

Anuario Mexicano de Derecho Internacional



México, volumen XXIII, 2023

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, núm. XXIII (enero-diciembre de 2023) 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 actij@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.

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.

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz
y Ricardo Hernández Montes de Oca

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Asistente de la Revista: José Emiliano Márquez García

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

Anuario Mexicano de Derecho Internacional por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivar 4.0 Internacional (CCBY-NC-ND 4.0)*.

Primera edición: 7 de marzo de 2023

2023. 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, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN (versión impresa): 1870-4654

ISSN (versión electrónica): 2448-7872

CONTENIDO

DOCTRINA

War in Ukraine: How Did we Get There and is There a Way Out of It?	3
Rein Müllerson	
Tendencias contemporáneas sobre la <i>opinio juris</i> y la prueba material del derecho internacional consuetudinario	33
Paulo Borba Casella	
The International Responsibility of non-State Armed Groups and Victims' Right to Reparations.	65
Carlo Carvajal Aguilar	
Los alimentos y el empleo de veneno en situaciones de conflicto armado: análisis a la luz de los medios y métodos de guerra prohibidos en el derecho internacional humanitario	105
Adriana Fillol Mazo	
La obligación de descolonizar en el derecho internacional	141
Luciano Pezzano	
The Obligations of the Nuclear-Weapon States in International Waters Included In Nuclear-Weapon-Free Zones.	177
Jorge Alberto López Lechuga	
La influencia de la doctrina en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina	219
Yovana Reyes Tagle	

A governança global da saúde entre <i>hard e soft law</i> : os desafios da responsabilidade social das empresas farmacêuticas	251
Ademar Pozzatti	
Lucas Silva de Souza	
El principio de la legalidad y el juicio de Núremberg (1946): aporte a la doctrina del derecho procesal internacional.	283
Luis Manuel Marcano Salazar	

COMENTARIOS

A denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira com fundamento na ausência de imparcialidade do árbitro . . .	311
María Laura Fornasar	
Reshaping Investor-State Dispute Settlement Before the Next Syndemic	339
Magdalena Bas Vilizzio	
Interfaces entre o direito internacional e o direito brasileiro acer- ca do acesso à água e a proposta de emenda à Constituição No. 4, de 2018	365
André Ricci de Amorim	
Fundamentos teórico-conceptuales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas: la teoría de los derechos humanos y el modelo social de la discapacidad	391
Luis Romano Damiani Pellegrini	
Escisión y anexión de Estados. El caso de la República de Texas (1836-1845)	425
Jaime Cárdenas Gracia	
Implicaciones jurídicas de la interrelación entre competencia económica y comercio internacional en Norteamérica	463
Rubén Leal Buenfil	

The Ecological Disaster of the COVID-19 Pandemic: the Care for our Common Home from the Perspective of the UN and Indigenous Peoples	495
Tânia Alves Martins	
Deilton Ribeiro Brasil	

PRÁCTICA INTERNACIONAL MEXICANA

Iniciativa de paz de México	535
Manuel Becerra Ramírez	
La creación de la Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio	539
Gabriel Ferrer Ortega	
Azucena Sahagún Segoviano	

IN MEMORIAM

In memoriam. Antônio Augusto Cançado Trindade	547
Wagner Menezes	

RESEÑAS

KOSKENNIEMI, Martti, <i>To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power 1300-1870</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 1107 pp..	557
José Emiliano Márquez García	
JIMÉNEZ MORÁN SOTOMAYOR, Fabiola, <i>Beneficios potenciales para México derivados de la relación con la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos</i> , México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, 208 pp.	565
Gabriel Ferrer Ortega	

BENEYTO, José María y JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (coord.), <i>Concepto y fuentes del derecho internacional</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 692 pp.	569
Luis Rodrigo de Castro	
LAJOUS VARGAS, Roberta, <i>Historia mínima de las relaciones exteriores de México</i> , 2a. ed., México, El Colegio de México, 2022, 374 pp.	573
Raúl Eugenio Martínez	
ORTEGA, Elisa, <i>El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión</i> , México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, 272 pp.	577
Luisa Gabriela Morales Vega	
GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y SILVA, Jorge Alberto (coords.), <i>Leciones de derecho internacional privado</i> , México, Dikaia, 2022, 280 pp.	583
Wendolyne Nava González	

Doctrina

War in Ukraine: How Did we Get there and is there a Way Out of It?

Guerra en Ucrania: ¿cómo llegamos allí, hay forma de salir de esto?

Guerre en Ukraine: comment y sommes-nous arrivés et existe-t-il un moyen d'en sortir?

Rein Müllerson*

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *There is no End of History, Even Metaphorically Speaking*. III. *Balance of Power and Equilibrium of Interests as Basis of International Law and Relatively Peaceful World*. IV. *No International Law of Cooperation without Being Underpinned by International Law of Coexistence*. V. *War in Ukraine. A Battle in the Geopolitical Reconfiguration of the World*. VI. *Any Way Out of the Current Nightmare?* VII. *References*.

* Professor Emeritus, Tallinn University. Member and former president of l'Institut de Droit International in Geneva.

Artículo recibido el 10 de abril de 2022

Aprobado para publicación el 31 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 3-31
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

ABSTRACT: In 2022 the world has entered into a phase of geopolitical and geo-economic re-configuration with the emergence of multipolar elements. The armed conflict on the territory of Ukraine is a military phase of a geopolitical standoff between the collective West, embodied mainly by the United States and NATO, and those for whom Western domination is not acceptable, epitomized in that case by Russia. But how did the world, after the Fall of the Berlin Wall and justified expectations of a peaceful future, find itself in a situation where the use of military force has become almost normal, at least until it is used against those Europeans who had chosen the “right side of history”? How and why, towards the end of history, the most important principles of international law became twisted and reinterpreted to such an extent that soon there may not be a last man left to contemplate this end? As history gives some hints about right as well as wrong ways of ending military confrontations, I will try to show in this essay how it all went wrong and what could be done about it.

Key words: Ukraine, Russia, war, NATO, end of history, multipolarity, balance of power, military intervention, western hegemony.

RESUMEN: En 2022 el mundo ha entrado en una fase de reconfiguración geopolítica y geo-económica con la aparición de elementos multipolares. El conflicto armado en el territorio de Ucrania es una fase militar de un enfrentamiento geopolítico entre el Occidente colectivo, representado principalmente por Estados Unidos y la OTAN, y aquellos para quienes la dominación occidental no es aceptable, personificada en ese caso por Rusia. Pero ¿cómo es que el mundo, después de la caída del Muro de Berlín y las expectativas justificadas de un futuro pacífico, se encuentra en una situación en la que el uso de la fuerza militar se ha vuelto casi normal, al menos hasta que se usa contra los europeos que habían elegido el “lado correcto de la historia”? ¿Cómo y por qué, hacia el final de la historia, los principios más importantes del derecho internacional se torcieron y reinterpretaron hasta tal punto que pronto no quedará un último hombre para contemplar este final? En tanto la historia da algunas pistas sobre las formas correctas e incorrectas de poner fin a los conflictos militares, intentaré mostrar en este ensayo cómo salió todo mal y qué se podría hacer al respecto.

Palabras clave: Ucrania, Rusia, guerra, OTAN, fin de la historia, multipolaridad, equilibrio de poder, intervención militar, hegemonía occidental.

RÉSUMÉ: En 2022, le monde est entré dans une phase de reconfiguration géopolitique et géo-économique avec l'émergence d'éléments multipolaires. Le conflit armé sur le territoire ukrainien est une phase militaire d'un bras de fer géopolitique entre l'Occident collectif, incarné principalement par les États-Unis et l'OTAN, et ceux pour qui la domination occidentale n'est pas acceptable, incarnés en l'occurrence par la Russie. Mais comment le monde, après la chute du mur de Berlin et des attentes justifiées d'un avenir pacifique, s'est-il retrouvé dans une situation où l'usage de la force militaire est devenu presque normal, du moins jusqu'à ce qu'il soit utilisé contre les Européens qui avaient choisi la «bon côté de l'histoire»? Comment et pourquoi, vers la fin de l'histoire, les principes les plus importants du droit international ont été déformés et réinterprétés à tel point qu'il ne restera peut-être bientôt plus un dernier homme pour contempler cette fin? Alors que l'histoire donne quelques indications sur les bonnes et les mauvaises manières de mettre fin aux affrontements militaires, je vais essayer de montrer dans cet essai comment tout s'est mal passé et ce qui pourrait être fait à ce sujet.

Mots clés: Ukraine, Russie, guerre, OTAN, fin de l'histoire, multipolarité, rapport de force, intervention militaire, hégémonie occidentale.

I. INTRODUCTION

In 2022 the crisis in world affairs having its roots in the more than thirty years long of history that started with the end of the relatively stable bi-polar world, going through the unipolar moment of the long 1990s —welcomed by Francis Fukuyama as the end of history— has now entered into a phase of emergence of multipolar elements in the geopolitical and geo-economic reconfiguration of the world. Depicting the war in Ukraine as between the two Slavic neighbours— one as an unprovoked aggressor (moreover, can somebody tell me how it differs from a ‘provoked aggressor’),¹ the other an innocent victim— helps only prolong the fighting. As I will try to explain below, the armed conflict on the territory of Ukraine is a military phase within a geopolitical standoff between the collective West, incarnated mainly by the United States and NATO as Washington’s military arm in Europe and beyond, and those for whom Western domination is not acceptable, epitomised in that case by Russia. It is a continuation of political intercourse with other means, using the definition of war by Carl von Clausewitz.

In February 2022 the Russian military indeed invaded Ukraine. Some have defined it as a brutal aggression (could somebody commit a compassionate or gentle aggression?), or as Charles-Maurice de Talleyrand could have put it: worse than a crime, a mistake (*c’est pire qu’un crime, c’est une faute*). It may well be all of that. It may have intended to be also a regime-change operation so far practiced mostly by Washington and its allies in different parts of the world.² For me it is, first of all, a great personal tragedy since I am intimately familiar with many people from both of these nations. In 2014 I published an article “*Ukraine: Victim of Geopolitics*”³ analysing main

¹ Pope Francis was not wrong when he claimed that Russian invasion was not after all so unprovoked. The Head of the Roman Catholic Church disclosed that “a couple of months before the war he met a head of state, who he did not identify but described as “a wise man who speaks little, a very wise man indeed... He told me that he was very worried about how NATO was moving. I asked him why, and he replied: ‘They are barking at the gates of Russia. They don’t understand that the Russians are imperial and can’t have any foreign power getting close to them’” Pope Francis says Ukraine war was ‘perhaps somehow provoked’, *The Guardian*, 14 June 2022.

² See more on it, Müllerson, Rein, *Regime Change: From Democratic Peace Theories to Forcible Regime Change*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013.

³ Müllerson, Rein, “Ukraine: Victim of Geopolitics”, *Chinese Journal of International Law*,

aspects of the beginning of the conflict in the light of international law, such as the annexation, or as Russia put it, ‘reunification with the motherland’, of the Crimea. Both of these qualifications could be used for describing what was going on in March 2014. One could have even used the formula “unlawful, but legitimate”, borrowing from Western justifications of its illegal uses of military force, particularly against Serbia over Kosovo in 1999.

As I am writing this article for the Mexican Yearbook of International Law, I cannot restrain myself from commenting on an episode that took place in January 2015. Some months after the publication of the aforementioned article on Ukraine, I happened to be in Mexico City lecturing at several Mexican universities. One evening, however, I received a call from the Foreign Ministry of Mexico and was invited to meet the Minister, Jose Antonio Meade. To say that I was surprised would be an understatement. Then I could not have imagined that the Minister could be even aware of the presence of an insignificant professor in the country; to say nothing of the desire to meet. However, a car from the Ministry soon picked me up and late in the evening I arrived at the building of the Secretaria de Relaciones Exteriores, where President of Turkey Erdogan had just finished a lengthy speech. Drinking tea with the Minister and talking on European affairs, I could not suppress my curiosity and asked the Minister what had prompted him to see me. He told me one of his assistants- an international lawyer by formation- had read my article on Ukraine and, finding out I would lecture at UNAM, had advised the Minister to ask me on this conflict in Europe. As the Minister said, a bit jokingly, he had liked my non-aligned approach. For me it sounded, especially from the mouth of the Foreign Minister of a country that had been one of the leaders of the so-called ‘non-alignment’ movement, as the highest praise of my professionalism.

However, *revenons à nos mouton*. What Russia did in February 2022 is quite different from 2014 events. First of all, it has created a humanitarian disaster. From a geopolitical point of view, it may well be that Russia has miscalculated. Moreover, violations of Minsk accords by Kiev and the inability or unwillingness of Ukrainian Western partners to put pressure on Kiev on this matter, doesn’t justify Russian invasion. Even Washington’s militarisation of Ukraine, constituting NATO’s *de facto* membership— though without Arti-

Oxford, vol. 13, num. 1, March 2014, pp. 133-245, available at: <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu011>.

cle 5 security guarantees, showing how little the US cares about Ukraine and Ukrainians— could not serve as a basis for such a display of force in Ukraine. More justifiable could have been a limited use of force to protect the people of Donetsk and Lugansk, who had lived for eight years under constant attacks from the Ukrainian army and extreme nationalistic paramilitaries.

However, though Russia is responsible for its own actions, there are those, both in Ukraine, and particularly in the West, who were working hard for years to transform Ukraine into a bridgehead, even a launching pad, against Russia not caring at all what it may mean not only for Russia, but also for Ukraine. Responsible for wars are not only those who pull the trigger first, but also those who make them, if not inevitable, then at least highly plausible. Russia's use of military force in Ukraine, illegal under the pre-1990s international law and probably a geopolitical miscalculation, has caused in parts of the world such a shock and awe that even the 2003 American attack of Iraq, proudly baptised Operation Shock and Awe, couldn't achieve. This shows that Russia has certainly lost the propaganda war, especially in the West, though people in so-called third world countries are, if not more sympathetic towards Russia's behaviour in Ukraine, then at least much less critical. And it is not that they feel less empathy for Ukrainian victims. They see the conflict in Ukraine as a challenge to the centuries old Western domination, as a rebellion against Western colonial and neo-colonial policies. Moreover, this is not the first unlawful use of force even in the post-WWII Europe. NATO's bombardment of Serbia in 1999 lasted two and a half months. And this is only in Europe. Twenty years long war of the US and its allies in Afghanistan, the destruction of Libya in 2011 and multiple military interventions in Africa have drawn even less attention and not much condemnation in the West. There is certainly a whiff of racism in the fact that wars waged against people of non-European extraction, especially if they have chosen a "wrong side of history", aren't condemned as they must be. Although Josep Borrell, the EU foreign policy chief, may have not thought deep about the implications of his comparison of Europe with a well-cultivated garden, whereas the most of the rest of the world would be a jungle ready to invade the garden,⁴ his slip of the tongue is not at all

⁴ In neocolonial rant, EU says Europe is 'garden' superior to rest of world's barbaric 'jungle', available at: <https://mronline.org/2022/10/19/in-neocolonial-rant-eu-says-europe-is-garden-superior-to-rest-of-worlds-barbaric-jungle/>.

accidental. Though usually such arrogance is covered by utilising politically correct language.

But how did the world, after the Fall of the Berlin Wall and justified expectations of peaceful future, find itself in a situation where use of military force has become almost normal, at least until it is used against those Europeans who had chosen the “right side of history”? How and why, in the process of the run towards the end of history, the most important principles of international law became twisted and reinterpreted to such an extent that soon there may not be a last man left to contemplate this end? Although we are today in uncharted waters, history nevertheless gives some hints about right as well as wrong ways of ending military confrontations. Below I will try to show how it all went wrong. At the end I also reflect on what could be done about it.

II. THERE IS NO END OF HISTORY, EVEN METAPHORICALLY SPEAKING

More than thirty-three years ago the Berlin Wall came down; almost the same lapse of time has passed after the collapse of the Soviet Union and in autumn of 2021 my native country, Estonia, celebrated thirty years since the restoration of its independence. This was a period when the end of the Cold War was loudly and proudly proclaimed by many, both in the East and the West, and when quite a few international lawyers, me included, wrote about a coming era of primacy of law in world politics. This was also a title of one of my articles published in 1989⁵ both in America and in the Soviet Union. These were also the ideas and phrases I inserted into speeches delivered by Michael Gorbachev and other Soviet leaders. As an active participant in those events, first in Moscow and later in Estonia, I had high hopes in the coming of a world, if not without any conflicts (so naïve I was not even then), then at least in the system of international relations where cooperation prevailed over confrontation, at least between reasonable actors. Together with Lori Damrosch, who had then just started her professorship at Columbia University after a period at the State Department, I

⁵ See, e.g., Vereschcetin, Vladlen Stepanovich y Müllerson, Rein, “The Primacy of International Law in World Politics”, *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, vol. 7, num. 6, 1989.

co-edited a book written by a team of relatively young American and Soviet international lawyers, not having been tainted by the Cold War rhetoric and mentality, titled *Beyond Confrontation: International law for the post-Cold War Era*.⁶ We genuinely believed in the possibility of a better world. Today, however, besides COVID-19 and other pandemics announced, environmental cataclysms, conflicts between liberal elites and those whom Hillary Clinton called ‘a basket of deplorables’, whose grievances have been exploited by populist politicians, we face also a renewed great power confrontation. What went wrong? Why didn’t our expectations bear fruit?

First, it has to be noted that not all has gone wrong and there have been many positive developments in numerous domains and in various places and there are also many areas of international law where, using the famous dictum of Louis Henkin, “almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time”.⁷ Many societies have become more prosperous and democracy has spread into places where it had been absent. In the 1990s, notwithstanding of the first Gulf War (or maybe even thanks to it), when the international community acted almost unanimously against an aggression, it seemed that the world had become also more peaceful than before. Even the rise of internal conflicts, as the restraining Cold War discipline had gone, and the increase of terrorist attacks, though a serious nuisance for many countries, emerged in the centre-stage of world politics, since the main threat to the survival of humankind had disappeared, hopefully for good, as it was believed. These were even not so much terrorist attacks, but inadequate responses to them, which created new and more serious problems. However, already in reactions to these responses one could discover seeds of coming divisions. If terrorist attacks in New York, London or Paris were seen as acts of those ‘who hate our freedoms’, similar assaults in Russia or China were depicted as responses of those whose freedoms were limited by authoritarian regimes. A small, but significant, sign of the hubris of those who considered themselves to be the winners in the Cold War and on the right side of history. And this hubris and the belief in the end of history forms *la toile de*

⁶ Damrosch, Lori F. and Müllerson, Rein (eds.), *Beyond Confrontation: International Law for the post-Cold War Era*, Boulder, Westview Press, 1995.

⁷ Henkin, L., *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Columbia, Columbia University Press, 1979, p. 47.

fond, as the French say, or background, as the Anglo-Saxons say, to some most serious challenges and confrontations the world is facing today.

After the fall of the Berlin Wall most Western (and especially American) politicians, as well as other experts, seem to have been at least undeclared Fukuyamians (though most of them were usually denying this), who instinctively believed that there was only one correct historical trend, that is to say, liberal-democratic, that only they were on the right side of history. In that respect, liberal-democratic and Marxian ideologies, both of Western origin, are methodologically close and rather unsophisticated, if not to say, primitive. For example, in their otherwise rather interesting, balanced and forward-looking article two prominent American experts, Daniel Deudney and G. John Ikenberry, observed that “[J]ust as the Nazis envisioned a «new order» for Europe and the Soviet Union designed an interstate economic and political order, so, too, did the liberal West”.⁸ So far, so good. However, using the same method that the Marxists had done, these two American professors came to the optimistic conclusion that “the foreign policy of the liberal states should continue to be based on the broad assumption that there is ultimately *one path to modernity* [emphasis added]- and that it is essentially liberal in character”, and that “liberal states should not assume that history has ended, but they can still be certain that it is on their side”.⁹ This is only a slightly modified and moderated version of the deterministic, unilinear and unidirectional Hegelian, Marxian, Fukuyamian end of the history argument. Such end-of-history philosophy is used to justify the expansion of liberal democracy all over the world as well as the efforts to perpetuate unipolarity and to make those who are against it seen as being on the wrong side of history.

I am not going to dwell here upon the challenges facing liberal democracies, whose roots are mostly internal. Nevertheless, one thing needs to be mentioned. The collapse of the Soviet Union thirty years ago and the success of reforms in China since the coming to power Deng Xiaoping in 1978 confirm the failure of the communist utopia. However, the failure of this rival ideology and practices based on it did also disservice to the winner, at least in two respects. The winner believed that this was the end of history

⁸ Deudney, D. and Ikenberry, G. John, “The Myth of the Autocratic Revival. Why Liberal Democracy Will Prevail”, *Foreign Affairs*, January-February 2009.

⁹ *Idem*.

and nothing better could emerge. Such a teleological approach to history is not only wrong but also extremely dangerous, especially if one tries to follow it through in practice, particularly in foreign affairs. Secondly, the disappearance of the rival that had indeed underperformed in comparison with the Western model, started to reveal the latter's own internal contradictions that seemed to be secondary or were even suppressed during the Cold War. For example, liberalism and democracy, which have always had a kind of friend/enemy relationship (the more liberties, especially in the economic field, the less democracy and vice versa) became more inimical and less friendly, especially in the context of the latest wave of globalisation. Inequalities increased in practically all societies. However, the West continued to spread its model to all over the world, including the most unfertile places such as Iraq or Afghanistan.

Although societies have often borrowed from their neighbours what seems to work well, these are usually technological novelties or management practices and not ways of life. In anthropology, there is the notion of *schismogenesis*, meaning that peoples, instead of plagiarising ideas and practices from other societies, try on the contrary to remain or even become more distinctive, to retain and develop their special identity.¹⁰ I see this, for example, in Russia in the form of what President Putin has called healthy, moderate or reasonable conservatism, as a kind of reaction to the attempts to Westernise Russia. I am not going to discuss here the meaning of this conservatism and to what extent it corresponds to characteristics and history of the Russian society, but for me, one thing is clear. The Kremlin has become more conservative and also more authoritarian thanks, at least partly, to the Western interference in Russia's domestic affairs and its encirclement by NATO. Moreover, there is a merit not only in biological and intra-societal diversity but also in inter-societal diversity since uniformity would be the end of experimentation and eventually also that of development, though it is necessary to note that if too much diversity within societies may lead to the disruption of societal bonds that hold them together, there are also societies whose diverse practices may be difficult to accept.

¹⁰ See, Graeber, David and Wengrow, David, *The Dawn of Everything: A New History of Humanity*, London, Allen Lane, 2021, pp. 180-186.

III. BALANCE OF POWER AND EQUILIBRIUM OF INTERESTS AS BASIS OF INTERNATIONAL LAW AND RELATIVELY PEACEFUL WORLD

Most Western politicians and experts, forgetful of lessons of history and believing in the end of history also welcomed the end of the bipolar international system with its balance of power where arrogance of one superpower was controlled by that of the other (or others). However, power also in international society, just as in societies organised as states, has the tendency to concentrate more and more in one or more centres. Adam Watson, after studying various international systems over the past 2,500 years, has observed: ‘Powers that find themselves able to lay down the law in a system in practice do so’.¹¹ The only exception may have been China that under the Ming dynasty, which after admiral Zheng He successful voyages to far away lands, decided to burn the fleet and close the country to the outside world.

The phenomenon of power concentration, be it in economics (the tendency toward monopolisation absent regulation) or in politics, seems to be a general rule of societal life. Even in academia we can see that some universities, think tanks and laboratories are successful in imposing their schools of thought, while effectively suppressing and marginalising dissenting views and opinions. In international society the tendency of a concentration of power leads to its super-centralisation. Swiss politician and journalist Guy Mettan observes that a “power when becoming hegemonic, as the Great Britain was after the Napoleonic wars, has a tendency to establish permanent supremacy, trying to destroy any rivalry until there is somebody who would bring it to its senses”. And he emphasises:

Any power without counter-power has a tendency to become absolute whether this takes place within a state or outside, if there is no other power (powers) who would be able restrain it; law in itself is not the sufficient guarantee against such tendencies. A candidate for a dictatorship can always change the constitution in his favour if there is nobody strong enough to challenge him and a power that is dominant internationally is able to “interpret” or re-write international law in ac-

¹¹ Watson, Adam, *The Evolution of International Society*, New York, Routledge, 1992, p. 291.

cordance with its own interest if there is no other power able to resist. And law becomes simply a façade that is called to conceal the pure relations of power.¹²

Any balance of power presumes, by definition, the existence of more than one centre of power, just as a separation of powers domestically presumes the existence of at least legislative, executive and judicial branches between whom a certain equilibrium must exist. With one single dominant centre of power there is either a totalitarian state (domestically) or an imperial system (internationally). This was well understood already by Emerich de Vattel, who in 1758 in his celebrated *The Law of Nations* wrote about the foundation of international law: “This is the famous idea of the political balance or equilibrium of power. We have in mind a situation where no power is able to dominate absolutely, to make laws for others”.¹³ In 1861, my distant predecessor as Professor of International Law at King’s College, London, wrote that “the concept of equilibrium provided for by the treaties [he had in mind particularly the Utrecht peace treaty of 1713 that had put an end to the wars of the Spanish succession and treaties adopted by the Congress of Vienna of 1815] can guarantee even the sovereignty of smaller nations against the more powerful”.¹⁴ And Lassa Oppenheim wrote in the first edition (1905) of his famous treatise on international law: “Law of Nations can exist only if there is equilibrium, a balance of power, between the members of the Family of Nations”.¹⁵

The Westphalian international society, *i.e.* society of sovereign states, which emerged in the aftermath of the Thirty Years War, was a regional international society, which managed to extend, mostly through colonial policies, its characteristics and principles to the rest of the world. Adam Watson writes: “The European society of states evolved out of the struggle

¹² Mettan, Guy, *Russie-Occident, une Guerre de Mille Ans: La Russophobie de Charlemagne à la Crise Ukrainienne*, Éditions des Syrtes, 2015, p. 239.

¹³ “C’est ce qui donné naissance à cette fameuse idée de la Balance Politique, ou de l’Équilibre du Pouvoir. On entend par là, une disposition des choses, au moyen de laquelle aucune Puissance ne se trouve en état de prédominer absolument, et de faire la loi aux autres”. Vattel, Emer de, *Le Droit des Gens. Ou principes de la loi naturelle*, London, Apud Liberos Tutor, 1758, t. 2, p. 40.

¹⁴ Twiss, Travers, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Time of Peace*, Oxford, 1861, p. 140.

¹⁵ Oppenheim, L.F.L., *International Law: A Treatise*, London, Peace, 1905, vol. I, p. 73.

between the forces trending towards a hegemonial order and those which succeeded in pushing the new Europe towards the independences end of our spectrum... The Westphalian settlement was the charter of a Europe permanently organised on an antihegemonial principle".¹⁶ Only with the emergence of relatively equal centralised nation-states could modern international law (then often called the 'international law of civilised nations', *i.e.* European international law), with its concepts of sovereign equality, non-interference in internal affairs and non-use of military force take shape.

Of course, not all states were equal, and there was a constant struggle for dominance and attempts to either ignore international law, to re-interpret it in accordance with one's interests or to instrumentalise it for one's own purposes. However, with the exception of the relatively brief period of Napoleonic Europe, no power had been able to dominate the whole continent. And it was exactly for that reason, after Napoleon Bonaparte had disturbed the existing power balance to its very roots and established an almost continental-wide empire, that in 1815 in Vienna the victorious powers consciously and conscientiously created a continental international system that became known as the European Concert. It guaranteed the longest peaceful period the old continent had ever known. Importantly, it was not only the *de facto* balance that was restored after Napoleon had been defeated; it was also the recognition of the necessity of this balance for the European security (*i.e.*, there was practice plus *opinio juris*). Remarkably, it was also the inclusion of France in the concert of powers, notwithstanding the efforts of quite a few to humiliate the defeated enemy, to add insult to injury. Unfortunately, neither the winners of the First World War nor those of the Cold War were as wise as the Tsar Alexander I, Viscount Castlereagh and Clemens von Metternich had been in Vienna in 1815. Similarly, when Hitler tried to conquer the old Continent, the European powers together with the United States, established a united front against the aggressor, notwithstanding deep ideological differences between them. The UN Charter, particularly the composition and powers of its Security Council, also reflects the idea of balance of power, though due to the rise of new centres of power and underrepresentation of whole continents in the Council, its composition has become somewhat outdated. However, the idea is still valid.

¹⁶ Watson, Adam, *op. cit.*, p. 182.

In that respect the world has not changed. Even today the arrogance of one superpower can be controlled and tamed by the might of another superpower (or coalition of powers); international law can be helpful and play its role in this process, but without such a balance it not only becomes helpless, it simply disappears, opening way to the emergence of imperial law or a situation where everyone has its own understanding of legality or rather legitimacy, the term widely used today. Any balance of power presumes, by definition, the existence of more than one centre of power. Just as the separation of powers domestically presumes the existence of at least legislative, executive and judicial branches, between whom a certain equilibrium should exist. Separation of powers within society organised as State and separation of powers in international relations play comparable roles. Both of these principles are meant to prevent concentration of power, which is a natural tendency leading to its super concentration, if not properly checked. Super-concentration of power usually ends in a Big Bang, similar to the explosion of black holes in the universe leading to the emergence of new galaxies. While totalitarian societies may explode in rebellions of those who have nothing to lose but their chains, in international relations, as the world history testifies, there always emerge those who start counterbalancing against the imperial centre. Such periods, if not handled carefully and responsibly, have a tendency to end in great-power wars. Unfortunately, today the world seems to be passing through such a dangerous period.

The Cold War international system was also a balance of power system. However, as a bipolar system, it was almost exclusively competitive where both poles not only constantly tried to outplay each other, but also believed in the world-wide triumph of their respective social, economic, and political systems. However, even in such an inauspicious environment international law developed and mattered. Moreover, the period of *détente* (1969–79) was marked by bi-lateral and multilateral agreements (the latter were sometimes initiated by the two superpowers and then sent to allies on a FYA- for your attention -basis), especially in the field of disarmament and confidence building measures, as well as with informal rules of the game and political understandings. Although such a system, with only two dominant actors, which, moreover, believed in and strove for absolute dominance was not the most stable one, this relative power equality was a constraint on each other's arrogance, had a soothing impact, even if these were the realities of Mutually Assured Destruction (MAD) more than re-

spect for international law that had the strongest pacifying effect. Martti Koskenniemi's ironic remark that "to apply [Karl] Schmitt's description of the new Nomos [law] to the behaviour of the Western Powers in Kosovo and Iraq, the 50-year interlude may be explained by the Cold War having prevented a full-scale moralization of international politics. Ironically, then, for a century, the Soviet Union may have taken the role of the Schmittian *Katechon*- restrainer of the coming of the Antichrist".¹⁷ Of course, Moscow did not play the role of an idealistic or altruistic restrainer of Washington's arrogance; expansionist impulses of the Kremlin were similarly restrained by the American power, but one of the effects, or side-effects if you will, of the relative balance of power between Moscow and Washington, that none of them liked, was certainly that it put limits on the use of force in international relations, and not only between the two superpowers; it had restraining effects beyond.

This balance evaporated with the disappearance of the Soviet Union and for the first time in the history of humankind a unipolar world emerged. The unipolar moment of the 1990s, when there existed only one superpower (hyper power, using the term proposed by the former French Foreign Minister Hubert Védrine) dominating the whole world, was an anomaly in the history of geopolitics. Even the greatest empires of the past such as those of Alexander the Great or Genghis Khan, even the British Empire, on which the sun never set, controlled only parts of the Planet Earth. After the end of the bipolar world the United States considered the whole world as the sphere of its vital interest, where no rival power could be allowed to rise. Such an anomalous situation, being an historical aberration, couldn't last for long and due to the mistakes of consecutive American administrations (Iraq, Afghanistan, Libya etcétera) it was even shorter that it could have otherwise been. And note, all these mistakes, though having different trigger mechanisms, had one and same ideological source: the burning desire to create a uniform world that would be governed from one centre (to make the world safe for democracy, as the saying went). Jean-Marie Guéhenno is right when in 2021 he writes that "today we have to admit, even if reluctantly, that what was presented as universal project, a "multi-lateral liberal world order", was a Western project, expressing a transient

¹⁷ Koskenniemi, Martti, "International Law and Political Theology", *Constellations*, vol. 11, num. 4, 2004, p. 493.

moment when the West seemed to dominate the world. This ephemeral project served the interests of the American power that did not hesitate to break the rules if that seemed to be in its interest”.¹⁸ And Jean-Marie Guéhenno- a former French diplomat and UN Under-Secretary-General for Peacekeeping Operation- knows what he is talking about.

Yet, from the onset of the twenty-first century, not only have the ‘usual suspects’, China and Russia, begun counterbalancing, but various regional powers have also started to force multipolar elements into the emerging international system. However, such a trend has not been to Washington’s liking, and through its containment and roll-back policies, either unilaterally or through NATO and even the European Union, the United States is targeting Russia and China in an attempt to perpetuate the unilateral moment of the 1990s. Either by misreading of history or for propaganda purposes the role of domestic political regimes in foreign policy has been too often overexaggerated. Even if, for example, China or Russia would have been liberal democracies (in the first case- pure utopia, in the second case- not in the foreseeable future, taking account of current trends to which Western policies have made considerable contribution), they wouldn’t practice policies of bandwagoning and follow Washington’s lead as most European and even non-European nations have done until recently. Not so much anymore and this is what is disturbing Washington and its closest allies. Russian or Chinese examples of disobedience may become contagious.

IV. NO INTERNATIONAL LAW OF COOPERATION WITHOUT BEING UNDERPINNED BY INTERNATIONAL LAW OF COEXISTENCE

International law as such, in contradistinction, for example, to imperial legal systems that have existed or the current EU law, cannot subsist in an international system with one dominant centre. International law as a more or less coherent system of rules and principles started developing after the Westphalian peace of 1648, which had concluded the devastating Thirty Years War in Europe. Before that period there had existed in Europe a multi-layered authority, where the Papacy, the Emperor of the Holy Ro-

¹⁸ Guéhenno, Jean-Marie, *Le Premier XXIe Siècle: De la globalisation à l'émiettement du monde*, Paris, Flammarion, 2021, p. 46.

man Empire and a multitude of kings, counts, earls and dukes competed for a place under the Sun.¹⁹

As was described above, after the fall of the Berlin Wall this precondition for the existence of more or less effective international law disappeared. Although the 1990s were still relatively peaceful and the hope that law could play increasingly important role in international relations was still alive, it is also possible to see, at least with hindsight, the seeds in interpretation of law and practices that were leading not to the strengthening of international law or its progressive development, but to its undermining. And this notwithstanding the fact that these changes were then seen by many, particularly in the West, as steps on the way of progressive development (even revolutionary, instead of evolutionary) of international law, as leaving behind its outdated Westphalian model.

The post-Cold War unipolar moment led to attempts to transform existing international law into a unipolar normative system controlled from the single centre, where there should be no room, desire or need for counterbalancing. For a while, it seemed that the world and international law would indeed evolve in that direction. The widespread use of military force for humanitarian purposes, both authorised by the UN Security Council (therefore lawful, though not always necessarily legitimate) or bypassing the Council (illegal, but for some states and experts, legitimate); the rapid evolution of international criminal law and jurisdiction and high expectations that this could change the world for the better. Downgrading the role of state sovereignty and almost complete neglect of the principle of non-interference in domestic affairs, were also among the signs of such a tendency that would have led to the emergence of a kind of world law instead of traditional international law.

In my opinion, there was not much wrong with international law as it had existed before the Berlin Wall came down, though the Cold War international system then existing was not up to rather noble ideals of international law. However, there is always a gap between normative requirements of the law and reality. Law has to be better than the factual order to uplift the latter to legal expectations. Yet, the current state of the international system corresponds even less to most fundamental principles of international law than was the case before the 1990s. Such principles, enshrined,

¹⁹ See Bull, Hedley, *Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, 1977.

for example, in Article 2 of the UN Charter and in the 1970 Friendly Relations Declaration,²⁰ have been weakened while new generally agreed norms of equal importance have not been able to arise and in the current geopolitical ambiance could hardly emerge. The main reason for this is the clash of the two incompatible visions of the future world— concentric and polycentric— and also following from those visions different understanding of the nature of the law for the future world: should it be a kind of world law or international law. Especially dangerous is the situation in the centre of Europe where the Western military alliance— NATO, using the temporal weakness of Russia has moved to the borders of its erstwhile enemy. 17 February 2022, Jean-Yves Le Drian, France’s Foreign Minister, said in an interview for the Financial Times there are “no more rules” governing European security and stability because arms control pacts covering everything from intermediate-range nuclear missiles to transparency on military force movements have become “nearly obsolete or irrelevant”.²¹ And the situation is the same in several other parts of the world. One of the 20th century’s greatest legal minds, Wolfgang Friedmann of Columbia University, predicted as long ago as in the 1960s a trend towards the development of two strands in international law— the law of coexistence and the law of cooperation. If the first corresponds to the traditional inter-state international society where states, their sovereignty and independence from outside interference prime, the latter would correspond more to what Friedmann believed to be an emerging world society where not only or not even so much states but also individuals with their rights and various other entities, including supranational ones, would be influential actors.²² Since then the development of international law has indeed bifurcated. In Europe, instead of international law we have the EU law. And human rights are no longer and not only in Europe but worldwide- a matter exclusively within states’ domestic jurisdiction; we even have international criminal courts and tri-

²⁰ Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (UN General Assembly, 24 October, 1970).

²¹ “France urges revamp of Europe’s security order in face of Russia threat”, *Financial Times*, 17 February, 2022, available at: <https://www.ft.com/content/49a53ff8-f154-4e1f-8141-ed6ee8b6d6cc>.

²² Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia, Columbia University Press, 1964.

bunals, though their functioning so far has also shown that mechanisms that work rather well within states have relatively limited, sometimes even distorted, effects when transplanted into the domain of international relations. We live in a world that has become Lockean in some places (Europe) but remains Hobbesian in many other regions, or as Robert Kagan has written, “Americans are from Mars, Europeans are from Venus”.²³ If in Europe the law of cooperation, even supra-national law, has indeed emerged, in the wider-Hobbesian-world where men from Mars act, the world still needs stricter observance of the law of coexistence with its respect for sovereignty of states notwithstanding differences of their political and economic systems, non-use of force and non-interference in domestic affairs principles.

The world, notwithstanding Kantian hopes prevailing at the end of the Cold War, is today revealing more and more its Hobbesian characteristics. Maybe it would have been better, at the turn of the centuries, instead of following Kantian instincts, concentrating our efforts on taming Hobbesian reflexes. And those who rather naively, like myself, but much more importantly those who, like Michael Gorbachev, believed and acted upon their naïve beliefs, contributed to the rise to power of those who highjacked positive but immature fruits raised at the end of the Cold War. However, on a more optimistic note, I believe that not all is lost. It would be necessary to strive for a realistically achievable status of international relations where no State, or a group of States, would impose its visions and values on the whole world that is too big and diverse to be ruled from one centre. The main role of international law should be the prevention and resolution of misunderstandings, tensions and conflicts between States without trying to impose uniformity on differing societies. The latter simply doesn't work. Moreover, it is counterproductive. Therefore, when in January 2017 Theresa May, then British Prime Minister, declared during her visit to Washington there is no ‘return to the failed policies of the past. The days of Britain and America intervening in sovereign countries in an attempt to remake the world in our own image are over’,²⁴ I felt cautiously optimistic. The British Prime Minister vowed never to repeat the ‘failed policies of the past’ in ref-

²³ Kagan, Robert, *Of Paradise and Power: America and Europe in the World Order*, New York, Alfred Knopf, 2003.

²⁴ Theresa May: US and UK will no longer invade foreign countries “to remake the world in their own image”, *The Independent*, 27 January 2017.

erence to Western military interventions in Iraq and Afghanistan, breaking from 'liberal interventionism' advocated by her distant predecessor Tony Blair and carried to the fruition by her immediate predecessor David Cameron in Libya. It is necessary to add that not only military interventions have all been failures but intervening in domestic affairs of other countries by means of economic sanctions or political pressure, if not authorised by the UN Security Council, have more often than not made things worse rather than better. Therefore, Hubert Védrine, the former French Foreign Minister, was right in emphasising in 2016 that "democracy and human rights will progress in future much less through the prescriptions and interference from the outside by the West than depending on the internal dynamics of individual societies".²⁵ These are right ideas not followed up by corresponding practices.

As a result of naïve (for many) and hypocritical (also for quite a few) attempts not only to unify the world, but to make it also uniform, it has become even more fragmented. A new great-power rivalry and confrontation is not only on the horizon; it is here and there. Although without any tangible results and quite dishonestly, as to the choice of participants, was organised the Summit of Democracies. Yet, the very idea of such a gathering is extremely reckless and worrying. Jean-Marie Guéhenno is right when he insightfully writes about the need for a new Copernican revolution, this time not in astronomy but in world affairs:

Radical reconfiguration, similar to one that happened five hundred years ago, of the picture of the world is today needed. It should help us leave behind the Western-centric picture of the world and embrace the humanity in all its diversity. It is necessary to see the world history not as an unstoppable movement towards worldwide liberal democracy. We have to find a more adequate and less simplistic way of describing the world than one where democracies oppose dictatorships.²⁶

²⁵ Védrine, Hubert, *Le Monde au Défi*, Paris, Fayard, 2016, empl. 799. See also my article Müllerson, Rein, "Democratization through the Supply-Demand Prism", *Human Rights Review*, vol. 10, num. 4, November 2009, pp. 531-567.

²⁶ Guéhenno, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 248.

In his well-argued opinion, one of the biggest mistakes, made by many in the West, is reducing the complexity of the world to these two modes of organisation of power: autocracy and democracy.²⁷

Democracy is not something like God, motherhood or apple-pie. It is a form of the political organisation of society. Probably, the best that has so far existed. But today the word and the notion of democracy has acquired almost religious connotations, it has become virtually the only universal religion, for who are paying lip-service those who are opponents of democracy as well as those who may naively believe that they are genuine democrats. Therefore, all other political forms of organisation of society are beyond the pale, are ostracised and they should inevitably sooner or later give way to democracy, better with the adjective liberal. In my opinion, this is a dangerous illusion. There is a lot of naivety and duplicity in such beliefs. We have seen failures of exporting democracy in the Middle East. At best, these societies, after temporary euphoria- both inside the country and even more among outside expert community, have reverted to their authoritarian past; at worst, they have imploded with horrendous effects for the local people as well as for the wider world. Responsible authoritarianism may be better for many societies. In some tribal societies, instead of elections, especially if they are imposed from outside; it would be preferable, for example, for tribal leaders to gather for making decisions for the whole society and so on and so forth. Ostracising political regimes that don't correspond to liberal-democratic model and are closer to the authoritarian end of the spectrum is usually counterproductive. The world is not flat and we don't live (yet, if ever) in a global village.

V. WAR IN UKRAINE. A BATTLE IN THE GEOPOLITICAL RECONFIGURATION OF THE WORLD

François Lenglet writes about the situation in the world in 2022: "During thirty-two years the United States dominated the process of globalisation by means of the rules created by them, using their money and their navy while doing it. Geopolitical risks seemed to have disappeared together with the fall of the Berlin Wall and even the usual troublemakers had accepted, even

²⁷ *Ibidem*, p. 328.

if sometimes grudgingly, the leadership of “the American hyperpower”, as described by the former French Foreign Minister Hubert Védrine. Now this all is gone”.²⁸ Agreeing with such a diagnosis of the recent past, one must ask: what has come to replace it? In my opinion, the war in Ukraine is a battle between the ‘collective West’, led by Washington, and Russia about the future world order. Russia, being an aggressor *vis-à-vis* Ukraine, and risking its own future, is doing a dirty work on behalf of those, who strive for a multi-polar world instead of the perpetuation of the unipolarity of the 1990s. Therefore, Moscow’s war in Ukraine is met with understanding, if not sympathy, in many countries, though the referenda of autumn 2022 under the banner of the right of peoples to self-determination, organised by the Kremlin in the occupied (or as Russia puts it, ‘liberated’) territories of Ukraine, and their incorporation into the Russian Federation are disliked even in those capitals that have not condemned the Russian invasion. Beijing or New Delhi are certainly not happy with such a ‘liberal’ interpretation of the right of peoples to self-determination, though the minorities, aspiring to have their independent statehood, like the Catalonians in Spain or the Kurds in the Middle East, may enjoy such an interpretation of international law.

The war in Ukraine, in its essence, is not a conflict between Moscow and Kiev,²⁹ but a symptom and reflection of the collision of the two irreconcilable visions of the future world order- the perpetuation of the 1990s unipolarity under Washington’s dominance and the strive for a new multipolarity. It is waged beyond the pale of international law, nevertheless that the Kremlin often refers to it, yet interpreting it in a way that serves its own interests, while the collective West tries to conceal its violations of basic norms of international law (for example non-use of force or non-interference in internal affairs) by references to some kind of nebulous ‘rules based international order’. Among the active participants of the war in Ukraine, like among the staunchest supporters of the one or the other side, there aren’t any blameless actors, they all are wrong in one way or other; wrong both morally and legally. Wrong was the collective West in expanding NATO to the borders of Russia notwithstanding assurances given to

²⁸ Lenglet, François, *Rien ne va, mais... 2023, l’année qui peut nous sauver*, Plon, 2022, p. 41.

²⁹ Widespread in the Western media and expert community view that President Putin is obsessed with Ukraine is one-sided and misleading. Putin is obsessed, and with reason, by Washington’s and NATO’s use of the territory of Ukraine to encircle militarily Russia.

President Gorbachev in 1990,³⁰ supporting the 2014 *coup d'état* in Kiev and militarising Ukraine as a bridgehead against Russia and provoking Russia to attack and helping Ukraine fight Russia up the last Ukrainian. Wrong was Russia by responding to NATO's provocation and invading its neighbour, making thereby the reconciliation between these brotherly, as many may be justified to say, nations almost impossible. And it goes without saying that every armed conflict is a tragedy for thousands and millions of people.

Besides epitomising the current main geopolitical and geo-economical struggle in the world, the war in Ukraine also shows that, for political leaders of major powers, international law, human rights and humanitarian concerns serve mainly as propaganda tools. And this is not something new or unexpected. Let me fetch for the reader an example from the Cold War era to show that things, unfortunately haven't changed since then. After the Vietnamese invasion in 1978 of Cambodia (then called the Democratic Kampuchea) and the overthrow of the genocidal regime of Pol Pot, the United States continued to politically support this regime and its representatives in the United Nations. As Debbie Sharnak wrote:

The Carter Administration confronted the difficult choice of whether to vote to seat the Khmer Rouge's genocidal regime; support Samrin's communist, Vietnamese-installed government; or, to abstain from voting altogether. *After weighing geopolitical concerns about human rights costs against national interests in a Cold War context* [emphasis added], Carter's representative to the Credentials Committee, Robert Rosenstock, cast the vote in favor of seating the Khmer Rouge. As he rose from the table, someone grabbed his hand to congratulate him. Rosenstock looked up

³⁰ In December 2017, the National Security Archive published 30 documents unequivocally testifying that during the 1990 negotiations between Soviet and Western leaders, the highest officials of leading NATO countries had indeed promised that while a unified Germany would be in NATO, the alliance will not move an inch closer to Soviet (now Russian) borders. available at: <https://nsarchive.gwu.edu/briefing-book/russia-programs/2017-12-12/nato-expansion-what-gorbachev-hea>. Svetlana Savranskaya and Tom Blanton therefore conclude: 'The documents show that multiple national leaders were considering and rejecting Central and Eastern European membership in NATO as of early 1990 and through 1991, that discussions of NATO in the context of German unification negotiations in 1990 were not at all narrowly limited to the status of East German territory, and that subsequent Soviet and Russian complaints about being misled about NATO expansion were founded in written contemporaneous memcons and telcons at the highest levels', available at: <https://nsarchive.gwu.edu/briefing-book/russia-programs/2017-12-12/nato-expansion-what-gorbachev-hea>.

to find to his horror that he was shaking hands with Pol Pot's foreign minister, Ieng Sary. 'I felt like washing my hands', Rosenstock reported.³¹

Rosenstock's reaction to this episode, a mixture of disgust and resignation, encapsulates well the contradiction of what this vote ultimately signified. In the act of seating the Khmer Rouge at the United Nations, Jimmy Carter, the supposed human rights president, aligned himself with an ousted genocidal regime. The Russian invasion of Ukraine in February 2022 has eerie parallels with another episode from those times. In 1998 Zbigniew Brzezinski, President Carter's National Security Advisor, proudly confirmed that by giving covert support to radical Islamic forces in Afghanistan in the 1970s, President Carter and he had induced Moscow to intervene on the side of the pro-Soviet government in that country, thereby mirroring the Soviet Union in its own 'Vietnam'.³² Asked as to whether he had any regrets in having supplied arms to 'freedom-fighters'-turned-terrorists, President Carter's Security Adviser responded: 'What is most important to the history of the world? The Taliban or the collapse of the Soviet empire? Some stirred-up Moslems or liberation of Central Europe and the end of the cold war?' When confronted with the statement that 'Islamic fundamentalism represents a world menace today', Brzezinski retorted: 'Nonsense'.³³ Didn't NATO's 'barking at the gates of Russia', using Pope Francis's eloquent definition, and its efforts of remilitarisation of Ukraine between 2014 and 2022³⁴ serve also a role of inviting Russia into its neighbouring country. Of course, even a provoked aggression remains an aggres-

³¹ Sharnak, Debbie, *Jimmy Carter, Cambodia, and the United Nations: Human Rights in a Cold War Climate*, University of Wisconsin-Madison, April 2010.

³² J. St. Clair, A. Cockburn, 'How Jimmy Carter and I Started the Mujahideen', Counterpunch, 15 January 1998.

³³ *Idem.*

³⁴ 9 December 2022 German ex-Chancellor Merkel said in her interview to Die Zeit that 'The Minsk Agreement was an attempt to buy time for Ukraine. Ukraine used this time to become stronger, as you can see today'. According to her, 'it was clear for everyone' that the conflict was suspended and the problem was not resolved, 'but it was exactly what gave Ukraine the priceless time' (moderndiplomacy.eu, 13 December 2022). This shows that not only Ukraine but also France and Germany, as guarantors of Minsk agreements, were not going, from the very beginning of their conclusion in 2015, to implement them.

sion and Russia should have known better, learning, inter alia, from the sad Soviet experience in Afghanistan.

In that respect, a comment on two concepts vented in recent years *ad nauseum* seems to be appropriate. The first concerns the idea that the nineteenth century (or for some the Yalta) model of zones (or spheres) of interest (or influence) is outdated. So, President Obama, in autumn of 2014 in Tallinn, affirmed that ‘we reject any talk of spheres of influence today’.³⁵

This statement was applauded as enthusiastically as thirty years earlier there were applauded speeches of Comrade Brezhnev, though, I am sure, that in 2014 most Estonians were genuine in their enthusiasm. But they, like many people in the world, were also rather naïve since it is obvious that if Washington considers, say, Europe, the Middle East, the Asia-Pacific region, and many other areas as spheres of its vital interests, it must naturally deny everybody else’s right to make similar claims.

The second idea, constantly repeated in the West, is the so-called ‘open door policy’ of NATO. It is said that it is a sovereign right of every State to choose its alliances, to decide whether to belong or not to belong to NATO. Following this logic, one could also claim, for example, that every State has a sovereign right to have nuclear weapons, particularly, if they have not renounced this right by becoming a party to the NPT Treaty of 1968. However, we well know that biting sanctions have been used against some aspiring nuclear powers, while against others even targeted military strikes have been ‘on the table’. At the same time, it is even more obvious than the desire of some States to join the nuclear club that all States, big and small, have interests in not having their neighbours belonging to hostile military alliances. Therefore, in the super-power’s rivalry— and it is difficult to deny that this is what is going on in today’s world— any expansion of American influence, particularly its military components, to the borders of other powers will force the latter to react. Hence, I find disingenuous the idea that NATO should be a club, whose doors are wide open. If membership in the European Union, for example, doesn’t threaten vital security interests of third States (though even there may be problems), belongingness to a military alliance, whose main purpose, even whose *raison d’être*, is to counter militarily a specific State (or a group of States) constitutes a security threat to the latter. Therefore, any State, becoming a member of

³⁵ Remarks by President Obama to the People of Estonia, September 03, 2014.

a military alliance with a clearly declared adversary (adversaries), thereby declares that it considers this common adversary as its potential enemy and thereby forces the latter to react.

Already as a law student, I was puzzled by the Latin dictum *Fiat Justitia — Pereat Mundus* since it is clear that without the world both justice like injustice don't make any sense. One may, of course, sacrifice one's own life for the sake of a just cause, but being ready to destroy the world in the process is quite a different matter belonging to the domain of psychiatry. The freedom to join military alliances as a sovereign right that trumps all other considerations such as collective peace and security is a similar nonsense.

In his excellent book *The Ambassadors: Thinking about Diplomacy from Richelieu to Modern Times*³⁶ Robert Cooper analyses, inter alia, the 1962 Cuban missile crisis that may have quite a few parallels with today's Ukrainian crisis. He correctly observes that the Soviet nuclear weapons in Cuba would have constituted a significant new threat to the United States; as they would have been 'a cheap way to change the military balance, and that [was] Khrushchev's main motive'.³⁷ That is why Washington threatened to destroy the facilities being built on Cuba if the Soviets wouldn't withdraw them, notwithstanding that neither Moscow nor Habana were in breach of any norms of international law. Robert Cooper is also right that Soviet nuclear weapons in Cuba would have enhanced Soviet security, but they wouldn't have done much for Cuba— 'the reverse, in fact: they make it a target'.³⁸ The same is true with NATO's, particularly American, military presence in countries neighbouring with Russia. This may enhance American security, but it makes Russia's neighbours targets for the Russia's military. Robert Cooper, praising the leaders of the two superpowers for saving the world in 1962, writes of John Kennedy, whose opponents in Congress were eager to go to war, that the President had followed to the letter an advise from a book by Basil Liddell Hart that the future President had singled out when reading it: "Keep cool. Have unlimited patience. Never corner an opponent, and always assist him to save his face. Put yourself in his shoes... Avoid

³⁶ Cooper, Robert, *The Ambassadors: Thinking about Diplomacy from Richelieu to Modern Times*, Weidenfeld & Nicolson, 2021.

³⁷ *Ibidem*, p. 326.

