto-5750.html>, consultado el 6 de marzo del 2019.

V. ¿LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO FRONTERIZO ES EJERCICIO LEGAL DE LA SOBERANÍA ESTATAL?

En sus orígenes, el concepto de soberanía implicaba un poder absoluto que se ejercía sobre un territorio y una población.²³ Pero, el concepto de soberanía ha evolucionado dramáticamente y, al día de hoy, tiene límites en el orden público internacional. La soberanía clásica que era ejercida ilimitadamente dentro de un territorio concreto ahora ha evolucionado, reconociendo que no se puede ejercer de manera desmedida, pues hay bienes, valores comunes de la humanidad que la limitan. A esos les llamamos áreas mundializadas “que trascienden las soberanías estatales para convertirse en preocupación, interés o responsabilidad mundial, eso significa que no se puede alegar la soberanía interna para no cumplir estándares mundiales creados por el derecho internacional. Nos referimos a: el medio ambiente, los derechos humanos, el derecho humanitario internacional y el derecho penal internacional”;²⁴ en otras palabras, áreas jurídicas mundializadas que forman parte de un orden público internacional. En ese sentido, la soberanía estatal, en materia de límites territoriales no es absoluta, sino que está limitada al cumplimiento del orden público internacional.

Ya la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado sobre la construcción de un muro. En este caso, sobre una Opinión Consultiva (OC) solicitada, en 2003 por la Asamblea General de la ONU²⁵. La pregunta que le fue sometida a la Corte fue la siguiente:

²³ Véase Müller Uhlenbrock, Klaus y BRM, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, FES Acatlán, 2010, 273 pp.

²⁴ Becerra Ramírez, Manuel *et al.*, “La soberanía en la era de la globalización”, en Müller Uhlenbrock, Klaus y BRM, *op. cit.*, p. 66.

²⁵ Véase Abi-Saab, Rosemary, “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2004; Portilla Gómez, Juan Manuel, “El derecho internacional ante la ocupación de los territorios palestinos y el muro de separación”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 345-375; Badia Martí, Anna, “La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el territorio Palestino Ocupado”, 9 de julio de 2004, disponible en: *file:///C:/Users/ijj%20unam/Downloads/A.Badia(reei9).pdf consultado el 17 de febrero de 2017.*

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la Potencia ocupante, en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, según se describe en el informe del Secretario General, teniendo en cuenta las normas y principios de derecho internacional, ¿en particular el IV Convenio de Ginebra de 1949 y las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General?

A partir de esta pregunta, en su OC, la CIJ llega a la conclusión que el muro construido por el ejército de Israel en Cisjordania, incluido Jerusalén Oriental y sus alrededores, viola el derecho internacional humanitario y de derechos humanos, y que “Israel también tiene la obligación de poner fin a la violación de sus obligaciones internacionales derivada de la construcción del muro en los Territorios Ocupados palestinos”.

Aunque, en principio, la OC es una cuestión de aplicación del derecho humanitario internacional, en su razonamiento también se refiere a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, en el caso del muro construido por los israelíes, la CIJ reconoce la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y concretamente lo establecido en el párrafo 1 del artículo 2o: “Cada uno de los Estados parte 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...”.

Por lo tanto, aquí queremos subrayar que la CIJ deja abierta la puerta para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; es decir, la construcción de un muro no es una cuestión que se encuentre en la facultad soberana de un Estado, el orden público internacional funciona como un elemento de límite a la actuación del Estado.

VI. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

En principio, la construcción de un muro en la frontera es un acto inamistoso entre dos Estados, ya que, es a todas luces evidente que hay rechazo, desprecio al vecino del sur, por cuestiones que son materia de la policía bilateral o multilateral (el tráfico de drogas, la migración del sur al norte, son problemas de carácter multilateral). Básicamente, la vecindad entre los

Estados fronterizos se regula por normas de convivencia urbana ya que se refiere a la política de buena vecindad, como se expresa en la Carta de San Francisco.

En efecto, en materia de fronteras, ya la Carta de San Francisco en su preámbulo, que es considerado jurídicamente vinculante, establece la obligación de la buena vecindad.²⁶ ¿Qué significa ser buen vecino? De acuerdo con la lectura de la Carta de San Francisco significaría que la vecindad trae por consecuencia una serie de obligaciones para los Estados, tales como ser tolerante, esforzarse para mantener la paz y la seguridad internacionales, no agredir, ni utilizar las fuerzas armadas, promover el progreso económico y social; en suma, poner en primer plano la cooperación internacional entre los vecinos. Evidentemente, la política exterior del presidente Donald Trump, viola todas esas obligaciones.

Ahora bien, la construcción del “muro de Trump” afecta a las áreas mundializadas, del medio ambiente y los derechos humanos. Como vimos anteriormente, en cuanto al medio ambiente la construcción de muro afectará a los dos Estados en lo que toca a la flora y fauna silvestre que no reconoce límites estatales, pues son recursos transnacionales.

Concretamente, el muro y su prolongación afecta la reserva de la Biosfera “El Pinacate y Gran desierto de Altar”, declarada, en junio de 2013, Patrimonio Natural de la Humanidad por la UNESCO.²⁷ Esta zona “se extiende desde Sonora y Baja California Sur hasta Arizona y California en Estados Unidos. Es el hogar de numerosas especies: más de mil de flora y fauna de mamíferos, reptiles, aves, anfibios, peces endémicos. Como vimos, allí viven especies únicas, amenazadas y en peligro de extinción, como el berrendo, el borrego cimarrón, el monstruo de gila y la tortuga de desierto”.²⁸

Asimismo, el Pinacate forma parte de la red de Reservas del Programa El Hombre y la Biosfera (MAB) de la UNESCO, desde el 25 de octubre de

²⁶ “... a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos; a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos”.

²⁷ Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Reserva_de_la_biosfera_El_Pinacate_y_Gran_Desierto_de_Altar, consultada el 12 de febrero de 2017.

²⁸ Restrepo, Iván “El muro: atentado contra la biodiversidad”, *La Jornada*, México, 30 de enero de 2017.

1995. Y tiene el nombramiento de los humedales de Agua Dulce como Sitio Ramsar²⁹ el 25 de septiembre de 2007,³⁰ al mismo tiempo forma parte de la red de Reservas Hermanas del Desierto Sonorense que protegen una amplia y bien conservada franja fronteriza entre Arizona (Estados Unidos) y Sonora (México).³¹

²⁹ El nombre de Ramsar viene de la ciudad iraní del mismo nombre y se refiere a la “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas” (Convención Ramsar) celebrada en dicha ciudad el 2 de febrero de 1971. Ahora bien, los Humedales de Importancia Internacional, mejor conocidos como Sitios Ramsar, son áreas que han sido reconocidas internacionalmente al otorgarles una designación de acuerdo con los criterios establecidos por dicha Convención Ramsar, de la que México es parte, desde 1985. Es importante mencionar que los Estados Unidos son parte también de la Convención Ramsar desde 1986, en consecuencia, está vinculado con las obligaciones que impone dicha convención.

Ramsar tiene por objeto proteger, custodiar los humedales, detener su desaparición pues son parte de un ecosistema, lo cual, por si misma ya está provisto de un valor, sin embargo, podemos añadir que tiene una gran importancia económica, cultural, científica y recreacional. Ahora bien, Ramsar construye un sistema de cooperación internacional, pues trabaja estrechamente con organizaciones internacionales asociadas (Birdlife International; International Union for Conservation of Nature (IUCN); International Water Management Institute (IWMI); Wetlands International; WWF International; Wildfowl & Wetlands Trust (WWT) y redes formadas por tratados como los tratados relativos a la Biodiversidad, la *World Heritage Convention* (WHC) con fundaciones, con agencias de las Naciones Unidas como el Programa de Naciones Unidas para el medio Ambiente (The United Nations Environment Programme (PNUMA) UNEP). El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (The United Nations Development Programme (PNUD) UNDP), la UNESCO, etcétera.

³⁰ Agua Dulce Site number: 1 813 | Country: Mexico | Administrative region: Sonora Area: 39 ha | Coordinates: 31°55'N 113°01'W | Designation dates: 02-02-2008 View Site details in RSIS Agua Dulce. 02/02/08; Sonora; 39 ha; 31°55'N 113°01'W. Located within the Biosphere Reserve Del Picante y Desierto de Altar, which highlights the only riparian ecosystem of the region, Sonoyta river, considered of binational interest and shared between the USA and Mexico. At present, there is a mutual interest in establishing indicators for its management and conservation. Agua Dulce is a 3 km stretch of the Sonoyta where water comes to the surface, creating conditions of an oasis in a desert. Among the main species found in the site is the Pupfish (*Cyprinodon macularius*), listed as endangered by the US and as endemic and endangered in Mexico's legal system. There is a considerable presence of the turtle species *Kinosternon sonoriense longifemorale*. The resident and migratory bird species that use the Pacific Flyway find in Agua Dulce a habitat of importance for food, shelter, resting and reproduction. Agua Dulce is characteristic for retaining water throughout the year, acting as the main source of water for wildlife in the area, and supporting an excellent biological diversity. Ramsar site no. 1813. Most recent RIS information: 2008.

³¹ Disponible en: <http://elpinacate.conanp.gob.mx/> consultada el 12 de febrero de 2017.