³⁸ *Ibidem*, p. 327.

self-righteousness like the devil — nothing is so self-blinding”.³⁹ However, to follow this great advice, one must be a politician of John Fitzgerald Kennedy’s calibre, which in the political climate prevailing in most societies today is almost an impossible demand. In his latest book entitled *Leadership*⁴⁰ Henry Kissinger, having studied the strategies of some great political leaders such as Konrad Adenauer, Charles de Gaulle and others, bemoans about the dearth of political leadership in today’s world. In his interview to *The Spectator* in summer 2022 he was even more explicit:

All the pressures of modern political activity are so consuming that the long-range thinking and lived sense of history that for Churchill was second nature is almost impossible to arise. I can’t cite a current example of a western leader who embodies it. That is a great danger, because it means that any demagogue who can exploit immediate resentments can achieve a disproportionate influence. It is the biggest problem for the future of democracy. Great leaders have to understand their society and believe in it. But they also have to be able to transcend it, to point society from where it is to where it has never been.⁴¹

Today, the crocodile tears of most political leaders serve only propaganda purposes. Although the empathy among the common people for the victims of those who either died under the bombardments of Kiev’s regime between 2014-2022 or those who today lose their lives and property because of the Russian attack is genuine while unfortunately also often one-sided due to respective media brainwashing. Therefore, for political leaders, instead of references to international law or ‘rules based order’, it would be less hypocritical to state, as Dean Acheson— a distinguished American diplomat and lawyer, the Secretary of State from 1949 to 1953, did while answering the question about the legality of the US behaviour during the 1962 Caribbean crisis: “The power, position and prestige of the United States had been challenged by another state; and law simply does not deal with such questions of ultimate power- power that comes close to sources of sovereignty”.⁴² For political leaders of major powers in the battle

³⁹ *Ibidem*, p. 341.

⁴⁰ Kissinger, Henry, *Leadership: Six Studies in World Strategy*, Allen Lane, 2022.

⁴¹ Henry Kissinger on Ukraine and China, *The Spectator*, August 1, 2022.

⁴² Acheson, Dean, “The Cuban Quarantine: Implications for the Future”, *Proceedings of the*

for, as well as against, geopolitical and geo-economical domination of the world; not only international law, but also morality and humanitarian concerns matter very little, if only as propaganda tools.

VI. ANY WAY OUT OF THE CURRENT NIGHTMARE?

Without entering into the wishful thinking about the perpetual peace or a war to end all the wars, one could be still justified in asking what can be done to end the current geopolitical nightmare. How could the world come out from this conflict with a minimum of damage and without paving the way for new conflicts? There have been different ways of ending armed conflicts among which I would single out two opposites: the Versailles peace of 1919, which ended WWI, and the Vienna Congress of 1815, that drew a line under the Napoleonic wars. If the first paved the way for WWII, leading some historians to consider these two world wars as different stages of the same conflict, the second guaranteed relative peace in Europe for almost a century. The Versailles treaties not only humiliated and weakened Germany but also excluded it from what could be considered as a Concert of Europe for the twentieth century League of Nations. This was quite different from what had done the Congress of Vienna of 1815, though in contradistinction to how European powers had sleepwalked to WWI, it had been Napoleonic France that had wilfully invaded other European nations. Nevertheless, France became a part of the Concert of Europe, though without Napoleon, yet Talleyrand remained.

The Cold War ended with the triumph of the United States. Russia, notwithstanding all the efforts of Russian leaders in the 1990s to please Washington and to be liked in the West, was never included in the European security structures, which were led by the US and centred on NATO. This means that the Cold War ended with arrangements, which were closer to the Versailles spectrum of ending conflicts, with terrible consequences, as we see. Now the question is: would Western leaders, after the arrival of relative calm or stalemate in Ukraine, choose the way of Clemens von Metternich and Viscount Castlereagh, or that of those whom, after the First World War, paved the way for an even more terrible military conflict. And

American Society of International Law, 1963, p. 14.

even justifiable moral indignation, especially as it is whipped up in order to consolidate the ranks, is a poor guide in foreign policy decision-making. And it is true for all sides. Compromises and recognition of security concerns of all states will be must. It is necessary to admit that the world is too big, complex, and diverse to have its rich tapestry to be flattened into a carpet where only one pattern, be it of a Judeo-Christian, Anglo-Saxon, Confucian, Muslim or even secular liberal-democratic, would dominate. Coexistence, cooperation, and peaceful rivalry between societies with different political, economic, religious and social models is a *conditio sine qua non* for a relatively peaceful world. No system is perfect while some may be quite horrible, though outside attempts to improve them usually fail. And the centuries old truth that only an equilibrium or balance between major players can guarantee more or less sustainable, never perpetual, peace, has to be accepted.

VII. REFERENCES

- ACHESON, D., “The Cuban Quarantine: Implications for the Future”, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1963.
- BULL, Hedley, *Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Macmillan, 1977.
- COOPER, Robert, *The Ambassadors: Thinking about Diplomacy from Richelieu to Modern Times*, Weidenfeld & Nicolson, 2021.
- DAMROSCH, Lori F. and MÜLLERSON, Rein (eds.), *Beyond Confrontation: International Law for the post-Cold War Era*, Boulder, Westview Press, 1995.
- FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia, Columbia University Press, 1964.
- GRAEBER, David and WENGROW, David, *The Dawn of Everything: A New History of Humanity*, London, Allen Lane, 2021.
- GUEHENNO, Jean-Marie, *Le Premier XXIe Siècle: de la globalisation à l'émiettement du monde*, Paris, Flammarion, 2021.
- HENKIN, L., *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, Columbia, Columbia University Press, 1979.
- KAGAN, Robert, *Of Paradise and Power: America and Europe in the World Order*, New York, Alfred Knopf, 2003.

- KISSINGER, Henry, *Leadership: Six Studies in World Strategy*, Allen Lane, 2022.
- KOSKENNIEMI, Martti, 'International Law and Political Theology', *Constellations*, vol. 11, num. 4, 2004.
- LENGLET, François, *Rien ne va, mais... 2023, l'année qui peut nous sauver*, Plon, 2022.
- METTAN, Guy, *Russie-Occident, une Guerre de Mille Ans: La Russophobie de Charlemagne à la Crise Ukrainienne*, Éditions des Syrtes, 2015.
- MÜLLERSON, Rein, *Regime Change: From Democratic Peace Theories to Forcible Regime Change*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- MÜLLERSON, Rein, "Ukraine: Victim of Geopolitics", *Chinese Journal of International Law*, Oxford, vol. 13, num. 1, March 2014, available at: <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu011>.
- MÜLLERSON, Rein, "Democratization through the Supply-Demand Prism", *Human Rights Review*, vol. 10, num. 4, November 2009.
- OPPENHEIM, L. F. L., *International Law: A Treatise*, London, Peace, 1905, vol. I.
- SHARNAK, Debbie, *Jimmy Carter, Cambodia, and the United Nations: Human Rights in a Cold War Climate*, University of Wisconsin-Madison, April 2010.
- TWISS, Travers, *The Law of Nations Considered as Independent Political Communities: On the Rights and Duties of Nations in Time of Peace*, Oxford, 1861.
- VATTEL, Emer de, *Le Droit des Gens. Ou principes de la loi naturelle*, London, Apud Liberos Tutor, 1758, t. 2.
- VÉDRINE, Hubert, *Le Monde au Défi*, Paris, Fayard, 2016.
- VERESCHCETIN, Vladlen Stepanovich and MÜLLERSON, Rein, "The Primacy of International Law in World Politics", *Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo*, vol. 7, num. 6, 1989.
- WATSON, Adam, *The Evolution of International Society*, New York, Routledge, 1992.

Tendencias contemporáneas sobre la *opinio juris* y la prueba material del derecho internacional consuetudinario

*Contemporary Trends on opinio juris and the
Material Evidence of International Customary Law*

*Tendances contemporaines sur l'opinio juris et la
preuve matérielle du droit international coutumier*

Paulo Borba Casella*

* Universidade de São Paulo, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6423-6985>, pbca@usp.br.

Artículo recibido el 22 de junio de 2022

Aprobado para publicación el 12 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 33-64
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto discutir cómo puede tener sentido el derecho internacional, a partir del estado actual de la técnica, frente a los desarrollos futuros, y qué características debe tener el mismo para hacer frente a los desafíos que plantea el surgimiento del actual contexto mundial posmoderno, interdependiente, multipolar y cada vez más complejo. La novedad en el contexto internacional actual es que, además del nivel individual de acción de los Estados, ya sea unilateral, bilateral y multilateral, existe un área creciente para la formación y el desarrollo del consenso común. En ese contexto, la *opinio juris* ya no debe entenderse en la actualidad como una opinión individual de uno o de ciertos Estados, sino como declaraciones colectivas, emitidas por la comunidad internacional, en su conjunto o de una parte sustancial de las mismas.

Palabras clave: derecho consuetudinario, posmodernidad, *opinio juris*, prueba material, desarrollo progresivo, fuentes del derecho internacional.

ABSTRACT: This essay aims to discuss how international law can make sense, based on the current state of the art, in the face of future developments. What characteristics does it have to have to face the challenges posed by the emergence of the current postmodern, interdependent, multipolar and increasingly complex world context? What is new in the current international context is that, in addition to the individual level of action by States, be it unilateral, bilateral and multilateral, there is a growing area for the formation and development of common consensus. In this context, the *opinio juris* should no longer be understood as an individual opinion of one or certain States, but today as collective declarations, issued by the international community, as a whole or a substantial part of them.

Key words: Customary law, postmodernity, *opinio juris*, material evidence, progressive development, sources of international law.

RÉSUMÉ : Cet essai vise à discuter de la façon dont le droit international peut avoir un sens, sur la base de l'état actuel de l'art, face aux développements futurs. Quelles caractéristiques doit-elle avoir pour faire face aux défis posés par l'émergence du contexte mondial actuel postmoderne, interdépendant, multipolaire et de plus en plus complexe? Ce qui est nouveau dans le contexte international actuel, c'est qu'au-delà du niveau d'action individuel des États, qu'il soit unilatéral, bilatéral et multilatéral, il existe un espace croissant pour la formation et le développement d'un consensus commun. Dans ce contexte, l'*opinio juris* ne doit plus être comprise comme une opinion individuelle d'un ou de certains États, mais aujourd'hui comme des déclarations collectives, émises par la communauté internationale, dans leur ensemble ou une partie substantielle d'entre elles.

Mots clés: Droit coutumier, postmodernité, *opinio juris*, preuve matérielle, développement progressif, sources du droit international.

El método de generación del derecho internacional consuetudinario se encuentra en la etapa de transformación de un proceso individualista a un proceso colectivista. Se puede decir que este fenómeno es la adaptación del proceso creativo tradicional del derecho internacional a la realidad del crecimiento de la comunidad internacional organizada. CIJ, Casos relativos al África Sudoriental (Sentencia del 18 de julio de 1965, voto disidente, juez Tanaka).¹

El surgimiento del actual contexto mundial posmoderno, interdependiente, multipolar y cada vez más complejo no necesita más comentarios. Es algo evidente, nos guste o no. La Conferencia en Memoria de Gilberto Amado, pronunciada en Ginebra el 17 de julio de 2013, puede ser una ocasión oportuna y relevante para considerar algunos de estos aspectos, a la luz de la *opinio juris*.

El papel del derecho internacional para regular un mundo posmoderno, interdependiente, multipolar y cada vez más complejo también es claro, ya que se trata de una cuestión de supervivencia de la humanidad.² La pregunta es ¿cómo puede reaccionar el derecho internacional a los cambios y enfrentar los desafíos presentados por tal contexto mundial? Algunos afirman que debería volverse universal,³ que debería convertirse en “intercivilizacional”, lo que significa un paso más allá de un enfoque multicultural

¹ ICJ, Casos relativos al África Sudoriental (sentencia del 18 de julio de 1965, ICJ Reports, 1966, disponible en: <https://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf/>), voto disidente del Juez Tanaka, p. 250 y sig. citado p. 294) aunque no estoy de acuerdo con la opinión expresada en la siguiente frase: “Se puede caracterizar, desde el punto de vista sociológico, como una transición de la costumbre tradicional a la legislación internacional por medio de tratado”.

² Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 281, 1999, pp. 23 y 24. “Es cada vez es más urgente examinar el derecho internacional como una herramienta diseñada para promover políticas universales de interés común”. En su opinión: “El derecho internacional tiene un mandato al servicio de la humanidad en general, aunque formalmente sus principales sujetos siguen siendo Estados soberanos”. *Ibidem*, pp. 435 y 436; concluye que “La humanidad ha desarrollado un impresionante marco legal sabiendo que es necesaria una estrecha cooperación internacional para el desempeño de una serie de tareas de dimensiones globales”. Y, por lo tanto, “será el desafío de las próximas décadas fortalecer los sistemas de cooperación existentes”.

³ Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988. Véase también la versión en francés: *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus Publicum Europaeum*, trad. de Lilyane Deroche-Gurcel, París, PUF-Quadri-

simplemente manteniendo las cosas separadas o podría presentarse como “transcivilizacional”,⁴ mientras que otros afirman que ya se ha convertido en “posmoderno”,⁵ considerando la “reestructuración imaginativa del derecho internacional para satisfacer las condiciones y necesidades sociales, y también las expectativas de la comunidad, que cambian rápidamente”.⁶ Se pueden dar diferentes nombres para describir este fenómeno, se pueden adoptar diferentes enfoques para encarar el cambio, pero no se puede negar el cambio estructural en curso en el derecho internacional, y su impacto es irreversible.

A veces, un problema del pasado puede convertirse en un acontecimiento positivo. Un gran ejemplo de una carga convertida en un activo:

La noción de la “confianza sagrada en la civilización”, una ideología utilizada para justificar la dominación colonial fue asumida por el sistema de mandatos de la Liga

ge, 2001. Y también Charney, Jonathan L., “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 87, núm. 4, octubre de 1993, pp. 536-542.

⁴ Onuma, Yasuaki, “Eurocentrism in the History of International Law”, *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 371-386, y también p. 370; “Al ver la tragedia de la Guerra de los Treinta Años, Grotius cerró los ojos ante la violencia estructural de la “paz” y centró sus esfuerzos en reducir la violencia manifiesta. En este contexto, es interesante preguntarse cuál sería el trabajo equivalente en el mundo actual”. Véase también Onuma, Yasuaki, “A Transcivilizational Perspective on International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2009, vol. 342; Onuma, Yasuaki, “The ICJ: an Emperor without Clothes? International Conflict Resolution, Article 38 of the ICJ Statute and the Sources of International Law”, en Ando, Nisuke et al., *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, Nueva York, Kluwer, 2002, p. 191, colocando dudas sobre la tradicional confianza en las fuentes del artículo 38. Sobre el tema, véase también, Becker Lorca, Arnulf, “Eurocentrism in the History of International Law”, en Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 1034-1057.

⁵ Borba Casella, Paulo, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008. Como se ha propuesto para el derecho internacional privado en Jayme, Erik, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2000, vol. 282, pp. 9-40; Jayme, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 251, 1995, pp. 9-267.

⁶ McWhinney, Edward, “The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law”, en Makarczyk, Jerzy, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, Institute of State and Law of the Polish Academy of Sciences, pp. 179-199.

de Naciones y se ha utilizado para criticar no sólo el dominio de Sudáfrica sobre Namibia, sino también las actividades de los Estados Unidos en la Micronesia, y de Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido en Nauru. Al final, lo que los académicos pueden hacer es esforzarse, a través de profesionalismo y la técnica académica, para minimizar las distorsiones doctrinales —ya que eliminarlas es imposible— y asumir, con plena conciencia de las realidades políticas, la responsabilidad por esas (quizá limitadas) esferas donde la doctrina puede tener algún efecto.⁷

Estas son áreas por considerar tanto en la enseñanza⁸ como en el aprendizaje del derecho internacional.

La mejor característica es que el derecho internacional parece ser permanentemente un “trabajo en progreso”, reinventándose y rediseñándose estructuralmente. Esto es algo puramente posmoderno: una carta del pasado puede escribirse con nuevos contenidos. Al igual que sucedió con la “confianza sagrada en la civilización”, también es el caso de la *opinio juris*.

La paradoja del derecho internacional es que se construye, como sistema, considerando su evolución en el tiempo.⁹ Es necesario tener una pers-

⁷ Onuma, Yasuaki, “Eurocentrism in the History of...”, *cit.*, p. 370. “En última instancia, ningún aprendizaje puede ser vívido y creativo a menos que esté respaldado por la imaginación y la curiosidad intelectual. Sin estos, ya no habrá aprendizaje, sino apenas el esqueleto de un aprendizaje.”

⁸ Lachs, Manfred, “Teachings and Teaching of International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976, pp. 161-252. “El elemento didáctico es fundamental para mi materia. Está la importancia de, por un lado, “las enseñanzas” sobre el derecho internacional y su evolución, y, por otro lado, el proceso continuo de “enseñanza”. Los dos, por supuesto, se penetran y forman una vasta materia”.

⁹ En el sentido de la perspectiva histórica para el estudio y la comprensión del derecho internacional, Borba Casella, Paulo, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo, Atlas, 2012; Borba Casella, Paulo, *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitoria*, São Paulo, Atlas, 2012; Casella, Paulo Borba, *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*, São Paulo, Atlas, 2013. Ver también: Nys, Ernest, *Les origines du droit international*, Bruselas, Alfred Chastaigne, París, Thorin & Fils, 1894; Pillet, Anotina *et al.*, *Les fondateurs du droit international public*, París, V. Giard & E. Brière, 1904; Grewe, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984; Nussbaum, Arthur, *A concise history of the law of nations*, Nueva York, MacMillan, 1954; Hélie, Jérôme, *Les relations internationales dans l’Europe moderne 1453-1789*, París, Armand Colin, 2008; Koskenniemi, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; Fassbender, Bardo y Peters, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 2, donde se advierte: “La historia eurocéntrica del

pectiva a largo plazo¹⁰ para poder verla como una característica necesaria y comprender así los fenómenos de la civilización humana.

La codificación del derecho internacional ha sido uno de los grandes logros en nuestra área, durante la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX.¹¹ Particularmente porque el trabajo de codificación fue realizado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, ya que fue creada a fines de la década de 1940.

Sin embargo, la codificación del derecho internacional no puede dejar de lado al derecho consuetudinario. Ni siquiera la codificación exitosa del derecho internacional, como lo ilustra uno de los mejores resultados jamás alcanzados en el proceso de codificación del derecho internacional. El preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961: “Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

Más allá de las etiquetas y las cuestiones teóricas, desde hace décadas se está produciendo un cambio sustancial en el papel y alcance del derecho internacional, ya que se erigió de acuerdo con el modelo clásico de reglas de

derecho internacional ha demostrado ser errónea porque es incompleta”. Véase también los varios volúmenes de Verzijl, J. H. W., *International Law in Historical Perspective*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1968. Para una visión crítica sobre el papel de la historia en el estudio del derecho internacional, Steiger, Heinhard, ¿“Was heisst und zu welchem Ende studiert man Völkerrechtsgeschichte?””, en Appel, Ivo *et al.* (coords.), *Öffentliches Recht in offenem Staaten. Festschrift für Rainer WAahl zum 70 Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 211-223.

¹⁰ Según explicó el historiador francés Braudel, Fernand, “Histoire et sciences sociales. La longue durée”, *Écrits sur l'histoire*, París, Flammarion/Champs, 1969, pp. 15-38.

¹¹ Tema tratado en todos y cada uno de los manuales de derecho internacional, permítase mencionar el mío propio, como evidencia de que desde hace mucho tiempo vengo enfatizando —no solo hoy y acá—, la relevancia del trabajo realizado por la ILC, junto con los Embajadores Hildebrando Accioly (1888-1962) y Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva (1917-2003). Véase Accioly, Hilderbando *et al.*, *Manual de direito internacional público*, 20a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, esp. pp. 211-255. También mi comentario al artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas: Casella, Paulo Borba, “Artigo 13”, en Brant, Leonardo Nemer Caldeira (coord.), *Comentário à Carta das Nações Unidas*, Belo Horizonte, Cedin, 2008, pp. 273-304, citado p. 275; el objetivo de fomentar el desarrollo del derecho internacional y su codificación progresiva, como en la Carta de las Naciones Unidas, ilustra el cambio progresivo en el papel de la erudición jurídica, desde el trabajo individual de los grandes maestros clásicos, al trabajo de asistencia al proceso de codificación del derecho internacional: “Campos enteros del derecho internacional se han consolidado en las últimas décadas”.

convivencia interestatal, avanzando en dirección a la cooperación. ¿Cómo se puede incorporar un sentido de interés comunitario en el derecho internacional como tal? Describir los cambios alegando que nos estamos apartando del derecho internacional no es una forma de resolver el problema.

En resumen, ¿cómo puede tener sentido el derecho internacional, a partir del estado actual de la técnica, frente a los desarrollos futuros?, ¿qué características debe tener el mismo para hacer frente a los desafíos?¹²

Como en otros aspectos del derecho internacional, recurrir a los “clásicos” puede ser una forma adecuada de afrontar los desafíos actuales. De acuerdo con este enfoque posmoderno, revisemos las lecciones dadas, entre otros, por A. Gentili (1598),¹³ F. Suárez (1612), H. Grotius (1625) y C. van Bynkershoek (1737). Más que simplemente mirar hacia el pasado, ellos pueden proporcionar ahora respuestas aplicables al futuro.

A fines del siglo XVI, Gentili, en su *De jure belli* (1598), señaló que “el derecho de gentes es el que se aplica a todos los pueblos, establecido por la razón natural para todos los hombres, e igualmente observado por todos. Esta es la ley de la naturaleza”.¹⁴

Gentili explica el origen del derecho consuetudinario: “De ninguna otra forma se introduce el derecho no escrito sino a través, precisamente, de la costumbre”.¹⁵ Así, “en cierto modo, se puede decir que nuestros juristas han recogido ese derecho de todos los pueblos. Podemos darnos cuenta de lo desconocido por lo conocido”.¹⁶ Y “tal es la fuerza vinculante de la costumbre, como derecho no escrito, tanto para las ciudades, como para toda

¹² Borba Casella, Paulo, “International Law: the post-modern Approach to the Classics and the New Challenges”, *XXXVI Curso de derecho internacional*, Washington, OEA, vol. 36, 2010, pp. 3-46; véase también, Koskenniemi, Martti, “What is International Law for?”, in Evans, Malcolm (ed.), *International Law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 32-57; Watts, Arthur, “The Importance of International Law”, en Byers, Michael, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 5-16.

¹³ Gentili, Alberico, *De iure belli libri tres*, 1598. De las siguientes ediciones: Gentili, Alberico, *De jure belli libri tres*, trad. de John C. Rolfe, introducción de Coleman Phillipson, índices de John C. Rolfe, Oxford, Carnegie, 1933; Gentili, Alberico, *Direito de guerra*, trad. Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004.

¹⁴ Gentili, Alberico, *Direito...*, cit., 2004, pp. 55 y 56.

¹⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

la ciudad universal, aunque no sirva a todos, y algunos la contradigan”.¹⁷ Costumbre no significa juzgar con ejemplos, pero lo que “se ha observado de forma constante se parece más a un juicio confirmado por la opinión de la mayoría”.¹⁸

En el siglo XVII, Francisco Suárez en su *De legibus ac deo legislatore* (1612),¹⁹ destacó que los preceptos del derecho de gentes fueron introducidos por el libre consentimiento de los hombres, y lo califica como algo “de toda la humanidad, o la mayor parte de esta”. Estos mandamientos no son algo inscrito en el corazón de los hombres por obra de la naturaleza. Son derecho humano, no derecho natural.²⁰

El derecho de gentes era de este modo resultado de usos compartidos entre los pueblos (*Gentium, quod ex communi usu gentium habetur*): los pueblos tienen usos comunes entre ellos. Y la pregunta sobre cómo determinar usos tan comunes permanece hasta nuestros días.

En la medida en que las reglas se basan en la costumbre, ¿qué costumbre puede ser considerada fuente del derecho y, por lo tanto, puede generar derecho internacional? Aquí, Suárez hace una distinción crucial: hay costumbres compartidas por muchos reinos y repúblicas, como las relativas a la compra y venta. Estos usos se engloban tradicionalmente como *ius gentium* según el derecho romano.²¹ Suárez lo niega: estas son ciertamente reglas compartidas por todas las naciones —y, por lo tanto, generan una especie de conjunto de reglas transnacionales—, pero estas no son reglas entre naciones, debidamente establecidas. Forman parte de un *ius intra-gentes* dere-

¹⁷ *Ibidem*, p. 58.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 59 y 60. “Y Baldo Degli Ubaldi añade: Lo que el mundo apruebe no será yo quien lo desapruere”.

¹⁹ Suárez, Francisco, *Tractatus de legibus ac deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ, apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612. De las siguientes ediciones, *Tractatus de legibus ac de deo legislatore / Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozguren, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968; Association Internationale Vitoria-Suarez, Vitoria et Suarez, *contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Association Internationale Vitoria-Suarez, Pedone, 1939, *Selections from three works*, preparada por Gwladys L. Williams *et al.*, Washington, Oxford, Clarendon Press, London, Humphrey Milford, 1944.

²⁰ *Ibidem*, II.XVII.8: “præcepta iuris gentium ad hominibus introducta sunt per arbitrium et consensum illorum, sive in tota hominum communitate, sive in maiori parte; ergo sunt iuris humani, et non naturalis”.

²¹ *Idem*.

cho común a varios pueblos; sin embargo, no son derecho internacional. El derecho internacional propiamente dicho (*ius gentium*) es un derecho entre naciones, o *ius inter-gentes*, una regla que existe entre diferentes comunidades políticas.²² La costumbre regiría el comportamiento de los Estados en ese momento como, por ejemplo, cuando el Estado haga la guerra, para compensar los daños sufridos o las agresiones recibidas por parte de otro Estado.

Durante la primera mitad del siglo XVII, con Suárez se dio un gran paso adelante, en el sentido específico de un derecho internacional positivo. Al contrario del papel que supuestamente jugó Suárez simplemente siguiendo la tradición escolástica,²³ no tenía en mente un “derecho natural” divinamente inspirado, sino un derecho humano, construido por consenso: “una ley no escrita, que se llama costumbre” (*de lege non scripta, quae consuetudo appellatur*).

El proceso de cambio de reglas es diferente para el derecho internacional y para el derecho civil. En el derecho civil, las reglas pueden ser modificadas por un reino o una república, actuando por sí misma, mientras que en el derecho de gentes el cambio sólo puede producirse por consenso entre varios Estados.²⁴ Según Suárez, la costumbre tanto precede a la promulgación de la ley como la sucede: precede a la misma, inevitablemente, ya que la costumbre es un derecho no escrito y antecede a la escritura; también la sucede, ya que la costumbre está siempre presente. Las expresiones, utilizadas por Suárez, para significar²⁵ la costumbre —*usus, mos, consuetudo*— están mucho más próximas entre sí en sentido, y resultan de la acción libre y propiamente humana.²⁶

Para su contemporáneo más joven, Hugo Grotius, como afirma en su obra maestra *De jure belli ac pacis* (1625),²⁷ además del derecho positivo (*jus*

²² *Idem*.

²³ Véase Casella, Paulo Borba, *Direito internacional no tempo moderno...*, *op cit*.

²⁴ Suarez, Francisco, *op. cit.*, II.XX.7: “In quo etiam adverte talem mutationem aliter posset contingere in iure gentium quod solum est commune propter convenientiam plurium nationum in tali vel tali lege; aliter vero in illo, quod est commune ex usu et more gentium, quatenus inter se habent societatem, aliquam seu communicationem”.

²⁵ Suárez, Francisco, *Tractatus de legibus...*, *cit.* (livro VII, “*De Lege non scripta, quae consuetudo appellatur*”, c. I-XX).

²⁶ Brown Scott, James, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, Washington, Carnegie Endowment for Peace, 1934, p. 112. “La palabra «libre» no es de poca importancia, porque implica acción voluntaria, y sin acción voluntaria la costumbre, como tal, no puede surgir, como demuestra Suarez”.

²⁷ Grotius, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625. De las siguientes ediciones, *De jure belli*

voluntarium), cuya existencia deriva de la voluntad de los Estados, existía el derecho natural, dominando la misma, en la medida en que es eterna y no está sujeta a cambios. Para él, ésta no es una teoría simple, es ley obligatoria para todos los Estados; la única distinción con el derecho positivo es su fuente. Es el resultado de la razón. Es la aplicación a los Estados, del mismo derecho divino, la que gobierna los individuos.²⁸

Como evidencia de una costumbre sin el uso de palabras, Grotius consideró que “señales mudas que pueden significar algo, de acuerdo con la costumbre”:²⁹ como entre los macedonios alzar sus armas; entre los romanos poner los escudos encima de sus cabezas, como signos de rendición y de pedido de clemencia, obligando así a soltar las armas, y “en nuestros días, las banderas blancas son una señal tácita de llamado al diálogo. No son menos obligatorias que un pedido efectuado *viva voce*”.³⁰

Grotius (1625) consideró los elementos para caracterizar la “costumbre”,³¹ ya que “interesa a la sociedad humana que el poder se establezca de manera segura, lejos de las rivalidades”. Todo lo que se presume que pueda ser útil para tal sociedad “debe ser visto con buenos ojos”.³²

Según Louis Le Fur, Grotius conocía las teorías del positivismo jurídico moderno, según las cuales la justicia está determinada por la opinión y la costumbre.³³ Pero supuestamente aborrecía esa doctrina como una “plaga hereje”.

ac pacis, vol. I: Reproducción fotográfica de la edición de 1646, Washington, Carnegie, 1913; vol. II, trad. de Francis W. Kelsey, *et al.*, Oxford, Carnegie, 1925; *O direito da guerra e da paz*, trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004; *De jure belli ac pacis*, trad. de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre Ducoup, 1724, ed. facsimilar: Caen, Publications de l’Univ. De Caen, 1984.

²⁸ Sobre la contribución de Grotius al derecho internacional moderno, véase Casella, Paulo Borba, *Direito internacional no tempo moderno...*, *cit.*, capítulo XVIII.

²⁹ Grotius, *op. cit.*, 1625, III.XXIV.V.

³⁰ *Ibidem*, III.XXIV.V y III.XXIV.VI. Donde considera la posible prórroga de la «aprobación tácita de una garantía».

³¹ *Ibidem*, II.IV.V.2. Para establecer una costumbre: “exceptuando lo que las leyes civiles sólo admiten después de un lapso de un cierto tiempo y de cierto modo, puede ser introducido por los mismos hechos que tolera el que tiene soberanía. En cuanto al tiempo requerido para que la costumbre tenga algún efecto como derecho, no está limitado, pero debe ser lo suficientemente largo como para llegar a un consenso”.

³² *Ibidem*, II.IV.VIII.3 y II.IV.VIII.4. “[S]e puede presumir que cada uno tenderá a conservar lo que posee, y por lo tanto una presunción más fuerte es no creer que alguien dejaría transcurrir mucho tiempo sin mostrar algún indicio de su voluntad”.

³³ Le Fur, Louis Érasme, “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 18,

En la primera mitad del siglo XVIII, Cornelius van Bynkershoek en *Quaestionum juris publici* (1737),³⁴ a su vez, advirtió que “todas las Repúblicas son de tal manera que no se les debe objetar ni grandes perfidias, ni se pueden esperar de ellas grandes virtudes singulares ni magnanimidades”.³⁵ Los Estados son lo que son: como dicho, no se debe esperar de cada Estado ni una gran perfidia ni virtud y magnanimidad. Repúblicas —o reinos, da lo mismo— son como son, y no se debe esperar que cambien. Bynkershoek advirtió sobre la necesidad de controlar “esa bestia... llamada razón de Estado”.³⁶

Los Estados tienden a verse a sí mismos primero, y el resto viene después; esto se aplica tanto interna como externamente. Por lo tanto, se deben establecer límites a los Estados: y esto siempre debe recordarse.³⁷ Los Estados no deben permanecer indómitos³⁸ en todo el mundo.³⁹

1927, pp. 323 y 324. Con algunas reservas sobre el carácter inmutable del derecho natural, como Le Fur llamó la “confusión entre obligación legal y moral”, él consideró que “los desarrollos en Grocio todavía pueden ser admitidos en sus líneas más generales”.

³⁴ Bynkershoek, Cornelius van, *Quaestionum juris publici libri duo*, Leiden, 1737; Oxford, Carnegie, 1930, vol. I. Reproducción fotográfica de la edición de 1737, vol. II, trad. de Tenney Frank.

³⁵ *Ibidem*, II.X. “Sed prudentiae erit haec omnia omitttere, hoc duntaxat superdicto: omnium Rerumpublicarum han ferem indolem esse, ut neque grandem perfidiam iis recte objeceris, nequem singularem animi magnitudinem ab iis facile expectaveris”.

³⁶ *Ibidem*, II.XXV.X. Resulta particularmente colorido en francés: “cette bête... qui s’appelle raison d’état”.

³⁷ Por esa razón, debe recordarse “el Estado es creado para el hombre y no el hombre para el Estado”, como advierte Jenks, Wilfred, “Economic and Social Change and the Law of Nations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 138, 1973, pp. 455-502, p. 495; también: Bedjaoui, Mohammed y Thierry, Hubert, “Avenir du droit international”, en Bedjaoui, Mohammed (ed.), *Droit international: bilan et perspectives*, París, Pedone, UNESCO, 1991, pp. 1305-1317, citado p. 1313, par. 29, “C’est ainsi en fonction des limitations qu’il impose à la souveraineté que le droit international se construit”.

³⁸ Tomuschat, Christian, “Obligations arising for States without or against their will”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 241, 1993, pp. 195-374. Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century: General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 281, 1999, pp. 9-438.

³⁹ Como lo demuestra la consolidación del derecho del espacio ultraterrestre, basado en las premisas de que no se debe permitir la soberanía ni el uso militar del espacio ultraterrestre, en beneficio de todos. Véase Borba Casella, Paulo, *Direito internacional dos espaços*, São Paulo, Atlas, 2009, esp. chap. XXII, ‘espaço ultraterrestre’, pp. 597-626; Borba Casella, Paulo y

Después de casi tres siglos de Bynkershoek, su afirmación no sólo sigue siendo cierta, sino que no se deben esperar cambios en la “naturaleza” de los Estados. No obstante, se han producido cambios sustanciales en el sistema internacional, no sólo en la forma en que se opera el mismo —un grupo más amplio de miembros y una agenda compartida más compleja—, sino especialmente en lo que se refiere a los contenidos de éste, agregando valores y principios más allá de las reglas de convivencia habituales y antiguas.⁴⁰

Bittencourt, Neto, “Desafíos do direito espacial”, em Casella, Paulo Borba *et al.* (ed.), *Direito internacional, Humanismo e globalidade*, São Paulo, Atlas, 2008, pp. 118-135; Cheng, Bin, *Studies in International Space Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998; Colliard, Claude-Albert, “Le droit de l’espace ou le ciel et la terre”, *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, París, Pedone, 1974, pp. 63-74; Diederiks-Verschoor, I. H. Ph., “Similarities with and Differences Between Air and Space Law Primarily in the Field of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 172, 1981, pp. 317-423; Goedhuis, D., “Conflicts of Law and Divergencies in the Legal Regimes of air Space and outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 109, 1963, pp. 257-346; Kerrest, Armel (ed.), *L’adaptation du droit de l’espace à ses nouveaux défis. Mélanges en l’honneur de Simone Courteix*, París, Pedone, 2007; Lachs, Manfred, “The International Law of Outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 113, 1964, pp. 1-116; Laferranderie, Gabriel, “Basic Principles Governing the Use of Outer Space in Future Perspective”, en Benkö, M. y Jolley, E. (eds.), *Space Law. Current Problems and Perspectives for Future Regulation*, Utrecht, Eleven, 2005, pp. 5-28.

⁴⁰ Para decirlo sin rodeos, significaría la línea demarcatoria que separa las relaciones internacionales del derecho internacional: ¿esta línea está trazada por los Estados, que juegan el juego de la política de poder, o por una institución internacional y un sistema legal? Como considerado en Casella, Paulo Borba, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 877-958. No sigo del todo la línea trazada por Slaughter, Anne-Marie, “International Law and International Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2000, vol. 285, pp. 9-249. Para las críticas de una excesiva política de poder en el derecho internacional, véase, por ejemplo, Voos, Sandra, *Die Schule von New Haven: Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 17, “Die Schule von New Haven, die auch “policy-oriented approach” genannt wird, vertritt eine eigenständige, sich von herkömmlichen Vorstellungen in der Völkerrechtslehre erheblich unterscheidende völkerrechtliche Theorie und Methodik”, véase también, Delabie, Lucie, *Approches américaines du droit international: Entre unite et diversité*, París, Pedone, 2011, p. 11, “Peut-on considérer le droit international comme un ‘langage commun’? Au vu des oppositions entre juristes européens et américains on peut en douter. S’ils se réfèrent aux mêmes normes, ils n’apportent pas les mêmes réponses juridiques aux problèmes internationaux. Ces incompréhensions sont si fortes, qu’elles provoquent un véritable ‘schisme’ entre les deux communautés scientifiques. L’acuité des débats sur le recours à la force en droit international en témoigne”.

De tal valor agregado al derecho internacional, el surgimiento y consolidación de conceptos como *jus cogens*,⁴¹ reglas *erga omnes* y *opinio juris* son evidencia material de esta búsqueda de valores “comunitarios” o principios “universales”, que podrían orientar el sistema institucional y legal.⁴² No es casualidad que se susciten controversias y se desencadene mucha discusión sobre el contenido de los propios conceptos, así como sobre los niveles de posible implementación y el efecto que los mismos pueden tener en el escenario jurídico internacional.

Estos valores y principios agregados deben ordenarse dentro del llamado sistema de derecho internacional posmoderno: estos son cambios importantes, ya que el derecho internacional ya no sigue siendo un asunto estrictamente interestatal, sino que cada vez más lleva al ser humano a su núcleo. Este es un tema fascinante, pero no nos ocupará en esta ocasión.

Es interesante que la “costumbre” pueda verse como una forma “antigua” de establecer reglas⁴³ o como una “nueva” fuerza impulsora para la

⁴¹ Riedmatten, Henri de, “Le catholicisme et le développement du droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976, pp. 115-159, p. 140, consideró la posibilidad «même si l'on rénonce à dresser une énumération des normes qui composent le *jus cogens*, de dégager un principe d'interprétation, donnant à cette notion une valeur plus concrète».

⁴² Estos son vastos y complejos temas del derecho internacional. Sin embargo, hasta cierto punto, los mismos están relacionados, tanto para la *opinio juris* como para las reglas de *jus cogens* y *erga omnes*.

⁴³ Como cada manual de derecho internacional contiene un capítulo sobre el tema, el examen exhaustivo de la cuestión sería totalmente imposible. Como prueba para el enfoque adoptado, véase, por ejemplo, junto con la revisión de las “fuentes del derecho internacional”, si la “costumbre” viene antes o después de los “tratados” como fuentes del derecho internacional. Esto puede ser una evidencia reveladora del enfoque adoptado por el autor o autores. Véase, por ejemplo, Lipartiti, Ciro, “Consuetudine (diritto internazionale)”, en Azara, Antonio y Eula, Ernesto (ed.), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, vol. IV, 1960, pp. 327-333; pp. 327 y 328: “La norma consuetudinaria è diritto perchè espressione del senso della giuridicità collettiva che le conferisce ragion di essere e autorità”. Y el elemento tiempo tiene un papel que desempeñar en la consolidación de una regla consuetudinaria: “Nel contempo si perfeziona, cioè si distacca dal procedimento della sua produzione, allorchè la giuridicità di essa si afferma”. Como prueba del “enfoque tradicional” sobre la costumbre, continua: “la consuetudine è precisamente un sistema di apporti volontaristici e spontanei dei singoli partecipante nello stesso senso di condotta come portato dalla univoca coscienza giuridica dei partecipanti medesimi che da essa sono guidati”. Pero la característica principal sigue siendo sobresaliente como “una conformità di atti secondo il criterio del giusto che vive nella coscienza di ognuno e d'onde ciascuno trae il proprio

formación de normas internacionales, lo que demuestra que, a pesar de las controversias, la categoría permanece presente y necesaria en el derecho internacional actual,⁴⁴ como lo fue exactamente hace cien años.⁴⁵

La novedad en el contexto internacional actual es que, además del nivel individual de acción de los Estados, ya sea unilateral, bilateral y multilateral, existe un área creciente para la formación y el desarrollo del consenso

imperativo agente, cioè quel senso della giuridicità che non consente di seguire un indirizzo diverso senza sollevare ostacolo nella propria coscienza come sofferenza dell'ingiusto”.

⁴⁴ Como ejemplo de estas perspectivas contradictorias, véase *i. a.*: Fidler, David P., “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996, pp. 198, 216, 220; Goldsmith, Jack L. y Posner, Eric, “A Theory of Customary International Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 4, 1999, pp. 1113-1177, véase también Goldsmith, Jack L. y Posner, Eric, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 639-672. Hwang, Junshik, “A Sense and Sensibility of Legal Obligations: Customary International Law and Game Theory”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, 2006, pp. 111 y 130. Kelly, J. Patrick, “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000, pp. 449-543; Roberts, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, vol. 15, 2001, p. 757; Vagts, Detlev F., “International Relations Look at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence”, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 1031-1040.

⁴⁵ Solo para limitar la revisión a dos ejemplos de 1913, que reflejan el derecho internacional justo antes de la Primera Guerra Mundial: Mendes, José, *Direito internacional público*, São Paulo, Duprat & Cia., 1913; pp. 98 y 99, remite a la definición clásica del derecho romano “*Mores sunt tacitus consensus gentium longa consuetudine inveteratus*”, y luego como “costume jurídico internacional” explica: “é a observância constante de uma norma reguladora das relações internacionais, que se não baseia em tratado”. Costumbre según la lección de Mendes (*ibidem*, p. 100) se compone de dos elementos: “el elemento externo es el uso, la observancia constante” y el “elemento interno es la *opinio necessitatis*, la convicción de la necesidad sentida de que dicho uso es conforme a la ley” (*convicção da necessidade sentida de constituir direito esse uso*). A su vez, Liszt, Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, París, Pedone, 1928, p. 12: “Le droit international a pour fondement la conscience juridique commune des États civilisés: il existe dans la mesure où cette conscience a pris corps par une expression de la volonté juridique commune. Cette volonté juridique commune se manifeste à l’extérieur: partie au moyen de la pratique juridique, partie par l’établissement formel de règles de droit. Le droit coutumier ou non-écrit résulte de la répétition des faits envisagés comme manifestation de la conscience juridique (*opinio juris sive necessitatis*)”. Y Von Liszt explicó dónde se encontraba la misma (*id.*): “C’est à la conscience juridique commune que l’on pense comme dernière source interne du droit, lorsque l’on range inexactement parmi les sources externes du droit la nécessité (Gareis) ou la reconnaissance (Holtzendorff)”.

común, como sucede con la *opinio juris*.⁴⁶ La determinación de los contenidos⁴⁷ y alcances⁴⁸ de la misma no es una tarea fácil.⁴⁹

⁴⁶ Literalmente, *opinio juris* se puede traducir como “opinión jurídica”. La expresión utilizada para describir la convicción de los juristas sobre un determinado asunto jurídico, como en la *opinio doctorum* o *communis opinio*. También sucede como *opinio communis doctorum*, por la cual la opinión tiene la fuerza de ley, tiene el mismo valor que la ley, tratando sobre la interpretación de una determinada cuestión, como la dan los reconocidos doctores de la Iglesia católica (*doctor ecclesiae*) donde se requería un mínimo de siete doctores, como menciona sobre la *opinio doctorum* por Macedo, Silvio de, en la entrada respectiva de la *Enciclopédia Saraiva do Direito* (ed. R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, vol. 56, 1981, pp. 146 y 147), a partir de entonces, la *opinio doctorum* ya no fue aceptada en el mismo nivel que la Biblia o el derecho canónico, justo por debajo de ambas en la jerarquía de las fuentes jurídicas: “El *Doctor ecclesiae* es una expresión que tiene como objetivo unir dos conceptos [es decir, doctor = el más sabio y santo = puro, sagrado] justifica así una cierta autoridad para hablar y, en consecuencia, para ordenar”.

⁴⁷ *I.a.*, véase Casella, Paulo Borba, “Opinio juris’ e a questão da materialidade emergente no direito internacional pós-moderno”, *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, vol. 3, núm. 10, abril-junio de 2008, pp. 367-386; Elias, Olufemi, “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, julio de 1995; Giannattasio, Arthur R. C., “A «opinio juris sive necessitatis»: Do elemento subjetivo consuetudinário à intersubjetividade jurídica”, in Borba Casella, Paulo y Carvalho Ramos, A. de (ed.), *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*, Brasília, FUNAG, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 575-617.

⁴⁸ Así, por ejemplo, Dupuy distinguió entre lo que él llamaba “*Coutume sage et coutume sauvage*”, en Dupuy, René-Jean, *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974, pp. 75-87.

⁴⁹ La costumbre como fuente del derecho internacional ocupó un lugar relevante en los escritos de Michael Virally, véase Virally, Michael, “À propos de la lege ferenda”, *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, París Pedone, 1981, pp. 519-533; Virally, Michael, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des années*, París, PUF/Publications de l’Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 1990, pp. 213-227; Virally, Michael, “Panorama du droit international contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 138, 1983, pp. 9-382; nota 6, p. 182: “En réalité, le droit coutumier est l’expression des contraintes résultant de la coexistence d’une pluralité d’États et de la nécessité ressentie par ceux-ci de conduire leurs relations mutuelles de façon réglée”; véase también Dupuy, Pierre-Marie, “À propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête breve sur l’objecteur persistant”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, pp. 257-272; Barberis, Julio A., “La coutume est-elle une source de droit international?”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991, pp. 43-52; llegó a las siguientes conclusiones: “a) les normes coutumières ne sont créées au moyen d’aucun procédé juridiquement établi, autrement dit la coutume n’est pas une source de droit international; b) l’existence de normes coutumières internationales peut être cons-

Una prueba de ello es la amplia jurisprudencia⁵⁰ tanto de la Corte Permanente⁵¹ como de la CIJ⁵² sobre la existencia y el contenido de la *opinio juris*. Mientras que, por un lado, la Corte llegó a la conclusión de que nin-

taté par les juges ou par les organes des États grâce à certaines règles techniques, dont l'une est constitué par la présence de l'élément matériel et de l'*opinio juris* dans la formation d'une pratique déterminée”.

⁵⁰ La convicción sobre la legalidad de una práctica va más allá del alcance del derecho, y puede encontrar apoyo en la moral, en el interés, en el puro uso u otras razones. En la medida en que existe la norma consuetudinaria, el Estado no tiene otra opción en su práctica sino observarla: debe ajustarse a una norma jurídica vinculante. Se puede afirmar que no se requiere que la norma exista, sino que los sujetos de derecho internacional que la aplican sí crean que existe: “*La conviction ne doit pas être confondue avec l’obligation. Il s’agit ici d’une conscience ‘collective’ de vouloir créer l’obligation, et une fois acquise, la coutume lie les sujets indépendamment de leur concours à sa formation (sauf opposition par protestations expresses et dûment et régulièrement manifestées). Ce qui permet de différencier la coutume de la convention qui est une manifestation de volonté limitée aux cercles des états contractants*”. Kdhir, Moncef, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2a. ed., Bruselas, Bruylant, 2000, pp. 248-250. “*Opinio juris* est la conviction dans une pratique de se conformer à une obligation juridique. La CIJ évoque le sentiment ou la conscience de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. La Cour vise une concordance de sentiments. La coutume internationale n’existe qu’avec le concours nécessaire et cumulatif de deux éléments: un élément matériel —une pratique répétée et un élément psychologique— l'*opinio juris*. Celle-ci est difficile à prouver puisqu’il faut évaluer l’existence d’un sentiment psychologique, dépourvu de données objectives. La preuve de l'*opinio juris* se révèle parfois impossible à obtenir”.

⁵¹ Entre muchos otros, véase, por ejemplo, el caso Lotus (1927), cuando la CPJI consideró que la competencia penal exclusiva del Estado de la bandera no era una norma consuetudinaria por falta de *opinio juris*: “C’est seulement si l’abstention était motivée par la conscience d’un devoir de s’abstenir que l’on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États étaient conscients de pareil devoir”, PCIJ, Recueil, serie A, n. 10, p. 4.

⁵² La CIJ ha considerado la falta de *opinio juris* en la sentencia del caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (20 de febrero de 1969), relativa a la norma de equidistancia: “Il faut que la pratique des États ait été fréquente et pratiquement uniforme... et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu’une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu”. Solo la prueba material no es suficiente: “Les États intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent... Il existe nombre d’actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple, qui sont accomplis presque invariablement, mais qui sont motivés par des simples considérations de courtoisie, d’opportunité ou de tradition, et non par le sentiment d’une obligation juridique”, véase ICJ, Recueil, 1969, pp. 43 y 44.

guna norma consuetudinaria prohíbe el uso o la amenaza del uso de armas nucleares;⁵³ por otro lado, la Corte encontró motivos para afirmar que ninguna adquisición de territorio puede ser admitida por medio de uso de la fuerza,⁵⁴ y que la autodeterminación de los pueblos no sólo se convirtió en parte del derecho internacional vigente,⁵⁵ sino que puede afirmarse como uno de los principales avances del derecho internacional en la segunda mitad del siglo pasado.⁵⁶

La *opinio juris* ya no debe verse como una opinión individual de uno o de ciertos Estados, sino en la actualidad como declaraciones colectivas, emitidas por la comunidad internacional, en su conjunto, o de una parte sustancial de las mismas. La *opinio juris*, como tal, se presentará no sólo reflejando los puntos de vista de los poderes dominantes de la época, sino también reflejando la convicción del contenido legal de una determinada declaración —la *opinio juris*, en sentido estricto—, y no sólo como un accesorio a la repetición de actos realizados de la misma manera, como se reflejó, por ejemplo, en la valoración de la *opinio necessitatis*.⁵⁷

Desde el predominio anterior de la pura práctica, de ciertos Estados, y la declaración agregada de que ésta debería ser *el* derecho, o al menos *su* derecho, podemos estar avanzando hacia una visión y tratamiento más comprensivos de los valores comunes, los principios básicos, como son considerados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según proceda, comprobando la existencia y contenido del *ius cogens*,

⁵³ ICJ, Opinión consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares del 8 de julio de 1996.

⁵⁴ ICJ, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro*, Opinión Consultiva, 9 de julio de 2004, esp. par. 115, 117 y la mención a la Res. 242 (1967) del Consejo de Seguridad, en el párr. 74.

⁵⁵ ICJ, *Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo* (Lista general núm. 141, 22 de julio de 2010).

⁵⁶ ICJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 82: “uno de los principales avances del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX ha sido la evolución del derecho a la autodeterminación”.

⁵⁷ *Opinio necessitatis* hace a la opinión de cada uno, la propia convicción, de que una determinada norma consuetudinaria debe ser observada y cumplida. *Opinio necessitatis* sería, por lo tanto, la característica llamada “interna” de la costumbre, de la cual el elemento externo era la repetición de la práctica. La costumbre como fuente no escrita del derecho combinaría necesariamente ambos elementos, la práctica y la *opinio necessitatis*.

de conformidad con los artículos 53 y 64 de la misma. No es casualidad que el reconocimiento de éstos siga provocando reticencias y objeciones.⁵⁸

La *opinio juris* en el derecho internacional actual también se puede constatar a través del actuar de los organismos institucionales ya existentes y en el funcionamiento desde hace décadas, las organizaciones intergubernamentales, especialmente desde las guerras mundiales I y II, o más de un siglo, considerando las primeras iniciativas adoptadas en ese sentido. Durante la segunda mitad del siglo XIX, para la regulación de áreas técnicas de importancia internacional como la propiedad industrial e intelectual, que resultaron en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), o también las comunicaciones por telégrafo, radio y satélite, que dieron lugar a la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), sin olvidar otras áreas igualmente relevantes del derecho internacional, donde se ha construido una *opinio juris* consistente y ampliamente reconocida por pura necesidad, como la Aviación Civil Internacional, dentro de la OACI, o los problemas relativos a salud mundial, dentro de la OMS. Estos funcionan correctamente y son campos de operación e implementación efectivos del derecho internacional, porque requieren obligatoriamente que las normas sean al mismo tiempo “efectivas” e “internacionales”.

Hay un cambio sustancial en la forma tradicional de reconocer la costumbre y el derecho consuetudinario.⁵⁹ El antiguo concepto de costumbre efectiva enfatizaba mucho más la “acción” que el “contenido” de la misma.

⁵⁸ Sin extender demasiado la especulación, Francia y Estados Unidos, por ejemplo, aún no forman parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Brasil tardó mucho tiempo en unirse: esto sólo ocurrió en 2009. La renuencia para no estar obligado por las reglas de *ius cogens* contra su voluntad, o sin haber dado el consentimiento del Estado en sujetarse a una norma internacional de carácter obligatorio, fue declarada durante mucho tiempo en la Cámara de Diputados del Congreso de Brasil como la razón de la demora en la ratificación.

⁵⁹ I.a., véase Tasioulas, John, “Customary International Law and the Quest for Global Justice”, en Perreau-Saussine, A. y Murphy, J. B. (ed.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, esp. pp. 97-335, véase también Dinstein, Y., “The Interaction Between Customary International Law and Treaties”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 322, 2007, p. 427: “La costumbre juega un papel importante y permanente como estrato del derecho internacional en el mundo de la realidad”. Y señala que “en ciertos conjuntos de circunstancias, la costumbre (preeminentemente como *ius cogens*) puede anular o terminar con un tratado, o provocar su desuso. En otros, un tratado, directa o indirectamente (a través de una decisión vinculante del Consejo de Seguridad), puede acabar por completo con la

Y la acción debía ser llevada a cabo por los actores “relevantes” para ser reconocidos como capaces de generar una “nueva” costumbre —*ex facto jus oritur*— no era un simple detalle operativo; ésta fue la premisa conceptual para el surgimiento de la “*consuetudo*” o costumbre.

Charles de Visscher (1953) describe acertadamente el cuadro de formación de la “costumbre” tradicional:⁶⁰

...muchas costumbres deben su origen sólo a las decisiones o actos de grandes potencias, quienes, siguiendo su repetición y su conexión, en vista especialmente de la idea de orden que de ahí resultaba, poco a poco perdieron su rasgo personal, como contingencia, en fin, como acto político, para adoptar el aspecto de costumbre en la formación.⁶¹

Por lo tanto, la “costumbre” era la encarnación de la opinión y de la acción de las potencias dominantes, vestida adecuadamente⁶² y presentada como un estándar de conducta aceptable para la comunidad de Estados. Era más acto que contenido. En ese sentido, la costumbre podría compararse hasta cierto punto con la reciprocidad.⁶³

costumbre o crear una *lex specialis*”. Termina señalando la “interacción entrelazada entre estos dos pilares del derecho internacional”.

⁶⁰ Visscher, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, París, Pedone, 1953. “C’est ainsi qu’après avoir imprimé à l’usage une orientation définie, les grandes puissances s’en constituent encore les garants et les défenseurs. Leur rôle qui de tout temps fut décisif dans la formation du droit international coutumier, est de conférer aux usages ce degré d’effectivité sans lequel la conviction juridique, condition de l’assentiment général, ne trouverait pas une base suffisante dans la réalité sociale”.

⁶¹ *Idem*.

⁶² Mendelson, Maurice H., “The Formation of Customary International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 272, 1998, pp. 155-410; esp. pp. 165-196: explicó dos razones para su enfoque: en primer lugar, tornar animado un asunto que puede sonar áspero y técnico; y, en segundo lugar, la necesidad de situar la formación del derecho internacional consuetudinario en una perspectiva social y jurídicamente adecuada.

⁶³ Sorensen, Max, “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 101, 1960, pp. 1-254; cap. II, “*la coutume*”, pp. 35-51: “Dans une société de structure décentralisée sans pouvoir législatif, la coutume prend forcément une place primordiale parmi les différentes catégories de normes juridiques. Malgré l’essor des organisations internationales, avec leurs tendances centralisatrices, la société internationale n’a pas encore atteint un degré d’unité comparable à celle des sociétés étatiques. L’évolution du droit international par la voie des traités collectifs qui a eu

La comunidad internacional sigue siendo en gran medida una sociedad consuetudinaria. La formación de reglas en una sociedad consuetudinaria es totalmente diferente de la promulgación de leyes en los Estados nacionales. Por tanto, sigue siendo necesario evitar una lectura excesivamente literal del artículo 38.1.b del Estatuto de la CIJ, en el que se presenta la “costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Por eso era fácil criticar o incluso descartar la costumbre como antigua y anticuada, para ser reemplazada por tratados, como reglas codificadas. Como tantas otras cosas en la vida, esto no es tan simple. Y no es viable que se establezca en una distinción tan simplista: tanto la costumbre como el tratado son necesarios, y permanecen presentes y válidos en el proceso de formación de las normas y principios del derecho internacional.

Debido a que la sociedad internacional no tiene entidades equivalentes a los órganos internos o nacionales para la creación e implementación de normas jurídicas, el proceso de elaboración de leyes es necesariamente distinto en el escenario internacional. Es por eso que tanto el tratado como la costumbre, además de otros dispositivos para la formación de normas de derecho internacional, siguen siendo válidos y se tienen en cuenta. Hasta cierto punto, se debate cuáles son y cuál es el papel de cada una de las “fuentes” del derecho internacional. Pero esto supera el propósito de este trabajo.

La existencia y actuación de un organismo institucional internacional como la Asamblea General de la ONU —donde están presentes casi todos los Estados de la actual sociedad internacional— es un rasgo que no puede ser ignorado en este proceso de transformación de la costumbre, en la medida en que las resoluciones emitidas por la AGNU son una fuerte evidencia de una *opinio juris* que tiende a volverse universal. Lo mismo ha contribuido al surgimiento de una *opinio juris* colectiva, que va más allá de declaraciones y opiniones separadas de los Estados.

lieu au cours du dernier siècle et demi, commençant par le Congrès de Vienne et continuant à une allure plus vive à l'époque actuelle, n'a pas encore pris la place d'un processus législatif dans le sens national du mot. En outre, les règles relatives à la conclusion des traités, collectifs comme bilatéraux, dépendent elles-mêmes de la coutume. La coutume est donc appelée à jouer un rôle important dans la société internationale contemporaine. Elle constitue l'élément de stabilité qui est essentiel au système juridique, même à une époque de profondes transformations sociales”.

Hay evidencias de la reformulación de la costumbre y la formación de reglas consuetudinarias internacionales en conexión con la práctica de las organizaciones internacionales. La formación de costumbres internacionales dentro de la sociedad internacional, a través de la adopción de declaraciones como las resoluciones de la AGNU es el principal ejemplo: la “autodeterminación de los pueblos” sería un caso fundamental de tal desarrollo.

La CIJ reconoció la importancia de la “autodeterminación de los pueblos” en la Opinión jurídica de Kosovo de 2010.⁶⁴ La Corte declaró expresamente el derecho a la libre determinación como uno de los “principales avances del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX”.⁶⁵

Aunque lo mismo ya se mencionó en la Carta de la ONU (1945), en el artículo 55, el contenido del derecho a la autodeterminación fue tomando forma progresivamente con las sucesivas resoluciones de la AGNU. A esto le puede seguir el proceso masivo de los años de “descolonización” 1945-1960.⁶⁶

El contenido de la “autodeterminación de los pueblos” se construyó en la práctica, dentro de la AGNU, y luego se hizo eco en el exterior, convir-

⁶⁴ ICJ, *Opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo* (Lista general n. 141, 22 de julio de 2010, par. 79): “Durante los siglos XVIII, XIX y principios del XX, hubo numerosos casos de declaraciones de independencia, a menudo enérgicamente contestadas por el Estado respecto del cual se declaraba la independencia. A veces una declaración dio lugar a la creación de un nuevo Estado, en otras no. Sin embargo, en ningún caso la práctica de los Estados en su conjunto sugiere que el acto de promulgar la declaración se considere contrario al derecho internacional... A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right”.

⁶⁵ ICJ, *Opinión consultiva sobre Kosovo*, 22 de julio de 2010, párr. 82: “uno de los principales avances del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX ha sido la evolución del derecho a la autodeterminación”.

⁶⁶ Borba Casella, Paulo, *Fundamentos...*, cit.: “A autodeterminação dos povos fez-se muitas vezes sem modelos conceituais nem planejamento. Aconteceu em lapso temporal bastante determinado e despeja no sistema internacional, em cerca de quinze anos, número de estados que triplica o total nesse tempo. Ainda recentemente, o caso de *Timor Leste*, mostra que não progrediu o modelo. O impacto e os desdobramentos desse quadro ainda estão sendo absorvidos. O sistema internacional muda irreversivelmente a partir de 1960. / Embora se admita como marco inicial de uso corrente a instauração da autodeterminação dos povos como princípio de direito internacional após a primeira guerra mundial, a ideia remonta ao Iluminismo do século xviii. A inspiração histórica, exportada a partir da França revolucionária, dos conceitos de soberania popular e da renúncia às guerras de conquista, se combina com o triplice imperativo filosófico do liberalismo, nacionalismo e independência”.

tiéndose en un “desarrollo importante del derecho internacional”: aunque no todas las resoluciones adoptadas, *per se*, crearon, modificaron o extinguieron derechos, en su conjunto, expresaron el cambio producido en el derecho internacional sobre el tema, y la creación de la “autodeterminación de los pueblos” como uno de los “principales desarrollos del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX”. Ésta es la *opinio juris* de la comunidad internacional en su conjunto, más allá del alcance de la acción y opinión de uno u otro poder estatal.

Las resoluciones de organizaciones internacionales pueden reflejar la práctica de los Estados o representar la *opinio juris*, como consentimiento general. Por tanto, la *opinio juris* se ha convertido en un elemento institucional del derecho internacional actual.

No sólo se debe reconocer la “práctica”: a menudo se puede señalar la práctica. Pero no necesariamente se debe considerar que la “práctica” está en conformidad con la ley, la práctica debe contar con el “valor agregado”, la convicción de que dicha práctica está en conformidad con la ley.

Sólo para quedarnos con un buen ejemplo, se pueden construir muros, pero mientras se construyen los mismos Estados, a menudo no reclaman ni cuentan con los elementos necesarios para que se argumente que tales muros están de acuerdo con el derecho internacional. Esto es la práctica. No se le agregó ninguna calificación.

Además del tema específico de la opinión consultiva solicitada sobre Kosovo en 2010, la CIJ trazó un paralelismo con este caso, en comparación con otras situaciones, e hizo distinciones claras, como la relativa al estatus de la Franja de Gaza, citando extensamente su Opinión Consultiva de 2004 sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, y también menciona los casos de Chipre, Rhodesia del Sur, la tentativa de la “República Srpska”,⁶⁷ y también se refirió

⁶⁷ CIJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 81. Varios participantes han invocado resoluciones del Consejo de Seguridad en las que se condenan determinadas declaraciones de independencia: véanse, *inter alia*, las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965) y 217 (1965), relativas a Rhodesia del Sur; la resolución 541 (1983) del Consejo de Seguridad, relativa a Chipre septentrional; y la resolución 787 (1992) del Consejo de Seguridad, relativa a la República Srpska. La Corte observa, sin embargo, que en todos esos casos el Consejo de Seguridad estaba tomando una determinación con respecto a la situación concreta existente en el momento en que se hicieron esas declaraciones de independencia; por lo tanto, la ilegalidad asociada a las declaraciones de independencia no se deriva del ca-

ampliamente al caso de Quebec,⁶⁸ como había sido revisitado por la Corte Suprema de Canadá.⁶⁹

En un mundo cada vez más fluido, donde la noción y la función de territorio está experimentando cambios sustanciales y tiende a desmaterializarse,⁷⁰

rácter unilateral de esas declaraciones como tales, sino del hecho de que estaban o habrían estado relacionadas con el uso ilícito de la fuerza u otras violaciones flagrantes de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*). En el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado esta posición. El carácter excepcional de las resoluciones enumeradas anteriormente parece confirmar a la Corte que de la práctica del Consejo de Seguridad no puede deducirse ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia”.

⁶⁸ ICJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 55: “Si bien muchos de los que participaron en el presente procedimiento hicieron referencia a la opinión del Tribunal Supremo del Canadá en *la referencia del Gobernador General sobre ciertas cuestiones relativas a la secesión de Quebec de Canadá* ([1998] 2 S.C.R. 217; 161 D.L.R. (4th) 385; 115 Int. Law Reps. 536), el Tribunal de Justicia observa que la cuestión planteada en el presente asunto es marcadamente diferente de la planteada por la Suprema Corte de Canadá. La pregunta pertinente en ese caso era: ¿Otorga el derecho internacional a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a realizar la secesión de Quebec de Canadá unilateralmente? A este respecto, ¿existe un derecho a la autodeterminación desde el derecho internacional que otorgue a la Asamblea Nacional, la legislatura o el gobierno de Quebec el derecho a efectuar la secesión de Quebec de Canadá unilateralmente?”.

⁶⁹ ICJ, Opinión consultiva sobre Kosovo, 22 de julio de 2010, párr. 56. “La pregunta formulada a la Suprema Corte de Canadá se refería a si existía el derecho a “efectuar la secesión” y si existía una norma de derecho internacional que otorgaría una legitimidad a cualquiera de los órganos mencionados. Por el contrario, la Asamblea General ha preguntado si la declaración de independencia estaba “de acuerdo” con el derecho internacional. La respuesta a esta pregunta gira en torno a si el derecho internacional aplicable prohibió o no la declaración de independencia. Si la Corte concluye que sí, entonces debe responder a la pregunta planteada diciendo que la declaración de independencia no se ajusta al derecho internacional. De ello se deduce que la tarea que debe realizar la Corte es determinar si la declaración de independencia se adoptó o no en violación del derecho internacional. La cuestión que se le ha pedido no exige a la Corte que adopte una posición sobre si el derecho internacional otorga unilateralmente a Kosovo un derecho a declarar su independencia o, *a fortiori*, sobre si el derecho internacional confiere en general un derecho a las entidades situadas en un Estado a separarse unilateralmente de él. De hecho, es totalmente posible que un acto determinado, como una declaración unilateral de independencia, no constituya una violación del derecho internacional sin constituir necesariamente el ejercicio de un derecho conferido por él. A la Corte se le solicitó una opinión sobre el primer punto, no sobre el segundo”.

⁷⁰ Sobre la evolución y transformaciones del territorio y sus categorías jurídicas en el derecho internacional actual, véase, i. a., Borba Casella, Paulo, *Direito internacional dos...*, cit.

la construcción de muros, compatible o no con el derecho internacional,⁷¹ parece seguir siendo una práctica corriente. Esto se puede lamentar, pero no se puede negar: el muro de Berlín ha desaparecido, y el símbolo de la era de la Guerra Fría ha sido borrado. Pero surgen nuevos muros, sólo para mostrar cómo no entienden el punto: hacen más mal que bien. Acumulan más ilusiones que seguridad para ambos lados.

Por un lado, se puede estudiar la evolución de la *opinio juris* y su estado actual de desarrollo en el derecho internacional;⁷² por otro lado, en qué medida esto conduce a la formación y determinación del contenido de normas de derecho internacional, y la prueba final será en qué medida puede ser oponible a los Estados considerados individualmente.

Esto se puede presentar y se percibe no sólo en el caso de los tratados multilaterales, donde las organizaciones intergubernamentales (OI) han desempeñado cada vez más el papel de foro donde se han generado, negociado y celebrado los mismos, sino también⁷³

...muchas otras fuentes de obligaciones internacionales involucran a las OI como partes o beneficiarias, incluidas las normas relativas a la interpretación de sus instrumentos constitutivos, su personalidad jurídica o los privilegios e inmunidades de que disfrutaban ellas o las personas asociadas a ellas. Y un cuerpo aún mayor de normas internacionales, la mayoría generadas por estas organizaciones, ahora son materia de diversas formas de solución de controversias institucionalizadas, for-

⁷¹ Sorel, Jean-Marc, *Les murs et le droit international*, París, Pedone, 2010.

⁷² Huesa Vinaixa, Rosario, *El nuevo alcance de la opinio juris en el derecho internacional contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 18, “el surgimiento y evolución del concepto de *opinio juris* como elemento subjetivo o psicológico necesario para la existencia de la costumbre jurídica ha desempeñado un papel fundamental, cuyo alcance en el Derecho internacional contemporáneo ha perfilado el Tribunal Internacional de Justicia en su mencionada sentencia en el asunto Nicaragua c. Estados Unidos”.

⁷³ Álvarez, José E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2006; prefacio, pp. IX-X, “Las organizaciones intergubernamentales (OI) tienen un impacto generalizado en la promulgación e implementación del derecho en todas las diversas subespecialidades del derecho internacional (y algunos domésticos), e incluso a través de las divisiones que supuestamente separan los mundos de la regulación «pública» y «privada»... Una gran parte de las reglas que tenemos para gobernar a las naciones, tanto las que son formalmente legalmente vinculantes como las que no lo son, ahora se inician, formulan, negocian, interpretan y, a menudo, se implementan a través de los esfuerzos de las OIs”.

males e informales, creando un cuerpo cada vez mayor de opiniones judiciales y casi-judiciales en discretas áreas del derecho.⁷⁴

La observancia de tales disposiciones, incluso por parte de Estados no miembros de tales organizaciones, sugeriría que tales resoluciones sean reconocidas como fuentes del derecho internacional.⁷⁵

Los cambios que se produjeron en materias vinculadas a la costumbre internacional, debido a la acción y participación de las organizaciones internacionales en la sociedad internacional se diversifican, y entre los mismos cabe mencionar los resultantes de la adopción de declaraciones, por parte de estos nuevos integrantes de la sociedad internacional, como nuevos sujetos de derecho internacional. Aunque se pueda discutir la aceptación total de estas declaraciones —como las resoluciones de la AGNU— como reglas vinculantes, y también se pueda discutir en qué medida son expresiones de la costumbre internacional, no se puede negar la relación entre las mismas y las normas consuetudinarias internacionales.

Se requieren elecciones conceptuales para conocer la existencia y el contenido del derecho internacional, por las características específicas del mismo como sistema y por las circunstancias en las que se determina, interpreta y aplica. A veces son necesarias opciones radicales para obtener la innovación. Paul Reuter solía afirmar⁷⁶ que estas son las razones que hacen que el derecho internacional sea interesante. Como ningún otro campo del derecho, el trabajo académico es tan relevante como en el derecho internacional público. No sólo por la complejidad y la relevancia de los temas,

⁷⁴ *Ibidem*, véase también Szasz, Paul, “General Law-making Processes”, en Schachter, Oscar y Joyner, Christopher (ed.), *United Nations Legal Order*, Washington, ASIL, 1995, pp. 35-59.

⁷⁵ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Repertório da prática brasileira de direito internacional público* (1961-1981), 2a. ed., Brasília, FUNAG, 2012, p. 28; también establece la posibilidad de que tales resoluciones induzcan el comportamiento de los Estados, en contra del lapso generalmente requerido para la formación de la costumbre internacional.

⁷⁶ Reuter, Paul, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public (1950)”, *Le développement de l'ordre juridique international. Ecrits de droit international*, París, Economica, 1995, pp. 51-64; citado pp. 51 y 52: “Les constructions systématiques du droit international de ces dernières années qui ont visé à la plus grande rigueur, qui ont voulu ordonner l'ensemble des règles de droit en un tout parfaitement cohérent pour constituer ce que nos anciens auteurs appelaient justement ‘un corps de droit’ sont nécessairement celles qui sont appliquées à prendre les positions les plus radicales sur la situation des particuliers en droit international public”.

por lo incompleto de este campo relativamente nuevo del derecho y las características anárquicas que permanecen en la sociedad internacional, sino más aún por la falta de una base fundamental formal, como la que ofrecen las Constituciones en sistemas legales nacionales.⁷⁷ Enunciar las fuentes del derecho internacional, o enunciar las instituciones competentes para interpretar el derecho y aplicarlo, son cuestiones fundamentales que no se pueden responder en el derecho internacional sin conocer las opciones académicas.

La última palabra puede ser difícil en asuntos legales en general, y más aún en asuntos legales internacionales. No sería diferente en lo que respecta a la *opinio juris*.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCIOLY, Hilderbando *et al.*, *Manual de direito internacional público*, 20a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- ÁLVAREZ, José E., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- BARBERIS, Julio A., “La coutume est-elle une source de droit international?”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991.
- BECKER LORCA, Arnulf, “Eurocentrism in the History of International Law”, en FASSBENDER, Bardo y PETERS, Anne (ed.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BEDJAQUI, Mohammed y THIERRY, Hubert, “Avenir du droit international”, en BEDJAQUI, Mohammed (ed.), *Droit international: bilan et perspectives*, París, Pedone, UNESCO, 1991.
- BORBA CASELLA, Paulo, “Artigo 13”, en BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.), *Comentário à Carta das Nações Unidas*, Belo Horizonte, Cedin, 2008.

⁷⁷ En el ambiente jurídico internacional las condiciones son sustancialmente diferentes. Lauterpacht, Elihu, “The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 152, 1976, pp. 377-478; en p. 468: “los problemas constitucionales de la organización internacional”, véase también Menezes, Wagner, *Tribunais internacionais*, São Paulo, Saraiva, 2013.

- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional dos espaços*, São Paulo, Atlas, 2009.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo, Atlas, 2012.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio*, São Paulo, Atlas, 2013.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Direito internacional no tempo medieval e moderno até Vitoria*, São Paulo, Atlas, 2012.
- BORBA CASELLA, Paulo, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- BORBA CASELLA, Paulo, “International Law: The Post-Modern Approach to the Classics and the New Challenges”, *XXXVI Curso de Derecho Internacional*, Washington, OEA, vol. 36, 2010.
- BORBA CASELLA, Paulo, “Opinio juris’ e a questão da materialidade emergente no direito internacional pós-moderno”, *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, vol. 3, núm. 10, abril-junio 2008.
- BORBA CASELLA, Paulo y BITTENCOURT, Neto, “Desafios do direito espacial”, en CASELLA, Paulo Borba et al. (ed.), *Direito internacional, Humanismo e Globalidade*, São Paulo, Atlas, 2008.
- BRAUDEL, Fernand, “Histoire et sciences sociales. La longue durée”, *Écrits sur l’histoire*, París, Flammarion/Champs, 1969.
- BROWN SCOTT, James, *The Spanish Conception of International Law and of Sanctions*, Washington, Carnegie Endowment for Peace, 1934.
- BYNKERSHOEK, Cornelius van, *Quaestionum juris publici libri duo*, Leiden, 1737, BYNKERSHOEK, Cornelius van, Oxford, Carnegie, 1930, vol. I. Reproducción fotográfica de la ed. 1737, vol. II, trad. de Tenney Frank.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Repertório da prática brasileira de direito internacional público (1961-1981)*, 2a. ed., Brasília, FUNAG, 2012.
- CHARNEY, Jonathan L., “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 87, núm. 4, octubre de 1993.
- CHENG, Bin, *Studies in International Space Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- COLLIARD, Claude-Albert, “Le droit de l’espace ou le ciel et la terre”, *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale*, París, Pedone, 1974.
- DELABIE, Lucie, *Approches américaines du droit international: Entre unite et diversité*, París, Pedone, 2011.

- DIEDERIKS-VERSCHOOR, I. H. Ph., “Similarities with and Differences between Air and Space Law Primarily in the Field of Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haya*, La Haya, vol. 172, 1981.
- DINSTEIN, Y., “The Interaction between Customary International Law and Treaties”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haya*, La Haya, vol. 322, 2007.
- DUPUY, Pierre-Marie, “À propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête breve sur l’objecteur persistant”, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, París, Pedone, 1991.
- DUPUY, René-Jean, *La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, París, Pedone, 1974; ELIAS, Olufemi, “The Nature of the Subjective Element in Customary International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 44, julio de 1995.
- FASSBENDER, Bardo y PETERS, Anne, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- FIDLER, David P., “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 39, 1996.
- GENTILI, Alberico, *De iure belli libri tres*, 1598. (trad. de ROLFE, John C., introducción de Coleman Phillipson, índices de John C. Rolfe, Oxford, Carnegie, 1933.) (trad. Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004).
- GIANNATTASIO, Arthur R. C., “A «*opinio juris sive necessitatis*»: Do elemento subjetivo consuetudinário à intersubjetividade jurídica”, in BORBA CASELLA, Paulo y CARVALHO RAMOS, Andre de (ed.), *Direito internacional: homenagem a Adherbal Meira Mattos*, Brasília, FUNAG, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- GOEDHUIS, D., “Conflicts of Law and Divergencies in the Legal Regimes of Air Space and outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haya*, La Haya, vol. 109, 1963.
- GOLDSMITH, Jack L. y POSNER, Eric, “A Theory of Customary International Law”, *University of Chicago Law Review*, vol. 66, núm. 4, 1999.
- GOLDSMITH, Jack L. y POSNER, Eric, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000.

- GREWE, Wilhelm, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
- GROTIUS, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625 (vol. I: Reproducción fotográfica de la edición de 1646, Washington, Carnegie, 1913; vol. II: trad. de Francis W. Kelsey, et al., Oxford, Carnegie, 1925.) (*O direito da guerra e da paz*, trad. de Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2004) (trad. de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre Ducoup, 1724, Ed. Facsimilar: Caen, Publications de l'Univ. de Caen, 1984).
- HÉLIE, Jérôme, *Les relations internationales dans l'Europe moderne 1453-1789*, París, Armand Colin, 2008.
- HUESA VINAIXA, Rosario, *El nuevo alcance de la opinio juris en el derecho internacional contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- HWANG, Jun-shik, "A Sense and Sensibility of Legal Obligations: Customary International Law and Game Theory", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, 2006.
- JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 251, 1995.
- JAYME, Erik, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 282, 2000.
- JENKS, Wilfred, *Economic and Social Change and the Law of Nations*", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 138, 1973.
- KELLY, J. Patrick, "The Twilight of Customary International Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 40, 2000.
- KERREST, Armel (ed.), *L'adaptation du droit de l'espace à ses nouveaux défis. Mélanges en l'honneur de Simone Courteix*, París, Pedone, 2007.
- KDHIR, Moncef, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2a. ed., Bruselas, Bruylant, 2000.
- KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- LACHS, Manfred, "Teachings and Teaching of International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976.

- LACHS, Manfred, “The International Law of outer Space”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 1964, vol. 113.
- LAFERRANDERIE, Gabriel, “Basic Principles Governing the Use of outer Space in Future Perspective”, en BENKÖ, M. y JOLLEY, E. (eds.), *Space Law. Current Problems and Perspectives for Future Regulation*, Utrecht, Eleven, 2005.
- LAUTERPACHT, Elihu, “The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 152, 1976.
- LE FUR, Louis Érasme, “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 18, 1927.
- LIPARTITI, Ciro, “Consuetudine (diritto internazionale)”, en AZARA, Antonio y EULA, Ernesto (eds.), *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Unione TipograficoEditrice Torinese, vol. IV, 1960.
- LISZT, Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, París, Pedone, 1928.
- MCWHINNEY, Edward, “The Time Dimension in International Law, Historical Relativism and Intertemporal Law”, en MAKARCZYK, Jerzy, *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haya, Martinus Nijhoff, Institute of State and Law of the Polish Academy of Sciences.
- MCWHINNEY, Edward, “What is International Law for?”, en EVANS, Malcolm (ed.), *International Law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- MENDELSON, Maurice H., “The Formation of Customary International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 1998, vol. 272.
- MENDES, José, *Direito internacional público*, São Paulo, Duprat & Cia., 1913.
- MENEZES, Wagner, *Tribunais internacionais*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- NUSSBAUM, Arthur, *A Concise History of the Law of Nations*, Nueva York, Macmillan, 1954.
- NYS, Ernest, *Les origines du droit international*, Bruselas, Alfred Chastaigne, París, Thorin & Fils, 1894.
- ONUMA, Yasuaki, “A Transcivilizational Perspective on International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 2009, vol. 342.

- ONUMA, Yasuaki, “Eurocentrism in the History of International Law”, *A Normative Approach to War: Peace, War and Justice in Hugo Grotius*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- ONUMA, Yasuaki, “The ICJ: an Emperor without Clothes? International Conflict Resolution, Article 38 of the ICJ Statute and the Sources of International Law”, en ANDO, Nisuke *et al.*, *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, Nueva York, Kluwer, 2002.
- PILLET, Anotine *et al.*, *Les fondateurs du droit international public*, París, V. Giard & E. Brière, 1904.
- REUTER, Paul, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public (1950)”, *Le développement de l’ordre juridique international. Ecrits de droit international*, París, Economica, 1995.
- RIEDMATTEN, Henri de, “Le catholicisme et le développement du droit international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 151, 1976.
- ROBERTS, Anthea, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, “International Law and International Relations”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 285, 2000.
- SOREL, Jean-Marc, *Les murs et le droit international*, París, Pedone, 2010.
- SORENSEN, Max, “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, 1960, vol. 101.
- STEIGER, Heinhard, “Was heisst und zu welchem Ende studiert man Völkerrechtsgeschichte?”, en APPEL, Ivo *et al.* (coord.), *Öffentliches Recht in offenem Staaten. Festschrift für Rainer Wahl zum 70 Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.
- SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ, 1612 (*Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de José Ramón Eguillor Muniozguren, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968) (*Vitoria et Suarez, contribution des théologiens au droit international moderne*, París, Association Internationale Vitoria-Suarez, Pedone, 1939) (*Selections from three works*, Williams, Gwladys L. *et al.*

- (comp.), Washington, Oxford, Clarendon Press, London, Humphrey Milford, 1944.
- SZASZ, Paul, “General Law-making Processes”, en SCHACHTER, Oscar y JOYNER, Christopher (eds.), *United Nations Legal Order*, Washington, ASIL, 1995.
- TASIOULAS, John, “Customary International Law and the Quest for Global Justice”, en PERREAU-SAUSSINE, A. y MURPHY, J. B. (ed.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- TOMUSCHAT, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, t. 281, 1999, disponible en: https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789041114884_01.
- VAGTS, Detlev F., “International relations look at customary international law: a traditionalist’s defence”, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004.
- VERZIJL, J. H. W., *International law in historical perspective*, Leiden, A. W. Si-jthoff, 1968.
- VIRALLY, Michael, “À propos de la lege ferenda”, *Le droit international: unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, París Pedone, 1981.
- VIRALLY, Michael, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des années*, Paris, PUF / Publications de l’Institut universitaire de hautes études internationales de Genève, 1990.
- VIRALLY, Michael, “Panorama du droit international contemporain”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, La Haya, vol. 183, 1983.
- VISSCHER, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, París, Pedone, 1953.
- VOOS, Sandra, *Die Schule von New Haven: Darstellung und Kritik einer amerikanischen Völkerrechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000.
- WATTS, Arthut, “The Importance of International Law”, en BYERS, Michael, *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

The International Responsibility of non-State Armed Groups and Victims' Right to Reparations

La responsabilidad internacional de los grupos armados no estatales y el derecho de las víctimas a las reparaciones

La responsabilité internationale des groupes armés non étatiques et le droit des victimes aux réparations

Carlo Carvajal Aguilar*

SUMMARY: I. Summary. II. Non-State Armed Groups in International Law. III. Capacity of Non-State Armed Groups to Commit Serious Violations of International Law. IV. A Legal Vacuum in the Law of States' Responsibility. V. Victims' Right to Reparations. VI. Concluding Remarks. VII. References.

* Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9319-7572>, carlo.carvajal@graduateinstitute.ch.

Artículo recibido el 19 de noviembre de 2021
Aprobado para publicación el 11 de agosto de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 65-103
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

ABSTRACT: It is commonly accepted that quasi-state Non-State Armed Groups may violate international humanitarian law and that, under certain circumstances, their members may commit breaches of international criminal and human rights law. However, given the very nature of such groups—and their controversial role in the international legal system—, their victims' right to reparations is often questioned. This article outlines the legal questions surrounding serious violations of international law committed by Non-State Armed Groups and argues that their victims are entitled to reparations.

Key words: non-State armed groups, subjects of international law, international legal personality, reparations, humanitarian law, insurgencies.

RESUMEN: Es comúnmente aceptado que los grupos armados cuasiestatales pueden violar el derecho internacional humanitario y que, bajo ciertas circunstancias, sus miembros pueden cometer violaciones de derecho penal internacional y derechos humanos. Sin embargo, dada la propia naturaleza de estos grupos y el controvertido papel que juegan en el derecho internacional, el derecho de sus víctimas a obtener reparaciones es comúnmente cuestionado. Este artículo describe las cuestiones jurídicas que rodean a las violaciones graves al derecho internacional cometidas por estos grupos y argumenta que sus víctimas tienen derecho a obtener reparaciones.

Palabras clave: grupos armados no estatales, sujetos de derecho internacional, personalidad jurídica internacional, reparaciones, derecho humanitario, insurgencias.

RÉSUMÉ: Il est communément admis que les groupes armés quasi étatiques peuvent violer le droit international humanitaire et que, dans certaines circonstances, leurs membres peuvent commettre violations de droit pénal international et de droits de l'homme. Pourtant, à cause de la nature de ces groupes et le rôle controversé qu'ils jouent dans le droit international, le droit des leurs victimes à obtenir réparations est remis en question. Cet article décrit les questions juridiques autour de graves violations de droit international commises par ces groupes et argumente que leurs victimes ont le droit à obtenir réparations.

Mots Clés: groupes armés non étatiques, sujets de droit international, personnalité juridique internationale, réparations, droit humanitaire, insurrections.

I. SUMMARY

While States were traditionally considered as the sole subjects of international law, Non-State Actors have increasingly entered the international legal system, both as right holders and obligation bearers. Amongst these actors, Non-State Armed Groups (NSAG) capable of violating international law pose significant threats to international peace and security. Particularly, they often breach fundamental norms on the protection of individuals, who are regularly left in dire need of justice.

While NSAG have been held responsible for violating international law, remedies for their victims have seldom followed. Moreover, even though individual members of NSAG have faced national and international prosecutions, cases against these groups, as such, have rarely recognised their victims' international right to reparations. This stems from the idea that, lacking international legal personality, NSAG are unable to violate international law; or that, even if they do, their victims are not entitled to an international right to reparations. This article argues that, even if legal and practical obstacles may arise, victims of gross human rights and international humanitarian law (IHL) violations are entitled to reparations, even if they were committed by NSAG. This article is based on the first part of the author's dissertation: "*Can national civil jurisdictions provide redress for serious international law violations committed by Non-State Armed Groups?*"

II. NON-STATE ARMED GROUPS IN INTERNATIONAL LAW

International law was originally seen as exclusively applicable to States, which were naturally considered as the sole subjects of that law or 'the international legal system'.¹ The resulting position of those States justified the design of the current system and produced a symbiotic relationship between the State and international law in which the existence of the former facilitates that of the latter and vice versa.²

¹ Brownlie, Ian and Crawford, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 5.

² Klabbers, Jan, "(I Can't Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence

This traditional approach has nonetheless been challenged and characterized as anachronistic,³ since, from a liberal perspective, any entity holding a right or bearing an obligation under international law could, in principle, be a subject of that system.⁴ In fact, since the twentieth century, international law has evolved to address non-State actors.⁵ The increased number and relevance of these actors produced a blatant need for their incorporation to the system, especially given their constant participation in international legal processes. For instance: international organizations now conclude treaties and adjudicate disputes under international law; some corporations have embraced international human rights obligations and may sue States before investment tribunals;⁶ individuals enjoy internationally recognised human rights and may be prosecuted for massively violating them;⁷ and NSAG, such as belligerents and insurgents, possess limited international rights and obligations.⁸

While it is widely accepted that international organizations and individuals possess international rights and obligations, the subjectivity of other non-State actors like corporations and NSAG is still disputed for the consequences this may entail. The question of whether NSAG are subjects of international law is particularly controversial: for the fear that they could gain legitimacy if awarded with subjectivity.

1. *The Issues of Subjectivity and Legitimacy*

Subjects of international law are those entities with international legal personality. While no instrument clarifies which of these entities constitute

of Non-State Actors”, in Petman, Jarna and Klabbers, Jan, *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, 2003, pp. 351, 356.

³ Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 4.

⁴ Reinisch, August, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 70.

⁵ Lauterpacht, Hersch, “The Subjects of International Law”, *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. I, 1970, p. 137.

⁶ Klabbers, Jan, *op. cit.*, p. 368.

⁷ Reinisch, August, *op. cit.*, p. 70.

⁸ Murray, Daragh, *Human Rights Obligations of NSAG*, Hart Publishing, 2016, p. 26.

international legal persons,⁹ jurisprudential developments and doctrinal writings have shed light on the requirements to gain personality. A starting point is the *Reparation for Injuries* Advisory Opinion of the International Court of Justice (ICJ), from which two requirements are commonly derived, namely, that the entity has the capacity to (i) possess international rights and duties; and (ii) bring international claims forward.¹⁰

To fulfil the first requirement, entities must be organized in a manner that allows them to avail themselves of the obligations incumbent on their members.¹¹ Certain NSAG seem to comply with this, for they function in a command and control structure whereby individuals are bound by the group to enforce some international obligations.¹² Concerning the capacity to bring international claims, Lauterpacht and others have classified this requirement as a possible consequence, rather than a prerequisite, of subjectivity.¹³ This is confirmed by the fact that individuals, who enjoy rights under international law, may not always have *procedural* rights to claim them at the international level. Thus, full and partial personality have been distinguished, the former pertaining solely to States—which possess all international rights and duties—, and the later to other subjects—with limited rights and duties—.¹⁴

Publicists have suggested the following as further requirements for subjectivity: the independence of the entity; its actual possession of international rights or obligations; and its capacity to breach international law. Firstly, it has been submitted that a direct attribution of international rights or obligations to entities that are completely independent is necessary for them to acquire subjectivity.¹⁵ This means that international legal persons should only be under the authority of, or *subjected* to, international law. Murray submits that NSAG would fulfil this requirement whenever they

⁹ Kyriakakis, Joanna, “International Legal Personality, Collective Entities, and International Crimes”, in Gal-Or, Noemi, Ryngaert, Cedric, and Noortmann, Math (eds), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, Brill-Nijhoff, 2015, p. 89.

¹⁰ Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 115.

¹¹ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 44.

¹² *Idem.*

¹³ Lauterpacht, Hersch, *op. cit.*, p. 14; Walter, Christian, “Subjects of International Law”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2007, paragraph 47.

¹⁴ Walter, Christian, *op. cit.*, paragraph 23.

¹⁵ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 42.

are not subjected to the authority of the State. For him, a direct attribution of international rights or obligations to NSAG is justified when no entity is capable of acting as a medium between these groups and the rule of international law.¹⁶ Secondly, the *actual* possession of international rights or obligations as a fundamental requirement for subjectivity derives from analysing the application of specific international rules to the entity. This analysis, vis-à-vis NSAG, will be carried out below. Finally, entities capable of having breached international law, and therefore subjected to international claims, may only enjoy a restricted kind of personality.¹⁷ In this sense, certain NSAG have adopted particular measures for recognizing their responsibility under international law and have acted accordingly. Thus, NSAG, which in certain circumstances comply with these requirements, may be considered as having a certain degree of subjectivity in international law.

Moreover, even if NSAG have been recognized limited international rights and obligations —and thus personality—, their entrance to the system has constantly been frowned upon for legitimacy implications. This stems from the idea that subjectivity, in addition of bestowing NSAG with some legitimacy, is not only a result of rights and obligations, but also constitutive of them.¹⁸ Thus, it is feared that recognizing NSAG's personality could entitle them to use force, eroding the legitimacy and authority of the State by challenging its capacity to suppress insurrections.¹⁹ Additionally, the fact that certain actors engage with NSAG for ensuring their compliance with international law has also been criticized for considering this may equate them to State-like entities²⁰ and thus legitimize their goals.²¹ Clapham notes that a possible way to eschew this obstacle is by drafting treaty provisions that preclude the legitimacy that may be derived from

¹⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁷ Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 115.

¹⁸ Klabbers, Jan, *op. cit.* p. 368.

¹⁹ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 35.

²⁰ Clapham, Andrew, "The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement", *Social Science Research Network Electronic Journal*, 2010, available at: <http://www.ssrn.com/abstract=1569636>.

²¹ Heffes, Ezequiel and Frenkel, Brian, "The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules", *Social Science Research Network Electronic Journal*, 2017, available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3130148>, p. 42.

imposing rights or obligations to NSAG.²² Moreover, one must distinguish between the subjectivity of a group and the legitimacy of its conducts and goals.²³ For Murray, “the fact that an armed group possesses international legal personality does not imply that all its actions must be considered legal, that the activities of its members cannot be criminalized, or that States are no longer entitled to suppress the group’s insurrection”.²⁴

Notwithstanding this theoretical debate, the complex reality of international affairs justifies the recognition of a limited type of personality for NSAG. In other words, international law’s traditional approach falls short in acknowledging that NSAG now directly participate in the system. In any case, this article argues that not every NSAG qualifies, nor should qualify, as an international legal person.

2. *Contemporary Armed Conflicts and Types of Non-State Armed Groups*

No clear or uniform definition of NSAG is provided by international law.²⁵ However, considering NSAG through the concept of armed conflict, which is crucial for the application of IHL, is a useful point of departure.

The Geneva Conventions of 1949,²⁶ which codify rules of IHL, distinguish between international and non-international armed conflicts (NIAC). Common Article 2 of the four Geneva Conventions establishes they apply to cases of: (i) declared war; (ii) armed conflicts between two States; and (iii) partial or total occupation of a State’s territory. When any of these occur, an armed conflict of an international character exists, and such Conventions and customary IHL is triggered. Additionally, internal armed con-

²² See Clapham, Andrew, “The Rights and Responsibilities...”, *cit.*, p. 26 on the 2009 African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa whose article 7(1) establishes ‘this Article shall not, in any way whatsoever, be construed as affording legal status or legitimizing or recognizing armed groups and are without prejudice to the individual criminal responsibility of the members of such groups under domestic or international criminal law’.

²³ Heffes, Ezequiel and Frenkel, Brian, *op. cit.*, p. 42.

²⁴ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 36.

²⁵ Heffes, Ezequiel and Frenkel, Brian, *op. cit.*, p. 43.

²⁶ See Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949, (in force since 21 October 1950).

flicts may become ‘internationalized’ provided that a State intervenes to support a NSAG, which must be sufficiently controlled by the former in the fight against another State.²⁷ Moreover, Common Article 3 binds parties to NIACs to comply with certain rules contained therein and under customary IHL. Lacking an international element or the intervention of a State against another, these conflicts involve, perforce, the participation of a NSAG. Summarizing both scenarios, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) famously established in the *Tadić* case that “an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.²⁸ By adopting this definition, the ICTY distinguished both types of armed conflicts and acknowledged that IHL may apply to any of these conflicts, including those involving NSAG.²⁹

In addition to conflicts between States and those fought by them through proxies, the laws applicable to *international* armed conflicts extend to certain cases where NSAG intervene, namely, belligerencies or recognized insurgencies and wars of national liberation.³⁰ Traditionally, the belligerent or insurgent status—which gives subjectivity in international law—has been limited to State-like entities recognized as such by the relevant State.³¹ To become belligerents, entities have to represent a group of people, control significant portions of a State’s territory and have the semblance of a government with an organized military force capable of carrying out sustained hostilities.³² This status was used to describe NSAG aiming at secession, as was the case of the Confederate States of America during the US’ civil

²⁷ See, Clapham, Andrew, “The Concept of International Armed Conflict”, in Clapham, Andrew et al. (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, p. 17.

²⁸ IT-94-1, *Prosecutor v Tadić (Appeals Chamber Decision on Jurisdiction)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 1995, paragraph. 70.

²⁹ Crowe, Jonathan and Weston-Scheuber, Kylie, *Principles of International Humanitarian Law*, Edward Elgar, 2013, p. 11.

³⁰ Clapham, Andrew, “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, num. 863, 2006, pp. 491 y 492, 495.

³¹ Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 118.

³² Paust, Jordan J., “Armed Opposition Groups”, in Noortmann, Math, Reinisch, August, and Ryngaert, Cedric (eds.), *Non-state actors in international law*, Hart Publishing, 2015, p. 279.

war.³³ However, while it is theoretically possible to be recognized as insurgent or belligerent, this status has now been replaced by the rules of IHL relating to armed conflict, and which apply when a certain level of fighting is reached.³⁴ Concerning national liberation movements, NSAG waging these types of wars enjoy a special status; for Additional Protocol I to the Geneva Conventions³⁵ equates the rights and obligations of these armed groups to those applicable to States in international armed conflicts. Thus, its article 1.4 establishes the applicability of the Protocol in situations of “armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination”. This right is recognized both by the UN Charter³⁶ and the UN General Assembly Declaration on Principles of International Law.³⁷

Moreover, the threshold for applying IHL to NIACs is strictly intertwined with the nature and activities of NSAG involved, some of which are often called rebels, unrecognized insurgents, or armed opposition groups. For Clapham, “where there is no recognition of insurgency or belligerency, and the group in question is not a national liberation movement that has successfully triggered the application of the rules of international armed conflict, one is left with an internal armed conflict involving rebels”.³⁸ As noted, these NIACs involve ‘protracted armed violence’ between States and NSAG or between these groups within a State. This element, commonly referred to as the ‘intensity criterion’, has been assessed by the ICTY on the basis of the following indicative factors:

³³ Foster Halabi, Samm, “Traditions of Belligerent Recognition: The Libyan Intervention in Historical and Theoretical Context”, *American University International Law Review*, vol. 27, Issue 2, 2012, pp. 321, 353.

³⁴ Clapham, Andrew, “Human Rights Obligations...”, *cit.* p. 492.

³⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, (in force since 23 March 1976).

³⁶ Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945 (829 UNTS 119), (in force since 24 October 1945).

³⁷ UNGA, “Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations”, *A/RES/2625 (XXV)* (1970).

³⁸ Clapham, Andrew, “Human Rights Obligations...”, *cit.* p. 495.

[T]he number, duration, and intensity of individual confrontations; the type of weapons and other military equipment used; the number of caliber of munitions fired; the number of persons and type of forces partaking in the fighting; the number of casualties; the extent of material destruction; and the number of civilians fleeing combat zones. The involvement of the UN Security Council may also be a reflection of the intensity of a conflict.³⁹

Additionally, an ‘organizational criterion’ must be fulfilled by the non-State armed group for it to be subjected to the laws applicable in NIACs. Thus, Additional Protocol II to the Geneva Conventions⁴⁰ covers armed conflicts between armed forces of a State and “dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations”. It must be noted that the Protocol clarifies that it “shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature”. In any case, the conceptions of NIACs outlined in Additional Protocol II seem narrower than those enshrined in Common Article 3 of the Geneva Conventions and, presumably, in customary IHL.⁴¹ Not only do they limit NIACs to those in which a State’s armed forces participate, but they introduce a requirement of territorial control exercised by the NSAG.⁴² The limited nature of this approach was confirmed by the ICTY in *Limaj*, where the Trial Chamber qualified the Kosovo Liberation Army as an organized armed group after considering that “some degree of organization by the parties will suffice to establish the existence of an

³⁹ IT-04-84-T, *Prosecutor v Haradinaj et al (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 2008, paragraph 49.

⁴⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, (in force since 27 January 1980).

⁴¹ Clapham, Andrew, “Defining Armed Conflicts under the Additional Protocols: Is There a Need for Further Clarification?”, in Pocar, F., *The Additional Protocols 40 Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives*, International Institute of Humanitarian Law, 2017, p. 39.

⁴² International Committee of the Red Cross, “How Is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?”, 2008, available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>, p. 4.

armed conflict”.⁴³ Additionally, the ICTY has also relied on indicative factors to establish whether NSAG fulfil the organizational criterion, namely: (i) the presence of a command structure in the group and the existence of internal regulations; (ii) the groups’ capacity to carry out organized operations and control territory; (iii) the level of logistics carried out; (iv) the level of discipline that the group imposes and its ability to implement IHL; and (v) the group’s capacity to speak with one voice.⁴⁴

While these rules are useful to understand the type of NSAG traditionally considered by international law, they fall short to portray the reality of contemporary armed conflicts and NSAG. In fact, most armed conflicts occurring today are non-international.⁴⁵ In its 2019 ‘War Report’, the Geneva Academy concluded that, of the 69 armed conflicts identified, 51 had a non-international character and only 7 constituted State-to-State confrontations and 10 belligerent occupations.⁴⁶ Additionally, NSAG have diversified, with paramilitary, terrorist, self-defence groups and gangs entering the scene. The universe of NSAG and their different ideologies and objectives represent a major challenge for their fitting in the international legal system, whose application will very much depend on their nature and activities.

Given this scenario, this article’s reach is confined to a particular type of NSAG, without prejudice to the possible application of the analysed rules to other non-State actors. It will only focus on NSAG complying with Additional Protocol II requirements, namely, that they: (i) constitute dissident armed forces or other organized armed groups within a State; (ii) act under responsible command; (iii) exercise control over a part of the territory of that State; and (iv) are able to carry out sustained and concerted military operations given their territorial control. This type of NSAG is chosen for, given their characteristics, they escape the authority of the State. Consequently, victims of international law violations who are subjected solely to

⁴³ IT-03-66-T, *Prosecutor v Fatmir Limaj et al (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 2005, paragraph 89.

⁴⁴ IT-04-82-T, *Prosecutor v Boškoski & Tarčulovski (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 2008, paragraphs 199-203.

⁴⁵ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁶ The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, ‘The War Report: Armed Conflicts in 2018’, Geneva Academy, 2019, available at: <https://www.geneva-academy.ch/research/our-project/detail/30-the-war-report>, p. 19.

their authority may face insurmountable obstacles when trying to obtain redress.

III. CAPACITY OF NON-STATE ARMED GROUPS TO COMMIT SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL LAW

1. *Legal Basis for Binding Non-State Armed Groups*

While it is widely accepted that certain IHL rules directly bind NSAG, uncertainty prevails as to the legal basis under which they do so. The following arguments have been advanced to explain such a legal basis and, as Murray submits, they can also be used to explain the application of other bodies of international law to NSAG.⁴⁷

The first argument consists in considering treaties as capable of binding NSAG. Accordingly, under Common Article 3 to the Geneva Conventions, “each Party to the conflict shall be bound to apply” certain rules of IHL.⁴⁸ Since at least one of the parties to NIACs as those covered by Common Article 3 will be a NSAG, such a provision would be directly applicable to them. Admittedly, under the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), the Geneva Conventions are international agreements concluded solely between States and thus exclusively binding upon them (*pacta tertiis* principle).⁴⁹ Lacking the NSAG’ consent, it has been questioned whether treaties constitute reasonable bases to bind them.⁵⁰ However, the text and drafting history of the Geneva Conventions appear to confirm that the actual intention of the drafters was to bind third parties involved in NIACs *i.e.* NSAG.⁵¹ Clapham submits that, given the changing structure of the system, now States conclude treaties that create both rights and obliga-

⁴⁷ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁸ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949 (emphasis added).

⁴⁹ Articles 2(a), 26 and 34 Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969 (1155 UNTS 331), (in force since 27 January 1980).; Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁰ Clapham, Andrew, “The Rights and Responsibilities...”, *cit.*, p. 6.

⁵¹ Crowe, Jonathan and Weston-Scheuber, Kylie, *op. cit.*, p. 161.

tions for individuals without their consent.⁵² Ultimately, it is questionable whether the VCLT, whose scope is limited to treaties concluded between States, could be extrapolated to cover the attitude of non-State actors regarding particular treaties.⁵³

Additionally, the applicability of treaties through succession and the exercise of territorial control by NSAG have been argued as legal bases for subjecting them to international law. The former argument implies that NSAG successfully rebelling against the government or claiming to be their legitimate representatives will succeed to its previously ratified treaties.⁵⁴ The latter suggests that non-State actors with exclusive control over territories no longer ruled by a *de jure* authority, become directly bound to respect international law.⁵⁵ For Sivakumaran, this approach entails these NSAG are “bound by reason of their purported representation of the State or part thereof”.⁵⁶ Such arguments are nonetheless problematic, failing to answer how unsuccessful insurgencies would be bound under succession, and to encompass cases of NSAG not claiming representation of a State or a part thereof.⁵⁷

Secondly, customary law is commonly seen as a source of international law extending its application to NSAG.⁵⁸ In the *North Sea Continental Shelf Cases*, the ICJ held that “general or customary law rules and obligations... by their very nature, must have equal force for all members of the international community”.⁵⁹ These members would include NSAG with subjectivity.⁶⁰ Thus, in relation to the Revolutionary United Front, the Special Court

⁵² Clapham, Andrew, “The Rights and Responsibilities...”, *cit.*, p. 7.

⁵³ Sivakumaran, Sandesh, “Binding Armed Opposition Groups”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, num. 369, 2006, p. 863.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 379.

⁵⁵ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁶ Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 379.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 380.

⁵⁸ Crowe, Jonathan and Weston-Scheuber, Kylie, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁹ ICJ Reports 1969, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany / Denmark) (Federal Republic of Germany / Netherlands) (Judgment)*, p 3, International Court of Justice, 1969, p. 63.

⁶⁰ See Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 85 citing Interpretation of *Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt (Advisory Opinion)* 20 December 1980, para. 37: “[i]nternational organizations are subjects of international law and, as such, are bound by any obligations incumbent upon them under [international law]”.

for Sierra Leone stated that “a convincing theory is that they are bound as a matter of international customary law to observe the obligations declared by Common Article 3”.⁶¹ More clearly, the International Commission of Inquiry on Darfur stated that “like all insurgents that have reached a certain threshold of organization, stability and effective control of territory, [the participating NSAG] possess international legal personality and are therefore bound by the relevant rules of customary international law”.⁶²

While the customary law argument seems convincing, many still wonder whether this source of law, traditionally defined as the general practice of States accepted *by them* as law,⁶³ may bind NSAG not involved in its formation.⁶⁴ Even if some argue that NSAG should solely be bound by custom established by other NSAG,⁶⁵ the International Law Commission (ILC) clarified that the general practice required refers primarily to the practice of States and, secondarily, to that of international organizations.⁶⁶ It also stressed that the “[c]onduct of other actors is not practice that contributes to the formation, or expression, of rules of customary international law, but may be relevant when assessing the practice” of States and international organizations.⁶⁷ In fact, the ILC explicitly included NSAG under the list of these ‘other actors’.⁶⁸ Murray has also argued that the fact that NSAG do not participate in its formation, does not mean they are not bound by customary law.⁶⁹

Thirdly, general principles of law have also been advanced as legal bases for binding NSAG. These principles, which may be derived from national legal systems or formed within the international one,⁷⁰ are abstractions ac-

⁶¹ SCSL-2004-16-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72(E), *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Appeals Chamber)*, Special Court for Sierra Leone, 2004 paragraph 47.

⁶² “Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General”, 2005, paragraph 172.

⁶³ Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945 (article 38.1[b] of the Statute).

⁶⁴ See, for instance Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 13; Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 373.

⁶⁵ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁶ ILC, “Draft Conclusions on Identification of Customary International Law”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2018.

⁶⁷ *Ibidem*, Draft Conclusion 4.

⁶⁸ *Ibidem*, Commentary to Draft Conclusion 4.

⁶⁹ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰ As provided by Draft conclusion 3 in Chapter IX “General principles of law” in *Report of*

cepted for so long and in such a general manner that are not required to be directly based on State practice.⁷¹ Hence, an argument suggests, since rules governing NIACs derive from the humanitarian principles of distinction and proportionality, they are equally binding upon States and NSAG.⁷² Nevertheless, this explanation falls short to explain how NSAG become bound to the whole body of IHL, whose rules may derive from, but not necessarily constitute or reflect, general principles of law.⁷³

Lastly, the most convincing argument is given by the so-called prescriptive or legislative jurisdiction theory. In international law, 'jurisdiction' refers to the sovereign competence of States to regulate conducts of natural and legal persons.⁷⁴ Accordingly, when States become parties to treaties, international obligations following from them will not only bind such States, but also those within their territory.⁷⁵ In this sense, while acknowledging that treaties could not directly bind private, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) stated that "the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts".⁷⁶ Moreover, a recent view of international law is that its rights and obligations may be created, *directly* and without the interposition of national law, *vis-à-vis* non-State actors.⁷⁷ This was presumably the case of obligations contained in Common Article 3.

the International Law Commission: Seventy-First Session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019), International Law Commission, 2019.

⁷¹ Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 37.

⁷² Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 373; Cassese, Antonio, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, p. 64.

⁷³ Crowe, Jonathan and Weston-Scheuber, Kylie, *op. cit.*, p. 160; Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 863.

⁷⁴ Brownlie, Ian and Crawford, James, *op. cit.*, p. 456.

⁷⁵ Sivakumaran, Sandesh, *op. cit.*, p. 381.

⁷⁶ Series B - No 15, *Jurisdiction of the Courts of Danzing (Advisory Opinion)*, Permanent Court of International Justice, 1928, p. 18.

⁷⁷ ICJ Reports 1949, *Reparation for injuries (Advisory Opinion)*, International Court of Justice, 1949, paragraph 179; ILC, Principle 1 of the 'Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal Adopted by the International Law Commission at Its Second Session and Submitted to the United Nations General Assembly', 1950; ICJ Reports 2001, *LaGrand (Germany v United States of America)*

Considering these arguments' strengths and weaknesses, their coexistence leads to the conclusion that international law evolved to encompass the conducts of NSAG.

2. Branches of International Law that NSAG Might Violate

To outline the legal landscape concerning the international responsibility of NSAG, Clapham invites us to consider their role in international law from these group's rights and obligations' standpoint. For him, while it is uncontroversial that members of NSAG have international rights and duties as *individuals*, the question of whether they do so as *groups*, is still underdeveloped in law and practice. Clapham analyses how these groups, as such, might violate three branches of international law.⁷⁸

First, IHL binds NSAG when they become parties to NIACs. These groups may thus violate Common Article 3 to the Geneva Conventions, which prohibits them to carry out certain acts against persons taking no active part in hostilities.⁷⁹ Additionally, NSAG may violate customary law and general principles of IHL.⁸⁰

Second, while international human rights law has traditionally been concerned with restraining States' abuses,⁸¹ it has recently expanded to consider non-State actors' violations, as demonstrated by the adoption of certain treaties that have addressed these actors.⁸² In the past few decades, NSAG

(*Judgment*), International Court of Justice, 2001, p. 466, para. 77; ICJ Reports 2004, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America) (Judgment)*, International Court of Justice, 2004, p. 12, paragraph 40.