Ahora bien, el artículo 3. 1. del Convenio Ramsar establece la obligación para las partes con relación a los humedales que se encuentren en su territorio, protegidos por la Convención de noticiar sobre el impacto que pudiera tener, por sus acciones:³² Esto es importante, pues la construcción del muro de Trump evidentemente traerá un impacto negativo a los humedales fronterizos y, en principio, la construcción sin notificación es una violación de Ramsar.

Entonces, indudablemente el “Muro trumpiano” viola Ramsar. Además, su construcción va en contra de lo dispuesto en la Convención sobre el Patrimonio de la Humanidad (*The World Heritage Convention*) de 1972. Esta convención, en esencia, se refiere a la manera cómo el hombre interactúa con la naturaleza y cómo, necesariamente, se debe de preservar un balance entre los dos.

VII. TRATADOS MÉXICO-ESTADOS UNIDOS

Varios tratados celebrados entre México y Estados Unidos conforman el marco normativo que regula las relaciones entre ambos países. Empezando por el tratado de 2 de febrero de 1848, Tratado de Paz, Amistad y Límites o también conocido como Tratado de Guadalupe Hidalgo el tratado de la Mesilla celebrado el 30 de diciembre de 1853. La Convención para la Equitativa Distribución de las Aguas del 21 de mayo de 1906. El Tratado sobre distribución de las Aguas Internacionales celebrado entre México los Estados Unidos de América del 3 de febrero de 1944.

Pero nos detendremos en un tratado que se ha considerado como el que establece un modelo de frontera ecológica es el Convenio para la Coopera-

³² Artículo 3o. del Convenio Ramsar; “Las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio. 2. Cada Parte Contratante tomará las medidas necesarias para informarse lo antes posible acerca de las modificaciones de las condiciones ecológicas de los humedales en su territorio e incluidos en la Lista, y que se hayan producido o puedan producirse como consecuencia del desarrollo tecnológico, de la contaminación o de cualquier otra intervención del hombre. Las informaciones sobre dichas modificaciones se transmitirán sin demora a la organización o al gobierno responsable de las funciones de la Oficina permanente especificado en el artículo 8o.”

ción sobre la Protección y la Mejora del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza, suscrito en 1983 en la ciudad de la Paz, Baja California, (Convenio de la Paz).³³ Este tratado es sumamente importante, porque establece el marco jurídico de cooperación en materia ambiental, cuyo objetivo fundamental es preservar un “medio ambiente sano para el bienestar económico y social, a largo plazo, de las generaciones presentes y futuras de cada país, así como de la comunidad internacional”, en él ambos Estados se comprometen a prevenir, reducir o eliminar las fuentes de contaminación de aire, agua y suelo.

Textualmente el Convenio de la Paz establece:

Artículo 1o. Los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, en adelante referidos como las Partes, acuerdan cooperar en el campo de la protección ambiental en la zona fronteriza sobre la base de igualdad, reciprocidad y beneficio mutuo. Los objetivos del presente Convenio son establecer las bases para la cooperación entre las Partes en la protección, mejoramiento y conservación del medio ambiente y los problemas que lo afectan, así como acordar las medidas necesarias para prevenir y controlar la contaminación en la zona fronteriza, y proveer el marco para el desarrollo de un sistema de notificación para situaciones de emergencia. Dichos objetivos podrán ser propiciados sin perjuicio de la cooperación que las Partes pudieran acordar llevar a cabo fuera de la zona fronteriza.

Como se ve, el Convenio de la Paz establece las bases para la cooperación en materia de medio ambiente y también prevé la creación de un sistema de notificaciones. Esto significa que, cualquier acción de las partes en la zona protegida por el tratado que afecte el medio ambiente debe ser consultada a la otra. Además, las partes se ven obligadas a “adoptar las medidas apropiadas para prevenir, reducir y eliminar fuentes de contaminación en su territorio respectivo que afecten la zona fronteriza de la otra”.³⁴

³³ Ortiz, Antonio, “Environmental cooperation in the United States-Mexico border, Project de Recherche Professeur Guy Serge Coté, *Politique Environnement*, Universidad de Ottawa, abril, 2019.

³⁴ “Artículo 2o. Las partes se comprometen, en la medida de lo posible, a adoptar las medidas apropiadas para prevenir, reducir y eliminar fuentes de contaminación en su territorio respectivo que afecten la zona fronteriza de la otra. Adicionalmente, las partes cooperaran en la solución de problemas ambientales de interés común en la zona fronteriza, de conformidad con las disposiciones de este Convenio”.