⁷⁸ Clapham, Andrew, "The Rights and Responsibilities...", *cit.*, pp. 4 y 5.

⁷⁹ Article 3(I) Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 12 August 1949.

⁸⁰ See a complete list, as cited by Clapham, in the Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, 2005.

⁸¹ Reinisch, August, *op. cit.*, p. 38.

⁸² See *ibidem* where Clapham notes developments in human rights treaties that address NSAG in one way or another: the 2000 Convention on the Rights of the Child, the 2006 Enforced Disappearances Convention and the 2009 African Union Convention for the Protection and Assistance of Internally displaced persons.

have gained power and relevance,⁸³ thereby increasing their capability to violate human rights. Reinisch explains that, over the last half-century, human rights lawyers have fought for the recognition of human rights as inherent and inalienable entitlements of every person and not merely as rights conferred by the goodwill of States.⁸⁴ Thus, given that human rights law recognizes each person's inherent dignity, every entity is bound to respect it.⁸⁵ This approach is reflected in the 1948 Universal Declaration of Human Rights,⁸⁶ which is not a treaty but a proclamation of every person's rights. This Declaration, which constitutes customary international law,⁸⁷ contains the proper standards to be applied by non-State actors, including NSAG.⁸⁸ Moreover, while accountability mechanisms have mainly focused on States' human rights violations, there is an increasing understanding that NSAG may also violate them".⁸⁹

Thirdly, it is also uncontroversial that members of NSAG may *individually* commit, and be prosecuted for, violations to international criminal law, *i.e.* international crimes.⁹⁰ While this branch of law was originally conceived for contexts involving large-scale State criminality,⁹¹ international criminal tribunals have mainly considered the conducts of NSAG's members.⁹² This occurs not only for the scope of their constitutive instruments, but also since States will not lightly surrender their agents for prosecution. More-

⁸³ Hessbruegge, Jan Arno, "Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors", *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, article 3, 2006, p. 1.

⁸⁴ Reinisch, August, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁵ Clapham, Andrew, "The Rights and Responsibilities...", *cit.*, p. 24.

⁸⁶ Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR)).

⁸⁷ As utilized by the International Court of Justice in ICJ Reports 1980, *Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America v Iran) Judgement*, International Court of Justice, 1980, p. 3, paragraph 42; see also Hannum, Hurst, 'The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1996, p. 287. 0.

⁸⁸ Clapham, Andrew, "The Rights and Responsibilities...", *cit.*, p. 24.

⁸⁹ See Clapham, Andrew, "The Rights and Responsibilities...", *cit.*, p. 28 citing UNDoc A/HRC/2/7, 2 October 2006, at paragraph 19.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁹¹ Cassese, Antonio *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2013, pp. 255 y 256.

⁹² Clapham, Andrew, "The Rights and Responsibilities...", *cit.*, p. 34.

over, responsibility for committing war crimes during NIACs may also be attached to superior members of NSAG for their subordinates' crimes and for failing to prevent or punish them.⁹³ Lastly, while international tribunals have not prosecuted these groups *as such*, national tribunals may have to consider these entities' international responsibility when dealing with civil reparation cases.⁹⁴

3. *Proposals for Changing the System*

Three options have been identified as alternatives that could either fortify or change the system for establishing the international legal responsibility of NSAG: (i) strengthening the rules under which States are responsible for failing to prevent these groups' human rights violations; (ii) making NSAG directly responsible at the national and international levels; and (iii) radically opening the system.

First, various international human rights treaties contemplate a form of 'indirect' or 'vicarious' responsibility of States for actions committed by non-State actors. This form of responsibility is derived from the obligations that States parties, together with their basic obligation to 'respect', have to 'ensure', 'protect' or 'secure' human rights.⁹⁵ In this sense, article 2(I) of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights⁹⁶ establishes that parties undertake "to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized" therein. This obligation entails that States shall take "legislative, judicial, administrative, educative and other appropriate measures"⁹⁷ to prevent human rights violations committed either by them or other actors, including NSAG.⁹⁸ Also known as *due diligence*, this obligation, which has been confirmed by different interna-

⁹³ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁵ Reinisch, August, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (999 UNTS 171), (in force since 23 March 1976).

⁹⁷ HRCtee, General Comment no 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on State Parties to the Covenant, UN doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004, paragraph 7.

⁹⁸ Eatwell, Tatyana, 'State Responsibility for Human Rights Violations Committed in the

tional bodies,⁹⁹ entails that States may be responsible for private acts whenever they fail to prevent, investigate or punish human rights violations.¹⁰⁰ However, the fact that States have an obligation of due diligence does not mean they must accomplish disproportionate or impossible tasks; they are only expected to take all the *appropriate, reasonable* and *necessary* measures available in each case.¹⁰¹ While strengthening this ‘indirect responsibility’ system may incentivize States to prevent non-State human rights violations,¹⁰² its effectiveness seems less clear when dealing with NSAG. Especially, considering that one of the main policy rationales of this type of ‘vicarious’ responsibility is the establishment of State’s responsibility but for ‘out-sourced’, ‘delegated’ or ‘transferred’ authority by the State to the non-State actor.¹⁰³ In any case, this avenue remains available, and its use may continue to¹⁰⁴ establish States’ responsibility.

Second, a direct form of accountability of NSAG under international law remains underdeveloped.¹⁰⁵ In the human rights field, for instance, no enforcement machinery has been created whereby these groups can be held directly accountable. Moreover, even if their members may be individually prosecuted, the responsibility of the group, as such, is scarcely established. For Clapham, “one should not, however, draw the conclusion that the absence of international jurisdictions means that NSAG have no obligations under international law”.¹⁰⁶ Additionally, civil litigation before national courts has proved to be effective for holding non-State actors responsible. While this possibility has mainly focused on transnational corporations, national courts may also have to consider the conducts of NSAG for deter-

State’s Territory by Armed Non-State Actors’, *Geneva Academy: Academic Briefing*, num. 13, 2018, pp. 13-24.

⁹⁹ Reinisch, August, *op. cit.*, pp. 79-81.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 80.

¹⁰¹ Eatwell, Tatyana, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰² Reinisch, August, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Eatwell, Tatyana, *op. cit.*, p. 23 establishing that “the African Commission on Human and People’s Rights found Cameroon responsible for its failure to take the necessary measures to prevent post-election violence that, through its investigations, the state knew or should have known was being planned, and for its failure to respond promptly to that violence”.

¹⁰⁵ Reinisch, August, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰⁶ Clapham, Andrew, “The Rights and Responsibilities...”, *cit.*, p. 5.

mining whether a State has assisted them (*f.i* by supplying arms) in violating international rules.¹⁰⁷ Strengthening this type of litigation could advance the making of NSAG directly responsible for international law violations at the national level.

A third avenue for making NSAG accountable for international law violations is radically modifying the system. Exploring this possibility, Heffes and Frenkel explain there is a gap created by the rules on international responsibility under which only States and individuals can separately be held responsible for international law violations, leaving aside NSAG's responsibility as a collective.¹⁰⁸ Building on the idea that such gap needs to be filled by directly subjecting NSAG to international law,¹⁰⁹ they submit that their international responsibility shall be undertaken on behalf of victims and the international community.¹¹⁰ While recognizing the difficulty of changing the system, they also identify rules on attribution and reparations that could, *mutatis mutandis*, conceive NSAG as capable of violating international law. Clarifying those rules, they argue, may have a positive impact on parties subjected to them, who would more highly and easily recognize and respect the law.¹¹¹

A good reason for endorsing this option is the belief that NSAG could become convinced of the appropriateness of international law and take ownership of its norms. This has materialized in the real world, where certain NSAG have embraced rules of international law and their responsibility for violating them.¹¹² It is also claimed that opening the system to allow the participation of NSAG in the formation of IHL could elicit the group's ownership of its rules, which would be consistent with the principle of equality of the parties in armed conflicts.¹¹³ In Heffes and Frenkel's words, "improving the clarity on the rules on a subject may entail higher levels of respect, since every involved party would be able to recognize its obliga-

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 5, 36-38.

¹⁰⁸ Heffes, Ezequiel and Frenkel, Brian, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁹ Murray, Daragh, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁰ Heffes, Ezequiel and Frenkel, Brian, *op. cit.*, p. 56.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 72.

¹¹² *Ibidem*, p. 42.

¹¹³ *Ibidem*, p. 54, See also p. 60 in which the authors submit that 'there is good case to claim that armed groups already participate in the formation of customary rules, mainly with respect to IHL'.

tions and act accordingly”.¹¹⁴ They conclude that the internalization of rules and their translation into a language that NSAG can understand would raise their level of compliance.¹¹⁵ In fact, non-governmental organizations like Geneva Call have engaged with these groups for monitoring and encouraging their consent to certain international obligations, particularly with respect to human rights and IHL.¹¹⁶

In my view, it is salutary to be sceptical towards radically opening the system. In addition to ‘legitimacy implications’, if the current system overly loosens to comprehend more States’ violations of due diligence obligations regarding human rights, a risk of having developing States paying large amounts of compensations for non-State action emerges. Moreover, a very extreme version of the ‘open system scenario’ could be a private-to-private litigation model, in which non-State actors could settle with victims of serious human rights or IHL violations in disregard of basic moral values. I am certain that a middle ground that brings about both the responsibility of State and non-State actors is both possible and more desirable. In this sense, proposals entailing the recognition of certain international obligations for NSAG; mainly in the realms of international human rights, IHL and criminal law, seem more prudent. Clarifying these rules and empowering national and international mechanisms may thus have a positive impact on victims.

IV. A LEGAL VACUUM IN THE LAW OF STATES’ RESPONSIBILITY

In 2001, the ILC adopted the ‘Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts’ (ASR), which are now considered as largely reflecting customary law.¹¹⁷ The ASR contains the conditions under which States may be held responsible for violating international law and the ensuing consequences.¹¹⁸ Under article 2, internationally wrongful acts are

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 72.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Clapham, Andrew, “The Rights and Responsibilities...”, *cit.*, p. 32.

¹¹⁷ Crawford, James, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, 2014, p. 43.

¹¹⁸ ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, p. 31.

those breaches of international obligations that are *attributable to States*. The general requirement of attribution is further construed in Articles 4 to 11, which define the particular scenarios where such an attachment of conducts to a State is justified. Particularly, article 10 refers to the situation where acts of insurgents give rise to States' responsibility:

1. The conduct of an insurreccional movement which becomes the new Government of a State shall be considered an act of that State under international law.

2. The conduct of a movement, insurreccional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law...

This article is premised on the general rule that States are not responsible for privates' acts. In this sense, Roberto Ago, who was the Special Rapporteur of the ILC in charge of drafting Article 10, proposed to expressly include such general rule as follows: "[t]he conduct of a private individual or group of individuals, acting in that capacity, is not considered to be an act of the State in international law".¹¹⁹ This general rule covers NSAG' conducts, which are not attributable to States unless one of the Article 10 situations occurs. In fact, Ago noted that the conducts of an insurreccional movement, which exists as a separate subject of international law in parallel with the State, are in principle attributable solely to that movement and not to the State. In his words, "[t]o the extent allowed by its limited international capacity, this subject is perfectly capable of committing internationally wrongful acts".¹²⁰

Nonetheless, Article 10 of the ASR establishes an exception to this general rule, namely, where insurreccional movements succeed and therefore exceptionally engage the responsibility of the State for their conducts. In this sense, Article 10 covers three scenarios, two explicit and one implicit.

¹¹⁹ ILC, 'Fourth Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur—The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (Continued)', International Law Commission, 1972, Document A/CN.4/264 and Add.I, p. 126.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 129.

it.¹²¹ The first explicit scenario occurs where the insurgency succeeds and becomes a State's new government. This exception, based on the idea of continuity between the insurgency and the organization of the new State, entails that the acts committed during the struggle by both the insurgency and the former government become attributable to the already existing State.¹²² The second explicit scenario occurs where an insurreccional 'or other' movement succeeds in establishing a completely new State. Here, the acts of the movement will be solely attributed to the new State and not to the predecessor;¹²³ for continuity exists between the movement and the new States' organization.¹²⁴ In both of scenarios, the actions of insurgents may be assessed under international law *through* the law of State responsibility, *i.e.* as acts of the State proper when insurgencies succeed. Nonetheless, a final implicit scenario is derived from Article 10: where the insurgency fails and its conducts cannot be attributed to any State.

In theory, where insurgencies fail and their conducts cannot be attributed to a State, they may *themselves* be held responsible for violating international law.¹²⁵ As specified in the ASR's Commentary, "the insurreccional movement may itself be held responsible for its own conduct under international law, for example for a breach of international humanitarian law committed by its forces".¹²⁶ While these movements' international responsibility and its consequences escape from the ASR's scope, Ago's analysis during the drafting process sheds light on such responsibility's elements. In fact, he even proposed a Draft Article entitled 'conduct of other subjects of international law', under which: "the conduct of a person or group of persons acting in the territory of a State as organs of an insurreccional movement directed against that State and possessing separate international personality is not considered to be an act of that State in international law".¹²⁷ The proposed

¹²¹ Crawford, James, *op. cit.*, p. 174.

¹²² ILC, "Draft Articles on Responsibility of States...", Article 10 paragraph 5, p. 50.

¹²³ For a proposal that this principle should find application in all cases of succession and even where predecessor State continue to exists, see: Dumberry, P, 'New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurreccional Movement', *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 3, 2006, p. 605.

¹²⁴ ILC, "Draft Articles on Responsibility of States...", Article 10, paragraph 6, p. 51.

¹²⁵ Crawford, James, *op. cit.*, p. 180.

¹²⁶ ILC, "Draft Articles on Responsibility of States...", Article 10, paragraph 6, p. 52.

¹²⁷ ILC, "Fourth Report on State Responsibility...", p. 143.

Article included a ‘without prejudice’ clause, providing that those persons’ conducts might nonetheless be attributable to the insurrectional movement of which they were organs. The Draft Article was based on the idea that insurrectional movements, as such, are different from other NSAG and could therefore be held responsible.¹²⁸ For Ago:

[I]njurious actions committed by the organs of an insurrectional movement, in the sense in which this term is used in international law, are different from those committed by individuals or groups of individuals during a riot or demonstrations by a rebellious mob. In the first case, those who commit the acts are not private individuals, but *organs of a subject of international law other than the State*. It is this subject to which the acts of its own organs should normally be attributed, and which may be called upon to answer for them.¹²⁹

Notably, Ago went on to exemplify three cases where States have presented direct claims to insurrectional movements for the injuries caused to them or to their nationals. Firstly, in the context of the American Civil War (1861), Great Britain justified its relations with the Confederate insurgents by referring to the “undoubted principle of international law, that when the persons or the property of the subjects or citizens of a State are injured by a *de facto* government, the State so aggrieved has a right to claim from the *de facto* government redress and reparation”.¹³⁰ Second, during the Mexican Revolution (1914), the US claimed reparation for the unlawful arrest, by an armed group under General Huerta’s control, of crewmembers of the American vessel *Dolphin*. This was done with the understanding that, at the moment, Mexico had no government and General Huerta’s forces solely controlled part of Mexican territory.¹³¹ Thirdly, Great Britain formally claimed reparations on three occasions to the belligerent Nationalist Government during the Spanish Civil War.¹³² For instance, in response to a

¹²⁸ Clapham, Andrew, “Human Rights Obligations...”, *cit.* p. 509.

¹²⁹ ILC, “Fourth Report on State Responsibility...”, *op. cit.* p. 139 (emphasis added).

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ ‘Address of the President Woodrow Wilson to Congress on “The Situation in Our Dealings with General Victoriano Huerta at Mexico City”’, *Office of the historian - US Department of State*, 20 April 1914, available at: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1914/d705>.

¹³² ILC, “Fourth Report on State Responsibility...”, *op. cit.*, p. 139.

particular claim on the bombing of the British steamer *Jean Weems*, the Nationalist forces provided assurances of non-repetition, and agreed to submit the case to arbitration if the parties so considered.¹³³

These examples rest on the premise that States may bring claims against insurrectional movements, engaging their international responsibility when they have not succeeded in establishing a new government or State.¹³⁴ While this possibility remains underexplored, international bodies such as the UN Security Council have called unsuccessful insurgencies to respect international law and abide by the consequences of their violations.¹³⁵ In Resolution 1214 (1998) it demanded Afghan factions to halt human rights and IHL violations and to adhere to international law.¹³⁶ Additionally, in Resolution 1417 (2002) it held rebel groups in the Democratic Republic of Congo “responsible to bring to an end all extrajudicial executions, human rights violations and arbitrary harassment of civilians” in territories they controlled.¹³⁷

Truth and reconciliation commissions have also considered international law violations committed by unsuccessful insurgencies and requested them compliance. This is reflected in the Guatemalan Commission for Historical Clarification’s Report, issued in the aftermath of that State’s civil war:

[I]nsurgent groups that participated in the internal armed confrontation had an obligation to respect the minimum standards of international humanitarian law that apply to armed conflicts, as well as the general principles common to international human rights... superior levels of the organic structure of the guerrillas hold undeniable responsibility for offences against the lives of individuals and other violations of international humanitarian law.¹³⁸

¹³³ Fortin, Katharine, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford University Press, 2017, paragraph 4.3.

¹³⁴ Crawford, James, *op. cit.*, p. 180.

¹³⁵ For a more comprehensive discussion of these Resolutions see Clapham, Andrew, “Human Rights Obligations...”, *op. cit.* pp. 449-503.

¹³⁶ UNSC, The situation in Afghanistan, Resolution 1214 (1998), 1998, paragraph 12.

¹³⁷ UNSC, The situation in the Democratic Republic of the Congo, Resolution 1417 (2002), 2002, paragraph 4.

¹³⁸ ‘Guatemala Memory of Silence: Report of the Commission for Historical Clarification - Conclusions and Recommendations’, UN Doc. A/53/928, 1999, Annex pp. 42-44.

As means of reparation, this Commission recommended Guatemala to create a National Reparation Program, which benefited victims of international law violations committed both by State actors and insurgent groups. The Commission also recommended insurgents to directly assume responsibility of those violations, ask forgiveness, and provide information on enforced disappearances.¹³⁹ Moreover, the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone also found that non-State actors, including private security companies, rebels, peacekeepers and insurgents, had violated international law during the Sierra Leonean armed conflict (1991).¹⁴⁰ Amongst the participant insurgents, it found the Revolutionary United Front to be the most responsible for international human rights and humanitarian law violations.¹⁴¹ While non-State actors had committed most of the unlawful conducts, the Commission considered that the State was bound to provide reparations for all violations committed,¹⁴² as they were primarily the government's responsibility.¹⁴³

In any case, claiming the international responsibility of unsuccessful insurgencies and obtaining reparations for them faces several obstacles. Not only is this option problematic for the States' reluctance to recognize the insurgent's personality,¹⁴⁴ but it also faces practical obstacles given these entities' nature and the complexity of enforcing the law against them. For Ago:

[T]he extent and size of the insurrectional movement may vary with the vicissitudes of the civil war, and the territory over which it exercises authority may shrink or expand. All this creates uncertainty regarding the prospects of obtaining reparation from the movement, during the conflict, for an internationally wrongful act, especially as it may have no property which, when the need arises, could afford a means of compensation. We may add that... making responsibility effective

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 49-52.

¹⁴⁰ Truth and Reconciliation Commission, "Witness to truth: final report of the truth and reconciliation commission - Sierra Leone", Graphic Packaging, 2004, available at: <http://www.aspresolver.com/aspresolver.asp>, pp. 23, Volume 1, Chapter one.

¹⁴¹ *Ibidem*, Volume 2, Chapter Two, pp. 29, 127, 154.

¹⁴² *Ibidem*, Volume 2, Chapter Four, p. 21.

¹⁴³ *Ibidem*, volume 2, Chapter Four, pp. 5, 82, 197.

¹⁴⁴ Crawford, James, *op. cit.*, p. 171.

could entail further difficulties, either in fact or in law, since there is a risk that the presentation of a claim could imply recognition.¹⁴⁵

For these reasons, reparations arising from international law violations committed by insurgencies have mostly been sought through the establishment of States' responsibility, relegating the insurgencies' responsibility as *independent entities* to second place. This is exemplified by how the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone addressed the matter. Recognizing the complexity of the conflict, the impossibility to identify the perpetrators, and the absence of options to seek redress through civil courts,¹⁴⁶ the Commission decided that the State was responsible for failing to prevent violations committed by privates.¹⁴⁷ For Crawford, what really matters, in practice, is the responsibility of States for the insurgents' conducts.¹⁴⁸ Accordingly, the relevant responsibility for these cases would only be that of the State, arising either from the attribution of successful insurgencies' conducts or through the application of due diligence. Still, a strong version of this approach solely reinforces the traditional State-centred paradigm of international law, an exclude a necessary avenue to make non-State actors directly accountable.

In conclusion, the traditional approach fails to address violations committed by insurgencies *per se*, creating a legal vacuum for the victims who are entitled to reparations. This vacuum emerges when insurgencies have not yet succeeded in establishing a new government or a new State, when they fail in this endeavour, or when States cannot be held responsible for failing to comply with due diligence. From the victims' standpoint, it should not matter whether the insurgency succeeded or if a particular State could be held responsible for violating obligations of conduct or failing to comply with due diligence. What should matter is victims' exercise of their right to reparations. In other words, wrongful acts committed by unsuccessful insurgents, should also be redressed. Otherwise, victims of serious international law violations risk facing a legal loophole when trying to obtain redress arising from these NSAG' violations. In my view, a possible

¹⁴⁵ ILC, "Fourth Report on State Responsibility...," *cit.* p. 139.

¹⁴⁶ Truth and Reconciliation Commission, *cit.*, vol. 2, Chapter Four, paragraph 11.

¹⁴⁷ *Ibidem*, vol. 2, chapter Four, p. 21.

¹⁴⁸ Crawford, James, *op. cit.*, p. 171.

instrument to fill this gap could be the establishment, at the national level, of universal civil jurisdiction.

V. VICTIMS' RIGHT TO REPARATIONS

It is a general principle of international law that any violation of such law gives rise to an obligation of making full reparation for the injuries caused.¹⁴⁹ This obligation, in turn, produces a right to claim for the responsibility of the wrongdoer and to claim reparations.¹⁵⁰ The development of these rules followed a traditional approach, which considers States as the ultimate subjects in charge of making reparations. While the scope of these rules is mostly clear when dealing with inter-State relations, the extent to which they apply for situations where wrongdoers or their victims are non-State actors is uncertain. Unfortunately, this uncertainty persists with respect to individual victims of human rights and IHL violations,¹⁵¹ who are commonly considered as not being directly entitled to claim for reparations. One must then make the following assumption: even if international law recognizes certain *substantive* rights of individuals, this does not automatically entail that they enjoy *procedural* rights to enforce those rights or to internationally obtain reparations.¹⁵²

In this sense, reparations have mainly been considered from the standpoint of the State's *obligation* to make them, rather than from the injured subject's *right* to obtain them.¹⁵³ Thus, and in line with this article's pur-

¹⁴⁹ ILC, "Draft Articles on Responsibility of States...", article 31 ILC.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹⁵¹ Gillard, Emanuela-Chiara, "Reparation for Violations of International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, No. 851, 2003, pp. 25, 85, 530.

¹⁵² Gaeta, Paola, "Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?", in Ben-Naftali, Orna (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011, p. 322.

¹⁵³ See, para. 152 of I.C.J. Reports 2004, *Wall (Advisory Opinion)*, p. 136: "given that the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory has, *inter alia*, entailed the requisition and destruction of homes, businesses and agricultural holdings, the Court finds further that Israel has the obligation to make reparation for the damage caused to all the natural or legal persons." See also, I.C.J. Reports 2010, *Diallo (Republic of Guinea v. DRC)*, Merits, Judgment, p. 639, paragraph 161.

pose, the following paragraphs will focus on the victims' rights to obtain reparations rather than on the States' obligations to ensure them. Moreover, while 'victims' comprise a limited type of subjects, without a precise definition in international law,¹⁵⁴ this article will focus on the concept of victims taken by the UN General Assembly's 'Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of IHL'.¹⁵⁵

Concerning IHL, Article 3 of the Hague Convention IV of 1907¹⁵⁶ and Article 91 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions bind States to pay compensation for the wrongs they commit during international armed conflicts. However, these provisions do not expressly mention the subject to whom compensation is owed, which has traditionally been interpreted as entailing that such obligations are exclusively placed at an inter-State level.¹⁵⁷ In other words, States responsible of violating IHL are considered as solely bound to provide reparations to the State of nationality of injured victims, rather than to the victims as individuals.¹⁵⁸

This position has been criticized for ignoring the principle of evolutionary interpretation of treaties.¹⁵⁹ For Gaeta, such approach only made sense in the past, where individuals lacked subjectivity in international law.¹⁶⁰ The development of international human rights law, she argues, affected this

¹⁵⁴ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, "International Law of Victims", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 14, 2010, pp. 219, 273.

¹⁵⁵ UNGA, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law 2005 [Resolution 60/147] "[V]ictims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law, or serious violations of [IHL]" "[a] person shall be considered a victim regardless of whether the perpetrator of the violation is identified, apprehended, prosecuted, or convicted and regardless of the familial relationship between the perpetrator and the victim".

¹⁵⁶ Convention (IV) on the Laws and Customs of War on Land and annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, (in force since 26 January 1910).

¹⁵⁷ Bucher, Andreas, "La compétence universelle civile", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 327, Martinus Nijhoff Publishers, 2015, p. 45.

¹⁵⁸ Gaeta, Paola, *op. cit.*, p. 308.

¹⁵⁹ Bucher, Andreas, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁰ Gaeta, Paola, *op. cit.*, p. 308.

construct by introducing the idea of individuals as direct holders of international rights opposable to States, including that to obtain reparations.¹⁶¹ Thus, individuals whose rights under IHL have been breached would also have a *substantive* right to reparations; a different question being whether they have a *procedural* right to internationally enforce those substantive rights. Acknowledging several obstacles, Gaeta notes that, in any case, individuals' right to reparations could be fulfilled through other means, such as their State's exercise of diplomatic protection; the actions of other States when dealing with *erga omnes* obligations; or the recourse to national tribunals.¹⁶²

Moreover, these IHL rules are, in principle, solely applicable to international armed conflicts, in which States would be those responsible of violations and the ones bound to make reparations. However, the fact that NSAG may also violate IHL when participating in NIACs, raises the question of whether their victims also possess a right to obtain from them reparations. Presumably, this right would not depend on the responsible entity, but on the right to reparations itself. For Gaeta:

[I]n contemporary armed conflicts is not unlikely that non-state armed groups commit serious violations of the rules of the international law of armed conflicts. Assuming that these groups are internationally bound by such rules, it is clear that if individuals possess an international right to compensation towards the responsible state, it would be easier to reach the same conclusion —*mutatis mutandis*— whenever the belligerent party responsible for the violation is a non-state armed group.¹⁶³

In fact, NSAG have occasionally acceded to make reparations for international law violations. In 1998, the Philippines and the National Democratic Front concluded a 'Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law', under which both parties agreed to make reparations.¹⁶⁴ The Agreement recognised the victims' right to seek justice and obtain reparations, and provided that those liable shall be

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 319, 326.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 322 y 323.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 307 Footnote 6.

¹⁶⁴ Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humani-

prosecuted and their victims indemnified.¹⁶⁵ Admittedly, instances like this have rarely occurred, and today it is more common that *particular* members of NSAG, rather than the group *as such*, face a burden to make reparations via their individual civil or criminal responsibility. Moreover, neither the Geneva Conventions nor Additional Protocol II expressly bind NSAG to make reparations. However, it seems that NSAG' responsibility to make reparations is a natural consequence of their international law breaches.¹⁶⁶ This has also been the approach taken by the International Law Association when considering that "victims of armed conflict have a right to reparation from the responsible parties", which "may also include non-State actors other than International Organizations".¹⁶⁷

With respect to international human rights law, Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights recognizes that "[e]veryone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the[ir] fundamental rights." Generally, under human rights law it is more common to witness cases where victims' right to reparations is fulfilled. Perhaps this is so because individuals are more frequently recognized with procedural rights to claim reparations arising from human rights violations before international tribunals.¹⁶⁸ However, most human rights treaties have been drafted from the point of view of the States' obligation to ensure reparations for individual victims within their *own* legal systems. Examples include the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination,¹⁶⁹ the 1984 Convention against Torture,¹⁷⁰ and the

tarian Law between the Government of the Republic of the Philippines and the National Democratic Front of the Philippines (16 May 1998).

¹⁶⁵ See *ibidem*, Part IV, Article 6: "The persons liable for violations of the principles of international humanitarian law shall be subject to investigation and, if evidence warrants, to prosecution and trial. The victims or their survivors shall be indemnified...".

¹⁶⁶ Gillard, Emanuela-Chiara, *op. cit.*, p. 535.

¹⁶⁷ International Law Association, "Resolution No 2/2010: Reparation for Victims of Armed Conflict", *Report of the Seventy-Fourth Conference*, 2010, Articles 5.2 and 6.

¹⁶⁸ For instance, see Article 41 of the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Article 63 of the 1969 American Convention on Human Rights.

¹⁶⁹ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7 March 1966 (660 UNTS 195), (in force since 4 January 1969).

¹⁷⁰ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984 (1465 UNTS 85), (in force since 26 June 1987). The text

2006 Convention on Enforced Disappearances.¹⁷¹ Admittedly, these provisions do not create individual rights to claim reparations at the international level, but only bind States to guarantee such reparations within their *own* legal systems.¹⁷²

The UN General Assembly took a more progressive approach in 2005, through the adoption of the above-mentioned Basic Principles, which reaffirm and develop victims' right to access justice and redress mechanisms. Particularly, they confirm that States have the obligation to ensure compliance with international law by: incorporating rules of human rights and IHL into their legal systems; adopting measures that provide fair, effective and prompt access to justice; making remedies available; and ensuring a minimum level of protection for victims (paragraph 2). Interestingly, the Principles clarify that the obligation to respect, ensure respect, and implement these branches of international law entails a duty to "[p]rovide those who claim to be victims of a human rights or humanitarian law violation with equal and effective access to justice..., irrespective of who may ultimately be the bearer of responsibility for the violation" (paragraph 3). While this duty is State-oriented, its wording infers that victims' right to access justice should be fulfilled vis-à-vis *any* entity capable of committing those violations, including NSAG. Additionally, the Principles recognize and clarify the content of the victims' right to remedies in the form of access to justice, reparation, and access information (paragraph 11). In any case, the Principles end up subordinating these rights to States' domestic law. For Bucher:

[L]es Principes ne fournissent pas, et ne constatent pas non plus, la norme juridique internationale dont la victime peut se prévaloir pour réclamer réparation... Le droit des victimes "aux recours" n'est pas articulé, à part son principe,

of this instrument, which has been taken as a model for other UN human rights conventions, reads as follows: "Article 14. 1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible... Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law."

¹⁷¹ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 20 December 2006 (2716 UNTS 3), (in force since 23 December 2010).

¹⁷² Bucher, Andreas, *op. cit.*, p. 48.

en tant que droit individuel conféré par le droit international à la personne lésée. C'est un droit dont l'existence dépend de l'application et du respect, par les Etats, de leurs «obligations juridiques internationales» de rendre leur droit interne compatible avec le droit international.¹⁷³

In other words, while the Principles reaffirm victims' substantive rights to access justice and reparations, they do not attribute such rights to individuals in the form of directly applicable rules at the international level. In any case, these Principles are progressive and embrace a victim-oriented perspective; for, in addition to confirming States' obligation to repair their own international law violations, they specify that other liable entities *should* either directly provide reparations or compensate States that have already done so (paragraph 15). While it is not clear whether this has crystallized into an obligation for non-State entities, victims' right to obtain reparations remains intact. In this sense, such right is safeguarded vis-à-vis non-State actors in instruments of international law such as the Rome Statute, which empowers the International Criminal Court to make reparation orders against convicted persons.¹⁷⁴ Recently, the Human Rights Council's Guiding Principles on Business and Human Rights also declared that States must ensure that victims of business-related human rights abuses have access to effective remedies.¹⁷⁵

Finally, the Principles also recognize the States' obligation to "enforce domestic judgements for reparation against individuals or entities liable for the harm suffered and endeavour to enforce valid foreign legal judgements for reparation in accordance with domestic [and international] law" (paragraph 17). This obligation could be the *raison d'être* of the exercise of national civil jurisdictions for the providing redress to victims of international law violations committed by non-State actors.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷⁴ Article 75.2 Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998 (2187 UNTS 3), (in force since 1 July 2002).

¹⁷⁵ HRC, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework 2011 paragraph 25.

VI. CONCLUDING REMARKS

The question of whether NSAG' breaches of international law give rise to victims' rights to reparations is plagued with uncertainties. As individuals, members of NSAG may be bound to repair international crimes and other serious violations of international law. However, as subjects of international law, these NSAG' obligations to make reparations for the international law violations of the group is less clear.

In this sense, the States' responsibility framework created a vacuum with respect to unsuccessful insurgencies' accountability. These NSAG, should respond to their international law violations regardless of their success.

The entrance of non-State actors in the international legal system calls for ensuring internationally recognized human rights, including the right of NSAG' victims to reparation, regardless of the perpetrator's nature. Similarly, to other non-State actors, NSAG are responsible to redress victims of their international law violations. Instrumentalizing this right of reparations through various mechanisms could be beneficial given the assets these groups possess, and their victims' need to access justice and obtain redress.

VII. REFERENCES

Address of the President Woodrow Wilson to Congress on "*The Situation in Our Dealings with General Victoriano Huerta at Mexico City*" (Office of the historian - US Department of State, 20 April 1914), available at: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1914/d705>.

BROWNLIE, Ian and CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

BUCHER, Andreas, "La compétence universelle civile", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 327, Martinus Nijhoff Publishers, 2015.

CASSESE, Antonio *et al.*, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd. ed., Oxford University Press, 2013.

CASSESE, Antonio, *International Law*, 2nd. ed., Oxford University Press, 2005.

- Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, (829 UNTS 119), 26 June 1945.
- CLAPHAM, Andrew, “Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, num. 863, 2006.
- CLAPHAM, Andrew, “Defining Armed Conflicts under the Additional Protocols: Is There a Need for Further Clarification?”, in POCAR, F., *The Additional Protocols 40 Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives*, International Institute of Humanitarian Law, 2017.
- CLAPHAM, Andrew, “The Concept of International Armed Conflict”, in CLAPHAM, Andrew *et al.*, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015.
- CLAPHAM, Andrew, “The Rights and Responsibilities of Armed Non-State Actors: The Legal Landscape & Issues Surrounding Engagement”, *Social Science Research Network Electronic Journal*, 2010, available at: <http://www.ssrn.com/abstract=1569636>.
- Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law between the Government of the Republic of the Philippines and the National Democratic Front of the Philippines*, 16 May 1998.
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land*, The Hague, 18 October 1907.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, (1465 UNTS 85), 10 December 1984.
- CROWE, Jonathan and WESTON-SCHEUBER, Kylie, *Principles of International Humanitarian Law*, Edward Elgar, 2013.
- DUMBERRY, P., “New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement”, *European Journal of International Law*, vol. 17, Issue 3, 2006.
- EATWELL, Tatyana, “State Responsibility for Human Rights Violations Committed in the State’s Territory by Armed Non-State Actors”, *Geneva Academy: Academic Briefing*, num. 13, 2018.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, “International Law of Victims”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, 2010.
- FORTIN, Katharine, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford University Press, 2017.

- FOSTER HALABI, Samm, “Traditions of Belligerent Recognition: The Libyan Intervention in Historical and Theoretical Context”, *American University International Law Review*, vol. 27, Issue 2, 2012.
- GAETA, Paola, “Are Victims of Serious Violations of International Humanitarian Law Entitled to Compensation?”, in BEN-NAFTALI, Orna (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011.
- Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 12 August 1949.
- GILLARD, Emanuela-Chiara, “Reparation for Violations of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, num. 851, 2003.
- Guatemala Memory of Silence: Report of the Commission for Historical Clarification - Conclusions and Recommendations*, UN Doc. A/53/928, 1999.
- HANNUM, H., “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, num. 25, 1996, p. 112.
- HEFFES, Ezequiel and FRENKEL, Brian, “The International Responsibility of Non-State Armed Groups: In Search of the Applicable Rules”, *Social Science Research Network Electronic Journal*, 2017, available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3130148>.
- HESSBRUEGGE, Jan Arno, “Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 11, Article 3, 2006.
- HRC, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations*, “Protect, Respect and Remedy” Framework, 2011.
- ICJ Reports 1949, *Reparation for injuries (Advisory Opinion)*, International Court of Justice, 1949.
- ICJ Reports 1969, *North Sea Continental Shelf Cases*, (Federal Republic of Germany/Denmark) (Federal Republic of Germany/Netherlands) (Judgment), International Court of Justice, 1969, p. 3.
- ICJ Reports 1980, *Case concerning United States diplomatic and consular staff in Tehran (United States of America v Iran)* Judgment, International Court of Justice, 1980.
- ICJ Reports 2001, *LaGrand (Germany v United States of America)*, (Judgment), International Court of Justice, 2001.
- ICJ Reports 2004, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Judgment), International Court of Justice, 2004.

- ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001.
- ILC, “Draft Conclusions on Identification of Customary International Law”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2018.
- ILC, “Fourth Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur-The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility (Continued)”, *International Law Commission*, 1972, Document A/CN.4/264 and Add.I.
- ILC, *Principle 1 of the Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal Adopted by the International Law Commission at Its Second Session and Submitted to the United Nations General Assembly*, 1950.
- International Committee of the Red Cross, *How Is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?*, 2008, available at: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>.
- International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, (2716 UNTS 3), 20 December 2006.
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, (660 UNTS 195), 7 March 1966.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, (999 UNTS 171), 16 December 1966.
- International Law Association, “Resolution No. 2/2010: Reparation for Victims of Armed Conflict”, *Report of the Seventy-Fourth Conference*, 2010.
- IT-03-66-T, *Prosecutor v Fatmir Limaj et al (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 2005.
- IT-04-82-T, *Prosecutor v Boškoski & Tarčulovski (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 2008.
- IT-04-84-T, *Prosecutor v Haradinaj et al (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 2008.
- IT-94-1, *Prosecutor v Tadić (Appeals Chamber Decision on Jurisdiction)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 1995.
- JURISDICTION of the Courts of Danzing (Advisory Opinion), Permanent Court of International Justice, 1928, num. 15, p. 18.
- KLABBERS, Jan, “(I Can’t Get No) Recognition: Subjects Doctrine and the Emergence of Non-State Actors”, in PETMAN, Jarna and KLABBERS, Jan,

Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi, 2003.

KYRIAKAKIS, Joanna, “International Legal Personality, Collective Entities, and International Crimes”, in GAL-OR, Noemi *et al.* (eds.), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place*, Brill-Nijhoff, 2015.

LAUTERPACHT, Hersch, “The Subjects of International Law”, *International Law. Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. I, 1970.

MURRAY, Daragh, *Human Rights Obligations of NSAG*, Hart Publishing, 2016.

PAUST, Jordan J., ‘Armed Opposition Groups’ in Noortmann, Math, Reinisch, August, and Ryngaert, Cedric (eds.), *Non-state actors in international law*, Hart Publishing, 2015.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

RAWFORD, James, *State Responsibility: The General Part*, First paperback ed, Cambridge University Press, 2014.

REINISCH, August, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005.

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General’ (2005).

Report of the International Law Commission: Seventy-First Session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019)’ (International Law Commission 2019).

Rome Statute of the International Criminal Court, (2187 UNTS 3), 17 July 1998.

SCSL-2004-16-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72(E), *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Appeals Chamber)*, Special Court for Sierra Leone, 2004.

SIVAKUMARAN, Sandesh, “Binding Armed Opposition Groups”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, num. 369, 2006.

- The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *The War Report: Armed Conflicts in 2018*, Geneva Academy, 2019, available at: <https://www.geneva-academy.ch/research/our-project/detail/30-the-war-report>.
- Truth and Reconciliation Commission, *Witness to truth: final report of the truth and reconciliation commission-Sierra Leone*, Graphic Packaging, 2004, available at: <http://www.aspresolver.com/aspresolver.asp>, Volume 1, Chapter one.
- UNGA, [Resolution 60/147], *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, 2005.
- UNGA, “Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations”, A/RES/2625 (XXV) (1970).
- Universal Declaration of Human Rights, *UNGA Res 217 A(III) (UDHR)*, adopted 10 December 1948.
- UNSC, The Situation in Afghanistan, *Resolution 1214*, 1998.
- UNSC, The Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Resolution 1417*, 2002.
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, (1155 UNTS 331), 23 May 1969.
- WALTER, Christian, “Subjects of International Law”, *Max Planck Encyclopaedia’s of International Law*, 2007.

Los alimentos y el empleo de veneno en situaciones de conflicto armado: análisis a la luz de los medios y métodos de guerra prohibidos en el derecho internacional humanitario

*Food and the Use of Poison in Situations of Armed Conflict:
Analysis in the Light of the Means and Methods of Warfare
Prohibited Under International Humanitarian Law*

*Les aliments et l'utilisation de poison dans les situations de conflit
armé: analyse à la lumière des moyens et méthodes de guerre
interdits en droit international humanitaire*

Adriana **Fillol Mazo***

SUMARIO: I. *Cuestiones introductorias.* II. *Naturaleza jurídica y alcance de la prohibición de envenenar los alimentos como método y medio de guerra.* III. *Las violaciones graves en derecho internacional penal de las normas del derecho internacional humanitario que prohíben el empleo de veneno en los alimentos como método y medio de guerra.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias bibliográficas.*

* Universidad de Sevilla, España, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6607-4991>, afillol@us.es.

Artículo recibido el 7 de julio de 2022
Aprobado para publicación el 15 de agosto de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 105-140
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar las obligaciones jurídico-internacionales, así como su naturaleza, para las partes del conflicto armado, internacional y no internacional, en relación con la prohibición del envenenamiento de los alimentos como método y medio de guerra. Dado que los conflictos armados conducen a las formas más severas de hambruna de la población civil y que no se ha localizado a lo largo del derecho de los conflictos armados, una prohibición explícita de envenenar los alimentos como método de guerra, es por lo que nos hemos planteado escoger este tema de investigación. El trabajo se complementa con el análisis de la prohibición de envenenar los alimentos como medio de guerra y de la posible atribución de responsabilidad penal internacional por violación de la obligación que proscribe esta práctica, que aun no siendo explícita o específica se deduce de las normas convencionales, consuetudinarias y de los principios del derecho internacional humanitario.

Palabras clave: alimentos, veneno, conflictos armados, derecho internacional humanitario, medios de guerra, métodos de combate.

ABSTRACT: This article aims to analyze legal-international obligations, as well as their nature, for the parties to the armed conflict, international and non-international, in relation to the prohibition of food poisoning as a method and means of warfare. Armed conflicts lead to the most severe forms of famine of the civilian population, however, throughout the law of armed conflicts, an explicit prohibition of poisoning food as a method of warfare has not been found, which is why we have proposed to choose this research topic. The work is complemented with the analysis of the prohibition of food poisoning as a means of war and the possible attribution of international criminal responsibility for violation of the obligation that proscribes this practice that, although not being explicit or specific, is deduced from the conventional norms, customary and the principles of international humanitarian law.

Key words: food, poison, armed conflicts, international humanitarian law, means of warfare, methods of combat.

RÉSUMÉ: Cet article vise à analyser les obligations juridiques internationales, ainsi que leur nature, pour les parties à un conflit armé international et non international en ce qui concerne l'interdiction de l'empoisonnement alimentaire comme méthode et moyen de guerre. Les conflits armés conduisent aux formes les plus graves de famine de la population civile, pourtant aucune interdiction explicite de l'empoisonnement alimentaire comme méthode de guerre n'a été trouvée dans le droit des conflits armés. C'est pourquoi nous avons choisi ce sujet de recherche. L'article est complété par une analyse de l'interdiction de l'empoisonnement alimentaire en tant que moyen de guerre et de l'attribution éventuelle d'une responsabilité pénale internationale pour la violation de l'obligation proscrivant cette pratique, qui, bien que non explicite ou spécifique, est déduite des normes conventionnelles et coutumières et des principes du droit international humanitaire.

Mots clés: nourriture, poison, conflit armé, droit international humanitaire, moyens de guerre, méthodes de combat.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Los conflictos armados conducen al desarrollo de las formas más graves de hambruna y colocan a las comunidades en una situación de extrema vulnerabilidad alimentaria, ya que rompen el ciclo de producción y distribución de alimentos.¹ Podemos apreciarlo con un ejemplo desgraciadamente reciente: el conflicto armado entre Rusia y Ucrania. El ataque armado de Rusia hacia Ucrania no sólo está provocando una tragedia humanitaria de gran magnitud junto a violaciones graves del derecho internacional,² sino que, además, puede generar una crisis alimentaria global de igual o peores efectos que la que se produjo entre 2007 y 2008. En este sentido, la producción de cereales en Ucrania está siendo perjudicada por los efectos del conflicto armado. Asimismo, importantes flujos comerciales de cereales y semillas oleaginosas procedentes del Mar Negro prácticamente se han interrumpido a consecuencia del bloqueo por el conflicto.³

Cuando se libra una guerra, las personas pasan hambre, tanto en el desarrollo de las hostilidades como posteriormente, debido a la destrucción e inestabilidad de las infraestructuras esenciales del Estado. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sostiene que el derecho humanitario contiene disposiciones relacionadas con la protección del acceso a los alimentos en situaciones de conflicto armado para reforzar, en momentos de extrema vulnerabilidad de la población civil, el derecho a la alimentación.⁴ Nosotros nos vamos a centrar en el aspecto concreto, que

¹ FAO, “El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2021. Transformación de los sistemas alimentarios en aras de la seguridad alimentaria, una nutrición mejorada y dietas asequibles y saludables para todos”, Roma, FAO, 2021, pp. 12, 166, disponible en: <https://www.fao.org/3/cb4474es/cb4474es.pdf> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2022).

² UN Doc., A/ES-11/L.1*, Agresión contra Ucrania, 1o. de marzo de 2022, pp. 3 y 4, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/3958976?ln=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2022).

³ Comisión Europea, COM (2022) 133 final, “Garantizar la seguridad alimentaria y reforzar la resiliencia de los sistemas alimentarios”, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 23.3.2022, p. 1.

⁴ CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, Informe para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (32IC/15/11), Ginebra, 2015, pp. 7 y 8

será objeto de análisis, de la prohibición del envenenamiento de los alimentos durante el desarrollo del conflicto armado, como método y medio de guerra. Para acotar la investigación, no serán objeto de análisis en este trabajo ni la situación alimentaria posconflicto ni todas las normas del derecho internacional humanitario que protegen el acceso a los alimentos durante el desarrollo del conflicto armado (ayuda humanitaria de socorro alimentario, régimen alimentario de los prisioneros de guerra, protección especial a mujeres embarazadas en territorio ocupado, etcétera).⁵ En este sentido, dado que los conflictos armados conducen a las formas más severas de hambruna de la población civil, y que no se ha localizado, a lo largo del derecho de los conflictos armados, una prohibición explícita o específica de envenenar los alimentos como método de guerra (cuando se envenenan o contaminan intencionalmente los alimentos o las fuentes de las que derivan los alimentos el resultado, en contextos de fragilidad, puede ser el hambre de la población), es por lo que nos hemos planteado escoger este tema de investigación. Además, no hemos localizado más allá de referencias tangenciales, literatura específica por parte de la doctrina sobre este tema de investigación. La tesis, como se demostrará a lo largo de este trabajo, es que a pesar de no existir una prohibición explícita o directa que proscriba envenenar los alimentos como método de guerra, la obligación jurídica negativa de resultado, a este respecto, existe y se deduce del análisis hermenéutico de las normas convencionales, consuetudinarias y los principios del derecho internacional humanitario (DIH).

El trabajo se complementa con el análisis de la prohibición de envenenar los alimentos como medio de guerra y de la posible atribución de responsabilidad penal internacional por violación de las normas que prohíben el envenenamiento de los alimentos en este marco.

Como es sabido, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.⁶ El DIH ha formulado un extenso conjunto de normas que prohíben o regulan el desarrollo, la posesión y el empleo de ciertas armas (medios de guerra), y prohíben o restringen las maneras en que pueden utilizarse esas armas o en que pue-

⁵ Sobre estas cuestiones véase Fillol Mazo, A., *Seguridad alimentaria y derecho internacional*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 273-356.

⁶ Artículo 35.1 del Protocolo Adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).

den conducirse las hostilidades (métodos de guerra).⁷ Por tanto, el medio de guerra hace referencia a las armas o dispositivos físicos utilizados en combate, y el método de guerra hace alusión a las tácticas y estrategias para debilitar al adversario o a la conducta general de los que participan en el conflicto armado.⁸ Es importante destacar la distinción entre medios y métodos de guerra, puesto que cualquier arma (medio) puede utilizarse de manera ilícita (método), mientras que el empleo de armas que han sido prohibidas por sus características inherentes es ilícito independientemente de la manera en que se utilicen, como por ejemplo las armas que causan daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente⁹ o las armas trampas.¹⁰

En este sentido, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos encaminados a la prohibición del empleo de veneno o armas envenenadas como medio de guerra,¹¹ pero no hemos localizado en la literatura científica

⁷ ICRC, “Explosive Weapons with Wide Area Effects: A Deadly Choice in Populated Areas”, ICRC, Geneva, 2022, pp. 84-102.

⁸ Melzer, N., *El derecho internacional humanitario. Una introducción integral*, Suiza, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019, p. 115.

⁹ Domínguez Matés, R., *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

¹⁰ Boothby, W. H., “The Rules Relating to Mines, Booby-traps, and Other Devices”, in *Weapons and the Law of Armed Conflict*, second edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, pp. 149-174.

¹¹ Ejemplo de ello podemos encontrarlos en las convenciones de la Haya de 1899 y 1907, el Protocolo sobre la Prohibición del Uso en la Guerra, de Gases Asfixiantes, Tóxicos o Similares y de Medios Bacteriológicos de 1925, la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el almacenamiento de Armas Bacteriológicas (biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción de 1972 y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción de 1993. El uso de venenos y armas envenenadas como medio de guerra se ha practicado desde la antigüedad, empleándose desde flechas y lanzas envenenadas, pasando por el envenenamiento de pozos y suministros de alimentos, hasta la dispersión de gases tóxicos y la liberación de agentes causantes de enfermedades. El primer uso registrado de gases venenosos como medio de guerra se remonta al menos al año 431 a. C., cuando los espartanos quemaron mezclas de azufre y brea al asediar ciudades atenienses. Una mezcla similar de sustancias químicas tóxicas fue utilizada por la armada bizantina en el siglo VII. Otros ejemplos tempranos de guerra química incluyen la dispersión de humo con compuestos tóxicos de arsénico. Asimismo, la guerra biológica desde la Edad Media ha incluido el envenenamiento de alimentos y pozos, y la propagación deliberada de enfermedades, incluyendo la catapulta de cuerpos enfermos y excrementos por encima de los muros de la ciudad, el uso de la peste contra las tropas suecas en 1710 y el uso de la viruela contra los indios americanos en 1763. Históricamente,

ca un análisis de la prohibición del veneno (en concreto sobre los alimentos) como método de guerra. En este sentido, prestaremos especial atención a aquellas tácticas o estrategias prohibidas que se relacionan con el objeto de investigación, para debilitar a la población civil de la parte enemiga o a la parte contraria del conflicto.

Dado que la mayor parte de las normas contemporáneas del DIH están contenidas en los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y en los dos protocolos adicionales de 1977,¹² nuestro análisis se centrará sobre el estudio de estas fuentes, con independencia de que hagamos mención, secundariamente, a otras fuentes del DIH.

En este sentido, los objetivos generales que se persiguen en este trabajo son: identificar las obligaciones jurídico-internacionales para las partes del conflicto armado, internacional y no internacional, con relación a la prohibición del envenenamiento de los alimentos como método y medio de guerra; determinar la naturaleza jurídica de la prohibición del envenenamiento de los alimentos en el marco de los conflictos armados; clarificar la posible responsabilidad penal individual, que se atribuye a quienes llevan a cabo actos que violan la prohibición de emplear veneno en los alimentos en el marco de los conflictos armados.

Por otro lado, en tanto que el objeto de investigación es el empleo de veneno en los alimentos como método y medio de guerra, conviene clarificar qué significado le otorgamos al término “veneno”.

los primeros esfuerzos encaminados a prohibir el uso en la guerra de venenos y armas envenenadas (que ahora se denominan generalmente armas químicas y biológicas), en el marco del derecho de los conflictos armados, incluyen las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 y el Protocolo de Ginebra de 1925. A partir de finales de la década de 1960, la comunidad internacional ha realizado serios esfuerzos para reforzar las prohibiciones de las armas biológicas y tóxicas consagradas en las convenciones de la Haya de 1899 y 1907 y en el Protocolo de Ginebra de 1925, principalmente a través de tratados de desarme, en particular la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y la Convención sobre Armas Químicas de 1993. Estos tratados han tenido como objetivo prohibir no sólo el uso de las armas biológicas y tóxicas, sino también el desarrollo, la producción, la adquisición, el almacenamiento y la transferencia de estas armas. Véase Mathews, R. J., “Chemical and Biological Weapons”, en Liivoja, R. y McCormack, T. (eds.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge, Nueva York, 2016, pp. 212-232.

¹² Ospitia Garzón, O., “Crímenes de guerra y conflicto armado interno”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 81, 2018, pp. 120-122.

A este respecto, no hay una definición convencional específica, en el derecho de los conflictos armados, sobre qué se entiende por “veneno” o “arma envenenada”.¹³ La mayoría de los manuales militares de los Estados indican que el veneno y las armas envenenadas están prohibidos, sin dar más detalles. Se entiende que la prohibición del empleo de veneno o de armas envenenadas proscribía prácticas como impregnar balas con veneno o envenenar los alimentos y el agua de la parte adversa. En varios manuales militares se especifica que la prohibición de emplear veneno abarca, asimismo, el envenenamiento de pozos y otras redes de abastecimiento de agua.¹⁴

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su opinión consultiva sobre el asunto de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996), declaró que los términos “veneno” y “armas envenenadas” se entienden, en la práctica de los Estados, “en su sentido ordinario, como armas cuyo efecto principal o exclusivo es envenenar o asfixiar”.¹⁵ Por tanto, la CIJ considera que hay que atender a la finalidad, en el entendido de que están prohibidas las armas cuyo efecto principal o exclusivo es envenenar o asfixiar. En sus alegatos ante la CIJ en el asunto mencionado, Reino Unido y Estados Unidos declararon que la prohibición no se aplicaba a las armas que podían envenenar incidentalmente, sino sólo a las armas diseñadas para matar o herir por el efecto del veneno.¹⁶ Esta interpretación no indica que

¹³ Por ejemplo, el artículo 23 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 se limita a establecer, en cuanto a la elección de los medios, que “está particularmente prohibido emplear veneno o armas envenenadas”. Por otro lado, el Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925 hace referencia a la prohibición, como medios, del *empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares, así como de todos los líquidos, materias o procedimientos análogos*. Por su parte, la Convención sobre armas biológicas de 1972 hace referencia a la prohibición de *armas que utilicen agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas*, en los conflictos armados.

¹⁴ Véanse los manuales militares de Alemania, Australia, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Israel, Nigeria, Países Bajos, Reino Unido, República de Corea, República Dominicana, Sudáfrica, Suiza y Yugoslavia, en la base de datos que contiene normas de derecho consuetudinario identificadas en el estudio realizado en 2005 por el Comité Internacional de la Cruz Roja. En concreto, véase “Norma 72. Queda prohibido el empleo de veneno o de armas envenenadas”, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule72 (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

¹⁵ CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, A/51/218, 19 de julio de 1996, párr. 55.

¹⁶ CIJ, Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, Procedimientos Escritos: Carta del 16 de junio de 1995 del asesor jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores y de

el veneno deba ser el mecanismo principal o exclusivo de lesión, sino que debe ser un mecanismo lesivo “intencional”.

Por su parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 tipifica como crimen de guerra (artículo 2.b) (xvii) emplear veneno o armas envenenadas. Y es en este marco, en el análisis de los elementos de este crimen de guerra, donde podemos encontrar un acercamiento más detallado sobre qué se entiende por “veneno”.¹⁷ En los elementos del crimen se considera veneno una “sustancia tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas”.¹⁸

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, en este trabajo entendemos por veneno la adulteración “intencional” de los alimentos o de las fuentes de las que derivan los alimentos (zonas agrícolas, ganado, sistemas de riego) por agentes biológicos, químicos, físicos o radioactivos,¹⁹ que por sus “propiedades tóxicas” causan “la muerte o daños graves para la salud”. El “veneno” puede provenir de armas cuyo efecto principal o exclusivo sea dispersar una sustancia tal que cause la muerte o daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas, o bien puede derivar del empleo de cualquier otro método de guerra (como la perfidia, que analizaremos posteriormente).

Para desarrollar este trabajo se ha empleado el *método sincrético* o, lo que es lo mismo, la aplicación de una multiplicidad de métodos cognoscitivos,

la Commonwealth del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, junto con los comentarios escritos del Reino Unido, p. 48; Carta del 20 de junio de 1995 del asesor jurídico en funciones del Departamento de Estado, junto con la declaración escrita del Gobierno de los Estados Unidos, p. 24.

¹⁷ Dörmann, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 281.

¹⁸ Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000, p. 33.

¹⁹ En el Asunto de la legalidad de las armas nucleares (1996), la opinión disidente del magistrado Weeramantry (a la opinión Consultiva de la Corte) considera que la radiación es un veneno, opinión que compartimos en este sentido. Según el magistrado, la radiación radiactiva es efectivamente tóxica, su prohibición obedecería a una norma universal de derecho consuetudinario que sería aplicable en todo caso, se tratara o no de un Estado parte en el Protocolo de Ginebra de 1925. En este sentido, Weeramantry establece que si bien el arma nuclear no tiene como objetivo intencional matar o herir por el efecto del veneno, la radiación tóxica constituye efectivamente una consecuencia importante y bien conocida de la bomba y, por lo tanto, no puede considerarse como daño colateral no intencional del arma. CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, A/51/218, 19 de julio de 1996, pp. 279 y 280.

próximos y compatibles, que se utilizan de manera conjunta para alcanzar conclusiones armónicas de acuerdo con los objetivos de investigación planteados. En este sentido, se han empleado el método analítico (con el propósito de detectar los elementos primordiales de análisis, así como de recopilar la información necesaria para poder contrastar y validar una tesis inicial: el carácter implícito de la prohibición no es óbice a su deducción como regla vigente en el derecho internacional humanitario), el método positivista (que permite el estudio formal de las obligaciones recogidas en la norma jurídica), el método valorativo (el cual permite la interpretación del derecho y la posterior aplicación del mismo, teniendo presente distintos elementos relacionados con los principios esenciales y los valores comunes vinculados con el objeto principal: el envenenamiento de los alimentos como método y medio de guerra).

II. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE ENVENENAR LOS ALIMENTOS COMO MÉTODO Y MEDIO DE GUERRA

Lo primero que hay que tener en cuenta es que a lo largo del articulado de los convenios de Ginebra de 1949 y de sus protocolos adicionales de 1977 no aparece explícitamente recogida la prohibición del envenenamiento de los alimentos como método de guerra. Sin embargo, esta prohibición está incluida en dos normas convencionales más amplias que han dado origen, como veremos posteriormente, a normas consuetudinarias. Nos referimos concretamente a la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra (I);²⁰ la prohibición de atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (II).

²⁰ Históricamente, las leyes de la guerra no siempre prohibieron el empleo del hambre contra los civiles como método de guerra. En efecto, privar al enemigo de los alimentos necesarios, por ejemplo, obstaculizando la ayuda humanitaria destinada al efecto, con el propósito de debilitar su resistencia, era una táctica tan antigua como la guerra misma. El actual DIH prescribe explícitamente la prohibición de utilizar el hambre contra la población civil. Esta innovación ha estado introducida por los protocolos adicionales de 1977, tanto para los conflictos internacionales como para los conflictos no internacionales.

1. Alcance de la prohibición de envenenar los alimentos como método de guerra

Con respecto a la primera norma convencional (I), en el *marco de un conflicto armado internacional*, el artículo 54, párrafo primero, del Protocolo Adicional I, declara expresamente que “queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles”.²¹

Según ha comentado el CICR, esta prohibición no sólo se viola cuando una parte del conflicto hace padecer hambre a la población civil hasta que muera, sino que también se transgrede cuando se provoca que la población civil padezca hambre al privarla de sus provisiones alimentarias o al destruir las fuentes de las que derivan sus alimentos.²² De esta manera, si ello es así, *a fortiori* el envenenamiento deliberado de las fuentes de alimentos o de las provisiones alimentarias de la población civil, sea a través del medio que sea (agentes biológicos, químicos, físicos o radio activos que, por sus propiedades tóxicas, causan la muerte o daños graves para la salud),²³ queda prohibido como método de guerra. En este sentido, cuando se envenenan o contaminan intencionalmente los alimentos o las fuentes de las que derivan los alimentos, el resultado, en contextos de fragilidad, puede ser el hambre de la población civil.

La prohibición de hacer padecer hambre a la población civil, como método de guerra, es aplicable tanto en territorios ocupados como en los territorios que no están ocupados. Esta regla podría haberse situado en el título III, Sección I, relativo a los “Métodos y medios de guerra”, del Protocolo Adicional I (1977), pero como concierne directamente a la población civil, su posición parece justificada.

La prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra es también imperativa en el *marco de un conflicto armado no*

²¹ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

²² CICR, Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional I, artículo 54, párr. 1, apartado 2089, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/COM/470-750069?OpenDocument&xp_articleSelected=750069, consultado el 25 de mayo de 2022. Véase también la Resolución del Consejo de Seguridad en la que se condena, de forma unánime, el empleo de hambre, en los conflictos armados, como método de guerra. Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/2417 del 24 de mayo de 2018, paras. 5 y 6.

²³ Pitschmann, V. y Hon, Z., “Military Importance of Natural Toxins and Their Analogs”, *Molecules*, vol. 21, núm. 5, p. 556.

internacional,²⁴ según el artículo 14 del Protocolo Adicional II. Éste dispone que “queda prohibido, como método de combate,²⁵ hacer padecer hambre a las personas civiles”.²⁶

La prohibición del uso del hambre contra la población civil como método de combate es una norma que no puede ser derogada. La redacción literal de esta prohibición deja claro que no es posible hacer ninguna excepción en caso de necesidad militar imperiosa, como sí se hace en otras disposiciones. Se trata de una regla promulgada en beneficio de los civiles.²⁷ En consecuencia, hay que señalar que el bloqueo y el asedio²⁸ sólo serían considerados como métodos lícitos de combate siempre que estén dirigidos exclusivamente contra los combatientes. Decimos esto porque, atendiendo a la prohibición señalada anteriormente, habría que distinguir entre el asedio de una ciudad (donde haya combatientes, pero también población civil dentro) y el asedio de una fortaleza militar *stricto sensu*. En el segundo caso, el hambre podría ser utilizada como método de combate, y sería lícita la destrucción sistemática de los víveres o alimentos susceptibles de ser consumidos por los combatientes asediados, puesto que esas acciones están dirigidas contra combatientes. Mientras que, en el primer caso, dado que la población civil se vería directamente afectada, entendemos que quedaría prohibido el causar hambre y destruir los bienes indispensables para la

²⁴ Para un mayor entendimiento del análisis del concepto de “conflicto armado no internacional” véase Gurmendi Dunkelberg, A., “Lucha contrasubversiva en el Perú: ¿conflicto armado o delincuencia terrorista?”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 63, 2013, pp. 112-117.

²⁵ En atención a los trabajos preparatorios del Protocolo Adicional II, se prefirió emplear la expresión “método de combate” en vez de método de guerra (utilizada en el Protocolo Adicional I), porque se entendió que era un término más apropiado en un instrumento jurídico relativo a los conflictos armados no internacionales. En cambio, la expresión método de guerra era más apropiado en el contexto de un conflicto armado entre Estados. CDDH/215/Rev.1, párr. 20, p. 267; CDDH/236/Rev.1, párr. 57, p. 394.

²⁶ Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

²⁷ CICR, Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional II, artículo 14, apartado 4796, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=22A3363FA0482A57C12563CD0043AB5D> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

²⁸ El bloqueo tiene como objetivo evitar que el material militar llegue a las fuerzas enemigas; por ejemplo, mediante la obstaculización del tráfico marítimo o de una de sus provincias costeras, y el asedio consiste en rodear una ubicación enemiga aislando a los que están dentro de cualquier comunicación para lograr su rendición.

supervivencia de la población aun cuando los combatientes enemigos también se beneficien de aquéllos. Es más, aun en el caso de que finalmente la población resulte dañada por tales métodos, entendemos que deben ser autorizadas, a la luz del artículo 18, apartado 2, del Protocolo Adicional II,²⁹ acciones de socorro en favor de la población cuando sufra de una privación excesiva debido a la falta de suministros esenciales para su supervivencia. En este mismo sentido, el CICR considera que los artículos 14 y 18 del Protocolo Adicional II deben leerse conjuntamente como medidas complementarias, para que no se utilice el argumento de la necesidad militar para justificar el hambre de la población civil. Tan pronto como faltan los bienes indispensables, las acciones internacionales de socorro previstas en el artículo 18 deberían estar autorizadas para que se respete la obligación que se deriva del artículo 14 del Protocolo Adicional II.³⁰

Con respecto a la segunda norma convencional (II), el Protocolo Adicional I, en su artículo 54, párrafo 2, prohíbe privar a los civiles de sus bienes necesarios para su supervivencia en el contexto de un conflicto armado internacional. En este sentido, establece que

Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable³¹ y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil

²⁹ “Cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremadas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán, con el consentimiento de la alta parte contratante interesada, acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial y realizadas sin distinción alguna de carácter desfavorable”.

³⁰ CICR, Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional II, artículo 14, *op. cit.*, apartado 4798.

³¹ Para más información sobre la protección del agua en derecho internacional humanitario, véanse Tignino, M., *Water During and After Armed Conflicts: What Protection in International Law?*, Brill Research Perspectives in International Water Law, Brill, Leiden, 2016; Zemmali A., “La protection de l’eau en période de conflit armé”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 77, 1995, pp. 601-615. El artículo 54.2 del Protocolo Adicional I pretende evitar la destrucción de los sistemas de suministro de agua para originar, deliberadamente, una situación de hambre de la población civil. De ahí la mención expresa por el artículo a las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito.

Hay que señalar que la expresión utilizada (“tales como...”) en el párrafo 2 del artículo 54 del Protocolo Adicional I, muestra que la lista de bienes protegidos es meramente ilustrativa. Una lista exhaustiva podría haber provocado omisiones o una selección arbitraria. Como revela el texto del artículo, se trata de “objetos y bienes que son indispensables para la supervivencia de la población civil”.

En relación con el tema que nos ocupa, hay que precisar que en el párrafo 2 del artículo 54 del Protocolo Adicional I se utilizan todas esas formas verbales (“atacar”, “destruir”, “sustraer” e “inutilizar”) para abarcar a todos los métodos de privar a la población civil de los bienes indispensables para su supervivencia. En este sentido, esta disposición convencional incluye, *a fortiori*, la prohibición de envenenar los alimentos (o las fuentes de las que derivan los alimentos) de la población civil como una forma de destruir o inutilizar sus bienes de supervivencia. Por tanto, el envenenamiento o contaminación de las instalaciones, obras de riego o reservas de agua potable (por agentes químicos u otros agentes), la destrucción de cultivos, cosechas o zonas agrícolas por productos químicos (como los herbicidas), o el envenenamiento del ganado, quedarían prohibidos atendiendo a los términos que fija el párrafo segundo del artículo 54 del Protocolo Adicional I.³² No

³² La prohibición del artículo 54 párrafo 2, del Protocolo Adicional I, cuenta con una serie de excepciones. Así pues, se establece que “Las prohibiciones establecidas en el párrafo 2 (del artículo 54) no se aplicarán a los bienes en él mencionados cuando una Parte adversa: a) utilice tales bienes exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas; o b) los utilice en apoyo directo de una acción militar, a condición, no obstante, de que en ningún caso se tomen contra tales bienes medidas cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse”. Para esclarecer el significado de esta disposición, se pueden dar las siguientes ideas: en primer lugar, sería lícito que las provisiones de alimentos destinadas al uso exclusivo de las fuerzas armadas pudieran ser atacadas y destruidas, aunque consideramos que las zonas agrícolas o las instalaciones de agua potable difícilmente se utilizarían en exclusivo beneficio de las fuerzas armadas; en segundo lugar, cuando los bienes se utilicen para fines distintos de la subsistencia de los miembros de las fuerzas armadas y su uso sea en apoyo directo de una acción militar, los ataques y actos de destrucción por la parte contraria serían legítimos, a menos que esos ataques tengan efectos tan graves sobre los suministros para la población civil que provoquen como resultado hacer padecer hambre a esa población u obligarla a desplazarse forzosamente. En este sentido, si los bienes a los que se refiere el pá-

obstante, consideramos también que se produciría violación del artículo 54 del Protocolo Adicional I si las minas terrestres dejaran inutilizables las áreas agrícolas que pueden producir alimentos. Por ejemplo, la guerra de Vietnam terminó oficialmente hace más de 45 años, pero las minas terrestres y la contaminación de explosivos aún polucionan grandes extensiones de territorio. De hecho, las minas contribuyen a la contaminación del suelo y del agua al introducir desechos tóxicos y no biodegradables, además de destruir la vegetación y el ganado durante sus explosiones y generar efectos indiscriminados para la población civil y la acción humanitaria.³³

La prohibición de atacar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil es aplicada también en el contexto de los conflictos armados no internacionales. En este sentido, el Protocolo Adicional II en su artículo 14 establece que

Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin (hacer padecer hambre a las personas civiles como método de combate) los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas

rafo 2 del artículo 54 son utilizados en apoyo de una acción militar, la parte contraria podría atacarlos o destruirlos siempre y cuando el resultado de ese ataque no deje tan desprovista de víveres a la población que esta padezca hambre o este obligada a desplazarse. Esto es, se hace necesaria la referencia a “la Parte adversa” en el párrafo 2 del artículo 54, para evitar que, bajo el amparo de las excepciones por necesidad militar, se pueda privar al Estado enemigo de tales bienes indispensables para la población civil.

³³ La Convención de 1997 sobre la Prohibición del empleo, almacenamiento, producción de minas antipersonal y sobre su destrucción (“la Convención de Ottawa”), que prohíbe el uso de minas antipersonas. Mediante la adopción de esta Convención se pretendía proteger a la población civil de los efectos de las minas terrestres que perduran más allá de la duración estricta del conflicto armado. Existe una relación entre el minado de campos y la seguridad alimentaria en la medida en que la posible presencia de minas, y el miedo a que sean detonadas, es un factor que puede cohibir el acceso y paso de los productores locales a las tierras de cultivo, además, claro está, del miedo al daño a su integridad física. El minado de las tierras afecta también especialmente a la población indígena. Al restar tierras a la agricultura y hacer menos eficaz el uso de la tierra, las minas antipersonas sin estallar pueden provocar la inseguridad alimentaria de esta población, que centra sus costumbres y su alimentación en la propiedad colectiva ancestral de sus tierras. Véase Geneva International Centre for Humanitarian Demining, *Humanitarian Impact from Mines other than Anti-Personnel Mines*, GICHD, Geneva, 2004, p. 28, disponible en: http://cmap.upb.edu.co/rid=1232575814953_1579164587_3559/MinasQuiiebrapatasMunicipios.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022). Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/2417 de 24 de mayo de 2018, p. 2.

agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

Por tanto, la prohibición de destruir o inutilizar, mediante veneno u otras sustancias contaminantes, los bienes indispensables para la población civil (alimentos, zonas agrícolas, cosechas, ganado, pozos de agua potable, etcétera) también se aplica en el marco de los conflictos armados no internacionales en virtud del artículo 14 del Protocolo Adicional II.

Podemos observar cómo este artículo 14 concretiza la formulación general de protección de la población civil establecida en el artículo 13 del Protocolo Adicional II, según la cual “la población y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares”.

Atendiendo a los términos en los que se expresa el artículo 14 del Protocolo Adicional II (“queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir... con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil...”), pareciera que el ataque, la destrucción, la sustracción o la inutilización de los objetos o bienes indispensables para sobrevivir sólo se prohíben en la medida en que se realicen con la intención de hacer pasar hambre a los civiles, lo cual pudiera ser difícil de probar. En este sentido, esta intención podría deducirse de las declaraciones explícitas del atacante, o de las circunstancias fácticas del ataque (por ejemplo, si el atacante realiza o no esfuerzos por distinguir entre objetivos civiles y militares, si otorga o no el consentimiento al acceso de los convoyes de socorro a la población afectada, etcétera).³⁴ No obstante, nosotros creemos que la prohibición absoluta de hacer padecer hambre, como método de combate, a las personas civiles hace que, *de facto*, se consideren también prohibidos los ataques y las destrucciones indiscriminadas de aquellos bienes indispensables para la población (alimentos, zonas agrícolas, ganado, cosechas, reservas de agua, etc.), aun cuando fueran lanzados sin esa intención de hacer padecer hambre, pues con ello se trasgreden el “principio de distinción y el principio

³⁴ López-Almansa Beaus, E., “Crisis alimentarias y derecho internacional humanitario”, en Gutiérrez Espada, C. y Ramón Chornet, C. (eds.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 255.

de proporcionalidad”,³⁵ además de que esos ataques podrían acabar dando como resultado la muerte de la población por privación del acceso a esos bienes indispensables.

Como se ha analizado previamente, la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra está codificada como norma convencional en los protocolos adicionales de 1977 (artículo 54, PAI, y artículo 14, PAII). Hemos visto que estos artículos también indican las modalidades de aplicación más frecuentes del uso del hambre contra la población (como método de guerra) al establecer que estarían prohibidos los métodos de privar (atacar, destruir, inutilizar) de sus bienes indispensables para la supervivencia (tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego). Por tanto, el envenenamiento o contaminación intencional de los alimentos, las obras de riego o reservas de agua potable (por agentes químicos u otros agentes), la destrucción de cultivos, cosechas o zonas agrícolas por productos químicos (como los herbicidas), o el envenenamiento del ganado, quedarían prohibidos, porque se incluyen en la prohibición general de hacer padecer hambre a la población como método de guerra.

³⁵ El principio de proporcionalidad determina el hecho de que los combatientes no pueden emplear cualquier medio a su alcance a la hora de atacar al enemigo. Su contenido se encuentra recogido en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en el Reglamento de La Haya de 1907, en cuyo artículo 22 dispone que “los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo”. Esto implica que están prohibidas aquellas acciones militares en las que las pérdidas y los daños sufridos por la población civil sean excesivos con respecto a la ventaja militar que se pueda obtener. Como se puede apreciar, el principio de proporcionalidad se vincula al principio de distinción, al cual refuerza en el aspecto de proteger la inmunidad de la población y los bienes civiles. El artículo 51.5b del Protocolo Adicional I parece plasmar de forma convencional el principio de proporcionalidad al prohibir los ataques contra un objetivo legítimo “cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”. En opinión del profesor Fernández Sánchez, dicho artículo parece llevar a cabo la codificación del principio, aunque no lo recoja de forma expresa. Fernández Sánchez, P. A., “¿Podría ser proporcional el arma nuclear?”, en Fernández Sánchez, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, Universidad de Huelva, Cruz Roja Española, Ministerio de Defensa, p. 127. Véase también Gaggioli, G., *El uso de la fuerza en los conflictos armados. Interacción entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017, pp. 9-11.

Estas normas convencionales, que fijan obligaciones negativas de resultado (prohibición de hacer padecer hambre a la población civil privándola de sus bienes indispensables para la supervivencia), han generado prácticas entre los Estados que se han conformado como derecho consuetudinario. Corroboran también estas normas diversas declaraciones oficiales, incluidas las de Estados que no son partes, o no lo eran cuando entraron en vigor, en los protocolos adicionales I y II. La práctica contraria ha sido en general condenada o negada por las partes acusadas.³⁶

Numerosos manuales militares, posteriores a los protocolos adicionales de 1977, como los de Alemania, Argentina, Australia, Bélgica, Canadá, Colombia, España,³⁷ Estados Unidos, Francia, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, República de Corea, Rusia, Suiza, etcétera,³⁸ fijan la prohibición de hacer padecer hambre a la población como método de guerra. Además, la legislación de muchos Estados tipifica como delito hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra en cualquier tipo de conflicto armado (sea internacional o no internacional).³⁹

En este sentido, hay que destacar que los manuales militares son, en esencia, una guía político-jurídica para los militares sobre cómo un Estado entiende e interpreta una norma que ya existe. Por lo general, reafirman

³⁶ ICRC, *Practice Relating to Rule 53: Starvation as a Method of Warfare*, IHL Database, Customary IHL, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_rul_rule53 (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

³⁷ Según el Manual Español sobre mando de adiestramiento y doctrina orientaciones del derecho de los conflictos armados, de 2007: “Está prohibido hacer padecer hambre a las personas civiles, como método de guerra”, p. 22; “Está prohibido atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (por ejemplo, artículos alimenticios, zonas agrícolas donde se producen cosechas, ganado, instalaciones y reservas de agua potable, obras de riego) con intención de causar hambre a la población civil”, p. 23; “Hay una Prohibición absoluta del empleo de veneno y armas envenenadas”, p. 4, disponible en: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/OR7_004.PDF TOMO%20I.PDF (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

³⁸ Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Argentina, 2007, pp. 208.

³⁹ Entre ellos, el Código Penal español, en el artículo 612.8, establece que “será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

o interpretan, muy a menudo como una cuestión de política y no como una obligación jurídica estricta, las normas que el Estado considera que ya existen. Normalmente, esas obligaciones se derivan de los tratados y no del derecho consuetudinario; pero en la medida en que esas normas convencionales sean reproducidas, en el mismo sentido, en los manuales de un número suficientemente representativo de Estados y la práctica se convierta en extensa y uniforme, entonces sería posible decir que los manuales han desempeñado un papel en la generación de una norma consuetudinaria.⁴⁰

2. Alcance de la prohibición de envenenar los alimentos como medio de guerra

La ilicitud del empleo de veneno o armas envenenadas refuerzan el alcance consuetudinario de la prohibición de envenenar los alimentos como método de guerra. Distintos tipos de armas (medios de guerra) han sido prohibidos o restringidos por las normas convencionales, como por ejemplo las armas que causan sufrimientos innecesarios, las armas con efectos indiscriminados o las armas que han sido concebidas para causar daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente. Dentro de estas armas prohibidas o restringidas encontramos las armas envenenadas o el empleo de veneno como medio de guerra.

La prohibición del empleo de veneno o de armas envenenadas,⁴¹ que aparece en el artículo 23, apartado a), del Reglamento de las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo al IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907) y en el Protocolo de Ginebra relativo a los gases de

⁴⁰ Hayashi, N., *National Military Manuals on the Law of Armed Conflict*, Torkel Opsahl Academic Publisher, Oslo, 2010, pp. 75 y 76.

⁴¹ La primera referencia a la prohibición del empleo de veneno como medio de guerra se remonta a 1863, cuando el Código Lieber, en su artículo 70, establecía que “The use of poison in any manner, be it to poison wells, or food, or arms, is wholly excluded from modern warfare. He that uses it puts himself out of the pale of the law and usages of war”. El articulado de este código tiene origen en las instrucciones que elaboró el profesor universitario Francis Lieber para el ejército de Estados Unidos durante la Guerra de Secesión iniciada en 1861, y que fueron promulgadas como Orden General núm. 100 por el presidente Lincoln el 24 de abril de 1863. Esta iniciativa constituye el origen del movimiento de codificación de las leyes de la guerra iniciado a mediados del siglo XIX. Código Lieber, 24 abril 1863, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

1925,⁴² ha sido identificada por el CICR como una “norma de derecho consuetudinario” (norma 72).⁴³ De hecho la CIJ, en su opinión consultiva sobre la legalidad de las armas nucleares, reafirmó el carácter consuetudinario de la prohibición del veneno y de armas envenenadas.⁴⁴ Por su parte, el artículo 30. (a) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia de 1993 enumera el empleo de armas venenosas (“armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios”) como una violación de las leyes o costumbres de la guerra.

Hay que destacar que esta prohibición protege tanto a los combatientes como a los civiles por igual⁴⁵ (ya que es un medio de guerra ilícito), y se considera aplicable en los conflictos armados internacionales o sin carácter internacional. Por ejemplo, en el Manual Militar de España se hace referencia a la *prohibición absoluta* del empleo de veneno o armas envenenadas

⁴² Se debe precisar que esta es una prohibición autónoma y distinta de la proscripción de las armas químicas contenida en el Protocolo de Ginebra de 1925.

⁴³ Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, pp. 75 y 76. Véanse también las siguientes resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas al respecto: Asamblea General, A/RES/31/19, “Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”, 24 de noviembre de 1976; A/RES/32/44, 8 de diciembre de 1977.

⁴⁴ En su opinión consultiva sobre el caso de Armas Nucleares en 1996, la CIJ discutió si “las armas nucleares deberían ser tratadas de la misma manera que las armas envenenadas”, y afirmó que, en ese caso, estarían prohibidas bajo: a) la Segunda Declaración de La Haya del 29 de julio de 1899, que prohíbe “el uso de proyectiles cuyo objeto sea la difusión de gases asfixiantes o nocivos”; b) el artículo 23 a) del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra en tierra anejo al IV Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907, según el cual “está especialmente prohibido: ... emplear veneno o armas envenenadas”; y (c) el Protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925, que prohíbe “el uso en la guerra de gases asfixiantes, venenosos o de otro tipo, y de todos los líquidos, materiales o dispositivos análogos”. Según la Corte, los términos “veneno” y “armas envenenadas” “se han entendido, en la práctica de los Estados, en su sentido ordinario, como que abarcan armas cuyo efecto principal, o incluso exclusivo, es envenenar o asfixiar. Esta *práctica es clara*”.

⁴⁵ Se entiende que la prohibición del empleo de veneno o de armas envenenadas proscribía prácticas como impregnar balas con veneno o envenenar los alimentos y el agua de la parte adversa. En la explicación de la aplicación de esta norma en varios manuales militares se especifica que la prohibición de emplear veneno abarca, asimismo, el envenenamiento de pozos y otras redes de abastecimiento de agua de los combatientes. Véanse los manuales militares de Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos, Israel, Nigeria, Países Bajos, Reino Unido, República de Corea, República Dominicana, Sudáfrica, Suiza, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/src_iiimima, https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule72 (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

en los conflictos armados.⁴⁶ El Manual Militar de Alemania establece que “it is prohibited to employ poison and poisoned weapons; this prohibition also applies to the toxic contamination of water supply installations and foodstuffs and the use of irritant agents for military purposes”.⁴⁷ El Manual Militar de Estados Unidos declara que

employing poison or similar weapons. Any person subject to this chapter who intentionally, as a method of warfare, employs a substance or weapon that releases a substance that causes death or serious and lasting damage to health in the ordinary course of events, through its asphyxiating, bacteriological, or toxic properties, shall be punished, if death results to one or more of the victims, by death or such other punishment as a military commission under this chapter may direct, and, if death does not result to any of the victims, by such punishment, other than death, as a military commission under this chapter may direct.⁴⁸

El Manual Militar de Francia incorpora el contenido del artículo 23(a) del Reglamento de La Haya de 1907, y también incluye el veneno en la lista de armas que “are totally prohibited by the law of armed conflicts” “owing to their inhuman nature or to their excessive traumatic effect”.⁴⁹

Hay que destacar también que en los documentos oficiales de la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecha en Kampala, del 31 de mayo a 11 de junio de 2010, se considera que

⁴⁶ España, Mando de Adiestramiento y Doctrina, *El derecho de los conflictos armados tomo I*, Ministerio de Defensa, Resolución 552/07352/07, Gobierno de España, 2007, p. 3, disponible en: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/OR7_004.PDF.TOMO%20I.PDF (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁴⁷ Germany, Humanitarian Law in Armed Conflicts, Manual edited by The Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany, VR II 3, August 1992, párrs. 426 y 434, disponible en: <http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/ManualZDv15.2.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁴⁸ *United State Code, Title 10 Armed Forces, Crimes triable by military commission*, núm. 8, 2012, disponible en: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim/@title10/subtitleA/part2/chapter47A&edition=prelim>, (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁴⁹ France, *Manuel de droit des conflits armés*, Ministère de la Defense, Direction des affaires juridiques, Bureau du droits des conflits armés, 2001, p. 54, disponible en: <https://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/droit-des-conflits-armes/droit-des-conflits-armes> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

emplear veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos, constituyen violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, *de conformidad con el derecho internacional consuetudinario*.⁵⁰

Estos documentos fueron adoptados por consenso, y en las conferencias participaron tanto los Estados partes en el Estatuto de Roma como otros Estados que habían firmado el Estatuto o el Acta Final en calidad de observadores, representantes de organizaciones intergubernamentales y otras entidades que habían recibido una invitación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. No hubo oposición a considerar que la prohibición del empleo de veneno o armas envenenadas es conforme al derecho internacional consuetudinario.

Por tanto, el empleo de veneno o armas envenenadas no sólo está prohibido contra la población civil o contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (con base en el principio de distinción),⁵¹ sino que también se incluye en esta prohibición el envenenar los alimentos o las redes de abastecimiento de agua de los combatientes de la parte adversa del conflicto. Por tanto, sería lícito atacar o destruir las provisiones de alimentos o las redes de abastecimiento de agua que utilicen exclusivamente los combatientes; pero sería considerado ilícito el envenenar esos bienes aun cuando sean utilizados exclusivamente por los combatientes.

Atendiendo a lo anteriormente establecido, también quedaría reforzada la prohibición de emplear veneno en los alimentos o en el agua, al encajar

⁵⁰ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos oficiales, RC/9/11, publicación de la Corte Penal Internacional, 2010, p. 15, disponible en: <https://crimeofaggression.info/documents/6/Review-Conference-official-records-SPA.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁵¹ La Corte Internacional de Justicia ha considerado el carácter fundamental del principio de distinción en su Opinión Consultiva sobre la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares, del 8 de julio de 1996, donde identifica los principios cardinales contenidos en las fuentes del DIH, entre los que destaca la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, la distinción entre combatientes y no combatientes, la distinción entre objetivos civiles y militares, y la prohibición de males superfluos a los combatientes. Véase Dupuy, P. M., “Análisis de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares”, en Fernández Sánchez, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, Universidad de Huelva, Cruz Roja española, Ministerio de Defensa, 1997, pp. 87-100.

en la consideración de “arma trampa” según el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (1981). Se entiende por “arma trampa” todo artefacto o material concebido, construido o adaptado para matar o herir y que funcione inespereadamente cuando una persona toque un objeto aparentemente inofensivo o se aproxime a él, o realice un acto que aparentemente no entrañe riesgo alguno.⁵² Sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados con respecto a la traición y la perfidia,⁵³ se prohíben las armas trampa que estén de alguna forma unidas o guarden relación con

⁵² Artículo 2o. del Protocolo (II) sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (1981). Este es un Protocolo del Convenio sobre Prohibiciones o Restricciones en el Empleo de Ciertas Armas Convencionales, que se suscribió en Ginebra el 10 de octubre de 1980, y entró en vigor en diciembre de 1983, y que tiene por objeto prohibir, o restringir el uso de ciertas armas convencionales que se consideren excesivamente nocivas o cuyos efectos son indiscriminados. Es un anexo a los convenios de Ginebra de 1949.

⁵³ La perfidia es un método de guerra prohibido, porque apela a la buena fe del adversario con la intención de traicionarle haciéndole creer que va a tener protección. En este sentido, dar alimentos o agua envenenados a un combatiente que se ha rendido es un método de guerra prohibido por el derecho de los conflictos armados.

En el artículo 37.1 del Protocolo Adicional I (1977) se define “perfidia” como “los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”. Esta definición se reafirma en los Elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional, así como en numerosos manuales militares. La corroboran otras prácticas, incluidas las de Estados que no son parte, o no lo eran cuando entró en vigor, en el Protocolo Adicional I. La esencia de la perfidia es, pues, el hecho de apelar a la buena fe del adversario con la intención de traicionarla, es decir, abusar de ella. Esta definición de perfidia se incluyó asimismo en el proyecto de protocolo adicional II presentado por el CICR a la Conferencia Diplomática que culminó con la aprobación de los Protocolos adicionales, pero la Comisión III la suprimió. Sin embargo, la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional encargada de preparar los Elementos de los crímenes llegó a la conclusión de que los elementos del crimen consistente en matar o herir a traición eran idénticos en los conflictos armados internacionales, y en los no internacionales. Por tanto, matar, herir o capturar a un adversario recurriendo a la perfidia (por ejemplo, dando alimentos envenenados que parezcan inocuos) es un método de guerra ilícito que se considera como un crimen de guerra tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales (Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículos 8.2b) xi y 8.2e) ix).

los alimentos o las bebidas.⁵⁴ Atendiendo a ello, dejar alimentos o agua envenenada en lugares que sean objetivo militar está prohibido, debido a que se entiende que es perfidia, arma trampa y arma envenenada, es decir, esa acción constituiría el empleo de métodos y medios prohibidos por el DIH.

Por otra parte, conviene traer a colación si el empleo de herbicidas (como el glifosato)⁵⁵ podría encajar en la prohibición de emplear veneno en los alimentos como método y medio de guerra.

Antes de que se aprobara la Convención sobre las armas químicas, los Estados no estaban de acuerdo sobre si los herbicidas estaban prohibidos en virtud del Protocolo de Ginebra relativo a los gases asfixiantes de 1925. Ahora bien, ningún Estado al ratificar el Protocolo de 1925 sobre el gas ha formulado una reserva o declaración de interpretación en el sentido de que el Protocolo no se aplica a los herbicidas.

En 1969, por ejemplo, ochenta Estados (de un total de 113 miembros por aquel entonces)⁵⁶ votaron a favor de una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se declaraba que era contrario a las “generally recognized rules of international law” el empleo en los conflictos armados internacionales de todo elemento químico de guerra (gaseoso, líquido o sólido) que tengan efectos tóxicos directos en las personas, los animales o las plantas.⁵⁷ Por tanto, en esta resolución se declara que el empleo de herbicidas sería contrario a las “normas de derecho internacional generalmente reconocidas” incorporadas en el Protocolo de Ginebra, relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, aunque los tres votos negativos y las treinta abstenciones muestran que esta opinión no era universal. En particular, varios Estados (Australia, Estados Unidos⁵⁸ y

⁵⁴ Artículo 6b) vi del Protocolo (II) sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (1981).

⁵⁵ Corti Varela, J., “Rise and Fall of Glyphosate as Holy Grail of Agriculture Production in the European Union”, *Food Security Issues and Challenges*, Nova Science Publishers, 2021.

⁵⁶ United Nations, Growth in the Number of Member States of the United Nations, 1945 to the Present, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/growth-un-membership-1945-present> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁵⁷ Asamblea General, A/RES/2603(XXIV) A, “Question of chemical and bacteriological (biological) weapons”, 16 December 1969, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/645944?ln=es> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁵⁸ El agente naranja fue uno de los herbicidas y defoliantes utilizados por los militares estadounidenses como parte de su programa de guerra química en la operación Ranch Hand, durante la Guerra de Vietnam.

Reino Unido) sostenían que el empleo de herbicidas y defoliantes no estaba prohibido por el Protocolo de Ginebra relativo a los gases asfixiantes.

Sin embargo, los hechos sucedidos durante la guerra de Vietnam revelaron los efectos potencialmente graves y duraderos de los herbicidas sobre la salud humana. Está claro que cualquier empleo de herbicidas en la guerra sería controvertido, en particular, habida cuenta de la clara tendencia a favor de la protección del medio ambiente contra daños deliberados. A este respecto, cabe destacar que en la Declaración Final de la Segunda Conferencia de las Partes Encargada del Examen de la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976) se reafirmó que el empleo militar y otros usos hostiles de los herbicidas como técnica de modificación ambiental están prohibidos como método de guerra “si ese empleo de los herbicidas altera el equilibrio ecológico de una región, provocando efectos extensos, duraderos o graves, como medio para causar destrucción, daños o perjuicios a otro Estado Parte”.⁵⁹

Éstas y otras consideraciones llevaron a los negociadores de la Convención sobre las armas químicas de 1993 a reconocer en su preámbulo “la prohibición del empleo de herbicidas como método de guerra”. Ahora bien, en la Convención sobre las armas químicas no se define qué empleo se consideraría un método de guerra prohibido. Sin embargo, está claro que el empleo de herbicidas en los conflictos armados como método de guerra vulneraría la prohibición general del empleo de armas químicas si resulta nocivo para las personas o los animales. Además, el empleo de herbicidas que sean o contengan sustancias biológicas sería contrario a la Convención sobre armas biológicas, que prohíbe el empleo de todas las sustancias biológicas que no tenga fines profilácticos, protectores o pacíficos. Por lo demás, los ataques a la vegetación con herbicidas violarían las normas generales sobre la conducción de las hostilidades tanto si esa vegetación no es un objetivo militar como si el ataque causa incidentalmente muertos y heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, o si cabe prever

⁵⁹ Second Review Conference of the Parties to the Convention on the Prohibition of the Use of Environmental Modification Techniques for Military or other Hostile Purposes (1976), disponible en: <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/documents/library/conf/ENMOD-CONF-11-12.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022). Véase también Walter Krutzsch, E. y Myjer, R. T. (eds.), *The Chemical Weapons Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 56.

que el ataque causará daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural. Otras normas del derecho internacional humanitario que pueden ser pertinentes con respecto al empleo de herbicidas son la prohibición de hacer padecer hambre como método de guerra y la prohibición de atacar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil en caso de que los herbicidas se utilicen contra las cosechas o las zonas agrícolas.

Por tanto, el empleo de herbicidas puede considerarse que encaja en la prohibición del empleo de veneno como método y medio de guerra si: c) están destinados a una vegetación que no es un objetivo militar; d) pueden causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, o e) pueden causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.

El empleo de herbicidas en este sentido en los campos agrícolas o en las cosechas que no sean objetivo militar vulneraría el principio de distinción y el derecho internacional humanitario consuetudinario atendiendo a lo anteriormente establecido.

III. LAS VIOLACIONES GRAVES EN DERECHO INTERNACIONAL PENAL DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO QUE PROHÍBEN EL EMPLEO DE VENENO EN LOS ALIMENTOS COMO MÉTODO Y MEDIO DE GUERRA

El Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) criminaliza explícitamente el hecho de “hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia”.⁶⁰

⁶⁰ Artículo 8.2b.xxv del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Los elementos constitutivos de este crimen en particular son: “1. Que el autor haya privado a personas civiles de objetos indispensables para su supervivencia; 2. Que el autor haya tenido la intención de hacer padecer hambre a personas civiles como método de guerra; 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él; 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”. International Criminal Court, *Elements of Crimes*, PrintPartners Ipskamp, The Hague, 2002, p. 31, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/>

En este sentido, constituye un crimen de guerra en el marco de los conflictos armados internacionales el hecho de envenenar (es un modo de privación) los alimentos o las fuentes de las que derivan los alimentos (bienes indispensables para la supervivencia) con la intención de hacer padecer hambre a la población civil.

El problema deriva del hecho de que, en el Estatuto de la CPI, en el apartado *b* del párrafo segundo del artículo 8 (donde se inserta este tipo de crimen de guerra: hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra), se especifica que “se entiende por crimen de guerra... b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales”. Asimismo, en los elementos del crimen se deja establecido que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional”. Esto da a entender que, en principio, los actos constitutivos de crimen de guerra del apartado *b* no se aplican en el marco de los conflictos armados no internacionales. Y todo ello a pesar de que el Protocolo Adicional II prohíbe, como hemos visto, el uso del hambre y la privación de bienes indispensables para la supervivencia de los civiles como método de guerra (artículo 14).

Entonces, ¿cabría calificar como crimen de guerra el hecho de envenenar los alimentos o las fuentes alimentarias de la población civil para que padezca hambre cuando esta conducta se lleve a cabo en el marco de un conflicto armado no internacional? Entendemos que sí, en la medida en que la práctica de los Estados fija esta prohibición (hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra) como una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.⁶¹ Sólo hay que observar la práctica seguida por los Estados con relación a la denominada (por el Comité Internacional de la Cruz Roja) regla 53: “Starvation as a Method of Warfare”. En la base de datos del CICR se puede apreciar cómo esta prohibición se ha convertido en norma consuetudinaria⁶² a través de su recepción tanto en otros ins-

rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

⁶¹ Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L., *op. cit.*, pp. 2017-2211.

⁶² ICRC, IHL Database, Customary IHL, Practice Relating to Rule 53 “Starvation as a Method of Warfare”, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule53 (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

trumentos internacionales como en los manuales militares de multitud de Estados, cuestiones que se han analizado anteriormente.

Al hilo de estas cuestiones, en 1995, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la exYugoslavia, en el caso *Tadić*, señaló que las violaciones graves de las disposiciones fundamentales del derecho internacional humanitario pueden considerarse como crímenes de guerra independientemente de que sean cometidas en el marco de un conflicto interno. La Sala sostuvo que para que una violación del derecho humanitario alcance el nivel de crimen de guerra se deben cumplir cuatro condiciones:⁶³

- (i) la violación debe constituir una violación de una norma de derecho internacional humanitario;
- (ii) la norma debe ser de naturaleza consuetudinaria o, si pertenece al derecho de los tratados, deben cumplirse las condiciones requeridas;
- (iii) la violación debe ser grave, es decir, debe constituir un incumplimiento de una norma que protege valores importantes, y la violación debe implicar graves consecuencias para la víctima. Así, por ejemplo, el hecho de que un combatiente se apropie simplemente de una hogaza de pan en una aldea ocupada no equivaldría a una “grave violación del derecho internacional humanitario”, aunque puede considerarse que incumple el principio básico establecido en el artículo 46 del Reglamento de la Haya, según el cual la propiedad privada debe ser respetada por cualquier ejército que ocupe un territorio enemigo;
- (iv) la violación de la norma debe implicar, bajo la norma consuetudinaria o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que incumple la regla.

El hecho de envenenar los alimentos o las fuentes alimentarias de la población civil para que padezca hambre como método de guerra en un conflicto armado no internacional cumple estas cuatro condiciones para que pueda acoger la calificación de crimen de guerra. Primero, esta prohibición está expresamente formulada en el DIH; segundo, la prohibición se ha convertido en norma de naturaleza consuetudinaria; tercero, se trata de una norma que protege un derecho humano fundamental (derecho fun-

⁶³ ICTY, Case No.: IT-94-1-A, 2 octubre 1995, *Prosecutor v. Du[Ko Tadi]*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, párr. 94, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

damental de toda persona a estar protegida contra el hambre); cuarto, la violación de esta norma está tipificada en el Estatuto de la CPI y da origen a la responsabilidad penal del individuo que la incumple.

Por otro lado, la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra es reflejo del principio de distinción, que mencionamos al inicio de este capítulo, según el cual los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes, la población civil que no participa en el conflicto no puede ser atacada.

En consecuencia, el hecho de envenenar los alimentos o las fuentes alimentarias de la población civil para que padezca hambre como método de guerra es considerado, en derecho consuetudinario, como un crimen de guerra independientemente del tipo de conflicto en el que sea cometido.⁶⁴ Ninguna medida de necesidad militar puede justificar, pues, la inanición de los civiles mediante este método.

Es más, el empleo del veneno o de las armas envenenadas es un medio ilícito (protege no sólo a los civiles, sino también a los combatientes), y como tal puede dar lugar a la comisión de un crimen de guerra. El artículo 8.2.b) xvii del Estatuto de Roma incrimina como crimen de guerra el uso del veneno o de armas envenenadas en los conflictos armados internacionales,⁶⁵ pero no contemplaba este delito para los conflictos armados sin carácter internacional.

Sin embargo, en 2010, como dijimos anteriormente, la Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional consideró que el emplear veneno o armas envenenadas, gases asfixiantes, tóxicos o cualquier material análogo constituye, de conformidad con el derecho consuetudinario, una violación grave de las leyes y costumbres aplicables a

⁶⁴ Por ejemplo, en el conflicto de Bosnia, el Consejo de Seguridad, en la Resolución S/RES/787 del 16 de noviembre de 1992, en el párrafo 7, condenó todas las violaciones del DIH, incluyendo la obstaculización deliberada de la entrega de alimentos y suministros médicos a la población civil, reafirmando la responsabilidad individual de los actos de aquellos que los cometieran u ordenaran su comisión, disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/787%20\(1992\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/787%20(1992)) (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁶⁵ Los elementos del crimen son: 1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso; 2. Que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas; 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él; 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

los conflictos armados de carácter no internacional.⁶⁶ En este sentido, en la 12a. sesión, celebrada el 10 de junio de 2010, la Conferencia aprobó, por consenso, el informe del Grupo de Trabajo sobre otras enmiendas y la resolución RC/Res.5, en virtud de la cual enmendó el Estatuto de Roma para que el empleo de veneno o armas envenenadas, el empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos, y el empleo de balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano se consideren crímenes de guerra de la competencia de la Corte cuando se los cometa en conflictos armados que no sean de índole internacional. Por tanto, se enmienda el apartado “e” del párrafo 2 del artículo 8o. del Estatuto, añadiendo el inciso xiii, para incriminar la utilización del veneno o armas envenenadas como crimen de guerra en los conflictos armados no internacionales.⁶⁷

En este sentido, podría ser calificado como crimen de guerra el hecho de envenenar los alimentos o el agua de los combatientes de la parte adversa cuando el acto se cometa en el marco de un conflicto armado no internacional.

En definitiva, envenenar intencionalmente los alimentos o las fuentes de las que derivan los alimentos constituye un crimen de guerra, competencia de la CPI, tanto si el hecho se produce en un conflicto armado internacional como si se produce en un conflicto armado de índole no internacional e independientemente de que el envenenamiento sea contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil como si es empleado contra los alimentos o el agua que utilicen exclusivamente los combatientes

⁶⁶ Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, Documentos oficiales, RC/9/11, Publicación de la Corte Penal Internacional, 2010, p. 15, disponible en: <https://crimeofaggression.info/documents/6/Review-Conference-official-records-SPA.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

⁶⁷ Los elementos constitutivos de este crimen en particular son: “1. Que el autor haya empleado una sustancia o un arma que descargue una sustancia como resultado de su uso; 2. Que la sustancia haya sido tal que, en el curso normal de los acontecimientos, cause la muerte o un daño grave para la salud por sus propiedades tóxicas; 3. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él; 4. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”. Resolución RC/Res.5*, en la 12a. sesión plenaria el 10 de junio de 2010, enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma, p. 18, disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-SPA.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

de la parte adversa en el conflicto armado. En este sentido, el envenenamiento de los alimentos (de los civiles y de los combatientes) es un método, pero también un medio prohibido por el DIH, que puede dar lugar a la responsabilidad penal internacional de quien lleve a cabo ese acto.

IV. CONCLUSIONES

Cualquier ataque, por medio de veneno o sustancias (líquidas, sólidas o gaseosas) tóxicas, contra los medios de subsistencia que sirvan a la población civil (entre ellos los alimentos y las fuentes de las que derivan los alimentos) está prohibido por el derecho internacional consuetudinario. La prohibición de hacer padecer hambre, envenenando los alimentos, a la población civil, como método de guerra, es reflejo del principio de distinción, según el cual los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes, la población civil que no participa en el conflicto no puede ser atacada. En consecuencia, utilizar el hambre, envenenando los alimentos, como método de combate, es considerado, en derecho consuetudinario, como un crimen de guerra, independientemente del tipo de conflicto en el que sea cometido. Ninguna medida de necesidad militar puede justificar, pues, la inanición de los civiles mediante este método.

La ilicitud del empleo de veneno o de armas envenenadas (medios de guerra) por el derecho internacional humanitario refuerzan la anterior prohibición, como derecho consuetudinario, y además hace que los combatientes de la parte adversa también estén protegidos frente al empleo del veneno en sus alimentos. Por tanto, sería lícito atacar o destruir físicamente las provisiones de alimentos o las redes de abastecimiento de agua que utilicen exclusivamente los combatientes, pero sería considerado como ilícito el envenenar esos bienes aun cuando sean utilizados exclusivamente por los combatientes. En este sentido, dejar alimentos o agua envenenada en lugares que sean objetivo militar constituiría el empleo de métodos y medios prohibidos por el DIH debido a que ese hecho es perfidia, constituye un arma trampa y arma envenenada.

La prohibición de envenenar los alimentos (como método y como medio) aparece regulada (de forma explícita en cuanto al medio y de forma implícita en cuanto al método) como norma convencional en una serie de

tratados internacionales (protocolos adicionales I y II de 1977; Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907; Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos de 1925; Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998), pero en la actualidad, debido a una práctica posterior suficientemente representativa de Estados, se ha producido el efecto generador de norma consuetudinaria. La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de derecho internacional consuetudinario (que no sólo vincula a los Estados parte de los tratados que la contienen de forma convencional), aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Por tanto, la naturaleza de la prohibición del envenenamiento de los alimentos es la de norma del derecho internacional humanitario consuetudinario, que protege tanto a civiles como a combatientes del conflicto.

La obligación jurídica internacional que impone el derecho internacional humanitario consuetudinario, en este sentido, a las partes del conflicto armado, es una obligación negativa (prohibición del empleo de veneno en los alimentos o en las fuentes alimentarias de la población civil y de los combatientes) de resultado. En este sentido, decimos que es de resultado (y no de comportamiento), porque entendemos que el concepto de veneno o de arma envenenada debe interpretarse en un sentido amplio con respecto a la población civil. De esta manera, la CIJ establece que quedan prohibidas las armas cuyo efecto principal o exclusivo es matar o herir por el efecto del veneno. Sin embargo, entendemos que si se emplea un arma que aunque su efecto principal o exclusivo no sea envenenar pero la radiación tóxica o los efectos secundarios de su empleo provocan desechos tóxicos y no biodegradables que afectan a la salud de las personas o a los bienes indispensables para la supervivencia de la población (zonas agrícolas, ganado, cosechas, reservas de agua, etcétera), se produce una vulneración de la prohibición del empleo de veneno como método y como medio, atendiendo a lo establecido anteriormente. No podría considerarse eso como daño colateral no intencional del arma.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea General, A/RES/2603(XXIV)A, “Question of Chemical and Bacteriological (Biological) Weapons”, 16 December 1969; A/RES/31/19, “Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados”, 24 de noviembre de 1976; A/RES/32/44, 8 de diciembre de 1977.

BOOTHBY, W. H., “The Rules Relating to Mines, Booby-traps, and Other Devices,” in *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Second Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2016.

CE, Comisión Europea, COM (2022) 133 final, “Garantizar la seguridad alimentaria y reforzar la resiliencia de los sistemas alimentarios”, comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y Al Comité de las Regiones, Bruselas, 23 de marzo de 2022.

CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, *Informe para la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja* (32IC/15/11), Ginebra, 2015.

CICR, Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional I, artículo 54, pár. 1, apartado 2089, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/COM/470-750069?OpenDocument&xp_articleSelected=750069 (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

CICR, Comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo Adicional II, artículo 14, apartado 4796, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=22A3363FA0482A57C12563CD0043AB5D> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, A/51/218, 19 de julio de 1996.

Código Lieber, 24 abril 1863, disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/110> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes, UN Doc. PC-NICC/2000/1/Add.2, 2000.

Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, documentos oficiales, RC/9/11, Publicación de la Corte Penal Internacional, 2010, disponible en: <https://crimeofaggression.info/documents/6/Review-Conference-official-records-SPA.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

- Conferencia de revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo al 11 de junio de 2010, documentos oficiales, RC/9/11, Publicación de la Corte Penal Internacional, 2010, disponible en: <https://crimeofaggression.info/documents/6/Review-Conference-official-records-SPA.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).
- Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/787 de 16 de noviembre de 1992.
- Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/2417 de 24 de mayo de 2018.
- Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (1972).
- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997).
- CORTI VARELA, J., “Rise and Fall of Glyphosate as Holy Grail of Agriculture Production in the European Union”, *Food Security Issues and Challenges*, Nova Science Publishers, 2021.
- DOMÍNGUEZ MATÉS, R., *La protección del medio ambiente en el derecho internacional humanitario*, Tirant lo Blanch, 2005.
- DÖRMANN, K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- DUPUY, P. M., “Análisis de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (coord.), *La licitud del uso de las armas nucleares en los conflictos armados*, Sevilla, Universidad de Huelva, Cruz Roja Española, Ministerio de Defensa, 1997.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.
- FAO, “El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2021. Transformación de los sistemas alimentarios en aras de la seguridad alimentaria, una nutrición mejorada y dietas asequibles y saludables para todos”, Roma, FAO, 2021, disponible en: <https://www.fao.org/3/cb4474es/cb4474es.pdf> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2022).
- FILLOL MAZO, A., *Seguridad alimentaria y derecho internacional*, Madrid, Dykinson, 2020.
- GAGGIOLI, G., *El Uso de la Fuerza en los Conflictos Armados. Interacción entre los paradigmas de la conducción de hostilidades y del mantenimiento del orden*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017.