Ahora bien, ¿cuál es espacio físico en donde se aplica el Convenio? De acuerdo con este Convenio la “zona fronteriza” es el área situada hasta 100 kilómetros de ambos lados de las líneas divisorias terrestres y marítimas entre las Partes. Precisamente en esa zona “las Partes evaluarán, según sea apropiado, de conformidad con sus respectivas leyes, reglamentos y políticas nacionales, proyectos que puedan tener impactos significativos en el medio ambiente de la zona fronteriza, para que se puedan considerar medidas apropiadas para evitar o mitigar efectos ambientales adversos”.³⁵ Dicho en otras palabras, la soberanía de los dos Estados, de acuerdo con el derecho internacional está limitada, los Estados Unidos no puede actuar en forma unilateral como la hace con la expedición de la Orden Ejecutiva.

En esta misma dirección y en el campo del llamado *soft law*, podemos citar la Resolución 3129 (XXVII) “Cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados”, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de fecha 13 de diciembre de 1973 se establece la obligación de cooperar y además de informarse y consultarse mutuamente.³⁶ Por lo cual, nuevamente estamos viendo que el Presidente de los Estados Unidos no puede actuar de manera unilateral, es necesario cooperar, informar y consultar a México.

VIII. LOS RECURSOS TRANSFRONTERIZOS

En el siglo pasado es perceptible un progreso importante en el derecho internacional del medio ambiente que ha roto el paradigma de la supremacía del Estado, en todos sus aspectos internos. Ese desarrollo ha sido funda-

³⁵ Artículo 7 de la Convención de la Paz.

³⁶ La Resolución establece: “1. Estima que es necesario asegurar una cooperación eficaz entre los países mediante el establecimiento de normas internacionales adecuadas para la conservación y explotación armoniosa de los recursos naturales comunes a dos o más Estados en el marco de las relaciones normales existentes entre ellos.

“2. Estima también que la cooperación entre países que comparten dichos recursos naturales y están interesados en su explotación debe desarrollarse sobre la base de un sistema de información y de consultas previas en el marco de las relaciones normales que existen entre ellos.

“3. Pide al Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente que...

mentalmente del derecho consuetudinario, más no de las normas convencionales. En este fenómeno tiene que ver el avance tecnológico que se ha alcanzado con las revoluciones industriales y que han puesto en jaque al medio ambiente global; es decir, pone en peligro al mismo ser humano en la tierra. Sin embargo, las grandes potencias industriales, como los Estados Unidos que, es causante en gran medida del deterioro del medio ambiente a nivel mundial, no han tenido la voluntad de crear normas convencionales, que establezcan mecanismos para que los Estados se limiten en su acción contaminante. Precisamente, los Estados Unidos ve a las normas del medio ambiente como una limitante a su actividad y supremacía industrial, lo mismo pasa con China. Pero, en forma paradójica, Estados Unidos ha tenido que recurrir al derecho internacional para defenderse de la acción contaminante de su vecino, Canadá, como lo veremos con el famoso caso Smelter.

Como afirmamos, en el derecho internacional contemporáneo, la soberanía estatal ya no significa una facultad omnímoda de los poderes del Estado para hacer y deshacer dentro del territorio. Las limitaciones las establece el mismo orden jurídico en toda su extensión, tanto el convencional como el consuetudinario. Precisamente, el derecho consuetudinario en el caso del Muro que planea Trump es muy importante, pues la gran potencia mundial, en lo que se refiere al derecho convencional es muy reticente a aceptarlo. En efecto, los Estados Unidos no es parte de los grandes tratados como la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, la Convención sobre Derecho del Mar de Montego Bay de 1982, la Convención sobre Biodiversidad, de Río de Janeiro de 1992, aún más de tratados regionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y muchos otros más. Es por eso, que el derecho consuetudinario, es muy importante para relacionarse con ese país.

Así, podemos encontrar una serie de normas consuetudinarias y principios que reconocen las limitaciones del Estado. Por ejemplo, ya desde principios del siglo pasado el jurista alemán, nacionalizado inglés Lassa Oppenheim, escribía en su *Tratado sobre derecho internacional*: “A state, in spite of its territorial supremacy is not allowed to alter the natural conditions of its own territory to the disantages of the natural conditions of territory of neighbouring States”.³⁷ En efecto, Oppenheim, visualizaba una transfor-

³⁷ Oppenheim, Lassa, *International Law*, UK, p. 220, citado por Chinthaka Mendis, “Sovereignty vs. trans-boundary environmental harm. The evolving international law obligations

mación trascendente del derecho internacional westphaliano en donde el territorio estaba sujeto sólo a la soberanía interna y no podía ser de otra manera, pues se trataba de crear los Estados europeos.

Actualmente es una obligación del derecho consuetudinario internacional no actuar de tal manera que se causen daños a los derechos de otros Estados. Esta obligación se ha reflejado en la jurisprudencia internacional, en varios casos que ahora son un referente esencial del derecho internacional del medio ambiente; como son los casos de Islas de Palmas, *Trail Smelter Arbitration* (USA vs. Canada, 1938); Corfu Chanel case (UK vs. Albania), 1949); Lake Lanoux Arbitration (Spain vs. France 1957); Nuclear test case (New Zealand vs. France); Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary vs. Slovakia); Pulp Mills case Regarding the River Uruguay (Argentina Uruguay).³⁸

En principio, en el Caso Isla de Palmas (EEUU c/ Países Bajos) Sentencia arbitral se incluía el concepto de la soberanía territorial, pero también incluía la obligación para los Estados de proteger los derechos de otros Estados dentro de su territorio.³⁹

Otro caso muy importante para nuestro tema es el caso arbitral *Trail Smelter*, Estados Unidos vs Canadá, de 1949. En este caso, Estados Unidos alegó que la empresa *Canadian Smelter Factory*, situada muy cerca de la frontera con Estados Unidos, en territorio de Canadá estaba causando contaminación y daños a los árboles, cultivos y tierras en el territorio de los Estados Unidos y el tribunal decidió que:

...under principles of international law, as well as the law, as well as the law of the US, no states has the right to use or permit the use of territory in such manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequences and the injury is established by clear and convincing evidence.⁴⁰

and the Sethusamudram Ship Chanel Project”, United Nations/ Nippon Foundation Fellow, 2006.

³⁸ No está por demás decirlo que, dada la importancia del tema ambiental, en 1993 la Corte Internacional de Justicia instaló una Cámara para el derecho ambiental.

³⁹ Malin, Per, *State Responsibility in Relation to Transboundary Environmental Damage*, Faculty of Law University of Lund, Suecia, primavera de 2007.

⁴⁰ 35 AJIL, 1941, pp. 182 and 35 AJIL, 1941, p. 648.

El caso es muy importante para nosotros por dos razones; en principio, porque los Estados Unidos, fue el demandante y además fue exitoso en su demanda. Lo que significa que el país está consciente de sus obligaciones internacionales, no puede demandar al vecino del norte y omitir sus deberes con el vecino del sur. Después porque es un caso seminal en materia de medio ambiente, en donde, por primera vez un tribunal internacional decidió que ningún Estado puede causar daños desde su territorio al territorio del Estado vecino.

Otro caso, trascendente para nuestro tema es el caso Corfu Chanel, en donde el Reino Unido de la Gran Bretaña demandó a Albania ante la Corte Internacional de Justicia porque se causaron daños a dos barcos, el Saumarez and Volage, por la explosión de minas, colocadas en el paso internacional, dentro de aguas de Albania, en un área al sur oeste de la Bahua de Saranda. Aparte de los daños a los barcos, la explosión de las minas causó muertes y heridos de personas que navegaban en los dos barcos militares. La Corte, decidió:

The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely : elementary considerations of humanity, *even more exacting in peace than in war ; the principle of the freedom of maritime communication ; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States* (las cursivas son añadidas).⁴¹

De la lectura de este pasaje de la sentencia deriva un principio bien reconocido que establece que los Estados tienen la obligación de no permitir, a sabiendas, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados. Lo trascendente aquí, es que ya, para la fecha de la sen-

⁴¹ Cour Internationale de Justice, “Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances. Affaire du Detroit de Corfou (fond)”, Arrêt du 9 avril 1949 International Court of Justice, Reports of judgments, advisory opinions and orders the corfu channel case (merits) judgment of april 9th, 1949, p. 22, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, consultado el 12 de marzo del 2019.

tencia, el derecho de una soberanía total, dentro de las fronteras, estaba cuestionado.

Por otra parte, la jurisprudencia internacional tiene otros casos trascendentes aplicables al caso que nos ocupa. Por ejemplo, el caso arbitral de Lake Lanoux Arbitration (Spain vs France 1957) trató sobre el uso de las aguas del lago Lanoux en los Pirineos. El litigio surgió porque el Gobierno Francés propuso la realización de ciertos trabajos para la utilización de las aguas y el gobierno español temía que dichos trabajos pudieran afectar sus derechos e intereses en violación con el Tratado de Bayona del 26 de mayo del año 1866 y el Acta Adicional del mismo año. Entre otras expresiones el tribunal arbitral expresó:

11. [...] To admit that jurisdiction in a certain field can no longer be exercised except on the condition of, or by way of, an agreement between two States, is to place an essential restriction on the sovereignty of a State, and such restriction could only be admitted if there were clear and convincing evidence...⁴²

Es evidente que la soberanía interna de los Estados tiene limitaciones en los derechos de los demás Estados; cualquier afectación a la soberanía de otro Estado requiere un acuerdo de voluntades.