Geneva International Centre for Humanitarian Demining, Humanitarian Impact from Mines other than Anti-Personnel Mines, GICHD, Geneva, 2004, p. 28, disponible en: http://cmap.upb.edu.co/rid=1232575814953_1579164587_3559/MinasQueiebrapatasMunicipios.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

GERMANY, Humanitarian Law in Armed Conflicts —Manual— edited by The Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany, VR II 3, August 1992, disponible en: <http://www.humanitaeres-voelkerrecht.de/ManualZDv15.2.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

GURMENDI DUNKELBERG, A., “Lucha contrasubversiva en el Perú: ¿conflicto armado o delincuencia terrorista?”, *Revista de Derecho*, Themis, núm. 63, 2013.

HAYASHI, N., *National Military Manuals on the Law of Armed Conflict*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2010.

HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Argentina, 2007.

ICC, Case of Prosecutor C. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber, Public Document, Second Arrest Warrant for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No: ICC-02/05-01/09, 2010, disponible en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2010_05452.PDF (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

ICRC, “Explosive Weapons with Wide Area Effects: A Deadly Choice in Populated Areas”, ICRC, Geneva, 2022.

ICRC, IHL Database, Customary IHL, Practice Relating to Rule 53 “Starvation as a Method of Warfare”, disponible en: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule53 (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

ICTY, Case No.: IT-94-1-A, 2 octubre 1995, Prosecutor v. DuKo Tadi], Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, para. 94, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

International Criminal Court, *Elements of Crimes*, PrintPartners Ipskamp, The Hague, 2002, disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

- International Law Commission (ILC), *Yearbook of the International Law Commission*, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session A/CN.4/SER.A/1996/Add.1, parte 2, 1996.
- LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, E., “Crisis alimentarias y derecho internacional humanitario”, en GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CHORNET, Ramón C. (eds.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Mando de adiestramiento y doctrina, *El derecho de los conflictos armados*, tomo I, Ministerio de Defensa, Resolución 552/07352/07, Gobierno de España, 2007, disponible en: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/OR7_004.PDF.TOMO%20I.PDF (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).
- Manual Español sobre mando de adiestramiento y doctrina orientaciones el derecho de los conflictos armados*, España, 2007.
- MATHEWS, R. J., “Chemical and Biological Weapons”, en LIIVOJA, R. y MCCORMACK, T. (eds.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Nueva York, Routledge, 2016.
- Manuel de droit des conflits armés*, Ministère de la Defense, Direction des affaires juridiques, Bureau du droits des conflits armés, France 2001, disponible en: <https://www.defense.gouv.fr/sga/le-sga-en-action/droit-et-defense/droit-des-conflits-armes/droit-des-conflits-armes> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).
- MELZER, N., *El derecho internacional humanitario. Una introducción integral*, Suiza, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2019.
- OSPITIA GARZÓN, O., “Crímenes de guerra y conflicto armado interno”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 81, 2018.
- PITSCHMANN, V. y HON, Z., “Military Importance of Natural Toxins and Their Analogs”, *Molecules*, vol. 21, núm. 5.
- Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.
- Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.
- Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, 1925.
- Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, Protocolo II, 1981.

Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1907.

Resolución RC/Res.5, en la 12a. sesión plenaria el 10 de junio de 2010, enmiendas al artículo 8o. del Estatuto de Roma, disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.5-SPA.pdf (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

Second Review Conference of the Parties to the Convention on the Prohibition of the Use of Environmental Modification Techniques for Military or other Hostile Purposes, 1976, disponible en: <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/documents/library/conf/ENMOD-CONF-11-12.pdf> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

TIGNINO, M., *Water During and After Armed Conflicts: What Protection in International Law*, Brill Research Perspectives in International Water Law, Brill, Leiden, 2016.

UN Doc, A/ES-11/L.1, *Agresión contra Ucrania*, 1 de marzo de 2022, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/3958976?ln=es> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2022).

UN, United Nations, *Growth in the Number of Member States of the United Nations, 1945 to the Present*, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/growth-un-membership-1945-present> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

United State Code, *Title 10 Armed Forces, Crimes triable by military commission*, núm. 8, 2012, disponible en: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title10/subtitleA/part2/chapter47A&edition=prelim> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2022).

WALTER KRITZSCH, E. y MYJER, R. T., (eds.), *The Chemical Weapons Convention: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

ZEMMALI, A., “La protection de l’eau en période de conflicto armé”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 77, 1995.

La obligación de descolonizar en el derecho internacional

The Obligation to Decolonize in International Law

L'obligation de décolonisation en droit international

Luciano Pezzano*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La descolonización como proceso: las competencias de la AG*. III. *La descolonización como obligación*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía*.

* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-6794-7915>.

Artículo recibido el 29 de abril de 2022

Aprobado para publicación el 19 de septiembre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 141-176
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

RESUMEN: A partir de un análisis de la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en este artículo se pretende demostrar la existencia de una obligación de descolonizar en el derecho internacional. En virtud de las competencias de la Asamblea General en materia de descolonización y la forma en que ésta las ejerce, se argumentará que dicha obligación, que generalmente se cumplirá mediante el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, es, no obstante, autónoma de éste, y subsiste aun en casos de situaciones coloniales en que dicho derecho no resulta aplicable.

Palabras clave: obligación de descolonizar, descolonización, libre determinación, Asamblea General de las Naciones Unidas, colonialismo.

ABSTRACT: Based on an analysis of the practice of United Nations organs and the jurisprudence of the International Court of Justice, this paper seeks to demonstrate the existence of an obligation to decolonize in international law. On the basis of the powers of the General Assembly in the field of decolonization and the manner in which it exercises them, it will be argued that this obligation, which will generally be fulfilled through the exercise of the right of self-determination of peoples, is nevertheless autonomous from it and subsists even in cases of colonial situations in which that right is not applicable.

Key words: obligation to decolonize, decolonization, self-determination, UN General Assembly, colonialism.

RESUME: S'appuyant sur une analyse de la pratique des organes des Nations Unies et de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, cet article vise à démontrer l'existence d'une obligation de décoloniser en droit international. Sur la base des pouvoirs de l'Assemblée générale dans le domaine de la décolonisation et de la manière dont elle les exerce, on soutiendra que cette obligation, qui sera généralement remplie par l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, en est néanmoins autonome et subsiste même dans les situations coloniales dans lesquelles ce droit n'est pas applicable.

Mots clé: obligation de décoloniser, décolonisation, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Assemblée générale de l'ONU, colonialisme.

I. INTRODUCCIÓN

Es casi un lugar común afirmar que la descolonización fue uno de los mayores logros de las Naciones Unidas (NU) y, al mismo tiempo, un objetivo que no estaba previsto en la Carta de San Francisco. Sin embargo, lejos está de poder considerarse una obra concluida: aún existen diecisiete territorios que se encuentran bajo la competencia de la Asamblea General (AG) y del Comité Especial de Descolonización (CED),¹ respecto de los cuales ambos órganos han insistido en que deben ser descolonizados.

Una prueba de la actualidad de la cuestión y del carácter inacabado de este proceso es la aprobación, en 2020, de la resolución 75/123, por la cual la AG declaró el periodo 2021-2030 Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo. Asimismo, dos pronunciamientos judiciales, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ o Corte) sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, y la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) en la controversia *Mauricio/Maldivas* dieron renovado vigor al derecho de la descolonización, las competencias de la AG y las obligaciones de los Estados al respecto.

Si el colonialismo es, como ha proclamado la AG, incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿existe en el derecho internacional una obligación de poner fin al colonialismo en cabeza de los Estados, en particular una obligación de descolonizar de parte de las potencias administradoras?² Dado que, como se verá, el derecho de libre determinación ha jugado y juega un rol muy importante en el proceso de descolonización, ¿es posible sostener una existencia autónoma de esta obligación, sin que necesariamente involucre la libre determinación?

Esta cuestión, si bien está de una u otra manera presente en la mayoría de los abordajes de la descolonización, nunca había sido objeto central de

¹ Cuyo nombre completo es “Comité Especial encargado de examinar la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”.

² “Potencias administradoras” es el término que en el lenguaje de las NU describe a los Estados “que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio” (cfr. artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas), y que es equiparable al de “metrópoli” o “potencia colonial”.

un estudio detenido, en particular que profundice sobre la autonomía de la obligación de descolonizar frente al derecho de libre determinación. Este artículo pretende ocupar, al menos de manera exploratoria, dicho vacío en la doctrina.

Dado el papel central que las NU y, en particular, la AG han desempeñado y desempeñan en materia de descolonización, nuestro análisis se concentrará en las normas de la Carta y en la práctica de la Organización, principalmente a través de las resoluciones de la AG, recurriendo también a la jurisprudencia de la CIJ —que también ha adoptado esta metodología en sus opiniones consultivas en la materia—, a los fines de determinar la existencia y la autonomía de la obligación de descolonizar en el derecho internacional.

Así, en este artículo se reseñará la práctica de las NU, con objeto de demostrar la existencia de una obligación de descolonizar. En particular, se argumentará que esta obligación, que generalmente se cumplirá mediante el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, es, no obstante, autónoma de éste, y subsiste aun en casos de situaciones coloniales en que dicho derecho no resulta aplicable.

II. LA DESCOLONIZACIÓN COMO PROCESO: LAS COMPETENCIAS DE LA AG

La Carta no hace mención expresa a la descolonización ni al colonialismo —de hecho, no utiliza en todo su articulado la palabra “colonia”—, y sus únicas disposiciones al respecto son las que se encuentran en el Capítulo XI, titulado “Declaración relativa a los territorios no autónomos”, que sujeta a las potencias administradoras a un conjunto de obligaciones que no aparecen complementadas con ningún aparato institucional de supervisión.³ Se ha sostenido que este capítulo es un reflejo de la mentalidad colonialista aún no superada en la época de su redacción.⁴

No obstante, no se puede negar que la existencia de este conjunto de obligaciones enunciadas en el artículo 73 de parte de las potencias admi-

³ Virally, Michel, “Droit international et décolonisation devant les Nations Unies”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 9, 1963, pp. 508-541.

⁴ Díez de Velasco, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 269.

nistradoras sirvió de puntapié inicial a la obra de las NU en materia de descolonización.⁵ A partir de allí, el desarrollo de las competencias de la AG en la materia permitió construir una arquitectura jurídica, reconociendo derechos y obligaciones, y estableciendo mecanismos de control.

La AG, desde su primer periodo de sesiones en 1946, se esforzó en reclamar su competencia respecto de los territorios no autónomos.⁶ De inmediato nos preguntamos de dónde surge esa competencia, a falta de disposición explícita en la Carta.

Si bien podría argumentarse que tales competencias fluyen más de la práctica de la Organización y de una interpretación amplia de sus poderes, conforme al artículo 10 de la Carta, que de las discretas disposiciones del artículo 73, pensamos que del inciso *e* de dicha norma puede derivarse uno de los fundamentos más sólidos de las competencias de la AG en la materia.

La norma refiere a la obligación que pesa sobre las potencias administradoras de

transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios por los cuales son respectivamente responsables.

La existencia de esta obligación, que *a priori* parecería tener un valor meramente instrumental, sería usada por la AG para fundar su competencia.⁷ Así, creó en 1946 un Comité *ad hoc* para examinar la información transmitida en virtud del artículo 73, inciso *e*, reemplazado luego por una comisión especial (resolución 332 (IV)), la cual funcionó hasta 1963 en que la

⁵ Para un análisis histórico y político, véase Jacobson, Harold Karan, "The United Nations and Colonialism: A Tentative Appraisal", *International Organization*, vol. 16, 1962, pp. 37-56.

⁶ Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 269.

⁷ Fastenrath, Ulrich, "Article 73", en Simma, Bruno *et al.* (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. II, pp. 1830-1839; Virally, Michel, *op. cit.*, pp. 526-530; Kohen, Marcelo G., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Ginebra, Graduate Institute Publications, 1997, p. 85.

resolución 1970 (XVIII), transfirió sus funciones al CED, creado por la resolución 1654 (XVI).⁸

El desarrollo de esta facultad de control es lo que ha conferido a la AG los medios de proceder a toda una elaboración doctrinal, lo que permitió formular un verdadero derecho de la descolonización.⁹ La CIJ se ha hecho eco de este derecho de la descolonización, que ha sido desarrollado por la AG a partir de las normas de la Carta, y la práctica de los Estados y la Organización. Este derecho está integrado por diversas normas y principios que reconocen derechos y obligaciones, así como mecanismos de supervisión, en cabeza de la propia AG.¹⁰

Íntimamente relacionado está el concepto de “territorio no autónomo”, que la Carta no define, pero que sí distingue de los “territorios metropolitanos” (artículo 74), implicando así que es un territorio que tiene una condición jurídica *diferente* de la del territorio soberano de la potencia administradora. La AG llegó a la descripción más acabada de estos territorios en su resolución 1541 (XV), que contiene en su anexo los “Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta”.

El principio I hace una clara equiparación entre los “territorios no autónomos” y las colonias, que fue confirmada por la CIJ en su opinión consultiva sobre *Namibia*, al sostener que el Capítulo XI de la Carta “clearly embraced territories under a colonial régime”.¹¹

⁸ Sobre la labor inicial del CED, véase Mittelman, James H., “Collective Decolonisation and the U.N. Committee of 24”, *The Journal of Modern African Studies*, vol. 14, 1976, pp. 41-64.

⁹ Virally, Michel, *op. cit.*, p. 516.

¹⁰ El contenido del derecho de la descolonización incluye el poder de la AG, a través del CED, de insertar cierto territorio en la lista de los territorios no autónomos; el estatus jurídico internacional del territorio y las obligaciones de la potencia administradora que de él se derivan; el poder de la AG de cambiar el estatus jurídico internacional de un territorio luego de su independencia; la obligación de la potencia administradora de proveer a la AG con la información prevista en el artículo 73 de la Carta; el poder de la AG de supervisar el proceso de descolonización y la obligación de la potencia administradora y otros Estados involucrados de no adoptar medidas unilaterales contra tal proceso (Crespi Reghizzi, Zeno, “The *Chagos* Advisory Opinion and the Principle of Consent to Adjudication”, en Burri, Thomas y Trinidad, Jamie (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation. New Directions from the Chagos Advisory Opinion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 65, nota 63.

¹¹ CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*

Por su parte, el principio IV aporta una importante caracterización de los territorios no autónomos: “Existe a primera vista la obligación de transmitir información respecto de un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de este en sus aspectos étnicos o culturales”. De acuerdo con el principio, el territorio está “separado geográficamente” de la potencia administradora, indicando así una vinculación con el denominado “colonialismo de ultramar” o “salt water colonialism”,¹² es decir, el sentido más tradicional del colonialismo europeo en otros continentes;¹³ además, el territorio es “distinto”¹⁴ de la potencia administradora en sus “aspectos étnicos o culturales”, dando, en nuestra opinión, un importante adelanto para caracterizar al “pueblo” titular del derecho a la libre determinación.

En un antecedente de la resolución 1541 (XV) —que ésta menciona expresamente en su preámbulo—, la resolución 742 (VIII), la AG había considerado que la lista de factores que adoptaba fuera una

guía para determinar si un territorio... está o ha dejado de estar comprendido en las disposiciones del Capítulo XI de la Carta con objeto de que... *la Asamblea General pueda adoptar una decisión* sobre si ha de continuar o cesar el envío de información que se establece en el Capítulo XI de la Carta (énfasis añadido).

De esta forma, la AG se reservó la facultad de decidir cuándo cesa la obligación de informar del artículo 73, inciso e, de la Carta,¹⁵ y, por lo

(*Southwest Africa*) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 16, párrafo 52.

¹² I. a., Whelan, Anthony, “Self-Determination and Decolonisation: Foundations for the Future”, *Irish Studies in International Affairs*, vol. 3, núm. 4 1992, p. 31.

¹³ Véase, por ejemplo, la definición de Nanda: “Colonialism as traditionally defined has been a political-economic relationship between a dominant Western nation and a subservient non-Western people” (Nanda, Ved P., “Self-Determination in International Law: The Tragic Tale of Two Cities: Islamabad (West Pakistan) and Dacca (East Pakistan)”, *The American Journal of International Law*, vol. 66, núm. 2, 1972, p. 321, nota 1).

¹⁴ La “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, aprobada por resolución 2625 (XXV) de la AG (en adelante, “la resolución 2625 (XXV)”), confirma esta condición jurídica distinta y separada del territorio.

¹⁵ Jacobson, Harold Karan, *op. cit.*, p. 49.

tanto, cuándo *existe* o deja de existir un territorio no autónomo. Aunque no reafirmó explícitamente esa función en la resolución 1541 (XV), es evidente que mantuvo su anterior interpretación. Es así como en 1970 aprobó la resolución 2701 (XXV), en la que consideró

que, en ausencia de una decisión de la propia Asamblea General en el sentido de que los territorios de Antigua, Dominica, Granada, San Cristóbal-Nieves-Anguila, Santa Lucía y San Vicente¹⁶ han alcanzado la plenitud del gobierno propio de conformidad con el Capítulo XI de la Carta, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte debe continuar transmitiendo información en virtud del inciso e del Artículo 73 de la Carta con respecto a dichos territorios.

Y, a partir del año siguiente, con la resolución 2870 (XXI), reafirmó

que, a falta de una decisión de la propia Asamblea General en el sentido de que un Territorio No Autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio de conformidad con el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas, la Potencia administradora que corresponda debe seguir transmitiendo información en virtud del Artículo 73 e de la Carta con respecto a ese Territorio,

lo que ha reiterado anualmente.¹⁷

Una importante consecuencia de esta interpretación es que las potencias administradoras no podrían escudarse en la falta de obligatoriedad de las resoluciones de la AG para negar esta competencia, en cuanto a la obligación de informar nace de la propia Carta.¹⁸

Pero la AG no solamente afirmó su competencia para indicar cuándo cesa la obligación de informar, sino también *cuándo existe*, al decidir por sí misma la inclusión de ciertos territorios como territorios no autónomos en el sentido del capítulo XI de la Carta, también como parte de una vigorosa implementación de la obligación de informar del artículo 73, inciso e.¹⁹ Así, en la

¹⁶ En 1969 había hecho una mención similar sobre San Vicente en la resolución 2258 (XXIV).

¹⁷ La última resolución aprobada en ese sentido es la 76/85, del 9 de diciembre de 2021.

¹⁸ Virally, Michel, *op. cit.*, p. 58.

¹⁹ Whelan, Anthony, *op. cit.*, p. 30.

misma sesión en la que aprobó la resolución 1541 (XV), adoptó la resolución 1542 (XV), en la que consideró, “habida cuenta de las disposiciones del Capítulo XI de la Carta, de la resolución 742 (VIII) de la Asamblea General y de los principios aprobados por la Asamblea en su resolución 1541 (XV)”, que los territorios bajo administración de Portugal que enumeró eran territorios no autónomos sobre los que éste tenía la obligación de informar. La AG reiteró esta práctica en otras oportunidades,²⁰ incluso en fechas tan recientes como 2013, cuando decidió reincorporar a la Polinesia francesa a la lista de territorios no autónomos.²¹

La competencia de la AG de determinar qué territorios son no autónomos en el sentido del capítulo XI de la Carta fue reconocida expresamente por la CIJ en su sentencia en el caso *Timor Oriental*.²²

La consecuencia de este enfoque es, como sostiene Rodríguez, que “los poderes de las Potencias administradoras sobre los territorios no autónomos se encuentran significativamente limitados, en especial frente a los amplios poderes que la Asamblea General fue construyendo en esta área”.²³

Parece resultar claro, entonces, que a partir de las obligaciones para las potencias administradoras que surgen de la Carta, la AG ha asumido competencias en materia de descolonización, dando lugar a, como decíamos, un verdadero derecho de la descolonización.²⁴

Estas cuestiones fueron revisitadas por la CIJ en su opinión consultiva del 25 de febrero de 2019 sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*. La Corte sostuvo:

The General Assembly has a long and consistent record in seeking to bring colonialism to an end. From the earliest days of the United Nations, the General

²⁰ Véase, por ejemplo, la resolución 1747 (XVIII), sobre Rhodesia, o la resolución 41/41 A, sobre Nueva Caledonia.

²¹ Mediante resolución 67/265.

²² CIJ: *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I. C.J. Reports 1995, p. 90, párrafo 31.

²³ Rodríguez, Facundo, “La cuestión de las Malvinas (Falklands) en el Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo”, núm. 4, *Cuadernos de Gibraltar–Gibraltar Reports*, 2020-2021, p. 9.

²⁴ Cristescu, Aureliu, *El derecho a la libre determinación desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las naciones unidas. Estudio del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, p. 58, párrafo 316.

Assembly has played an active role in matters of decolonization... In this regard, the Court notes that Chapter XI of the Charter of the United Nations relates to non-self-governing territories and that the first article in that Chapter, Article 73, provides that administering powers of non-self-governing territories are required, inter alia, to “transmit regularly to the Secretary-General for information purposes... statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible”. This information was considered by the Fourth Committee (Special Political and Decolonization Committee) of the General Assembly and included in its reports. The work of the Committee continued until 1961 when the Committee of Twenty-Four was established.²⁵

La Corte no solamente describe la tarea —“el rol activo”— que la AG ha desempeñado en asuntos de descolonización, sino que también insinúa su fundamento, que no es otro que la obligación de informar del artículo 73, inciso e, de la Carta. Pero más interesante para el análisis resulta la primera parte del pasaje, al reconocer al historial de la AG en la búsqueda de poner un fin al colonialismo.

La Corte también examinó las funciones de la AG durante el proceso de descolonización²⁶ en su consideración del derecho aplicable para emitir su opinión consultiva y expresó:

The General Assembly has played a crucial role in the work of the United Nations on decolonization, in particular, since the adoption of resolution 1514 (XV). It has overseen the implementation of the obligations of Member States in this regard, such as they are laid down in Chapter XI of the Charter and as they arise from the practice which has developed within the Organization.²⁷

No solamente reitera el importante papel de la AG en la tarea de las NU sobre la descolonización, sino que también identifica una de sus principales competencias: la supervisión de las obligaciones de los Estados miembros al respecto. Esto implica reconocer la existencia de obligaciones estatales

²⁵ CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2019, p. 95, párrafo 87.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 162.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 163.

en materia de descolonización, que tienen una doble fuente que la Corte también identifica: por un lado, el capítulo XI de la Carta, y por el otro la práctica de la Organización. La Corte también destaca la importancia de la resolución 1514 (XV), que analizaremos más adelante.

Ya en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*, la Corte había reconocido los poderes de la AG en materia de descolonización. Así, respecto a los argumentos de España según los cuales la CIJ debía abstenerse de ejercer su función consultiva en el caso, porque implicaba eludir la regla que impide someter a Estados parte en una controversia a un tribunal sin su consentimiento, la Corte sostuvo que “[España] n’a pas objecté et ne pouvait pas valablement objecter à ce que l’Assemblée générale exerce ses pouvoirs pour s’occuper de la décolonisation d’un territoire non autonome et demande un avis consultatif sur des questions intéressant l’exercice de ces pouvoirs”.²⁸ Al sostener que España —que era la potencia administradora del Sahara Occidental— “no podía válidamente objetar” que la AG ejerciera sus poderes de ocuparse de la descolonización de un territorio, la CIJ confirmó la competencia del órgano en la materia.

Por otro lado, respecto del argumento de que el objeto de la solicitud de opinión consultiva involucraba una controversia entre Estados, la Corte respondió: “L’objet de la requête est tout autre: il s’agit d’obtenir de la Cour un avis consultatif que l’Assemblée générale estime utile pour pouvoir exercer comme il convient ses fonctions relatives à la décolonisation du territoire”.²⁹ El mismo argumento fue alzado en el caso de la opinión consultiva sobre el *Archipiélago de Chagos*, y la Corte lo rechazó con cita textual de este pasaje.³⁰

Las funciones de la AG fueron explicitadas por el magistrado Petré en su opinión separada: “l’Assemblée générale s’est-elle réservée la tâche de déterminer les modalités de la décolonisation du territoire en conformité avec les principes de la résolution 1514 (XV)”.³¹ Esta afirmación de la competencia de la AG para determinar las modalidades de la descolonización es clave en la comprensión de las obligaciones de los Estados en la materia.

²⁸ CIJ, *Sahara occidental, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 1975, p. 12, párrafo 30, *in fine*.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 39, *in fine*.

³⁰ CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago, op cit.*, párrafo 86.

³¹ CIJ, *Sahara occidental, cit.*, Opinión separada del Magistrado Petré, p. 110.

Petrén también sostuvo que estaba tomando forma un derecho de la descolonización bajo la inspiración de las resoluciones de la AG.³²

En su declaración anexa a la opinión consultiva, el magistrado Nagendra Singh consideró que “the procedures for decolonization lie within the exclusive province of the General Assembly”.³³ En la misma línea, el magistrado Dillard sostuvo que “the General Assembly has not forfeited its paramount supervisory power over any future decolonization process including the Western Sahara”.³⁴ Ambas caracterizaciones sobre la competencia de la AG en la materia son muy interesantes, por cuanto la consideran “exclusiva” y “suprema”. Las opiniones no explicitan frente a quién la AG tiene esta competencia; parece claro que es así frente a los órganos de la Organización, incluida la Corte, pero también, pensamos, posee esta característica frente a las potencias administradoras: es así como la competencia de la AG cobra verdadera importancia, por cuanto la descolonización de un territorio solamente podrá proceder de acuerdo con las modalidades que la AG, y no la potencia administradora, determine.

Estas opiniones individuales parecieron predecir la posición de la mayoría de la Corte más de cuatro décadas después en la opinión consultiva sobre el *Archipiélago de Chagos*: “The modalities necessary for ensuring the completion of the decolonization of Mauritius fall within the remit of the United Nations General Assembly, in the exercise of its functions relating to decolonization”.³⁵ La Corte confirmó así que las modalidades de descolonización de un territorio no autónomo caen dentro de las competencias de la AG.

La AG determinó esas modalidades en el caso de Chagos en su resolución 73/295,³⁶ adoptada luego de la opinión consultiva, en la que, entre otras cosas, “[r]eafirmando la responsabilidad de las Naciones Unidas, conforme a la resolución 1514 (XV), de prestar asistencia en el proceso de descolonización de Mauricio”, acogió con beneplácito la opinión consultiva, afirmó las conclusiones de la Corte, exigió que el Reino Unido retirara su administración colonial de Chagos y exhortó a los Estados miembros a que

³² *Idem*.

³³ CIJ, *Sahara occidental*, cit. Declaración del Magistrado Singh, p. 80.

³⁴ CIJ, *Sahara occidental*, cit. Opinión separada del Magistrado Dillard, p. 122.

³⁵ CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago*, op. cit., párrafo 179.

³⁶ Aprobada el 22 de mayo de 2019, por 116 votos contra 6 y 56 abstenciones.

cooperen con las NU para garantizar la conclusión de la descolonización de Mauricio.

El valor de la resolución 73/295 debió ser evaluado por la Sala Especial del TIDM en su sentencia del 28 de enero de 2021 sobre excepciones preliminares en el caso *Mauricio/Maldivas*. Luego de recordar, entre otras cosas, que las resoluciones de la AG no son obligatorias y la especial consideración que la CIJ hizo de sus funciones en materia de descolonización, expresó:

The General Assembly has thus been entrusted to take necessary steps toward the completion of the decolonization of Mauritius. In light of the general functions of the General Assembly on decolonization and the specific task of the decolonization of Mauritius with which it was entrusted, the Special Chamber considers that resolution 73/295 is relevant to assessing the legal status of the Chagos Archipelago.³⁷

En función de esas consideraciones, la Sala Especial notó que la exigencia de la AG de que el Reino Unido retirara su administración colonial de Chagos era una de las “modalidades” a las que se refirió la CIJ.³⁸

Sin pronunciarse específicamente sobre el peso que le asignaba a la resolución 73/295, la Sala Especial le reconoció un valor para evaluar la situación jurídica del archipiélago, fundado precisamente en las funciones de la AG en materia de descolonización.

El anterior análisis nos lleva a dos importantes consideraciones: por un lado, que el proceso de descolonización reveló la existencia de claras competencias de la AG en la materia, principalmente en lo que respecta a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de las potencias administradoras y a la modalidad de la descolonización; por otro lado, que de la Carta, la interpretación de sus disposiciones a partir de las resoluciones de la AG, y de la práctica de los Estados y la Organización, nació un verdadero derecho de la descolonización, en el que la resolución 1514 (XV) ocupa un lugar central.

Nos dedicaremos ahora a indagar si en ese derecho de la descolonización existe una obligación de descolonizar, comenzando con el análisis de tan importante resolución 1514 (XV).

³⁷ TIDM, *Delimitation of the maritime boundary in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections, Judgment*, 28 de enero de 2021, párrafo 227.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 229.

III. LA DESCOLONIZACIÓN COMO OBLIGACIÓN

1. *La obligación de poner fin al colonialismo en las resoluciones de la AG*

Es opinión unánime en la doctrina que la “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblo Coloniales”, aprobada por la resolución 1514 (XV) de la AG,³⁹ del 14 de diciembre de 1960⁴⁰ (en adelante, la “Declaración” o la “resolución 1514 (XV)”), constituyó un hito fundamental en la historia de la descolonización en las NU,⁴¹ a punto tal de ser considerada la “Carta Magna de la descolonización”.

La CIJ se refirió a la Declaración por primera vez en su opinión consultiva de 1971 sobre *Namibia*,⁴² y ampliaría su examen cuatro años después, en la ya citada opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*.⁴³

No obstante, estos precedentes jurisprudenciales, la más importante valoración de la Declaración hecha por la CIJ se planteó en la opinión consultiva sobre el *Archipiélago de Chagos*:

The adoption of resolution 1514 (XV) of 14 December 1960 represents a defining moment in the consolidation of State practice on decolonization... General Assembly resolution 1514 (XV) clarifies the content and scope of the right to self-determination. The Court notes that the decolonization process accelerated in 1960, with 18 countries, including 17 in Africa, gaining independence. During the 1960s, the peoples of an additional 28 non-self-governing-territories exercised their right to self-determination and achieved independence. In the Court’s view,

³⁹ La Declaración fue aprobada por 89 votos a favor contra ninguno y nueve abstenciones: Portugal, España, el Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Bélgica, Francia —todos ellos potencias administradoras—, Sudáfrica —que ocupaba Namibia y la ocupó ilegalmente por tres décadas más— y —extrañamente— la República Dominicana.

⁴⁰ Sobre las circunstancias de la aprobación de la Declaración, v. Kay, David A., “The Politics of Decolonization: The New Nations and the United Nations Political Process”, *International Organization*, vol. 21, 1967, pp 786-811.

⁴¹ Cristescu, Aureliu, *op. cit.*, p. 7, párrafo 39.

⁴² CIJ, *Namibia*, *cit.*, párrafo 52. La Corte lo reafirmó en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental* (CIJ: *Sahara occidental*, *op. cit.*, párrafo 56).

⁴³ CIJ, *Sahara occidental*, *op. cit.*, párrafo 57.

there is a clear relationship between resolution 1514 (XV) and the process of decolonization following its adoption.⁴⁴

La Corte la consideró como un “momento definitorio” en la consolidación de la práctica sobre descolonización y, como veremos, le reconoció efecto normativo.

Es por eso que tenemos que analizar su contenido, a fin de determinar si nace de sus disposiciones una obligación de descolonizar.

Así, luego del preámbulo, la AG proclama “solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones”. El fin del colonialismo es destacado como una necesidad, pero ¿implica que ya era una obligación? El párrafo 1 de la Declaración expresa: “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales”. Se trata, pensamos, de una descripción del “colonialismo” al que ya ha hecho referencia. La mención a los “pueblos”, que no son otros que los “pueblos coloniales” que nombra el propio título de la Declaración, se complementa con el categórico reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos en el párrafo 2. El párrafo 5 precisa:

En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas,

repitiendo así el sentido de “rapidez” e “incondicionalidad” que inspira la proclama al final del preámbulo.

En su opinión consultiva sobre el *Archipiélago de Chagos*, la CIJ reconoció el carácter normativo de la resolución en cuanto declara el derecho de libre determinación, y citó las disposiciones que mencionamos, tanto la

⁴⁴ CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago*, cit., párrafo 150.

proclama del preámbulo como los párrafos 1, 2, 5 y 6.⁴⁵ Summers marca una diferencia entre estos párrafos operativos y la proclama del preámbulo: mientras los primeros tienen un carácter normativo, y están relacionados con el objetivo de un rápido fin del colonialismo a través del derecho de libre determinación, la segunda fue aspiracional, sin fuerza prescriptiva, pero estableció el objetivo esencial de la Declaración.⁴⁶ Compartimos que poner fin al colonialismo es el objeto y fin de la Declaración; pero no nos convence la forma en que el autor parece calificar el valor normativo de los párrafos operativos al vincularlo con la libre determinación. Es verdad que ello surge claramente del párrafo 2, y se puede inferir del párrafo 5, pero no es menos cierto que la proclama del preámbulo se refiere al colonialismo en “todas sus formas y manifestaciones”, lo cual permite pensar en supuestos por fuera de la aplicación del derecho de libre determinación, como se verá.

Sin embargo, la Corte vinculó las disposiciones de la Declaración con las competencias de la AG en materia de descolonización, de la siguiente manera:

In the Court's view, by inviting the United Kingdom to comply with its international obligations in conducting the process of decolonization of Mauritius, the General Assembly acted within the framework of the Charter and within the scope of the functions assigned to it to oversee the application of the right to self-determination. The General Assembly assumed those functions in order to supervise the implementation of obligations incumbent upon administering Powers under the Charter. It thus established a special committee tasked with examining the factors that would enable it to decide “whether any territory is or is not a territory whose people have not yet attained a full measure of self-government” (resolution 334 (IV) of 2 December 1949). It has been the Assembly's consistent practice to adopt resolutions to pronounce on the specific situation of any non-self-governing territory. Thus, immediately after the adoption of resolution 1514 (XV), it established the Committee of Twenty-Four tasked with monitoring the implementation of that resolution and making suggestions and recommendations thereon (resolution 1654 (XVI) of 27 November 1961). The General Assembly also monitors the

⁴⁵ *Ibidem*, párrafo 153.

⁴⁶ Summers, James, “*Chagos*, Custom and the Interpretation of UN General Assembly Resolutions”, en Burri, Thomas y Trinidad, Jamie (eds.), *op. cit.*, pp. 9-40.

means by which the free and genuine will of the people of a non-self-governing territory is expressed, including the formulation of questions submitted for popular consultation.⁴⁷

De esta forma, la Corte confirmó que existen obligaciones de los Estados en materia de descolonización, y que la AG tiene el poder de supervisar su cumplimiento, incluso del ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos.

La Corte insistió respecto de las obligaciones de las potencias administradoras al referirse a la integridad territorial de Mauricio, reconocida en el párrafo 6 de la Declaración:⁴⁸

The Court considers that the obligations arising under international law and reflected in the resolutions adopted by the General Assembly during the process of decolonization of Mauritius require the United Kingdom, as the administering Power, to respect the territorial integrity of that country, including the Chagos Archipelago.⁴⁹

La Corte es clara al insistir en que las obligaciones surgen en virtud del derecho internacional, y se reflejan en las resoluciones de la AG; es decir, la AG no crea esas obligaciones —dado que no tiene poderes legislativos ni sus resoluciones son *per se* fuentes de derecho—, sino que existen en virtud de la Carta y de la práctica de los Estados.

La CIJ confirmó entonces la existencia de obligaciones de los Estados durante el proceso de descolonización, y concluyó: “Accordingly, the United Kingdom is under an obligation to bring an end to its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible, thereby enabling Mauritius to complete the decolonization of its territory in a manner consistent with the right of peoples to self-determination”.⁵⁰

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 167.

⁴⁸ La Corte vincula la integridad territorial a la libre determinación. Véase *ibidem*, párrafo 160.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 173.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 178.

Que la Corte haya utilizado el lenguaje de “poner fin” (*bring an end*⁵¹) a la administración del Archipiélago de Chagos como una obligación del Reino Unido no puede ser considerado inocuo, toda vez que esta obligación remite a la proclama contenida en el preámbulo de la Declaración de “poner fin al colonialismo”, que la propia Corte recordó en su opinión consultiva.⁵² Es decir, la Corte parece estar reconociendo la existencia de una obligación de poner fin al colonialismo, aunque vinculada, como el propio pasaje citado lo destaca, con el derecho de los pueblos a la libre determinación.

En este contexto, recordamos que en la resolución 2621 (XXV), la AG declaró “que la continuación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones es un crimen que viola la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales y los principios del derecho internacional”. Si bien no fue aprobada por todos los miembros,⁵³ su mayoritario apoyo revela que para 1970, diez años después de la adopción de la Declaración, gran parte de los Estados consideraban que el colonialismo no solamente era contrario a la Carta y a los principios del derecho internacional, sino que cabía considerarlo como un crimen. Al considerarlo como tal, su continuación es ilícita, y debe ponerse fin, en consonancia con lo dispuesto por la Declaración.

Los textos reseñados reiteran la referencia al colonialismo “en todas sus formas”. ¿Hay más de una forma de colonialismo? Dependiendo de la interpretación que se dé al término, es probable que puedan identificarse diferentes formas;⁵⁴ pero en el contexto de estas resoluciones cabe preguntarnos si eso implica que podrían existir situaciones coloniales —a las que, como tales, hay que ponerles fin— que no implicaran, en los términos del párrafo 1 de la Declaración, la “sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras”. Volveremos sobre esta cuestión.

En el mismo año, la AG aprobó la célebre resolución 2625 (XXV). En su anexo, como parte del principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, se dispone:

⁵¹ Y, en la versión francesa, “*mettre fin*”.

⁵² CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago*, cit., párrafo 153.

⁵³ Se aprobó por 86 votos contra 5 —todos potencias administradoras— y 15 abstenciones.

⁵⁴ No es el objetivo de este artículo problematizar esta cuestión respecto de las formas de colonialismo más allá de la situación de los territorios no autónomos en virtud de la Carta.

Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad soberana de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio, a fin de:...

b) *poner fin rápidamente al colonialismo*, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos a la subyugación de que se trate; y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas (*énfasis añadido*).

La redacción fue el resultado de arduas negociaciones en el seno del comité especial que elaboró el proyecto, ante el cual se presentaron varias propuestas. Las discusiones mostraron una clara división entre quienes consideraban que la ilicitud del colonialismo se había vuelto una norma derivada de la Carta, por lo que debía incluirse una declaración por la que aquél era contrario al derecho internacional,⁵⁵ y entre quienes afirmaban que el colonialismo no había sido prohibido ni hecho ilícito por la Carta, y que el estatus de las autoridades administradoras estaba reconocido en virtud de ésta, y el cumplimiento de sus responsabilidades no podía ser considerado como una violación de la libre determinación.⁵⁶ Se trató, evidentemente, de la división entre anticolonialistas y potencias administradoras y sus aliados, y dado que la Declaración debía adoptarse por consenso, debieron hacerse concesiones para llegar al texto finalmente aprobado, que ha recibido algunas críticas.⁵⁷

Más allá de las dificultades de su redacción, al menos los Estados acordaron que poner fin al colonialismo forma parte el deber de los Estados de promover la libre determinación de los pueblos. En la discusión en la Sexta Comisión de la AG, el representante de los Estados Unidos aprobó “the obligation of States «to bring a speedy end to colonialism» because of

⁵⁵ AG, *Report of the Special Committee On Principles Of International Law Concerning Friendly Relations And Co-Operation Among States*, UN Doc. A/7326, p. 63, párrafo 170.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 171.

⁵⁷ Johnson, C. Don, “Toward Self-Determination-A Reappraisal As Reflected In The Declaration On Friendly Relations”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1973, pp. 145-163.

the importance attached by the text to «te freely expressed will of the peoples concerned»”.⁵⁸ Esta opinión confirma, por un lado, que se trata efectivamente de una obligación de los Estados y, por el otro, que en el contexto de la resolución 2625 (XXV), la obligación está vinculada al principio de libre determinación.

Respecto al contenido de la obligación, al igual que sucede con la Declaración, se trata de poner fin “rápidamente al colonialismo”. En su declaración citada, el representante de Estados Unidos notó “that reasonable men could differ as to the meaning of «speedy»”,⁵⁹ mientras que el representante de Iraq lamentó que el proyecto solamente se refiriera “to the duty to bring a «speedy» and not an «immediate» end to colonialism”.⁶⁰ Resulta claro, entonces, que “rápidamente” no es lo mismo que “inmediatamente”, lo cual da a los Estados cierta flexibilidad para cumplir la obligación de poner fin al colonialismo. Sin embargo, como se ha sostenido, los Estados deben desempeñar esta obligación de buena fe, por lo que cuando en los territorios no autónomos no se haya tomado ninguna medida para aplicar e implementar las resoluciones pertinentes, los órganos de las NU deberían considerar que se ha violado la obligación y adoptar medidas para asegurar su cumplimiento.⁶¹

La CIJ se refirió al deber de los Estados en virtud de este párrafo de la resolución 2625 (XXV) en su opinión consultiva sobre el *Archipiélago de Chagos*:

The Court considers that, while it is for the General Assembly to pronounce on the modalities required to ensure the completion of the decolonization of Mauritius, all Member States must co-operate with the United Nations to put those modalities into effect.⁶²

Además de recordar que las modalidades para la descolonización caen dentro de la competencia de la AG, la Corte recuerda las obligaciones de todos los Estados de cooperar con la Organización a tal efecto, y aunque no

⁵⁸ AG, *Official Records. Sixth Committee, 1180th Meeting*, UN doc. A/C.6/SR.1180, párrafo 25.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 7.

⁶¹ Johnson, C. Don, *op. cit.*, p. 159.

⁶² CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago, op. cit.*, párrafo 180.

cite el deber de poner fin al colonialismo, está incluido en la obligación de los Estados, de conformidad con la resolución 2625 (XXV).

La AG anualmente aprueba una resolución sobre aplicación de la Declaración,⁶³ en la que, entre otras cosas, reconociendo “que la eliminación del colonialismo ha sido una de las prioridades de las Naciones Unidas” y reiterando “su convicción de que es necesario eliminar el colonialismo”, reafirma

una vez más que la existencia del colonialismo en cualquiera de sus formas y manifestaciones, incluida la explotación económica, es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y la Declaración Universal de Derechos Humanos [y] su determinación de seguir adoptando todas las medidas necesarias para lograr la eliminación completa y rápida del colonialismo y la observancia estricta por todos los Estados de las disposiciones pertinentes de la Carta, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Aunque la AG haya moderado su lenguaje, al no considerar que el colonialismo sea un “crimen” —probablemente por las específicas connotaciones penales que el término tiene en el derecho internacional contemporáneo—, sigue dejando bien en claro que el colonialismo es incompatible con la Carta, con la Declaración y con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por lo tanto, es un ilícito internacional, y como tal reconoce que debe ser eliminado, y que dicha eliminación ha sido una prioridad de las NU, respecto de la que se muestra dispuesta a adoptar “todas las medidas necesarias”.

De manera tal que la AG continúa sosteniendo la existencia de una obligación de poner fin al colonialismo, a la vez que ratifica su autoridad en la materia. Una prueba de ello es la ya citada resolución 73/295.

El análisis nos demuestra que, como sostiene la doctrina, las resoluciones de la AG, en conjunto con la práctica internacional que surge con relación a ellas, han creado el marco del cual se ha cristalizado un consenso social que impone la descolonización como una obligación en virtud del derecho internacional.⁶⁴ Hébié considera que la Declaración es la última etapa en un

⁶³ La última es la 76/85, del 9 de diciembre de 2021.

⁶⁴ Hébié, Mamadou, “Was There Something Missing in the Decolonization Process in Africa?: The Territorial Dimension”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, pp. 529-556.

proceso de cristalización que llevó al surgimiento de una norma consuetudinaria de derecho internacional que impone la descolonización.⁶⁵

La CIJ, si bien no ha mencionado expresamente la existencia de dicha obligación, sí ha confirmado parte de su contenido y ha reconocido los poderes de la AG en la materia, a la vez que ha afirmado que sus resoluciones reflejan obligaciones de los Estados en virtud de la Carta y la costumbre internacional.

En definitiva, las resoluciones de la AG reflejan que la continuación del colonialismo —esto es, mantener bajo situación colonial a los territorios no autónomos del capítulo XI de la Carta— es un hecho internacionalmente ilícito, y que, como tal, hay que ponerle fin; de ello se deriva, en el derecho internacional, una obligación jurídica internacional de descolonizar.⁶⁶ Esta obligación es parte de la obligación de *todos* los Estados —sean o no potencias administradoras— de poner fin al colonialismo,⁶⁷ recogida, entre otras, en las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV). Sin embargo, tanto las resoluciones como la jurisprudencia de la CIJ muestran que la obligación parece existir con relación al derecho de libre determinación de los pueblos, cuestión que analizaremos a continuación.

2. Su vinculación con el derecho de libre determinación de los pueblos

La relación entre la obligación de poner fin al colonialismo y la libre determinación de los pueblos queda puesta de manifiesto en la resolución 2625 (XXV), en cuanto ésta aparece como parte del deber de los Estados de promover el principio y asistir a las NU en sus funciones en la materia.⁶⁸

Raic sostiene que se ha desarrollado una norma jurídica positiva en virtud de la que las potencias coloniales están bajo la obligación de descoloni-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 532.

⁶⁶ Peters, Anne, “The Principle of *Uti Possidetis Juris*. How Relevant is it for Issues of Secession?”, en Walter, Christian *et al.* (eds.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 95-137.

⁶⁷ Cohen-Jonathan considera que la obligación de descolonizar se deriva del deber de poner fin al colonialismo expresado en la resolución 1514 (XV). Cohen-Jonathan, Gérard, “Les îles Falkland (Malouines)”, *Annuaire français de droit international*, vol. 18, 1972, pp. 235-262.

⁶⁸ Summers, James, *Peoples and International Law*, 2a. ed., Brill-Nijhoff, Boston, Leiden, 2014, pp. 239 y 240.

zar de acuerdo con los deseos de los habitantes del territorio colonial.⁶⁹ No compartimos plenamente esa afirmación; como veremos, dicha obligación existe con relación al “pueblo” —titular del derecho a la libre determinación— del territorio, lo cual no significa necesariamente lo mismo que “los habitantes”.

Es decir, que si existe una obligación de descolonizar, es porque existe un derecho a la descolonización, como una manifestación del principio de libre determinación, y que, de acuerdo con parte de la doctrina, es el aspecto más desarrollado de este principio.⁷⁰

Gros Espiell planteó la cuestión de modo interesante, vinculándola a la caracterización que en su momento la AG hizo del colonialismo como un crimen:

El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera trae como consecuencia necesaria la negación y condena del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones. Para el derecho internacional actual, el colonialismo es un crimen, un delito internacional tipificado expresamente como tal. Este carácter delictivo del colonialismo, y de los actos por medio de los que se ejerce, debe ser destacado por su trascendencia y por las proyecciones que puede llegar a tener.⁷¹

El planteamiento tiene mucha lógica: si aceptamos que la libre determinación es una norma de *ius cogens*,⁷² una violación grave como el colonialismo generaría las consecuencias de lo que en su momento se denominara “crimen internacional” y hoy conocemos como “violación grave de obliga-

⁶⁹ Raic, David, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, 2002, p. 208.

⁷⁰ Whelan, Anthony, *op. cit.*, p. 50.

⁷¹ Gros Espiell, Héctor, *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas, Estudio del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, p. 11, párrafo 66.

⁷² Excede por mucho el objeto de este estudio adentrarnos en la discusión de si la libre determinación de los pueblos es o no una norma de *ius cogens*. Nos basta por el momento comentar que la Comisión de Derecho Internacional la incluyó dentro de la lista de ejemplos de normas de *ius cogens* en el anexo de su proyecto de conclusiones sobre normas imperativas de derecho internacional general (CDI: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre su 71o. período de sesiones*, documento A/74/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, p. 227).

ción emanada de norma imperativa”. Por lo tanto, siguiendo el razonamiento de Gross Espiell, la libre determinación de los pueblos sería el *fundamento* de la obligación de poner fin al colonialismo. Para aceptar esta afirmación, tendríamos que conceder que en todas las situaciones coloniales existe una violación a la libre determinación de los pueblos. ¿Y si no fuera así? Volveremos sobre esta cuestión.

Debemos recordar que la CIJ sostuvo en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*:

Le principe d'autodétermination en tant que droit des peuples et son application en vue de mettre fin rapidement à toutes les situations coloniales sont énoncés dans la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale intitulée «Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux». Dans cette résolution, l'Assemblée générale proclame «la nécessité de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations». ⁷³

Aquí la Corte está afirmando la vinculación entre la libre determinación y la obligación de poner fin rápidamente a todas las situaciones coloniales, según se enuncia en la Declaración, pero no implica que debe aplicarse específicamente en cada caso concreto, sobre todo a la luz de lo que dispone en otros párrafos de la opinión, que analizaremos más adelante. Así, parece trazar una relación distinta entre la descolonización y la libre determinación: no considera que la primera sea una consecuencia de la segunda ni que ésta sea el fundamento de aquélla. Lo que hace, en nuestra opinión, es reconocer que *una de las formas* de poner fin a las situaciones coloniales es el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos, pero tal vez no sea la única.

Por otra parte, es evidente que el contexto de la aprobación de la Declaración en 1960⁷⁴ muestra que la fuerza detrás del movimiento anticolonialista era la libre determinación de los pueblos, y que esta fuerza influyó decisivamente en la redacción de la resolución 2625 (XXV). Si a ello sumamos que lo más usual en una situación colonial es la lucha de un pueblo por alcanzar su libre determinación, resulta más que obvio que exista una

⁷³ CIJ, *Sahara occidental*, cit., párrafo 55.

⁷⁴ Jacobson, Harold Karan, *op. cit.*; Kay, David A., *op. cit.*

notable vinculación entre la descolonización y la libre determinación de los pueblos.

Pero la Declaración no alteró los poderes de la AG —de hecho, como vimos, los fortaleció— en materia de decidir las formas y modalidades de la descolonización, y ella misma podría decidir apartarse de la libre determinación como forma de descolonizar en un caso colonial en el que no existiera un pueblo titular del derecho a la libre determinación.

Dicho en otros términos, pensamos que no puede utilizarse la Declaración ni la resolución 2625 (XXV) con sus referencias a la libre determinación como modo de vincular *necesariamente* la obligación de poner fin al colonialismo con la aplicación absoluta a todos los casos coloniales del derecho de libre determinación. Como veremos más adelante, la CIJ confirmará esta posición en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental.

Tenemos claro, no obstante, que para aceptar esta conclusión tiene que haber la posibilidad de que exista un caso colonial donde la libre determinación no se aplique. En tal caso, ¿podría existir una obligación de descolonizar autónoma del derecho de libre determinación? A responder este interrogante nos dedicaremos a continuación.

3. *Autonomía de la obligación*

Las posiciones que plantean que la obligación de poner fin al colonialismo es una consecuencia de la libre determinación, o que ésta es un fundamento de aquélla parten de la base de considerarlas a ambas como las dos caras de una misma moneda: si hay un pueblo sometido a dominación colonial, ese pueblo tiene, en virtud de su derecho a la libre determinación, el derecho a ser descolonizado, y, por lo tanto, la potencia colonial estará obligada a descolonizar el territorio de ese pueblo.

Sin embargo, nada hay en el derecho internacional que indique que la relación pueda trazarse así. La CIJ ha dejado en claro que la aplicación de la libre determinación es una forma de poner fin al colonialismo.⁷⁵ Si existen otras formas que no impliquen el ejercicio de la libre determinación, entonces, tal relación necesaria como las dos caras de la moneda no existiría. Para ello deberemos demostrar que: *a)* tales formas existen, y *b)* que el derecho de la

⁷⁵ CIJ, *Sahara occidental, cit.*, párrafo 55.

descolonización y el principio de la libre determinación de los pueblos implican dos conjuntos de derechos y obligaciones *diferentes*, que en muchos casos se superponen parcialmente, a punto tal de parecer idénticos a primera vista.

¿Pueden existir casos coloniales sin aplicación del derecho de libre determinación? A este respecto, cabe recordar lo que ha dicho la CIJ en su opinión consultiva sobre el *Sahara Occidental*:

La validité du principe d'autodétermination, défini comme répondant à la nécessité de respecter la volonté librement exprimée des peuples, n'est pas diminuée par le fait que dans certains cas l'Assemblée générale n'a pas en devoir exiger la consultation des habitants de tel ou tel territoire. Ces exceptions s'expliquent soit par la considération qu'une certaine population ne constituait pas un «peuple» pouvant prétendre à disposer de lui-même, soit par la conviction qu'une consultation eût été sans nécessité aucune, en raison de circonstances spéciales.⁷⁶

La Corte parece clara al considerar la existencia de casos excepcionales en los que la AG no ha considerado necesario consultar a los habitantes de un territorio no autónomo: casos en los que, en ausencia de un “pueblo”, el derecho de libre determinación simplemente no se aplica, y casos en que la consulta no era necesaria debido a circunstancias especiales.⁷⁷ El primero resulta de nuestro interés, por cuanto se trataría de un supuesto en el que la población de un territorio no autónomo, por no constituir un “pueblo”, no es titular del derecho de libre determinación.

Trinidad menciona que quizá la Corte tuvo presente el argumento de España durante el procedimiento consultivo de que en ciertas circunstancias la libre determinación no se aplica porque la población es artificial.⁷⁸ Esto implica que un territorio sin un “pueblo” no sería una “unidad de libre determinación” (*self-determination unit*), en los términos de Crawford.⁷⁹ Agrega que, en la práctica, dichas unidades son los territorios que caen

⁷⁶ *Ibidem*, párrafo 59.

⁷⁷ Trinidad, Jamie, *Self-Determination in Disputed Colonial Territories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 57.

⁷⁸ CIJ, *Mémoires, Plaidoiries et Documents. Sahara Occidental*, vol. I, p. 213, párrafo 359. España menciona expresamente el caso de Gibraltar como ejemplo de una población artificial.

⁷⁹ Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 124 y 125.

bajo los capítulos XI y XII de la Carta, lo que se sigue es si una población de un territorio que atraviesa un proceso de descolonización no constituye un “pueblo”, ese territorio, o no es un territorio del Capítulo XI o XII, o es por alguna razón tratado como un caso excepcional.⁸⁰ Se pregunta qué casos pudo tener la Corte en mente, y si el pasaje de la opinión consultiva podría apoyar una interpretación restrictiva de la libre determinación, según la cual el “pueblo” titular del derecho se define en función de características etnográficas y no territoriales, aunque considera que esta opinión es “conceptualmente insostenible”.⁸¹

Frente a esta posición, debemos señalar que si bien no es nuestro interés ingresar en la compleja polémica de la definición de “pueblo” en el derecho internacional, es oportuno recordar, respecto del criterio etnográfico que Trinidad critica, que la AG aprobó varias resoluciones⁸² en las que afirmó *explícitamente* el derecho de la población autóctona de un territorio a la libre determinación, dato que no nos resulta menor. Asimismo, y como lo reconoce Trinidad, el ya citado principio IV de la resolución 1541 (XV) acepta un criterio étnico y cultural para distinguir al pueblo del territorio de la población de la potencia administradora.

Es lamentable⁸³ que la Corte no diera ejemplos de casos en que la AG haya considerado que la población de un territorio no autónomo no constituyera un “pueblo”,⁸⁴ pero no es menos cierto que no los necesitaba para responder la pregunta que le había efectuado la AG. Por otra parte, Trinidad no tiene en cuenta lo que en nuestra opinión es el dato más importante emergente de la distinción que efectúa la Corte: que es la AG la que no ha considerado que existiera un pueblo en ciertas circunstancias, lo que ratifica la posición, señalada por la propia Corte (tanto en la misma opinión consultiva como en la del *Archipiélago de Chagos*), que la AG tiene poderes en materia de descolonización, incluso para considerar cuándo es aplicable la libre

⁸⁰ Trinidad, Jamie, *op. cit.*, p. 58.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

⁸² Resolución 2228 (XXI), sobre la cuestión de la Somalia Francesa (Djibouti), y resoluciones 2229 (XXI), 2711 (XXV), 2983 (XXVII) y 3162 (XXVIII) sobre la cuestión del Sahara Español (Sahara Occidental).

⁸³ Como también sostiene: Trinidad, Jamie, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁴ Ruiz Miguel da los ejemplos de Hong-Kong, Gibraltar e Ifni: Ruiz Miguel, Carlos, “El principio y derecho de autodeterminación y el pueblo saharai”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015, pp. 267-296.

determinación.⁸⁵ Cuando no lo ha hecho, es por considerar que estaba ante una excepción. Esto no implica necesariamente que la AG adopte un criterio etnográfico o sociológico en la definición de pueblo, sino simplemente reconocer, como entendemos que la Corte lo ha hecho, que es la AG la que determina cómo se ha de descolonizar un territorio, y eso incluye considerar si sus habitantes son o no son un pueblo titular de la libre determinación.

Si pensamos en los actuales diecisiete territorios no autónomos, la AG ha reconocido expresamente la existencia de un pueblo titular del derecho de libre determinación en quince de ellos.⁸⁶ En la mayoría de sus resoluciones, la AG reafirma el derecho del pueblo del territorio a la libre determinación, que en el proceso de descolonización “no hay alternativa al principio de la libre determinación, que es también un derecho humano fundamental” y que, en última instancia, corresponde al pueblo del territorio “determinar libremente su estatuto político futuro de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta, la Declaración y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General”.

Sin embargo, en dos de los territorios la AG jamás reconoció la existencia de un pueblo titular del derecho a la libre determinación. Se trata de los casos de Gibraltar⁸⁷ y las Islas Malvinas.⁸⁸ Aunque los casos presentan varias diferencias que no los hacen enteramente análogos, sí podemos mencionar que, en ambos, al existir una controversia de soberanía entre dos Estados —España y el Reino Unido, y la Argentina y el Reino Unido, respectiva-

⁸⁵ Estos poderes no son absolutos, es decir, la AG no podría negar el derecho a la libre determinación a un pueblo —máxime tratándose de una norma imperativa—, pero si determinada población no es un pueblo, tal negación no existiría.

⁸⁶ Véase resoluciones 76/89 (Sahara Occidental); 76/98 (Nueva Caledonia); 76/95, (Polinesia Francesa); 76/90 (Samoa Americana); 76/91 (Anguila); 76/92 (Bermudas); 76/93, (Islas Vírgenes Británicas); 76/94, (Islas Caimán); 76/96 (Guam); 76/97 (Montserrat); 76/99 (Pitcairn); 76/100, (Santa Helena); 76/101 (Tokelau); 76/102, (Islas Turcas y Caicos); y 76/103 (Islas Vírgenes estadounidenses).

⁸⁷ Véase resoluciones 2070 (XX), 2231 (XXI), 2353 (XXII), 2429 (XXIII) y 3286 (XXIX) y decisiones 31/406 C, 32/411, 33/408, 34/412, 35/406, 36/409, 37/412, 38/415, 39/410, 40/413, 41/407, 42/418, 43/411, 44/426, 45/407, 46/420, 47/411, 48/422, 49/420, 50/415, 51/430, 52/419, 53/420, 54/423, 55/427, 56/421, 57/526, 58/526, 59/519, 60/525, 61/522, 62/523, 63/525, 64/521, 65/521, 66/522, 67/530, 68/523, 69/523, 70/520, 71/521, 72/520, 73/519 y 74/515.

⁸⁸ Véase resoluciones 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9, 38/12, 39/6, 40/21, 41/40, 42/19 y 43/25.

mente—, la AG instó a los respectivos Estados a celebrar negociaciones teniendo en cuenta los “intereses” de la “población” de cada territorio. Es decir, no solamente no mencionó que existiera en ninguno de los casos “pueblo” — y, por lo tanto, titular del derecho de libre determinación— alguno, sino que, lejos de considerar, como en los otros casos, que no hay alternativa a la libre determinación para la descolonización de los territorios, directamente omitió toda referencia a ésta en sus resoluciones. Esta omisión no puede considerarse inocua, máxime si se la compara con la actuación de la AG en el caso de los otros territorios no autónomos.

La práctica de la AG ha sido constante en reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos coloniales que habitan los territorios no autónomos y determinar que la modalidad de descolonización de esos territorios debe ser acorde con el ejercicio de ese derecho; esto es, mediante la libre expresión de la voluntad de tales pueblos. Si nos encontramos frente a casos en los que —también de modo constante— no ha determinado que los territorios se descolonicen mediante el ejercicio de la libre determinación, ha sido porque consideró, como sostuvo la CIJ, que en tales casos la población de esos territorios no constituye un pueblo. De otra forma, la AG estaría actuando, no solamente contra su propia práctica anticolonial, sino en forma contraria a una norma imperativa, al negar a un pueblo el ejercicio del derecho a la libre determinación.

La conclusión más razonable, que armoniza todas las normas en juego, es que pueden existir casos excepcionales de territorios no autónomos sujetos a un régimen colonial cuya población no constituya un pueblo. Ello es consistente con los poderes de la AG en materia de descolonización —incluyendo la existencia o no de un territorio no autónomo y las modalidades que deben cumplirse para su descolonización—; no contradice los términos de la Declaración, toda vez que ésta reconoce que el colonialismo puede existir en varias formas, y que los titulares del derecho a la libre determinación en tal contexto son los pueblos coloniales —como indica su título y describe su párrafo 1—, y con la interpretación dada por la CIJ respecto del papel de la libre determinación en el contexto de la descolonización.

Dicho en otros términos, la práctica de la AG demuestra que existe una obligación de poner fin al colonialismo que es diferente a las obligaciones que emergen del derecho de libre determinación de los pueblos,⁸⁹ pero que,

⁸⁹ No es objeto del presente trabajo evaluar las obligaciones de los Estados respecto de la libre determinación fuera de las situaciones coloniales.

al existir casos en que ambas normas son aplicables, la descolonización deberá realizarse mediante el ejercicio de ese derecho.

Pocos autores han reflexionado sobre la importancia de distinguir entre descolonización y libre determinación. Así, Perham considera que la libre determinación es un derecho de los pueblos coloniales, mientras que la descolonización es un objetivo de las NU a menudo equiparado con la libre determinación; aunque generalmente la diferencia entre ambos puede no tener significado práctico, a veces sí, la libre determinación debe prevalecer.⁹⁰ El contexto en que la autora lo plantea es diferente al nuestro, y no compartimos que la descolonización sea solamente una meta, sino que es una obligación de las potencias administradoras; pero compartimos que son dos conceptos autónomos y que, si bien por lo general uno se logrará a través del otro, puede haber casos en que vayan separados. Por otra parte, la autora es bien clara en referirse al titular de la libre determinación en este contexto como el “pueblo colonial”, que es lo que la lleva a considerar que la libre determinación debería tener precedencia frente a la “descolonización”.

Respecto del contenido de la obligación de descolonizar territorios coloniales, Hébié considera que incluye conceder a los territorios y pueblos coloniales el derecho de determinar su estatus en virtud del derecho internacional, y también recuperar territorios calificados como “coloniales” en virtud del derecho internacional por las potencias coloniales.⁹¹ Esta distinción entre “pueblos coloniales” y “territorios coloniales”, que parece surgir de la ya señalada práctica diferenciada de la AG en materia de descolonización, es clave para entender nuestra posición.

Incluso autores que reconocen que existe un derecho de la descolonización y que el proceso de éste es un proceso jurídico, con importantes funciones de la AG,⁹² y de él surge una obligación de descolonizar,⁹³ la vinculan

⁹⁰ Perham, Elisabeth, “A Solution for the Third International Decade for the Eradication of Colonialism: A «Fourth» Option to Obviate the Need for a Fourth Decade?”, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 11, 2013, pp. 12 y 13.

⁹¹ Hébié, Mamadou, *op. cit.*, p. 532.

⁹² Grant, Thomas D., “Extending Decolonization: How The United Nations Might Have Addressed Kosovo”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1999, vol. 28, pp. 9-54.

⁹³ Bring, Ove E., “The Falkland Crisis And International Law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 51, núm. 3-4, pp. 129-163.

a la libre determinación sin detenerse en el estudio de los casos particulares donde la propia AG ha decidido no aplicar este derecho, porque no existía un pueblo que fuera su titular.

Desde una visión crítica, en cambio, Charpentier sostiene la existencia en el derecho internacional positivo, de una obligación de descolonizar, aunque de contenido poco preciso, pero separada del derecho de libre determinación. Según el autor, se trata de una obligación dirigida a los Estados, de origen consuetudinario, formada a partir de numerosas resoluciones de la AG, en especial la 1514 (XV) y la 2625 (XXV), que expresan la *opinio iuris* de la mayoría de los Estados, y a partir de la práctica, principalmente de las potencias coloniales.⁹⁴ La separación de la libre determinación vendría dada por la falta de reconocimiento de este derecho a pueblos fuera de las situaciones coloniales, lo que lo lleva a concluir que no existe un “derecho a la independencia” en cabeza de los pueblos, sino sólo una obligación de descolonizar de parte de las potencias coloniales.⁹⁵

Por nuestra parte, pensamos que la distinción puede entenderse mejor si tenemos en cuenta que existen casos de pueblos titulares del derecho a la libre determinación que no estén sometidos a una situación colonial.⁹⁶ Un ejemplo paradigmático es el del pueblo palestino, cuyo derecho a la libre determinación ha sido reconocido en innumerables resoluciones de la AG,⁹⁷ y también por la CIJ en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*.⁹⁸ Sería forzar demasiado los conceptos afirmar que la ocupación ilícita de su territorio por Israel convierte a la situación del pueblo palestino en una “situación colonial”, pues nada hay en las resoluciones de la AG ni en la opinión de la Corte que permita sostener dicha afirmación. De hecho, la lucha por el pueblo

⁹⁴ Charpentier, Jean, “Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes et le droit international positif”, *Revue Québécoise du Droit International*, vol. II, 1987, pp. 195-213.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ La materia es objeto de gran discusión doctrinaria. V. i. a., Raic, David, *op. cit.*, pp. 226-307; McCorquodale, Robert, “Self-Determination: A Human Rights Approach”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, pp. 857-885; Escudero Espinosa, Juan Francisco, *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World*, Springer, Cham, 2017.

⁹⁷ La última de ellas, la 74/139, de 18 de diciembre de 2019.

⁹⁸ CIJ, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 2004, p. 136, párrafo 118.

palestino por la libre determinación no está bajo la competencia del CED, ni Palestina es considerada como un territorio no autónomo en el sentido del capítulo XI de la Carta.

Como sostiene Hébié, el derecho de libre determinación excede la descolonización en su alcance. Mientras es evidente que la descolonización se aplica solamente a los territorios coloniales, el artículo 1o. común a los pactos internacionales de derechos humanos clarifica que “todos los pueblos tienen derecho de libre determinación”,⁹⁹ y similar disposición encontramos en la resolución 2625 (XXV). Al respecto, Whelan sostiene que la libre determinación ha sido extendida a grupos que no son coloniales en un sentido estricto, y que esto puede verse como un desarrollo lógicamente separado de la descolonización, como una reaparición de una noción étnica y no territorial de la libre determinación.¹⁰⁰

Por su parte, Klabbers considera que en su opinión consultiva sobre el *Archipiélago de Chagos*, la CIJ equiparó libre determinación con descolonización, reduciendo así el ámbito de aquélla a ésta,¹⁰¹ y, para nuestro punto de vista, reconociendo que sólo mediante aquélla puede ésta lograrse. Sin embargo, no consideramos que así sea. La opinión consultiva debe ser leída a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte en materia de libre determinación: “The Court is conscious that the right to self-determination, as a fundamental human right, has a broad scope of application”.¹⁰² En este amplio alcance que la Corte le reconoce al principio caben otras situaciones que no son coloniales, pero en las que siguen existiendo “pueblos”, titulares del derecho. Por otro lado, si basó su análisis en el caso principalmente en el derecho de libre determinación fue porque la AG ya había determinado que la modalidad en que debía descolonizarse el territorio de Mauricio era mediante su ejercicio.¹⁰³

⁹⁹ Hébié, Mamadou, *op. cit.*, p. 530.

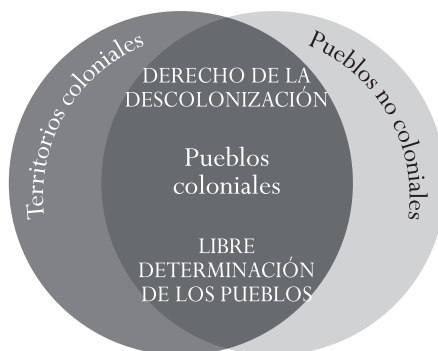
¹⁰⁰ Whelan, Anthony, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰¹ Klabbers, Jan, “Shrinking Self-determination: The *Chagos* Opinion of the International Court of Justice”, *ESIL Reflections*, vol. 8, núm. 2, 2019.

¹⁰² CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago*, *cit.*, párrafo 144.

¹⁰³ Véase Resolución 2066 (XX), que la Corte citó expresamente. V. CIJ: *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago*, *cit.*, párrafo 165 y 173.

FIGURA 1. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA DESCOLONIZACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS



En resumen, el derecho de la descolonización y el principio de libre determinación de los pueblos tienen cada uno un alcance propio y diferente, pero en el caso de los pueblos coloniales, ambos se superponen, y el derecho de estos pueblos a la libre determinación aparece como la única forma de descolonizar sus territorios. Ilustramos esta relación en la figura 1, que no sólo nos muestra la interacción, sino refleja que, en el grado de desarrollo actual del derecho internacional, la porción en que ambos se superponen es muy amplia, puesto que tanto los casos de territorios coloniales donde no se aplica la libre determinación por no existir un pueblo como los de pueblos titulares del derecho de libre determinación no sujetos a dominación colonial —al menos, aquellos incontrovertidos— son limitados, pero existen.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En conclusión, existe en el derecho internacional una obligación de poner fin al colonialismo, que recae sobre todos los Estados. En el caso de las potencias administradoras, se traduce en una obligación de descolonizar los territorios no autónomos, de acuerdo con las modalidades que determine el órgano competente para indicarlas: la AG. Esta obligación forma parte del derecho de la descolonización; pero cuando en el territorio a descolonizar hay un pueblo colonial, la modalidad de descolonización debe

involucrar necesariamente el ejercicio del derecho de libre determinación del que es titular ese pueblo.

Esto significa que la obligación de poner fin al colonialismo es autónoma; desde el punto de vista del derecho de la descolonización, el ejercicio de la libre determinación es una de las formas posibles de poner fin al colonialismo —aunque sea la única alternativa cuando se trata de un pueblo colonial—. Esta conclusión no implica una disminución de la importancia de la libre determinación en el derecho internacional contemporáneo —cuyo carácter de norma *ius cogens* y de efectos *erga omnes* no discutimos—, sino que parte de entender a la descolonización y a la libre determinación como normas diferentes que, en determinados casos —pero no siempre—, se superponen.

El análisis que antecede muestra que esta conclusión está basada en la práctica de la AG en materia de descolonización, en sus más importantes resoluciones que reflejan normas del derecho internacional consuetudinario, y en la jurisprudencia de la CIJ.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AG, *Official Records. Sixth Committee, 1180th Meeting*, UN doc. A/C.6/SR.1180.
- AG, *Report of the Special Committee on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States*, UN Doc. A/7326.
- BRING, Ove E., “The Falkland Crisis and International Law”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 51, núm. 3-4.
- BURRI, Thomas y TRINIDAD, Jamie (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation. New Directions from the Chagos Advisory Opinion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- CHARPENTIER, Jean, “Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes et le droit international positif”, *Revue Québécoise du Droit International*, 1987, vol. II.
- CIJ, *Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif; C.I.J. Recueil 2004*.
- CIJ, *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*.
- CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*.

- CIJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971.
- CIJ, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2019.
- CIJ, *Sahara occidental, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 1975.
- COHEN-JONATHAN, Gérard, “Les îles Falkland (Malouines)”, *Annuaire français de droit international*, vol. 18, 1972.
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007
- CRISTESCU, Aureliu, *El derecho a la libre determinación desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas. Estudio del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, 13a. ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- ESCUADERO ESPINOSA, Juan Francisco, *Self-Determination and Humanitarian Secession in International Law of a Globalized World*, Springer, Cham, 2017.
- FASTENRATH, Ulrich, “Article 73”, en SIMMA, Bruno *et al.* (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. II.
- GRANT, Thomas D., “Extending Decolonization: How The United Nations Might Have Addressed Kosovo”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 28, 1999.
- GROS ESPIELL, Héctor, *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas, Estudio del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1.
- HÉBIÉ, Mamadou, “Was There Something Missing in the Decolonization Process in Africa?: The Territorial Dimension”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015.
- JACOBSON, Harold Karan, “The United Nations and Colonialism: A Tentative Appraisal”, *International Organization*, vol. 16, 1962.
- JOHNSON, C. Don, “Toward Self-Determination-A Reappraisal As Reflected In The Declaration On Friendly Relations”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 1973.

- KAY, David A., “The Politics of Decolonization: The New Nations and the United Nations Political Process”, *International Organization*, vol. 21, 1967.
- KLABBERS, Jan, “Shrinking Self-determination: The *Chagos* Opinion of the International Court of Justice”, *ESIL Reflections*, vol. 8, núm. 2, 2019.
- KOHEN, Marcelo G., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Ginebra, Graduate Institute Publications, 1997.
- MCCORQUODALE, Robert, “Self-Determination: A Human Rights Approach”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994.
- MITTELMAN, James H., “Collective Decolonisation and the U.N. Committee of 24”, *The Journal of Modern African Studies*, vol. 14, 1976.
- NANDA, Ved P., “Self-Determination in International Law: The Tragic Tale of Two Cities: Islamabad (West Pakistan) and Dacca (East Pakistan)”, *The American Journal of International Law*, vol. 66, núm. 2, 1972.
- PERHAM, Elisabeth, “A Solution for the Third International Decade for the Eradication of Colonialism: A «Fourth» Option to Obviate the Need for a Fourth Decade?”, *New Zealand Yearbook of International Law*, vol. 11, 2013.
- PETERS, Anne, “The Principle of *Utī Possidetis Juris*. How Relevant is it for Issues of Secession?”, en WALTER, Christian *et al.* (eds.), *Self-Determination and Secession in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- RAIC, David, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, 2002.
- RODRÍGUEZ, Facundo, “La cuestión de las Malvinas (Falklands) en el Cuarto Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo”, *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, núm. 4, 2020-2021.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “El principio y derecho de autodeterminación y el pueblo saharauí”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015.
- SUMMERS, James, *Peoples and International Law*, 2A. ed., Brill-Nijhoff, Boston, Leiden, 2014.
- TIDM, *Delimitation of the maritime boundary in the Indian Ocean (Mauritius/ Maldives), Preliminary Objections, Judgment*, 28 de enero de 2021.
- TRINIDAD, Jamie, *Self-Determination in Disputed Colonial Territories*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- VIRALLY, Michel, “Droit international et décolonisation devant les Nations Unies”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 9, 1963.
- WHELAN, Anthony, “Self-Determination and Decolonisation: Foundations for the Future”, *Irish Studies in International Affairs*, vol. 3, núm. 4, 1992.

The Obligations of the Nuclear-Weapon States in International Waters Included in Nuclear- Weapon-Free Zones

*Las obligaciones de los Estados poseedores
de armas nucleares en las aguas internacionales incluidas
en zonas libres de armas nucleares*

*Les obligations des états dotés d'armes nucléaires
dans les eaux internationales incluses
dans les zones exemptes d'armes nucléaires*

Jorge Alberto **López Lechuga***

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Concept and Main Provisions of NWFZs.* III. *The Extension of the Zones of Application of NWFZs.* IV. *The Law of the Sea and the non-Proliferation of Nuclear Weapons.* V. *Concerns of NWS Regarding the EEZ and High Seas Included in NWFZs.* VI. *Conclusions.* VII. *Bibliography.*

* Maestrante en Derecho Penal Internacional, Universidad de Granada; Maestrante en Políticas Públicas y Desarrollo, FLACSO Argentina; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2341-2572>, jorge.alb.lopez@gmail.com.

Artículo recibido el 27 de abril de 2022
Aprobado para publicación el 5 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 177-218
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

ABSTRACT: The effectiveness of nuclear-weapon-free zones cannot be understood without considering the law of the sea. Some nuclear-weapon-free zones include international waters in their areas of application, which provoked some nuclear-weapon States that are parties to protocols to such treaties to issue reservations on the geographical scope of such zones. This article argues that the nuclear-weapon-free zones that include exclusive economic zones and high seas in their areas of application were established in accordance with the law of the sea and, therefore, there is no reason why the nuclear-weapon States should not review their reservations in this respect.

Key words: Nuclear-weapon-free zones, nuclear weapon States, law of the sea, nuclear non-proliferation, high seas, exclusive economic zone, territorial sea, reservations.

RESUMEN: La efectividad de las zonas libres de armas nucleares no puede ser comprendida sin considerar el derecho del mar. Algunas zonas libres de armas nucleares incluyen aguas internacionales en sus áreas de aplicación, lo que provocó que algunos Estados poseedores de armas nucleares que son partes en los protocolos anexos a dichos tratados emitieran reservas sobre el ámbito geográfico de dichas zonas. Este artículo argumenta que las zonas libres de armas nucleares que incluyen zonas económicas exclusivas y alta mar en sus áreas de aplicación fueron establecidas de conformidad con el derecho del mar y, por lo tanto, no existe razón para que los Estados poseedores de armas nucleares no revisen sus reservas a este respecto.

Palabras clave: zonas libres de armas nucleares, estados poseedores de armas nucleares, derecho del mar, no proliferación nuclear, alta mar, zona económica exclusiva, reservas.

RÉSUMÉ: L'efficacité des zones exemptes d'armes nucléaires ne peut être comprise sans tenir compte du droit de la mer. Certaines zones exemptes d'armes nucléaires incluent les eaux internationales dans leurs zones d'application, ce qui a poussé certains États dotés d'armes nucléaires parties à des protocoles à ces traités à émettre des réserves sur la portée géographique de ces zones. Cet article soutient que les zones exemptes d'armes nucléaires qui incluent des zones économiques exclusives et la haute mer dans leurs zones d'application ont été établies conformément au droit de la mer et, par conséquent, il n'y a aucune raison pour que les États dotés d'armes nucléaires ne révisent pas leurs réserves dans ce domaine.

Mots-clés: zones exemptes d'armes nucléaires, états dotés d'armes nucléaires, droit de la mer, non-prolifération nucléaire, haute mer, zone économique exclusive, mer territoriale, réserves.

I. INTRODUCTION

The Protocols annexed to the treaties establishing nuclear-weapon-free zones (NWFZs) are indispensable for maintaining a region free of nuclear weapons. They have the purpose of ensuring that the nuclear-weapon States (NWS) provide security assurances against the use or threat of use of nuclear weapons and preventing the presence of such weapons within the zones of application defined in each treaty.

The observance of the obligations included in NWFZs and their protocols requires a clear identification of the geographical space to which they apply.¹ These treaties identify such spaces as “zone[s] of application” or “zone[s]” and outline them in geographical coordinates.

The zones of application of the NWFZs in Latin America and the Caribbean (established by the Treaty of Tlatelolco),² South Pacific (Treaty of Rarotonga),³ and Southeast Asia (Treaty of Bangkok)⁴ are not limited to the sum of the national territories of their respective States parties. Rather, they go beyond by including areas defined in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)⁵ as “exclusive economic zone” (EEZ) and “high seas”, both of which are not part of the national territory of States. Leaving aside the special status of Antarctica in international law, the zone of application of the Antarctic Treaty also comprises high seas.

Upon signing and/or ratifying the respective protocols to NWFZ treaties, some NWS issued reservations in which they affirm *inter alia* not to recognize the zones of application that go beyond the national territories of NWFZs parties. They argue that such zones were not demarcated in ac-

¹ OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (OPANAL) to the report of the Secretary-General on oceans and the law of the sea, pursuant to United Nations General Assembly resolution 72/73 of 5 December 2017”, Mexico, OPANAL, Inf.14/2018, 31 May 2018, p. 4.

² Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (amended), 1967, Mexico, United Nations, Treaty Series, vol. 634, no. 9068.

³ South Pacific Nuclear Free Zone Treaty, 1985, Rarotonga, United Nations, Treaty Series, vol. 1445, no. 24592.

⁴ Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone (with annex), 1995, Bangkok, United Nations, Treaty Series, vol. 1981, no. 33873, pp. 129-152.

⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), 1982, Montego Bay, United Nations, Treaty Series, vol. 1833, no. 31363.

cordance with international law. Additionally, the NWS present divergent interpretations on the right of parties to NWFZs to grant or deny the transit of foreign ships and aircraft carrying nuclear weapons through the zones of application; these stands can affect the effectiveness of NWFZs.

In response, States parties to NWFZs affirm that such zones of application that include EEZs or high seas are consistent with the law of the sea, and, therefore, they assert that the obligations of the NWS apply to such extended areas of the sea.

Much has been published regarding the history and relevance of NWFZs for the international regime of disarmament and non-proliferation of nuclear weapons.⁶ Less has been discussed, however, on the alleged conflict of such zones with other fields of international law, including the law of the sea. This paper presents an argument supporting the claim that there is no contradiction between UNCLOS and the NWFZ treaties that include EEZs and/or high seas in their zones of application.

A legal approach will be presented in this article, offering an interpretation of UNCLOS, NWFZ treaties, the protocols to such instruments, and reservations made by some NWS. For that purpose, firstly, this document addresses the general concept and main provisions of NWFZ treaties and their protocols. A following section describes the rationale and legal nature of the zones of application of the NWFZs that include EEZs and/or high seas, namely, the Antarctic Treaty, the Treaty of Tlatelolco, the Treaty of Rarotonga, and the Treaty of Bangkok. A third section will briefly address the legal nature and breadth of the maritime areas described in UNCLOS to consider whether the zones of application demarcated in the NWFZs are in accordance with the law of the sea. A further segment will analyze three fundamental issues: (1) the position by NWS regarding the zones of application of NWFZs that go beyond the territorial sea of the States parties and the response of regional States; (2) divergent views among NWS concerning the transit of foreign ships and aircraft carrying nuclear weapons through the zones, and (3) implications for a subsequent zone free of nuclear weapons and other weapons of mass destruction in the Middle East. Finally, this document will present some conclusions and recommendations for NWFZs and NWS.

⁶ Macedo Soares, Luiz Filipe (ed.), *A world free of nuclear weapons: Is it possible? Is it desirable? How could it be achieved?*, Mexico, OPANAL, 2017 and Gasparini Alves, Pericles and Cipollone, Daiana (eds.), *Nuclear-Weapon-Free Zones in the 21st Century*, Geneva, UNIDIR, 1997.

II. CONCEPT AND MAIN PROVISIONS OF NWFZS

The United Nations General Assembly defines a NWFZ as a legally binding instrument that should include the “statute of total absence of nuclear weapons to which the zone shall be subject, included the procedure for the delimitation of the zone” and “an international system of verification and control” to guarantee compliance with the pertaining obligations.⁷ In other words, a NWFZ represents a geographical space in which nuclear weapons are prohibited through a legally binding commitment.

The General Assembly also identifies the obligations of the NWS towards NWFZs and concerning the regional States parties. These are (1) to respect the statute of total absence of nuclear weapons defined in the respective treaty, (2) to refrain from contributing to the performance in the zone of acts involving a violation of the instrument, and (3) to refrain from using or threatening to use nuclear weapons against the parties to the zone.⁸ These provisions are not political declarations, but legally binding obligations that the NWS undertake when ratifying the protocols annexed to NWFZ treaties.

Since the protocols and NWFZ treaties encompass the legal attributes of every zone, they refer to the specific geographical areas to which the pertinent obligations apply. In other words, the commitments undertaken by regional States parties and NWS parties to such protocols shall apply to the respective zone of application. The next section seeks to briefly describe the breadth and legal attributes of the zones of application of NWFZs that include EEZs and/or high seas.

III. THE EXTENSION OF THE ZONES OF APPLICATION OF NWFZS

Defining the geographical limits of a NWFZ is fundamental for every region interested in establishing such a zone. All the NWFZ treaties define a

⁷ United Nations General Assembly, “Comprehensive study of the question of nuclear-weapon-free zones in all its aspects”, New York, UN, Resolution 3472 (XXX) B, section I (Definition of the concept of a nuclear-weapon-free zone), 11 December 1975, p. 24.

⁸ *Idem*.

geographical space with precise coordinates in which their respective obligations apply. In this regard, a brief portrayal of the legal nature of the zones of application defined in the Antarctic, Tlatelolco, Rarotonga, and Bangkok treaties will be presented.

1. *Antarctic Treaty*

The 1959 Antarctic Treaty differs from the rest of the NWFZs by not establishing a denuclearized zone in a densely populated area. It was negotiated to ensure the use of Antarctica for “peaceful purposes only” and thus designated the continent as a demilitarized zone which, by implication, renders the region a NWFZ.¹⁰ For the purposes of this paper, the Antarctic Treaty is relevant considering due to the breadth of its zone of application.

Under article VI of the Antarctic Treaty, the prohibition of deployment of nuclear weapons, and any nuclear explosion,¹¹ apply “to the area south of 60° South Latitude, including all ice shelves”. While this means that such obligations apply in the adjacent high seas, article VI also adds that “nothing in the present Treaty shall prejudice or in any way affect the rights, or the exercise of the rights, of any State under international law with regard to the high seas within that area.” In other words, by including high seas in its zone, the Antarctic Treaty does not distort the legal nature of that ocean space.

By recognizing that no provision affects the rights of any State concerning the high seas, the Treaty makes two points. Firstly, the parties do not claim sovereignty over the high seas within the zone of application; and secondly, the Antarctic Treaty does not prevent the States to exercise their rights related to the freedom of the seas.

No State party has ever issued any reservation raising any kind of controversy between the Antarctic Treaty and the law of the sea. Therefore, it can be inferred that the States parties to the Treaty, including the five NWS,

⁹ Article 10 sibueno, mcuhas. of the Antarctic Treaty, 1959, Washington D.C., United Nations, Treaty Series vol. 402, no. 5778.

¹⁰ Philip Jr., P. Robert, “The South Pacific Nuclear-Weapon-Free-Zone, the law of the sea and the ANZUS alliance: an exploration of conflicts, a step toward world peace”, *California Western International Law Journal*, San Diego, vol. 16, num. 1, 1986, pp. 138-177.

¹¹ Articles I and V of the Antarctic Treaty.

consider that the zone of application of the Antarctic Treaty is consistent with the customary international norm regarding the freedom of the high seas and, thus, is compatible with UNCLOS.

2. *Treaty of Tlatelolco*

Being the first NWFZ established in a densely populated region, the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (Treaty of Tlatelolco) distinguishes the concepts of “territory” and “zone of application”. Article 3 establishes that “territory” shall include “the territorial sea, air space and any other space over which the State exercises sovereignty in accordance with its own legislation”. In contrast, article 4 provides that the zone of application of the Treaty “is the whole of the territories” for which is in force and that, upon the fulfillment of the requirements of article 29 (1),¹² the zone shall also include high seas adjacent to the territories of the region. This was made through precise geographical coordinates defining a zone of application much greater than the sum of the territories of the parties. It was in 2002, when Cuba ratified the Treaty, that this extended zone of application became effective.¹³ The zone of application is regionally contiguous with the zone established by the Antarctic Treaty,¹⁴ and with the South Pacific NWFZ; additionally, its eastern limit reaches vast spaces of the Atlantic Ocean.

Article 1 of the Treaty of Tlatelolco obliges the States parties to prohibit and prevent “in their respective territories” the testing, use, manufacture, production, and acquisition of nuclear weapons. In other words, the parties shall comply with such obligations in their national territories, including “the territorial sea, air space and any other space” over which they exercise

¹² (1) The ratification of the Treaty of Tlatelolco by all regional States; (2) ratification of Protocol I by all extra-regional States having *de jure* or *de facto* international responsibility for territories situated in the zone of application; (3) ratification of Protocol II by the NWS; and (4) conclusion of nuclear safeguards agreements with the International Atomic Energy Agency by all States parties to the Treaty.

¹³ OPANAL Secretariat, “Status of the Treaty of Tlatelolco”, Mexico, OPANAL, 2022, available at: <http://www.opanal.org/en/status-of-the-treaty-of-tlatelolco/>.

¹⁴ United Nations General Assembly, “Study on the naval arms race. Report of the Secretary-General”, New York, UN, A/40/535, para. 240 (b), 17 September 1985, p. 66.

sovereignty as defined in article 3. The parties also undertake to refrain from participating, outside the zone, in any activity prohibited by the Treaty.¹⁵

For its part, the territories of extra-regional States “which lie within the limits of the geographical zone established in that Treaty” are the subject matter of Additional Protocol I to the Treaty of Tlatelolco. The parties to Protocol I undertake to enforce the prohibitions defined in article 1 of the Treaty in the territories within the zone of application for which they are *de jure* or *de facto* internationally responsible. In this case, the zone of application serves to delimitate which such territories are.¹⁶ Regarding Additional Protocol II, the NWS undertake to respect the statute of denuclearization “as defined, delimited and set forth in the Treaty” in all its express aims and provisions. Moreover, article 2 of Protocol II contains the obligation of the NWS not to contribute to the violation of article 1 of the Treaty; this provision applies in the entire zone of application defined in article 4 (2). This means that the five NWS, all of them parties to Protocol II, are obliged not to test, use, storage, install, or deploy nuclear weapons in neither the national territories of regional States parties nor the EEZs and high seas included in the zone of application of the Treaty of Tlatelolco.

The Caribbean and Latin American States outlined the zone of application of the Treaty with full knowledge that it extends beyond the area under their sovereignty or jurisdiction. However, the breadth of the zone of application was not established in such a way by the ambition of the regional states.¹⁷ In other words, it does not constitute a declaration or claim of sovereignty or jurisdiction over the high seas areas which lie within said zone.¹⁸ In this regard, it is important to consider some reasons why the Treaty of Tlatelolco distinguishes “territory” from “zone of application”, a feature that was also adopted in subsequent NWFZ treaties.

¹⁵ Article 1 (2) of the Treaty of Tlatelolco.

¹⁶ These are the territories for which France, the Netherlands, United Kingdom, and the United States are international responsible for within the limits of the zone. The four countries have ratified Additional Protocol I to the Tlatelolco Treaty. See: OPANAL Secretariat, “Additional Protocols”, Mexico, OPANAL, 2022, available at: <https://www.opanal.org/en/additional-protocols/>.

¹⁷ OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean – OPANAL to the second part of the report of the United Nations Secretary-General on oceans and the law of the sea, pursuant to General Assembly resolution 71/257”, Mexico, OPANAL, Inf.11/2017, 7 June 2017, p. 2.

¹⁸ *Ibidem*, p. 3.

When the Treaty of Tlatelolco was negotiated (1964-1967), a consensus on the breadth of the territorial sea of the coastal States was far from being reached by the international community. There was not either a unified position between the regional States about the matter. For instance, Chile, Ecuador, and Peru had claimed a territorial sea of 200 nautical miles;¹⁹ other States in contrast, including Mexico, had claimed a less ambitious range for their territorial sea.²⁰ Consequently, the Treaty of Tlatelolco could not have limited itself to apply only to the sum of the national territories of the regional States since there was no international norm or agreement regarding the territorial sea limits. In other words, there was no legal basis to define the geographical boundaries of the “territory” of each of the parties. If the Treaty had established a zone of application limited to the sum of each “territory” of the States parties, including territorial seas, that would have constituted a legal proclamation on the breadth of an ocean space for which there was no international norm. For that reason, the States decided to expand the zone of application and include high seas.

Furthermore, the regional States had the interest to protect the seas adjacent to their territories from the presence of nuclear weapons. For instance, during the negotiation of the Treaty of Tlatelolco, all participating States were already concerned about the nuclear tests in the South Pacific that could “endanger the health of the Latin American peoples or damage their maritime riches and other natural resources”.²¹ In the midst of the negotiation of the Treaty of Tlatelolco (1966), the regional States made public this alarm through a joint declaration that was reiterated during subsequent decades.²²

Other legal precedents also explain why the negotiators of the Treaty of Tlatelolco defined such a zone of application. Among them is the 1947 In-

¹⁹ Castañeda y Álvarez de la Rosa, Jorge, “El concepto del mar patrimonial en el derecho internacional”, *Obras completas*, Mexico, SRE-Colmex, 1995, vol. II: Derecho del mar, p. 39.

²⁰ López-Bassols, Hermilo, *Derecho internacional público y jurisprudencia internacional*, Mexico, Porrúa, 2014, p. 434.

²¹ Comisión Preparatoria para la Desnuclearización de la América Latina (COPREDAL), “Resolución 17. Llamado a las potencias nucleares”, Mexico City, OPANAL, COPREDAL/Res.17, 4 May 1966.

²² OPANAL General Conference, “Urgente necesidad de cesar todos los ensayos de armas nucleares”, Mexico, OPANAL, CG/RES.39, 10 September 10 1971.

ter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR),²³ which defines in its article 4 a maritime security area that includes high seas. Even though TIAR constitutes a military alliance, and, in contrast, Tlatelolco is rather a collective effort to prevent the arms race in Latin American and the Caribbean,²⁴ the zones of application in both treaties are similar by including high seas.

The legal nature of the zone of application defined in TIAR does not mean, in any way, a claim of sovereignty over the EEZ or high seas included in it.²⁵ This is also the case of the Treaty of Tlatelolco; its delimitation is not in contradiction with the law of the sea since does not affect the right of innocent passage over the territorial sea or the freedom of the high seas.²⁶ That is why the Treaty of Tlatelolco does not prohibit the transit of nuclear weapons.²⁷

3. *Treaty of Rarotonga*

The 1985 Treaty of Rarotonga defines the “South Pacific Nuclear Free Zone” as the area described in its Annex 1, which is a zone of application

²³ OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency... [Inf.14/2018]”, *cit.*, p. 4.

²⁴ United Nations General Assembly, “Study on the naval arms race...”, *cit.*, p. 66.

²⁵ OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency... [Inf.14/2018]”, *cit.*, p. 4.

²⁶ *Ibidem*, p. 5.

²⁷ In the Final Act of the IV Session of the Preparatory Commission for the Denuclearization of Latin America (COPREDAL), the negotiating body of the Treaty of Tlatelolco, the question on the transit of nuclear weapons through the zone of application of the instrument was explained as follows: “The Commission deemed it unnecessary to include the term ‘transport’ in article 1, concerning “Obligations”, for the following reasons: 1. If the carrier is one of the Contracting Parties, transport is covered by the prohibitions expressly laid down in the remaining provisions of article 1 and there is no need to mention it expressly, since the article prohibits ‘any form of possession of any nuclear weapon, directly or indirectly, by the Parties themselves, by anyone on their behalf or in any other way’. 2. If the carrier is a State not a Party to the Treaty, transport is identical with “transit” which, in the absence of any provision in the Treaty, must be understood to be governed by the principles and rules of international law; according to these principles and rules it is for the territorial State, in the free exercise of its sovereignty, to grant or deny permission for such transit in each individual case, upon application by the State interested in effecting the transit, unless some other arrangements has been reached in a Treaty between such States”. See Final Act in: United Nations General Assembly, “Letter dated 20 February 1967 from the Permanent Representative of Mexico to the United Nations addressed to the Secretary-General”, New York, UN, A/6663, 23 February 1967, available at: <https://undocs.org/A/6663>.

that includes high seas. Additionally, it defines “territory” as “internal waters, territorial sea and archipelagic waters, the seabed and subsoil beneath, the land territory and the airspace above them”, meaning the sovereign territory of the regional States.

The zone of application of Rarotonga stretches in the west from the west coast of Australia to the boundary of Tlatelolco’s zone of application in the east.²⁸ It thus extends approximately 130 degrees of longitude, from 115°E to 115°W. It stretches from the Equator (with small bumps into the northern hemisphere to incorporate the EEZs of Papua New Guinea, Kiribati, and Nauru), to 60° south, the boundary of the zone of application of the Antarctic Treaty.²⁹ Therefore, the zone encompasses national territories of the parties, their corresponding EEZs, and high seas. This makes it the largest NWFZ on the planet, covering populated regions as well as extraterritorial ocean space.³⁰

Article 2 provides that “[e]xcept where otherwise specified, this Treaty and its Protocols shall apply to territory within the South Pacific Nuclear Free Zone”. This can be interpreted in the sense that the obligations of States parties to the Treaty and to its protocols only apply to the “territory” defined in article 1 (internal waters, territorial sea, and archipelagic waters, the seabed and subsoil beneath, the land territory and the airspace above them). That interpretation might explain why no NWS issued any reservation regarding the breadth of the zone of application defined in the Treaty of Rarotonga. On the other hand, the words “[e]xcept where otherwise specified” suggests that there are some provisions of the Treaty that apply in the entire zone.

The obligations of the regional States that apply beyond their territories are the renunciation of nuclear explosive devices³¹ and the prevention of dumping of radioactive wastes.³² Besides, the obligations on peaceful nuclear activities,³³ prevention of testing of nuclear explosive devices³⁴ –in so

²⁸ Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 141.

²⁹ Fyfe, Nigel and Beeby, Christopher, “The South Pacific Nuclear Free Zone Treaty”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, num. 5, 1987, p. 33-51.

³⁰ Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 157.

³¹ Article 3 of the Treaty of Rarotonga.

³² *Ibidem*, Article 7.

³³ *Ibidem*, Article 4.

³⁴ *Ibidem*, Article 6.

far as it relates to the non-facilitation of testing— are globally applicable as they are not specified to pertain to parties only within the zone or the territory. For its part, Protocol 3 establishes that the NWS parties undertake not to test any nuclear explosive device “anywhere within the South Pacific Nuclear Free Zone”,³⁵ including the high seas.

Moreover, article 2 of the Treaty provides that nothing in the Treaty “shall prejudice or in any way affect the rights, or the exercise of the rights, of any State under international law with regard to freedom of the seas.” Unlike the Treaty of Tlatelolco, which implicitly refers to such rights, the Rarotonga Treaty mentions this norm codified in article 87 of UNCLOS. This will be also the case with subsequent NWFZs.

4. *Treaty of Bangkok*

Article 1 of the 1995 Treaty of Bangkok defines “Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone” as the area comprising the territories of all States in Southeast Asia, “and their respective continental shelves and Exclusive Economic Zones (EEZ)”. The same article defines “territory” as “the land territory, internal waters, territorial sea, archipelagic waters, the sea-bed and the subsoil thereof and the airspace above them”. As previously affirmed, the distinction between the zone of application of a NWFZ and the territory of the States is essential to demarcate the respective commitments and rights of both the parties to the treaties and the parties to the protocols.

Article 2 establishes that the Treaty shall apply to “the territories, continental shelves, and EEZ of the States Parties within the Zone in which this Treaty is in force”. In other words, apart from the sovereign territories of regional States, the Treaty of Bangkok applies beyond the territorial sea of the parties. Article 2 (2) establishes that nothing shall prejudice the rights by any State under UNCLOS, “in particular with regard to freedom of the high seas, rights of innocent passage, archipelagic sea lanes passage or transit passage of ships and aircraft, and consistent with the Charter of the United Nations”. The Bangkok Treaty is the only NWFZ that expressly mentions UNCLOS, which was adopted 13 years before the Treaty.

³⁵ *Ibidem*, Article 1.

Under article 3, each State party undertakes not to, anywhere inside or outside the Zone, to “develop, manufacture or otherwise acquire, possess or have control over nuclear weapons”. Additionally, the parties are obliged not to “station or transport nuclear weapons by any means; or test or use nuclear weapons”. Each State party also undertakes not to allow, in its territory, any other State to carry out such banned activities. Moreover, dumping at sea anywhere within the zone any radioactive material or wastes is prohibited by the Treaty.

Article 7 provides that each State party “on being notified, may decide for itself whether to allow visits by foreign ships and aircraft to its ports and airfields, transit of its airspace by foreign aircraft, and navigation by foreign ships through its territorial sea or archipelagic waters and overflight of foreign aircraft above those waters in a manner not governed by the rights of innocent passage, archipelagic sea lanes passage or transit passage”. This provision confirms that the transport of nuclear weapons through the territory of the parties and EEZs is not prohibited by the Treaty. Certainly, as in the case with the rest of NWFZs, acknowledging the freedom of the seas codified in UNCLOS does not mean that the Southeast Asian States are willing to grant such transit of nuclear weapons.

Among other things, the Bangkok Treaty differs from the rest of NWFZs by containing only one protocol, which is open for signature and ratification by the five NWS. Under article 1 of this Protocol, each party undertakes to respect the Treaty and not to contribute to any violation of the instrument or its Protocol. Article 2 contains the commitment to grant security assurances against the use or threat of use of nuclear weapons, which shall extend to the entire zone. This means that, by becoming parties to the Protocol, the NWS would be obliged to provide such security assurances to the territories of the Southeast Asian states and their EEZs adjacent to territorial seas. This is the main reason why no NWS has signed the Protocol. In addition to this, the strategic context of Southeast Asia also remains an obstacle for NWS to adhere to the Protocol. Unfortunately, that subject will not be covered in this paper.

To assess the compatibility of the zones of application of the NWFZs established in the Antarctic, Caribbean and Latin America, South Pacific, and Southeast Asia with the law of the sea, the next section seeks to briefly describe the legal regime of the oceans and the sea.

IV. THE LAW OF THE SEA AND THE NON-PROLIFERATION OF NUCLEAR WEAPONS

The Antarctic and Tlatelolco treaties were negotiated and adopted several years before UNCLOS was concluded in 1982. This is important to consider since both NWFZs include in their respective zones of application areas considered in the Convention as EEZs and high seas, which are not subject to appropriation by coastal States. For its part, even though the Treaty of Rarotonga was opened for signature in 1985, three years after the adoption of UNCLOS, its zone of application also includes EEZs and high seas. Additionally, the zone defined in the Treaty of Bangkok expressly incorporates the EEZ adjacent to each of the regional States. This fact raises the following question: do States parties to NWFZs have the right to ban nuclear weapons in areas of the seas which are not under their sovereignty or jurisdiction? This question is relevant to respond since, to be effective, a treaty can neither contravene peremptory norms of international law, nor conflict with other international legal obligations of the parties, in this case related to the law of the sea.³⁶ To answer the said question, it is necessary to briefly present key provisions contained in the so-called “Constitution for the oceans”.

1. *United Nations Convention on the Law of the Sea*

UNCLOS lays down a comprehensive regime of law and order in the world’s oceans and seas establishing rules governing all uses of the oceans and their resources.³⁷ It presents an important feature, namely, a “zonal approach”; this means that the law of the sea is examined maritime zone by maritime zone, and they should respond to two main questions: 1) what the

³⁶ Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 142.

³⁷ United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, “United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. Overview and full text”, New York, UN, 2022, available at: https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm.

limits of each area are? and 2) what legal regime applies to every maritime area?³⁸

The Convention defines six maritime zones, namely, internal waters, territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone (EEZ), continental shelf, and high seas. The first five are spaces appertaining to the coastal State, whereas the high seas are *res communis*.³⁹ The zonal approach is mainly concerned with what that breadth should be from the coastal State's perspective and how its coastal zones impinge on the rights of other States in the EEZ and high seas.⁴⁰ A brief explanation of UNCLOS's zonal approach is worth considering.

2. Territorial Sea

Under article 3 of UNCLOS, every State has the right "to establish the breadth of its territorial sea up to a limit not exceeding 12 nautical miles". The coastal State exercises sovereignty in the territorial sea and has, therefore, faculties to guarantee the safety of navigation and regulate fiscal, customs, and sanitary matters, as well as the right to establish surveillance over vessels, which includes the rights of visit, capture, arrest, and seizure of prohibited items.⁴¹

By stating that "the sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law", UNCLOS provides an exemption to the sovereignty of the coastal State over the territorial sea, which is the right of innocent passage described in articles 17

³⁸ Treves, Tullio, "Introduction. The Law of the Sea on the Thirtieth Anniversary of the United Nations Law of the Sea Convention, Part II", New York, United Nations Audiovisual Library of International Law, 10 April 2012, available at: https://legal.un.org/avl/ls/Treves_LS_video_2_2.html.

³⁹ *Res communis* means the "[a]reas beyond, and not subject to incorporation into, state territory; thus available for unilateral use and exploitation by all states; examples include the high seas". See: Currie, John, "Res communis", *Public International Law*, Toronto, Irwin Law, 2008, available at: <https://irwinlaw.com/cold/res-communis/>.

⁴⁰ Sillwatwinyoo, Nut, *Zonal versus functional approach in the new law of the sea*, Lund, Lund University, 2012, p. 9, available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2701690&fileId=2701696>.

⁴¹ López-Bassols, Hermilo, *op. cit.*, p. 436.

to 32 of the Convention. This is where the regime of the territorial sea is different from that of the internal waters.

The coastal State shall not impede the innocent passage of foreign ships and shall guarantee the safety of said passage, as established in article 24. However, the passage is innocent “so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State”. Article 19 (2) enumerates some activities that constitute a violation of innocent passage, including “any threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of the coastal State”, “any exercise or practice with weapons of any kind”, and “the launching, landing or taking on board of any military device”.

This means that a warship armed with nuclear weapons has no right of innocent passage through the territorial sea if it is developing “exercise or practice” with nuclear weapons.⁴² In other words, a military exercise, or a nuclear weapons test in the territorial sea of a coastal State without its permission would be a violation of the right of innocent passage. Consequently, such activities are prohibited unless the nuclear-weapons possessor and the coastal State adopt an agreement allowing those activities to be carried out. On the other hand, the mere passage or transport of nuclear weapons through the territorial sea of a NWFZ State party is a matter of concern for coastal countries since there is no clarity on whether such an act could be considered as “innocent passage”. However, this issue will be discussed later.

Under article 20 of UNCLOS, submarines and other underwater vehicles are required to navigate on the surface and to show their flag. The coastal State may require foreign ships exercising the right of innocent passage through its territorial sea to use sea lanes and traffic separation schemes for the regulation of the passage of ships. In particular, “tankers nuclear-powered ships and ships carrying nuclear or other inherently dangerous or noxious substances or materials may be required to confine their passage to such sea lanes”.⁴³

So, even though the coastal State shall not impede the “innocent passage” of foreign ships it may extend both its prescriptive and enforcement powers thereto, including the adoption of norms regarding the safety, protection

⁴² Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 158.

⁴³ Article 22 (2) of UNCLOS.

and preservation of the maritime space.⁴⁴ UNCLOS also provides that “the coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is not innocent”.⁴⁵ The establishment of a NWFZ is a necessary step to prevent non-innocent passage of a foreign nuclear-armed vessel through territorial waters.⁴⁶

On the other hand, even though a coastal State, including a party to a NWFZ, has the right to grant or deny such an innocent passage, including the transport of nuclear weapons, it is hard to imagine that a NWS would openly request or even notify such passage.⁴⁷ In practice, NWS do not reveal where their nuclear weapons are transiting. Apart from that, despite the right of the coastal State to request innocent passage through traffic separation schemes, article 32 of the Convention provides that military vessels and official non-merchant ships enjoy complete immunity from local jurisdiction by the coastal State. In other words, the transit of nuclear weapons through the territorial sea, even if it is not identified as an innocent passage, is not prohibited by the Convention. This is also the case in NWFZ treaties.⁴⁸

3. *Exclusive Economic Zone*

The EEZ is a relatively new concept in the law of the sea; it was the creation of UNCLOS.⁴⁹ Article 55 of the Convention defines it as “an area beyond and adjacent to the territorial sea... under which the rights and jurisdiction of the coastal State and the rights and freedoms of other States are governed by the relevant provisions of this Convention”. The EEZ is 188 nautical miles in width starting at the outer limit of the territorial sea

⁴⁴ Hakapää, K. and Molenaar, E.J., “Innocent passage. Past and present”, *Marine Policy*, Australia, vol. 23, no. 2, 1999, pp. 131-145.

⁴⁵ Article 25 of UNCLOS.

⁴⁶ Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷ To address a debate related to the passage rights of warships see: Hakapää, K. and Molenaar, E.J., *op. cit.*, pp. 138-143.

⁴⁸ See note 28 *ut supra*.

⁴⁹ Sillwatwinyoo, Nut, *op. cit.*, p. 20.

and ending at its outer limit which is 200 nautical miles measured from the baselines.

Although three of the six freedoms of the high seas apply within the EEZ (freedom of navigation, overflight, and laying of submarine cables and pipelines), neither the EEZ is an extension of the territorial sea nor a part of the high seas. Thus, the EEZ is commonly described as a regime *sui generis*.⁵⁰

There are two fundamental legal attributes of the EEZ regime: the notion of sovereign rights and jurisdiction applicable in that zone. Article 56 provides that in the EEZ the coastal State has sovereign rights for exploring and exploiting, conserving, and managing the natural resources of the waters superjacent to the sea-bed and of the sea-bed and its subsoil, and concerning other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents, and winds. The concept of “sovereign rights” in the EEZ context should not be construed in an ordinary sense. Sovereign rights pertain only to exploration, exploitation, conservation, and management of natural resources.⁵¹ Additionally, the two most important matters over which the coastal State has jurisdiction in the EEZ are marine scientific research and the protection and preservation of the marine environment; in other words, the prevention of marine pollution from all sources.⁵²

All States enjoy in the EEZ the same freedoms of navigation and overflight that they do in the high seas. However, the freedom of navigation through the EEZ is not without limitations. A first limit derives from article 58 (3) of UNCLOS: “In exercising their rights... in the exclusive economic zone, States shall have due regard to the rights and duties of the coastal State and shall comply with the laws and regulations adopted by the coastal State in accordance with the provisions of this Convention and other rules of international law...”. The Convention does not limit the movement of foreign ships and planes, even those carrying nuclear weapons through the EEZ, but only the activities that they can carry out. On the means in transit, there are certain obligations such as those to notify the passage and to consult with the coastal authorities when navigation presents high or serious

⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 23.

risks of pollution.⁵³ The need for preventive consultation and notification derives from the principle of good faith and exists whenever a State carries out activities that could harm the interests of another State.