En la década de los años setenta, concretamente en 1973, Australia y Nueva Zelanda, cada Estado por su parte, demandaron a Francia ante la Corte Internacional de Justicia por las pruebas nucleares que dicha potencia nuclear detonaba y por supuesto, afectaba el medio ambiente de la región y particularmente a los dos Estados demandantes. Esta sentencia tiene importancia para nosotros, pues la Corte puntualiza el enorme valor que tiene en el derecho internacional contemporáneo el principio de buena fe.

One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international Cooperation, in particular in an age when this Cooperation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of

⁴² Lake Lanoux Arbitration (France vs. Spain) (1957) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101 Arbitral Tribunal. 1 November 16, 1957, disponible en: <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143747E.pdf>, consultado el 12 de marzo del año 2019.

pacta sunt servanda in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration.

Es decir, en el sistema de relaciones internacionales un principio fundamental es el de *pacta sunt servanda* que no se está cumpliendo en la relación México-Estados Unidos. Como vimos, estos dos países tienen un entramado de tratados bilaterales de medio ambiente que tienen la obligación de cumplir.

Por otra parte, en 1994 la Asamblea General de la ONU solicitó a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una opinión consultiva sobre ¿si la amenaza o uso de las bombas atómicas, en cualquier circunstancia, está permitido por el derecho internacional? En su Opinión la Corte llegó a una conclusión insólita, desde la perspectiva del derecho internacional, y fue que se declaró *non liquet*, cuando desde nuestra óptica el sistema de derecho internacional es hermético, y todos los casos que se presenten tienen un marco jurídico. Pero, aquí nos interesa traer a colación el reconocimiento que hace la misma Corte al medio ambiente, cuando expresa que:

29. The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. 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.⁴³

De la lectura de este párrafo se puede afirmar que, no existe más en derecho internacional contemporáneo una soberanía ilimitada sobre el territorio de un Estado y se tocan los siguientes puntos:

- Se reconoce que el medio ambiente se encuentra en una amenaza constante;

⁴³ Corte Internacional de Justicia, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996; <https://www.icj-cij.org/en/case/95/advisory-opinions>.

- también se reconoce que el medio ambiente no es una abstracción pues representa el espacio vivo, la calidad de vida y la salud del ser humano, incluyendo a las generaciones futuras;
- por último, se reconoce la obligación de respetar al medio ambiente de otros Estados, con las actividades dentro de su territorio.

IX. EL PRINCIPIO DE NO PERJUDICAR AL MEDIO AMBIENTE DE OTRO ESTADO, CON ACTIVIDADES DENTRO DE SU TERRITORIO

En el ejercicio de analizar la legalidad de la construcción del muro en la frontera de Estados Unidos-México, es importante mencionar un principio toral para el tema y es precisamente el de “no perjudicar al medio ambiente de otros Estados con actividades dentro de su territorio”. Este principio lo encontramos en el derecho convencional multilateral, y también tiene una naturaleza consuetudinaria. Por eso, no es posible que los Estados Unidos aleguen que no son parte de muchos tratados internacionales multilaterales, para no verse obligado por este principio de carácter consuetudinario. Como vimos, con el caso *Smelter Arbitration* no sería tampoco posible que alegue que es un objeto persistente.

Estas mismas obligaciones se pueden ver en el derecho convencional, en donde, por ejemplo, en la III Conferencia Sobre Derecho del Mar, de Montego Bay, se refiere a esas limitaciones que tienen los Estados de explotar sus recursos naturales, con limitaciones, como se puede ver en sus artículos 193 y 194-2.⁴⁴

⁴⁴ Artículo 193 Derecho soberano de los Estados de explotar sus recursos naturales Los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino.

Artículo 194 Medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino.

2. Los Estados tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se realicen de forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente, y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con esta Convención.

Lo mismo en el denominado *soft law*, la Declaración de Estocolmo, en su principio 21 establece:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.⁴⁵

Asimismo, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se toma esa misma dirección, en su principio 2 en donde se estableció:

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, *y la responsabilidad de velar porque 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* (las cursivas son añadidas).

Esta es una obligación de carácter *erga omnes*, según se desprende de la interpretación que se hace al artículo 48 del Proyecto sobre responsabilidad internacional preparado por la Comisión de Derecho Internacional que habla de que

... todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado...si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

Más adelante, en el artículo 3o. Del Convenio sobre la Diversidad Biológica CDB del año de 1992, se establece:

⁴⁵ Declaración de Estocolmo Sobre el Medio Ambiente Humano Adopción: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

Principio de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (las cursivas son nuestras).

Hay que insistir que si bien los Estados Unidos, no es parte de la CDB, sin embargo, este principio es parte del derecho consuetudinario internacional y claramente establece una limitación a la soberanía territorial de los Estados.

X. CONCLUSIONES

Sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional contemporáneo ha evolucionado hacia la creación de un orden público internacional compuesto de normas de derechos humanos, medio ambiente y derecho penal internacional. Ese orden público hace que no sea posible alegar la existencia de la soberanía interna de los Estados, para realizar actos que dañen los derechos de los vecinos.

El ecosistema existente en la frontera entre Estados Unidos y México es muy rico en variedad de plantas y animales, sin embargo, se encuentra en una situación de gran fragilidad, justamente por la acción del hombre a través de los años. Precisamente, la casi extinción del bisonte que dominaba las grandes llanuras del territorio que ahora es de los Estados Unidos, es un ejemplo de cómo la acción descontrolada del hombre puede casi desaparecer una especie. Lo malo, es que hay otras variedades que pueden desaparecer con una acción tan violenta como la construcción de un muro.

El muro construido en la frontera México-Estados Unidos, así como, los planes de su prolongación por parte de la presidencia de los Estados Unidos, son violatorios de las normas jurídicas internacionales, convencionales, tanto bilaterales como multilaterales, así como, de las normas consuetudinarias; e inclusive de las normas políticas, de la buena vecindad y de las

normas morales, que no se analizaron en este trabajo, pero son evidentes, al colocar muros que dañan irreparablemente el medio ambiente.

Es claro que, los Estados Unidos violan la normatividad internacional en materia de medio ambiente con la construcción de un muro en la frontera con México. Por lo tanto, incurre en responsabilidad internacional por la comisión de un acto ilícito, como lo señala el artículo 1o. y 2o. del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional, que fue aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU,⁴⁶ en 2001 y en consecuencia Estados Unidos tiene las siguientes obligaciones:

- Debe de cumplir con la obligación violada (artículo 29).
- Debe de ponerle fin a la violación, si continúa y ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen (artículo 30).
- Reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. En el entendido de que el perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito (artículo 31).

XI. BIBLIOGRAFÍA

ABARCA, Francisco *et al.*, “Colaboración binacional para la conservación del berrendo sonoreño”, disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/colaboracion-binacional-para-la-conservacion-del-berrendo-sonoreno-1440.html>.

ABI-SAAB, Rosemary, “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, septiembre de 2004.

ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, “Los cursos de agua compartidos entre México y los Estados Unidos de América y la variable medio ambiental. Una aproximación”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006.

⁴⁶ Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (AG/56/83).

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

- ÁVILA VILLEGAS, Sergio, “Impactos de la infraestructura fronteriza en el tecolote pigmeo”, disponible en: *ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/impactos-de-la-infraestructura*. <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/impactos-de-la-infraestructura-fronteriza-en-el-tecolote-pigmeo-523.html>.
- BADIA MARTÍ, Anna, “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio Palestino Ocupado”, 9 de julio de 2004, disponible en: [file:///C:/Users/ijj%20unam/Downloads/A.Badia\(reei9\).pdf](file:///C:/Users/ijj%20unam/Downloads/A.Badia(reei9).pdf).
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, Povedano Amezola, Adriana, Téllez Carvajal, Evelyn “la soberanía en la era de la globalización”, en MÜLLER UHLENBROCK, Klaus y BRM, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, FES Acatlán, 2010.
- CASTELLANOS, Ramón y SÁNCHEZ Víctor, “Recuperación del berrendo peninsular”, disponible en: <https://studylib.es/doc/5137366/recuperación-del-berrendo-peninsular>.
- GARCÍA, César, “Ecosistemas únicos: las charcas vanales de la Alta y la Baja California”, disponible en: *ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/ecosistemas-unicos-las-charcas-venales-de-la-alta-y-la-baja-california-3234.html*.
- HERNÁNDEZ, Héctor, M., *La vida en los desiertos mexicanos*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- ORTEGA, Yemeli, “Trump wall threatens Mexico’s animals without borders”, April 9, 2017, disponible en: <https://phys.org/news/2017-04-trump-wall-threatens-mexico-animals.html#jCp>.
- LASKY, Jesse R, Jetz Walter y Keitt, Timothy H. , “Conservation biogeography of the US–Mexico border: a transcontinental risk assessment of barriers to animal dispersal”, *Diversity and Distributions. A Journal of Conservation Biogeography*, 3 de mayo de 2011, disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1472-4642.2011.00765.x>.
- LISTM, Rurik, “El bisonte y el muro”, disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/el-bisonte-y-el-muro-2308.html>.
- MALIN, Per, *State Responsibility in Relation to Transboundary Environmental Damage*; Faculty of Law University of Lund, Suecia, primavera de 2007
- MORENO CASASOLA, Patricia, “Tamaulipas de cara al mar: un futuro incierto”; disponible en: <http://ecologica.jornada.com.mx/2017/07/27/tamaulipas-de-cara-al-mar-un-futuro-incierto-5750.html>.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

MÜLLER UHLENBROCK, Klaus y BRM, *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, FES Acatlán, 2010.

PORTILLA GÓMEZ, Juan Manuel, “El derecho internacional ante la ocupación de los territorios palestinos y el muro de separación”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006.

In Memoriam

Javier Pérez de Cuéllar (1920-2020)

Javier Felipe Ricardo Pérez de Cuéllar Guerra nació el 19 de enero de 1920, en la ciudad de Lima. Fue hijo de Ricardo Pérez de Cuéllar y de Rosa Guerra Cevallos. Estudió derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); pero sería la carrera diplomática la que lo llevaría a destacarse como un profesional comprometido con la promoción de la paz mundial.

Su trayectoria diplomática se inició en 1940 al ingresar al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y luego al cuerpo diplomático nacional en 1944. Actuó como tercer secretario de la embajada peruana en París en 1946 y posteriormente representó al Perú como embajador en Suiza, la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), Polonia y Venezuela. En la ex URSS fue el primer embajador peruano designado.

En la Organización de las Naciones Unidas tuvo una destacada labor como representante permanente del Perú en el Consejo de Seguridad, donde ejerció la presidencia durante los acontecimientos de Chipre en julio de 1974. El investigador argentino Alfredo Bruno Bologna, al evaluar la actuación del Consejo de Seguridad en la cuestión de Chipre, destaca la defensa de este organismo del legítimo gobierno chipriota y señala que el entonces presidente del Consejo de Seguridad, Javier Pérez de Cuéllar, aclaró que no se alteraría el estatus de la representación de Chipre y se escucharía al arzobispo Makarios en su calidad de presidente de esa nación.

Su vocación pacifista lo llevó a desempeñar otros cargos dentro de las Naciones Unidas, como el de representante especial del secretario general en Chipre (1974), el de secretario general adjunto de las Naciones Unidas

para Asuntos Políticos (1979) y el de representante personal del subsecretario general para Afganistán (1981).

Finalmente, en diciembre de 1981 fue elegido secretario general por la Asamblea General de la ONU; cargo que ejerció por dos periodos consecutivos: de 1982 a 1986, en que fue reelegido para un nuevo mandato hasta 1991. Es el único peruano y latinoamericano que ha ocupado tan alto cargo en periodos sucesivos. Su carácter ecuaníme hicieron de él un hombre tolerante y sereno que lo llevó a negociar con éxito la independencia de Namibia, el cese de la guerra entre Irán e Irak, la crisis de los rehenes secuestrados en Líbano, el retiro de las tropas soviéticas de Afganistán, la mediación en la Guerra del Golfo y el acuerdo de paz en Camboya. En Centroamérica apoyó al Grupo de Contadora, logrando mediar exitosamente entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la firma de un acuerdo de paz.

Por todos estos logros en favor de la paz mundial, la promoción de los derechos humanos y la tolerancia en un mundo en conflicto, ha recibido el doctorado *honoris causa* de 25 prestigiosas universidades del mundo y ha sido condecorado por muchos países; en 1987 recibió el Premio “Príncipe de Asturias” de Cooperación Iberoamericana; en 1989 recibió dos premios: el “Olof Palme de Entendimiento Internacional y Seguridad Común” y el “Jawaharlal Nehru de Entendimiento Internacional”, entre otros.

También fue profesor de Derecho internacional en la Escuela Diplomática de Perú y profesor de Relaciones internacionales en la Academia de Guerra Aérea de Perú. Desde 2011, la Academia Diplomática del Perú lleva su nombre.

Es autor del *Manual de derecho diplomático* (1964) y del libro *Peregrinaje por la paz* (2000).

También fue político, pues no sólo participó como candidato a la Presidencia del Perú en 1995, sino que en el gobierno transitorio de Valentín Demetrio Paniagua Corazao, se desempeñó como primer ministro y ministro de Relaciones Exteriores.

Su muerte, acaecida el 4 de marzo de 2020, luego de haber cumplido 100 años de vida, ha impactado en el Perú, en las Naciones Unidas y en el mundo. Estadistas, embajadores, funcionarios internacionales y amigos de este ilustre peruano no han cesado de reconocer su trayectoria como diplomático por excelencia, comprometido con la paz, los derechos humanos y la democracia.

DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2020.20.14497>

A su personalidad ecuánime y tolerante quiero añadir su sencillez. Recuerdo haberlo conocido personalmente cuando en los años noventa aceptó visitar la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, donde alumnos y docentes pudimos dialogar con él y conocer de cerca al mejor secretario general que tuvo la ONU, como fuera considerado por el diario *The Times* de Londres.

Descanse en paz excelentísimo embajador.

Ena Rocío **Carnero Arroyo***

* Profesora de Derecho internacional público en la Universidad Nacional de Trujillo, Perú.