The coastal State is therefore legitimized to ensure that its sovereign rights (for conserving and exploiting the natural resources) and jurisdiction (to protect and preserve the marine environment) over the EEZ adjacent is not compromised by the activities of other countries, including the use, testing, and deployment of nuclear weapons. Consequently, the enforcement of the obligations outlined in NWFZ treaties is compatible with UNCLOS provisions regarding the EEZ. This means that a coastal State, including a party to a NWFZ, has the legitimate right to denuclearize its EEZ.

4. *High Seas*

Some authors have argued that the NWFZs must extend beyond the territorial seas of the regional States parties to have any effect at all.⁵⁴ This can be explained because the passage of ships carrying nuclear weapons is mainly conducted beyond the territorial waters, in the ocean space known as the “high seas”.⁵⁵

The definition of the high seas in article 86 of UNCLOS follows an exclusion criterion. The high seas correspond “to all parts of the sea that are not included in the exclusive economic zone, in the territorial sea or in the internal waters of a State, or in the archipelagic waters of an archipelagic State”. In this regard, no State “may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty”.⁵⁶

Article 87 of UNCLOS enshrines the rights that prevail on the high seas, namely, freedom of navigation, overflight, to lay submarine cables and pipelines, to construct artificial islands and other installations permitted under international law, and scientific research. It is worth noting that these rights shall be exercised by all States with due regard for the interests of other

⁵³ Roscini, Marco, “La zone dénucléarisée du Sud-est Asiatique: problèmes de droit de la mer”, *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, vol. 105, 2001, pp. 617-645.

⁵⁴ See: note 144 in Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Article 89 of UNCLOS.

countries in their exercise of the freedom of the high seas. In this respect, the activities to be carried out in the high seas or the seabed shall be reserved for “peaceful purposes”, as established in article 88 of UNCLOS, and their use will be for the benefit of humankind, since, according to the Convention, the seabed constitutes a “Common Heritage of Mankind”.⁵⁷

Even though UNCLOS does not define “peaceful purposes”, affirms that, in exercising their rights and performing their obligations under the Convention, “States Parties shall refrain from any threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations”.⁵⁸ Thus, actions that are consistent with the UN Charter, in particular with articles 2 (4) (prohibition of the threat or use of force) and 51 (immanent right of self-defense), are not prohibited by the Convention.⁵⁹ However, it is clear that “peaceful purposes” means non-warlike and non-military activities, including those that involve nuclear weapons deployment, test or use; this interpretation is consistent with the traditional construction of the term “peaceful purposes” enshrined in the Antarctic Treaty, the Outer Space Treaty, and the Sea-bed Treaty.⁶⁰ This argument lead us to conclude that the use of nuclear weapons in the high seas is contrary to article 88 of UNCLOS.⁶¹

On the other hand, article 95 of UNCLOS establishes that warships on the high seas “have complete immunity from jurisdiction of any State other than the flag State”. This means that the transit of nuclear-armed vessels through the high seas is not prohibited. As mentioned before, this is also the case in the NWFZs that include high seas in their zones of application.

All States parties to UNCLOS are committed not to pollute the high seas.⁶² In this regard, in its 1996 Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, the International Court of Justice affirmed that “[t]he existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of

⁵⁷ López-Bassols, Hermilo, *op. cit.*, p. 450.

⁵⁸ Article 301 of UNCLOS.

⁵⁹ United Nations General Assembly, “Study on the naval arms race...”, *cit.*, pp. 54 y 55.

⁶⁰ Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 172.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Article 194 of UNCLOS.

other States or of areas beyond national control is now part of the *corpus* of international law relating to the environment”.⁶³ This principle was codified in article 194 (2) of UNCLOS.⁶⁴

To conclude this section, in the context of NWFZs, enforcing provisions to guarantee the absence of nuclear weapons in the adjacent high seas is consistent with the obligation contained in UNCLOS to protect and preserve the marine environment. In this respect, that does not mean any claim of sovereignty over such maritime areas by NWFZ parties or the violation of the rights of all States over the high seas, including the freedom of navigation. Even though not all States parties to NWFZs have ratified UNCLOS, none of them has issued any reservation or contestation regarding the freedom of the high seas.

V. CONCERNS OF NWS REGARDING THE EEZ AND HIGH SEAS INCLUDED IN NWFZS

The establishment and respect of NWFZs is in the obvious interest of regional States parties, but it is also relevant for NWS. This has been recognized in numerous resolutions adopted by the United Nations General Assembly and in final documents of the Review Conferences of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT).⁶⁵ However, some challenges to such acknowledgments remain.

⁶³ International Court of Justice, “Legality of the threat or use of nuclear weapons in armed conflict - Advisory opinion of 8 July 1996”, Advisory opinions (1996) ICJ 2, ICJ Reports 1996, párrafo 29, pp. 19 y 20.

⁶⁴ Article 194 (2) of UNCLOS provides that “States shall take all measures necessary to ensure that activities under their jurisdiction or control are so conducted as not to cause damage by pollution to other States and their environment, and that pollution arising from incidents or activities under their jurisdiction or control does not spread beyond the areas where they exercise sovereign rights in accordance with this Convention.”

⁶⁵ In its final document (NPT/CONF.2010/50 (Vol. I)), the 2010 NPT Review Conference recognized “the conviction that the establishment of the internationally recognized nuclear-weapon-free zones on the basis of arrangements freely arrived at among the States of the region concerned enhances global and regional peace and security, strengthens the nuclear non-proliferation regime and contributes towards realizing the objectives of nuclear disarmament”.

Upon signing and/or ratifying protocols to NWFZs, some NWS issued interpretative declarations which in some cases constitute reservations that limit the effectiveness of such protocols and, thus, the zones. These unilateral statements differ in their legal consequences; some of their paragraphs fall under the category of political statements rather than interpretative declarations of the obligations under the protocols. In contrast, other paragraphs contain reservations, which, under international law, purport “to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State”.⁶⁶

France and Russia (Successor State of the Soviet Union) issued reservations on the inclusion of high seas in the zone of application of the Treaty of Tlatelolco. China, the United Kingdom, and the United States presented no reservations to Tlatelolco’s zone defined in article 4 (2). For its part, no NWS presented reservations regarding the inclusion of high seas or EEZs in the Antarctic and the Rarotonga treaties. In contrast, the NWS have a reluctance to sign and ratify the Protocol to the Treaty of Bangkok due to the breadth of its zone of application, which contains EEZs adjacent to regional States.

An additional concern in this respect is that the NWS have divergent views on whether the transit of nuclear weapons across the zones of application of NWFZs is compatible with such instruments. In some cases, the views presented by some NWS oppose each other. This situation puts the States parties to NWFZs amid a potential legal confrontation that must be prevented by all actors involved.

This section will present some considerations on three main issues. Firstly, the reservations made by France and Russia regarding the inclusion of EEZs and high seas in the Tlatelolco’s zone of application. Secondly, the reluctance by NWS to adhere to the Treaty of Bangkok and, thirdly, the divergent interpretations by some NWS concerning the “transit” of nuclear weapons through the zones of application of NWFZs. In the latter section, a brief comment on lessons for the establishment of a free zone of nuclear weapons and other weapons of mass destruction in the Middle East will be included.

⁶⁶ Article 1 (d) of the Vienna Convention of the Law of the Treaties, 1969, Vienna, United Nations, Treaty Series, vol. 1115, num. 18232.

1. *Reservations by France and Russia Regarding the Zone of Application of the Treaty of Tlatelolco*

Moscow and Paris affirmed that the zone of application defined in article 4 (2) of the Treaty of Tlatelolco cannot be considered in accordance with international law and, consequently, both countries reject that the Treaty and its Protocol II apply to such geographical space, which includes EEZs and high seas. Upon signing Protocol, I in March 1979, France presented a declaration as follows:

For the French Government, any zone which is more extensive, specifically the one referred to in article 4, paragraph 2, of the Treaty, *cannot be considered as being established in conformity with international law, and consequently the French Government could not agree to the application of the Treaty therein.*⁶⁷ (Emphasis added).

France does not explain in which way the zone of the Treaty of Tlatelolco “cannot be considered as being established in conformity with international law”. Forty years after issuing that statement, France sent a letter to the States parties to Tlatelolco in response to their démarches in Paris to resolve this longstanding concern. In the said letter, the *Quai d’Orsay* clarified this issue as follows:

France admits a zone of territorial application of the Treaty of Tlatelolco restricted to the territorial sea, airspace and any other place over which the State exercises its sovereignty in accordance with its legislation, pursuant to Article 3 of the Treaty of Tlatelolco. France thus refers to the territorial scope of a treaty as is commonly recognized in international law.

This interpretative declaration also aims to recall that, in accordance with Article 2 of the Convention on the High Seas, this is not subject to appropriation and is characterized by the principle of freedom of navigation. These provisions have been confirmed by the Convention of the United Nations on the Law of the Sea in its articles 87.1 and 90.

⁶⁷ United Nations Office for Disarmament Affairs, “France: Ratification of Additional Protocol I to the Treaty of Tlatelolco”, New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/tlateloco_p1/france/rat/mexico+city.

The analysis done by France is, therefore, than *an adaptation of its interpretative declaration concerning Article 4 of the Treaty of Tlatelolco would have the effect of restricting the principle of free navigation and overflight on the High Seas, in contradiction with the norms of international law.*⁶⁸ (Emphasis added).

Apart from rejecting “an adaptation of its interpretative declaration regarding Article 4 of the Treaty of Tlatelolco”, France seems to inaccurately interpret that the reinterpretation of such reservation proposed by the Latin American and Caribbean States⁶⁹ “would have the effect of restricting the principle of free navigation and overflight on the high seas”. As the regional States clarified in a memorandum addressed to France, the fact that the zone of application of Tlatelolco includes high seas in no way constitutes a “declaration of sovereignty or jurisdiction over high seas spaces included in that zone”.⁷⁰ Establishing a NWFZ is a preventive self-defence and transcends the traditional concept of sovereignty as territorial control by a single State.⁷¹ Therefore, this does not either mean a restriction of the right of free navigation and overflight on the high seas included in the zone. As stated previously, the Treaty of Tlatelolco does not prohibit transit by third States across the zone. The parties to Tlatelolco have communicated to France that the zone of application “has the sole purpose of indicating the space where the placement [as well as the test and use] of nuclear weapons is prohibited”.⁷² They also argued that the zone of application “implies no distortion, violation or incompatibility with the ‘freedom of the high seas’ established in article 87” of UNCLOS.⁷³ Consequently, the zone was established in conformity with international law, in contrast to what has been affirmed by France.

For its part, the Soviet Union (succeeded by the Russian Federation) signed Protocol II to the Treaty of Tlatelolco in May 1978. At that time, Moscow considered it necessary to state the following:

⁶⁸ OPANAL General Conference, “Interpretative declarations made by States Party to Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco. Report of the Secretary-General”, Mexico City, OPANAL, CG/08/2019, 7 November 2019, párr. 19, pp. 4-5.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo 21, p. 5.

⁷¹ Philip Jr., P. Robert, *op. cit.*, p. 173.

⁷² OPANAL General Conference, “Interpretative declarations made...”, *cit.*, para. 21, p. 5.

⁷³ *Ibidem*, párrafo 21, p. 5.

*The signature by the Soviet Union of Additional Protocol II in no way signifies recognition of the possibility of application of the Treaty, as prescribed in article 4, paragraph 2, beyond the territories of States parties, including the air space and the territorial sea established in accordance with international law.*⁷⁴ (Emphasis added)

Russia interprets that the Treaty's zone of application should be limited to the sum of the territories of the parties and rejects that article 4 (2) is applicable. It does not either clarify the rationale of its interpretation. However, in 2018, in response to the démarches by the parties to the Treaty of Tlatelolco aimed at proposing Moscow an adjustment of said reservation, the Russian Ministry of Foreign Affairs expressed in a note what follows:

The Ministry has the honor to underline that restrictions, made during the signing of the aforementioned document [Additional Protocol II], do not contravene the spirit and letter of the Treaty and correspond to the recognized rules of international law.⁷⁵

Considering that Protocol II to the Treaty does not allow reservations,⁷⁶ the Russian declaration purports to limit its obligations towards the parties to the NWFZ. If Moscow does not recognize the geographical space that delimitates the zone, its declaration certainly seeks to contravene the spirit and letter of the Treaty, contrary to its affirmation.

It is worth recalling that the negotiation of UNCLOS took place from 1973 to 1982. Understandably, France and the then Soviet Union had a keen sensitivity to the law of the sea at the time they signed the Protocols to the Treaty of Tlatelolco. At that time, indeed, some Latin American countries had ambitious positions regarding the extension of their territorial seas; for that reason, these countries among others were known as "territorialists". However, this was resolved with the adoption of UNCLOS in 1982. For its part, the other three NWS parties to Protocol II (China, the United States,

⁷⁴ United Nations Office for Disarmament Affairs, "Russian Federation: Ratification of Additional Protocol II to the Treaty of Tlatelolco", New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/tlateloco_p2/russianfederation/rat/mexico+city.

⁷⁵ OPANAL General Conference, "Interpretative declarations made...", *cit.*, para. 16, p. 4.

⁷⁶ Article 4 of the Additional Protocol II to the Treaty of Tlatelolco.

and the United Kingdom) did not issue any reservation on the breadth of the zone of application established in the Treaty of Tlatelolco.

Furthermore, in conformity with the Partial Test Ban Treaty (PTBT),⁷⁷ the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT),⁷⁸ and the Seabed Treaty⁷⁹ the deployment, use, and testing of nuclear weapons in the ocean and sea-bed floor of the high seas is also prohibited. If France and Russia have contested the inclusion of high seas in the zone of application of the Treaty of Tlatelolco, such reservations would also apply to the aforementioned instruments. On the contrary, even though the PTBT and the Seabed Treaty also include high seas in their areas of application, most NWS are parties to such treaties and none of them has raised any objection or reservation in this respect. There is no legal obstacle, therefore, not to try to achieve a common understanding of the legal nature of the zone of application of the Treaty of Tlatelolco as defined in its article 4 (2). In accordance with resolutions of the United Nations General Assembly⁸⁰ and the final document of the 2010 NPT Review Conference,⁸¹ all of them adopted without vote (including with the support of the NWS), the Caribbean and Latin American States presented in Paris and Moscow concrete and relevant proposals for adjustment of the reservations made by the said countries to resolve this longstanding concern; however, none of those NWS has accepted to discuss this issue yet.⁸²

⁷⁷ Article 1 of the Treaty banning nuclear weapon tests in the atmosphere, in outer space and under water, 1963, Moscow, United Nations, Treaty Series, vol. 480, no. 6964.

⁷⁸ Article 1 of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty, 1996, New York, United Nations, Treaty Series, vol. 2, chap. XXVI.

⁷⁹ Article 1 (1) of the Treaty on the prohibition of the emplacement of nuclear weapons and other weapons of mass destruction on the sea-bed and the ocean floor and in the subsoil thereof, 1971, Washington, Moscow and London, United Nations, Treaty Series, vol. 955, num. 13678.

⁸⁰ United Nations General Assembly, "Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (Treaty of Tlatelolco)", New York, UN, Resolution A/RES/74/27, 18 December 1969, paragraph. 3.

⁸¹ 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), "Final Document" (NPT/CONF.2010/50 (Vol. I)), New York, UN, 18 June 2010, part I, action 9, p. 22.

⁸² OPANAL General Conference, "Interpretative declarations made by States Party to Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco. Report of the Secretary-General", Mexico City, OPANAL, CG/08/2021, 30 September 2021.

2. *The reluctance by NWS to adhere to the Protocol to the Treaty of Bangkok*

No NWS has yet signed or ratified the Protocol to the Treaty of Bangkok. Most of them oppose adhering to it due to the breadth of the zone of application of the Treaty, which includes the EEZs adjacent to regional States parties.

China noted that it has “resolved all pending issues with ASEAN countries regarding the Protocol”.⁸³ It adds that if the regional States “decide to sign the Protocol with five nuclear weapon states separately, China will actively consider to be the first to sign. Meanwhile, China is ready to assist the ASEAN to resolve disputes on reservation issue with the other four nuclear weapon states on the basis of not affecting previous consensus which have already been reached.”⁸⁴ This statement affirms, in other words, that China is ready to adhere to the Protocol but once the rest of the NWS are ready to do the same.

For its part, the other four NWS have not signed the Protocol to the Treaty of Bangkok since they object to: (1) the inclusion of continental shelves and EEZs in the zone of application; (2) the restriction not to use nuclear weapons within the zone, or from within the zone against targets outside the zone, and (3) the restriction on the passage of nuclear-powered ships through the zone *vis-à-vis* the issue of the high seas as embodied in UNCLOS.⁸⁵ They also have raised the concern that the continental shelves and EEZs are not clearly defined in the South China Sea, which creates uncertainty over the scope of the NWFZ, as well as the Treaty’s protocol obligations. Washington also expressed concerns with the nature of the legally binding security assurances against the use and threat of use of nuclear weapons to be expected, and the alleged ambiguity of the Treaty’s language

⁸³ Statement by Chinese Delegation at the Second Session of the Preparatory Committee for the 2020 NPT Review Conference on Nuclear-Weapon-Free Zones and Nuclear Issues in the Middle East, New York, Reaching Critical Will, 30 April 2018, https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-foia/npt/prepcom18/statements/30April_China.pdf.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Idem*.

concerning the permissibility of port calls by ships, which may carry nuclear weapons.⁸⁶

Since the Treaty of Bangkok provides that the establishment of the NWFZ in Southeast Asia will not affect port calls, transit, and overflights by nuclear-armed vessels and aircraft or innocent passage through archipelagic waters of the zone, it can be said that the zone of application of the Treaty is not intended to affect the law of the sea regime of navigation. As well as the rest of NWFZs, Bangkok contains provisions to safeguard the navigational rights of extra-regional States in the waters described in UNCLOS. There seems to be, therefore, no reason why the NWS should take a different view of the Treaty of Bangkok.⁸⁷

The Treaty of Bangkok also acknowledges the right of the parties to decide whether to allow visits to their ports and airfields, the transit of their airspace, navigation through their territorial sea or archipelagic waters, and overflight above those waters by foreign ships and aircraft in a manner not governed by the rights of innocent passage, archipelagic sea lanes passage or transit passage. In this respect, the Treaty seems to be not problematic for the NWS. However, the term “on being notified” in the first sentence of this article seems to imply that non-regional States must inform the regional countries if their warships are going to navigate the territorial or archipelagic waters of the NWFZ parties.⁸⁸ Although the rest of NWFZs also recognize the right of the parties to grant or deny such transit in accordance with international law, they do not explicitly refer to receiving such notification as a requirement. However, the Southeast Asian States maintain that it is not inconsistent with international law to require other countries to notify such transit.⁸⁹ For its part, some NWS affirm that under the law of the sea, coastal States could not seek such requirement of notification or prior approval.⁹⁰ The interpretation of the right of the innocent passage will

⁸⁶ United Nations, “Protocols to the Nuclear-Weapon-Free-Zone Treaties”, New York, UN, 2021, available at: <https://www.un.org/nwzf/fr/content/protocols-nuclear-weapon-free-zone-treaties>.

⁸⁷ Subedi, Surya P., “Problems and prospects for the Treaty on the creation of a Nuclear-Weapon-Free Zone in Southeast Asia”, *The International Journal of Peace Studies*, Fairfax, vol. 4, num. 1, January 1999.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Idem*.

determine the future status of the freedom of navigation in the geographical areas enclosed in the Southeast Asian NWFZ,⁹¹ and therefore, the eventual signature and ratification of its Protocol by the NWS.

Some voices suggest that the Southeast Asian States should accept the issuance of reservations by the NWS to facilitate the universalization of the Protocol. However, this option could represent a negative precedent for other NWFZs, including those that could be created in the future; additionally, that would be a contradiction with final decisions of the NPT Review Conference, including the 2010 action plan in which it was agreed that “concerned States are encouraged to review any related reservations”⁹² regarding protocols annexed to NWFZs. In other words, the respect for a NWFZ by NWS should not be hostage to any reservation.

The Southeast Asian States have the right to establish and maintain a region free of nuclear weapons for the benefit of regional security and the international regime of nuclear disarmament and non-proliferation. Since no provision of the Treaty seems to place any direct restrictions on the rights of other States recognized under international law in the waters and airspace of the zone, there is no reason why NWS and regional States could not reach a common understanding in this regard. This does not mean that Southeast Asian States should accept any reservation to accelerate the ratification of the protocol by the NWS.

3. *Divergent Views on the Transit of Nuclear Weapons and Implications for a Zone in the Middle East*

As previously mentioned, no NWFZ treaty contains any prohibition of the transit of foreign ships or aircraft through their respective zones of application; they recognize the principle of freedom of the seas. This is not a legal gap, but a provision in light of the law of the sea.

It is reasonable that some NWS are sensitive about potential barriers to transit of nuclear weapons through particular regions;⁹³ for that reason,

⁹¹ *Idem*.

⁹² 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), “Final Document...”, *cit.*, action 9, p. 22.

⁹³ Mendenhall, Elizabeth, “Nuclear-weapon-free zones and contemporary arms control”, *Strategic Studies Quarterly*, vol. 14, num. 4, Winter 2020, pp. 122-151.

as stated by the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (OPANAL), both the parties to the NWFZ treaties and the parties to the protocols must reach a common understanding about the question of transit. The Agency adds that some interpretative declarations and reservations in this respect cannot be considered as a shared understanding.⁹⁴

Upon signing Protocol II to the Treaty of Tlatelolco in August 1973, China declared that for the region to truly become a NWFZ, all NWS must be asked to undertake to observe and implement the following commitment: the "...prohibition of the passage of any means of transportation and delivery carrying nuclear weapons through Latin American territory, territorial sea or air space".⁹⁵ This statement is not a reservation, but a political statement addressed to the rest of the NWS.

For its part, when signing Protocol II to the Treaty of Tlatelolco, France declared that "the Treaty does not apply to transit, authorization or denial of which is within the exclusive competence of each State Party, in conformity with the relevant rules and principles of international law".⁹⁶ Additionally, upon signing Protocol I to Tlatelolco, France affirmed not to agree "that the obligations arising out of Protocol I, which relates to articles 1 [prohibitions] and 13 [nuclear safeguards of the International Atomic Energy Agency] of the Treaty, may be applied to the transit, through the territories of the French Republic situated in the zone of the Treaty, of devices referred to in article 5 [nuclear weapons] of the Treaty which are destined for other territories of the French Republic". In this case, France limited itself to refer to the transit of nuclear weapons through its territories located within the zone. In addition, France also stated in its declaration made upon signing Protocol I to the Treaty of Pelindaba (African NWFZ) that "the Treaty

⁹⁴ OPANAL Secretariat, "Contribution of the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (OPANAL) to the report of the United Nations Secretary-General on the law of the sea, pursuant to General Assembly resolution A/RES/69/245", Mexico City, OPANAL, Inf.003/2015, 30 January 2015.

⁹⁵ Text attached to letter No. S-16783 by the Secretary-General of OPANAL to Mr. Li-Zhaoxing, Minister of Foreign Affairs of the People's Republic of China, dated 16 July 2003, annexed to OPANAL General Conference, "Interpretative Declarations made by the States Party to the Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco", Mexico City, OPANAL, CG/05/2015, 26 November 2015.

⁹⁶ United Nations Office for Disarmament Affairs, "France: Ratification...", *op. cit.*

shall in no way modify the legal regime governing the Suez Canal prior to the Treaty's entry into force" and considered that the instrument "shall in no way impair the principle of free passage through the Canal, both in time of war and in peacetime". Concerning the South Pacific NWFZ, France did not issue any declaration or reservation regarding the transit through the zone. Similarly, upon ratifying Protocol I to the Treaty of Tlatelolco in November 1981, the United States declared:

That the provisions of the Treaty made applicable by the protocol do not affect the *rights of the contracting parties to grant or deny transport and transit privileges* to their own or other vessels or aircraft regardless of cargo or armaments;

That the provisions of the Treaty made applicable by the protocol *do not affect the rights of the contracting parties regarding the exercise of freedom of the seas or passage through or over waters subject to the sovereignty of a State*.⁹⁷ (Emphasis added).

Washington issued no declaration when signing the three protocols to the South Pacific NWFZ. The declarations by the United Kingdom when signing or ratifying the Protocols to Tlatelolco and Rarotonga do not refer to the transit of foreign ships. Is concerning Protocol I to Pelindaba that London issued a declaration in this regard, stating that "nothing in the Treaty affects rights under international law with regard to transit of the African nuclear weapon free zone or visits to ports and airfields within that zone by ships and aircraft".⁹⁸

In contrast, when the Soviet Union signed Protocol II to Tlatelolco it affirmed that "to grant permission for the transit of nuclear weapons in any form would violate the spirit of the Treaty" and, therefore, transit "would be incompatible with the non-nuclear status of States parties to the Treaty and with their obligations".⁹⁹ This is a very concerning declaration since no

⁹⁷ United Nations Office for Disarmament Affairs, "United States of America: Ratification of Additional Protocol II to the Treaty of Tlatelolco", New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/tlateloco_p2/unitedstatesofamerica/rat/mexico+city.

⁹⁸ United Nations Office for Disarmament Affairs, "United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Ratification of Protocol I to the Pelindaba Treaty", New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/pelindaba_1/unitedkingdomofgreatbritainandnorthernireland/rat/cairo.

⁹⁹ United Nations Office for Disarmament Affairs, "Russian Federation: Ratification of Additional Protocol II...", *op. cit.*

other NWS contested the right of NWFZ parties to grant transit of foreign ships. Moscow also presented a similar declaration when signing the pertinent protocols to the Treaty of Rarotonga.¹⁰⁰

No less concerning is that Moscow also declared, concerning the protocols to both Tlatelolco¹⁰¹ and Rarotonga,¹⁰² that in case any action taken by one or more States parties to the respective NWFZ that is incompatible with its nuclear-weapon-free status and obligations, it reserves the right to review or reconsider its obligations under the protocols. Since Russia considers that granting the transit of nuclear weapons through the zones of application of Tlatelolco and Rarotonga is “incompatible” with the status of the parties, that action might be a reason for Moscow to withdraw from the respective protocols.

In response to Moscow’s reservations, it is worth mentioning that even though the NWFZs recognize the right of the States parties to grant the transit of extra-regional ships, this in no way implies that the parties to NWFZs pretend to accept such transit. The NWFZ treaties do not compel the parties to allow such action. As can be deduced from what is prohibited, there is no attempt to control the transit of nuclear weapons on ships outside the 12-mile territorial limits of the coastal States or to control weapons on aircraft flying in international airspace.¹⁰³ Both activities are beyond the legal jurisdiction of NWFZ parties and are, in any case, activities that are protected by the law of the sea.¹⁰⁴

Furthermore, independently of the right of regional States to grant or deny such transit, for a NWFZ to be effective, it is fundamental that all NWS refrain from transiting their nuclear weapons through the zones of application of the treaties. Even if the NWS are not obliged to observe that action, they could commit themselves not to transit with nuclear weapons

¹⁰⁰ United Nations Office for Disarmament Affairs, “Russian Federation: Ratification of Protocol 2 to the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty”, New York, UN, 2021, http://disarmament.un.org/treaties/a/rarotonga_p2/russianfederation/rat/pifs.

¹⁰¹ United Nations Office for Disarmament Affairs, “Russian Federation: Ratification of Additional Protocol II...”, *cit.*

¹⁰² United Nations Office for Disarmament Affairs, “Russian Federation: Ratification of Protocol 2...”, *cit.*

¹⁰³ Fry, Greg, “The South Pacific nuclear-free zone: Significance and implications”, *Bulletin of Concerned Asian Scholars*, USA, vol. 18, num. 2, 1986, pp. 61-72.

¹⁰⁴ *Idem.*

through the zones of application of NWFZs, an action that would strengthen the international regime of nuclear disarmament and non-proliferation.

States parties to the NWFZs could make a call to resolve the issue of transit of nuclear weapons in a joint position issued, for instance, at the next Conference of States parties and signatories to treaties establishing nuclear-weapon-free zones, at the NPT Review Conferences and/or during the United Nations General Assembly, among other relevant international fora. If the NWS have divergent views on the transit of nuclear weapons, they should engage in a discussion aimed at reaching a common understanding of this problem; of course, this must be made also in consultations with NWFZ parties.

The issue of transit of nuclear weapons will also be urgent to discuss during an eventual negotiation of a free zone of nuclear weapons and other weapons of mass destruction in the Middle East. The United Nations Secretary-General mentioned that prospective zonal areas have coasts in the Red Sea, the Persian Gulf, the Mediterranean, the Atlantic and the north-western Indian Ocean. The Secretary-General also pointed out that the zonal area would include some international straits subject to the regime of transit-passage, such as Gibraltar, Bab al Mandab.¹⁰⁵

In this respect, the Secretary-General asserts that the possibility of including international waters within the zone of application of a zone in the Middle East raises the question of the attitude of the NWS, since the warships of some of them, believed to carry nuclear weapons, frequent these waters.¹⁰⁶ Consequently, discussions in this regard between regional States and NWS should not be absent during preparatory and negotiation meetings of a potential zone in the Middle East.

On 22 December 2018, the United Nations General Assembly decided to

entrust the Secretary General the convening... of a conference on the establishment of a Middle East zone free of nuclear weapons and other weapons of mass destruction, to which all States of the Middle East, the three co-sponsors [Russia, United Kingdom, and the United States] of the resolution on the Middle East adopted by the 1995 Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, in the light of their responsibility

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

for the implementation of that resolution, the other two nuclear-weapon States and the relevant international organizations shall be invited.¹⁰⁷

The General Assembly adds in its decision that the conference shall aim at “elaborating a legally binding treaty establishing a Middle East zone”.¹⁰⁸ Two sessions of this conference have taken place in 2019 and 2021, and a third one will be held in November 2022.¹⁰⁹ The provisions related to the rights and obligations of regional States and parties to protocols in the ocean space covering the potential zone of application in the Middle East should be included in the agenda to facilitate further negotiations in this respect.

VI. CONCLUSIONS

The inclusion of EEZs and high seas in the zones of application of treaties establishing NWFZs does not mean any claim of sovereignty by regional States over such maritime areas and it does not distort the rights of extra-regional States concerning the law of the sea. Therefore, the geographical provisions of these treaties are consistent with UNCLOS.

The zones of application of NWFZs have the sole purpose of indicating the geographical space that should be free from nuclear weapons. Consequently, it is a legitimate interest of the coastal States that the EEZs and high seas adjacent to their territorial seas remain free from the presence of nuclear weapons. There is no legal reason for the NWS to remain closed to reconsidering or reviewing their reservations issued regarding the zones of application of the treaties establishing NWFZs. In particular, the Caribbean and Latin American countries presented communications to Moscow and

¹⁰⁷ United Nations General Assembly, “Convening a conference on the establishment of a Middle East zone free of nuclear weapons and other weapons of mass destruction”, New York, UN, Decision 73/546, 22 December 2018, para. (a).

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafo (a)(ii).

¹⁰⁹ United Nations Office for Disarmament Affairs, “Conference on the Establishment of a Middle East Zone Free of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction”, New York, UN, 2022, available at: <https://www.un.org/disarmament/topics/conference-on-a-mezf-of-nwandowmd/#:~:text=The%20Conference%20on%20the%20Establishment,Ambassador%20Sima%20Bahous%20of%20Jordan>.

Paris that explain their concerns, including the nature of their geographical zone in relation to the law of the sea, and have also invited them to initiate an open discussion on the matter. However, both countries have refused to accept that exchange. Despite this challenge, it is advisable that the States parties to the Treaty of Tlatelolco continue supporting that démarches; these efforts could bring important lessons for other NWFZs as well.

The divergent views among NWS on the transit of nuclear weapons across the NWFZs represent a potential confrontation that must be prevented. States parties to the NWFZs should express this concern as a joint position in relevant international fora on nuclear disarmament and non-proliferation. For its part, the NWS should engage in a discussion among them and with NWFZ parties aimed at reaching a common understanding on this problem.

The NWFZs are tools that offer a legal basis to prevent not only the proliferation of nuclear weapons leading towards general and complete disarmament, but also contribute to avert the militarization of the oceans and the sea. For that reason, it is urgent that States parties to NWFZs and NWS reach a common ground on the relation between the non-proliferation norms contained in the said treaties and the law of the sea. As was noted in this paper, the effectiveness of the NWFZs depends on fulfilling the commitments undertaken by both the States parties to such treaties and the NWS that are parties to the protocols. The commitments of the latter are not a concession to the former, but a way to comply with international law. The respect of the zones is in the interest of all, it is not only relevant for the parties to NWFZs.

The population growth and the search for energy resources in yet unexploited geographic spaces make it very likely that high seas will become an area subject to military and economic expansion by some countries,¹¹⁰ including the NWS. Ocean space comprises some 70% of the Earth's surface, which means that most of the planet could be subject to conflict¹¹¹ provoked by the presence of nuclear weapons. This concern can be expanded in further research to address the potential impact of a nuclear arms race in the

¹¹⁰ Barry Jr., James, "The Seabed arms control issue: 1967-1972: a superpowers symbiosis?", *Naval War College Review*, Newport, vol. 25, num. 2, November - December 1972, pp. 87-101.

¹¹¹ *Idem*.

high seas. Additionally, what has been presented in this paper could also be relevant for States that participate in the annual sessions of the conference on the establishment of a zone free of nuclear weapons and other weapons of mass destruction in the Middle East, among other proposed zones.

As late Mexican Ambassador Miguel Marin Bosch used to say, the NWFZs share the common goal of restoring the Earth to its natural condition of a global nuclear-weapons-free zone, as it was before the beginning of the “nuclear age”. The role of NWFZs can be enhanced if the States parties articulate and maintain a common stand on issues that are relevant to all zones. The recognition of the breadth of the zones of application, as well as the need to reach a shared understanding on the transit of foreign ships and aircraft through the zones, are two of the most important matters to discuss by both States parties to treaties establishing NWFZs and NWS.

VII. BIBLIOGRAPHY

- 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT), “Final Document” (NPT/CONF.2010/50 (Vol. I)), UN, New York, 18 June 2010, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/390/21/PDF/N1039021.pdf?OpenElement>
- Antarctic Treaty, 1959, Washington D.C., United Nations, Treaty Series vol. 402, no. 5778, available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20402/volume-402-I-5778-English.pdf>.
- BARRY JR., James, “The Seabed arms control issue: 1967-1972: a superpowers symbiosis?”, *Naval War College Review*, Newport, vol. 25, no. 2, November – December 1972, available at: <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1866&context=ils>.
- CASTAÑEDA Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Jorge, “El concepto del mar patrimonial en el derecho internacional”, *Obras completas*, Mexico City, SRE-COLMEX, 1995, vol. II.
- Comisión Preparatoria para la Desnuclearización de la América Latina (COPREDAL), “Resolución 17. Llamado a las potencias nucleares”, Mexico City, OPANAL, COPREDAL/Res.17, 4 May 1966, available

- at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2016/01/COPREDAL_RES_17.pdf.
- CURRIE, John, “Res communis”, *Public International Law*, Toronto, Irwin Law, available at: 2022, <https://irwinlaw.com/cold/res-communis/>.
- FRY, Greg, “The South Pacific nuclear-free zone: Significance and implications”, *Bulletin of Concerned Asian Scholars*, USA, vol. 18, num. 2, 1986, available at: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/14672715.1986.10412599>.
- FYFE, Nigel and BEEBY, Christopher, “The South Pacific Nuclear Free Zone Treaty”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, num. 5, 1987, available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/VUW-LawRw/1987/5.pdf>.
- GASPARINI ALVES, Pericles and CIPOLLONE, Daiana (eds.), *Nuclear-Weapon-Free Zones in the 21st Century*, Geneva, UNIDIR, 1997.
- HAKAPÄÄ, K. and MOLENAAR, E.J., “Innocent passage - past and present”, *Marine Policy*, Australia, vol. 23, num. 2, 1999.
- International Court of Justice, “Legality of the threat or use of nuclear weapons in armed conflict - Advisory opinion of 8 July 1996”, Advisory opinions (1996) ICJ 2, ICJ Reports 1996, available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.
- LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, *Derecho internacional público y jurisprudencia internacional*, Mexico, Porrúa, 2014.
- MACEDO SOARES, Luiz Filipe (ed.), *A world free of nuclear weapons: Is it possible? Is it desirable? How could it be achieved?*, Mexico, OPANAL, 2017, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2017/02/OPANAL_Seminar_2017.pdf.
- MENDENHALL, Elizabeth, “Nuclear-weapon-free zones and contemporary arms control”, *Strategic Studies Quarterly*, vol. 14, num. 4, Winter 2020, available at: https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/SSQ/documents/Volume-14_Issue-4/Mendenhall.pdf.
- OPANAL General Conference, “Urgente necesidad de cesar todos los ensayos de armas nucleares”, Mexico City, OPANAL, CG/RES.39, 10 September 10 1971, available at: <https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2015/12/CG02res39.pdf>.
- OPANAL General Conference, “Interpretative Declarations made by the States Party to the Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco”, Mexico, OPANAL, CG/05/2015, 26 November 2015.

OPANAL General Conference, “Interpretative declarations made by States Party to Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco. Report of the Secretary-General”, Mexico, OPANAL, CG/08/2019, 7 November 2019, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2019/11/CG_08_2019_Informe_declaraciones_interpretativas-ENG.pdf.

OPANAL General Conference, “Interpretative declarations made by States Party to Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco. Report of the Secretary-General”, Mexico City, OPANAL, CG/08/2021, 30 September 2021, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2021/10/CG_08_2021_Report_Interpretative_Declarations-ENG.pdf.

OPANAL General Conference, “Memorandum of the Secretary-General on the interpretative declarations made by States Party to the Additional Protocols I and II to the Treaty of Tlatelolco” Mexico, OPANAL, CG/05/2015, 26 November 2015.

OPANAL Secretariat, “Status of the Treaty of Tlatelolco”, Mexico, OPANAL, 2022, available at: <http://www.opanal.org/en/status-of-the-treaty-of-tlatelolco/>.

OPANAL Secretariat, “Additional Protocols”, Mexico, OPANAL, 2022, available at: <https://www.opanal.org/en/additional-protocols/>.

OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (OPANAL) to the report of the United Nations Secretary-General on the law of the sea, pursuant to General Assembly resolution A/RES/69/245”, Mexico, OPANAL, Inf.003/2015, 30 January 2015, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2018/09/Inf_03_2015_Report-on-the-Law-of-the-Sea_Extended-version.pdf.

OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean – OPANAL to the second part of the report of the United Nations Secretary-General on oceans and the law of the sea, pursuant to General Assembly resolution 71/257”, Mexico, OPANAL, Inf.11/2017, 7 June 2017, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2018/09/Inf_11_2017_OPANAL-contribution-oceans-and-law-of-the-sea.pdf.

OPANAL Secretariat, “Contribution of the Agency for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (OPANAL) to the report of the Secretary-General on oceans and the law of the sea, pur-

- suant to United Nations General Assembly resolution 72/73 of 5 December 2017”, Mexico, OPANAL, Inf.14/2018, 31 May 2018, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2018/09/Inf_14_2018_OPANAL_contribution_UNSG_report_Oceans_law_sea-1.pdf.
- PHILIP Jr., P. Robert, “The South Pacific Nuclear-Weapon-Free-Zone, the law of the sea and the ANZUS alliance: an exploration of conflicts, a step toward world peace”, *California Western International Law Journal*, San Diego, vol. 16, num. 1, 1986, available at: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=cwilj>.
- ROSCINI, Marco, “La zone dénucléarisée du Sud-est Asiatique: problèmes de droit de la mer”, *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, vol. 105, 2001, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1346003_code87814.pdf?abstractid=1336993&mirid=1.
- SILLWATWINYOO, Nut, *Zonal versus functional approach in the new law of the sea*, Lund, Lund University, 2012, available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=2701690&fileId=2701696>.
- South Pacific Nuclear Free Zone Treaty, 1985, Rarotonga, United Nations, Treaty Series, vol. 1445, no. 24592 available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201445/volume-1445-I-24592-English.pdf>.
- Statement by Chinese Delegation at the Second Session of the Preparatory Committee for the 2020 NPT Review Conference on Nuclear-Weapon-Free Zones and Nuclear Issues in the Middle East, New York, Reaching Critical Will, 30 April 2018, available at: https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fera/npt/prepcom18/statements/30April_China.pdf.
- SUBEDI, Surya P., “Problems and prospects for the Treaty on the creation of a Nuclear-Weapon-Free Zone in Southeast Asia”, *The International Journal of Peace Studies*, Fairfax, vol. 4, num. 1, January 1999, available at: https://www3.gmu.edu/programs/icar/ijps/vol4_1/subedi.htm.
- Treaty banning nuclear weapon tests in the atmosphere, in outer space and under water, 1963, Moscow, United Nations, Treaty Series, vol. 480, no. 6964, available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20480/volume-480-I-6964-English.pdf>.
- Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (amended), 1967, Mexico, United Nations, Treaty Series,

vol. 634, no. 9068, available at: https://www.opanal.org/wp-content/uploads/2019/10/Inf_11_2018_Treaty_Tlatelolco.pdf.

Treaty on the prohibition of the emplacement of nuclear weapons and other weapons of mass destruction on the sea-bed and the ocean floor and in the subsoil thereof, 1971, Washington, Moscow and London, United Nations, Treaty Series, vol. 955, num. 13678, available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20955/volume-955-I-13678-English.pdf>.

Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-Free Zone (with annex), 1995, Bangkok, United Nations, Treaty Series, vol. 1981, num. 33873, available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201981/v1981.pdf>.

TREVES, Tullio, “Introduction. The Law of the Sea on the Thirtieth Anniversary of the United Nations Law of the Sea Convention, Part II”, New York, United Nations Audiovisual Library of International Law, 10 April 2012, available at: https://legal.un.org/avl/ls/Treves_LS_video_2_2.html.

United Nations, Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty, 1996, New York, United Nations, Treaty Series, vol. 2, chap. XXVI, available at: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1997/09/19970910%2007-37%20AM/Ch_XXVI_04p.pdf.

United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, Montego Bay, United Nations, Treaty Series, vol. 1833, num. 31363, available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201833/v1833.pdf>.

United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, “United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982. Overview and full text”, New York, UN, 2022, available at: https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm

United Nations, “Protocols to the Nuclear-Weapon-Free-Zone Treaties”, New York, UN, 2021, available at: <https://www.un.org/nwzfz/fr/content/protocols-nuclear-weapon-free-zone-treaties>.

United Nations General Assembly, “Comprehensive study of the question of nuclear-weapon-free zones in all its aspects”, New York, UN, Resolution 3472 (XXX) B, 11 December 1975, available at: [https://undocs.org/en/A/RES/3472\(XXX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3472(XXX)).

- United Nations General Assembly, “Convening a conference on the establishment of a Middle East zone free of nuclear weapons and other weapons of mass destruction”, New York, UN, Decision 73/546, 22 December 2018, available at: https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2019/10/Decision-A_73_546.pdf.
- United Nations General Assembly, “Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (Treaty of Tlatelolco)”, New York, UN, Resolution A/RES/74/27, 18 December 2019, available at: <https://undocs.org/A/RES/74/27>.
- United Nations General Assembly, “Letter dated 20 February 1967 from the Permanent Representative of Mexico to the United Nations addressed to the Secretary-General”, New York, UN, A/6663, 23 February 1967, available at: <https://undocs.org/A/6663>.
- United Nations General Assembly, “Study on the naval arms race. Report of the Secretary-General”, New York, UN, A/40/535, 17 September 1985, available at: <https://undocs.org/A/40/535>.
- United Nations Office for Disarmament Affairs, “Conference on the Establishment of a Middle East Zone Free of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction”, New York, UN, 2022, available at: <https://www.un.org/disarmament/topics/conference-on-a-mezf-of-nwadowomd/#:~:text=The%20Conference%20on%20the%20Establishment,Ambassador%20Sima%20Bahous%20of%20Jordan>.
- United Nations Office for Disarmament Affairs, “France: Ratification of Additional Protocol I to the Treaty of Tlatelolco”, New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/tlateloco_p1/france/rat/mexico+city.
- United Nations Office for Disarmament Affairs, “Russian Federation: Ratification of Additional Protocol II to the Treaty of Tlatelolco”, New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/tlateloco_p2/russianfederation/rat/mexico+city.
- United Nations Office for Disarmament Affairs, “Russian Federation: Ratification of Protocol 2 to the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty”, New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/rarotonga_p2/russianfederation/rat/pifs.
- United Nations Office for Disarmament Affairs, “United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Ratification of Protocol I to the Pelindaba Treaty”, New York, UN, 2021, available at: <http://disarmament.un.org/>

treaties/a/pelindaba_1/unitedkingdomofgreatbritainandnorthernireland/rat/cairo.

United Nations Office for Disarmament Affairs, “United States of America: Ratification of Additional Protocol II to the Treaty of Tlatelolco”, New York, UN, 2021, available at: http://disarmament.un.org/treaties/a/tlateloco_p2/unitedstatesofamerica/rat/mexico+city.

Vienna Convention of the Law of the Treaties, 1969, Vienna, United Nations, Treaty Series, vol. 1115, no. 18232, available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

La influencia de la doctrina en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

The Influence of Scholarship in The Court of Justice of the Andean Community

L'influence de la doctrine dans la Cour de Justice de la Communauté Andine

Yovana REYES TAGLE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *El rol de la doctrina como medio auxiliar en la interpretación de los tribunales internacionales*. IV. *El funcionamiento de la doctrina en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*. V. *Algunas reflexiones en torno al rol de la doctrina en la jurisprudencia andina*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

* Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8563-4464>, yreyes@pucp.edu.pe.

Artículo recibido el 8 de marzo de 2022
Aprobado para publicación el 18 de agosto de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 219-249
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

RESUMEN: El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumeró las fuentes del derecho internacional, y a la doctrina como un medio auxiliar. El uso de la doctrina por los tribunales de justicia internacionales llamó la atención de la literatura; sin embargo, éste no ha sido el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). El objetivo de este artículo es analizar la forma como el TJCAN usó la doctrina, por qué la utilizó y qué rol ha tenido en sus decisiones. Este artículo plantea que la doctrina tuvo un valor agregado y persuasivo en las interpretaciones del TJCAN. Se revisaron 133 sentencias; el 81.20% incorporaron la doctrina. La doctrina aportó información en el análisis del TJCAN e influyó en sus interpretaciones a través de los años.

Palabras clave: fuentes del derecho internacional, doctrina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial.

ABSTRACT: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice listed the sources of international law, and doctrine as an auxiliary means. The use of the doctrine by international courts of justice drew the attention of the literature; however, this has not been the case with the Court of Justice of the Andean Community (TJCAN). The objective of this article is to analyze how the TJCAN used the doctrine, why it used it and what role it has had in its decisions. This article argues that the doctrine had an added and persuasive value in the interpretations of the TJCAN. 133 judgments were reviewed; 81.20% incorporated the doctrine. The doctrine provided information to the analysis of the TJCAN and influenced its interpretations over the years.

Key words: Sources of international law, scholarship, Court of Justice of the Andean Community.

RÉSUMÉ: L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énumère les sources du droit international, et la doctrine comme moyen auxiliaire. L'utilisation de la doctrine par les cours internationales de justice a attiré l'attention de la littérature; cependant, cela n'a pas été le cas de la Cour de justice de la Communauté andine (TJCAN). L'objectif de cet article est d'analyser la manière dont le TJCAN a utilisé la doctrine, pourquoi il l'a utilisée et quel rôle il a eu dans ses décisions. Cet article soutient que la doctrine avait une valeur ajoutée et persuasive dans les interprétations du TJCAN. 133 phrases ont été révisées; 81,20% ont intégré la doctrine. La doctrine a éclairé l'analyse du TJCAN et influencé ses interprétations au fil des ans.

Mots-clés: Sources du droit international, doctrine, Cour de justice de la Communauté andine, interprétation préliminaire.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza la aplicación de la doctrina como un medio auxiliar en las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCAN). El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto) recogió las fuentes del derecho internacional que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) debe aplicar en los casos sometidos a su jurisdicción. Esta norma no añadió el término “fuentes del derecho”; sin embargo, como ha sido sostenido, “Este concepto puede inferirse del hecho de que la Corte debe aplicar el derecho formulado a través de los modos de verificación y de los procesos de creación enunciados por aquélla”.¹

El artículo 38 del Estatuto no incorporó todas las fuentes del derecho internacional,² y ha sido criticado por esta omisión e incluir aspectos que no son realmente fuentes. Sin embargo, las listas propuestas no han tenido una aceptación general.³ Esta norma contiene las fuentes tradicionales del derecho internacional,⁴ y algunos la han calificado como obsoleta.⁵ Por ello, hay estudios sobre otras “nuevas manifestaciones jurídicas” en el derecho internacional, entre ellas los actos unilaterales de los Estados.⁶ Además de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, esta norma alude a la doctrina. El artículo 38, numeral 1, literal *d*), del Estatuto, además de referirse a las decisiones judiciales, remite a la CIJ a que haga uso de “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”.

¹ Moncayo, Guillermo R. *et al.*, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavalia, t. 1, 1990, p. 79.

² Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2013. p. 119.

³ Kadir, M. Ya’Kub A, “The United Nations General Assembly Resolution (UNGAR) as a Source of International Law: Toward a Reformulation of Sources of International Law”, *Indonesian Journal of International Law*, 2011, vol. 8, num. 2, pp. 275-290.

⁴ Olivier, Michèle, “The Relevance of Soft Law as a Source of International Human Rights”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, vol. 35, núm. 3, pp. 289-307.

⁵ Besson, Samantha, “Theorizing the Sources of International Law”, en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 164.

⁶ Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 91-102, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/12.pdf>.

Los tratados y la costumbre internacional son las principales fuentes del derecho internacional.⁷ Sin embargo, el artículo 38 del Estatuto no estableció una jerarquía entre las fuentes de derecho enumeradas. Al referirse a las decisiones judiciales y a la doctrina, esta norma marca una pauta diferente y las califica “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Esta calificación no se añadió al tratarse de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Además, este carácter auxiliar o subsidiario de la jurisprudencia y la doctrina hace que tengan una limitación. Como se ha sostenido en la literatura, ambas “no están facultadas por sí mismas para crear normas jurídicas; por lo tanto, la norma verificada por medio de una fuente auxiliar deberá reconocer siempre por antecedente, en cuanto a su proceso de creación, a una fuente principal”.⁸ En este contexto, estos medios auxiliares han sido calificados como “fuentes interpretativas o cognitivas” que no funcionan de manera aislada,⁹ sino que su utilidad se encuentra en función de los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho.¹⁰ A pesar de esta contribución, la doctrina no es una fuente independiente que pueda crear obligaciones para los Estados, tal como sucede en los casos de los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.¹¹ La doctrina y la jurisprudencia, a diferencia de las otras tres fuentes mencionadas en el artículo 38, son consideradas como fuentes materiales en el sentido de que no constituyen

⁷ Olivier, Michèle, *op. cit.*

⁸ Moncayo, Guillermo R. et al., *Derecho internacional público*, t. I, Buenos Aires, Zavalia, 1990.

⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 2, 2005, pp. 77-91.

¹⁰ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no incluyó a la doctrina como una herramienta para interpretar los tratados. Sin embargo, algunos proponen que la doctrina puede ser calificada como un medio de interpretación complementario en los términos del artículo 32 de esta Convención. Fauchald, Ole Kristian, *op. cit.* No obstante, se ha argumentado también que calificar a un medio como complementario puede ser controvertido. Además, los tribunales internacionales han preferido buscar los trabajos preparatorios y han utilizado los medios complementarios para confirmar la interpretación de una disposición, y sólo excepcionalmente para determinar su significado. Pellet, Alain, “Canons of Interpretation under the Vienna Convention”, en Klingler, Joseph et al. (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2018, p. 10.

¹¹ Brabandere, Eric de, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016, pp. 24-55.

derecho, sino la evidencia del derecho. En el caso de la costumbre internacional, por ejemplo, la doctrina puede ser útil para evidenciar la práctica de los Estados.¹²

Asimismo, el artículo 38 del Estatuto no precisó el significado de los conceptos “medio auxiliar” y “publicistas de mayor competencia” y los trabajos preparatorios no brindan mayor alcance con respecto a este tema. Los expertos que participaron en su redacción mostraron un desacuerdo sobre el rol de la doctrina. Mientras que para algunos su aplicación debía ser obligatoria, para otros era un medio auxiliar o subsidiario. Se plantearon propuestas en el sentido de que la doctrina ni siquiera debía considerarse como una fuente del derecho a ser aplicable por la CIJ. Otros mostraron sus dudas con respecto a si los Estados estarían dispuestos a aceptar decisiones que tengan como sustento la doctrina y no su voluntad o práctica. En suma, estas diferencias entre los miembros del Comité encargado de su redacción condujeron a la inclusión de un lenguaje ambiguo en el artículo 38.¹³

A pesar de estas observaciones efectuadas al artículo 38 y las limitaciones de la doctrina como medio auxiliar, la doctrina tiene un valor en la investigación y es un instrumento útil para los tribunales de justicia internacionales que deben interpretar las normas y adoptar las decisiones en casos concretos.¹⁴ Este trabajo puede brindar definiciones de conceptos incluidos en las normas internacionales que, en algunos casos, no han sido definidos. Algunos autores han equiparado la doctrina con el rol de la jurisprudencia; Arévalo Ramírez observó que estos trabajos “ayudan a lo mismo que ayuda la jurisprudencia: a llenar los vacíos jurídicos interpretativos y a la aplicación de las normas formales en casos concretos”;¹⁵ de manera similar, al referirse al rol de la jurisprudencia internacional en la determinación de “la vigencia, el contenido, el sentido y el alcance de las normas”, Casado

¹² Grant, John, *International Law Essentials*, Edinburgo, Edinburgh University Press, 2010, pp. 11 y 22.

¹³ Peil, Michael, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 3, 2012, pp. 136-161.

¹⁴ El concepto de interpretación involucra, entre otros aspectos, el procesar los antecedentes históricos y los actuales y el desarrollar las fuentes del derecho y su contenido. Hollis, Duncan B., “Interpretation”, en D’Aspremont, Jean, y Singh, Sahib (ed.), *Concepts for International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 549.

¹⁵ Arévalo Ramírez, Walter, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, 2a. ed., Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.

Raigón sostuvo que la doctrina también conduce el mismo trabajo.¹⁶ La doctrina se nutre de las decisiones de los tribunales internacionales. Como argumentó Fried, la doctrina en el campo del derecho se refiere mayormente a las decisiones judiciales.¹⁷

La doctrina, al igual que la jurisprudencia, puede contribuir para agregar las reglas y los principios no consagrados en los tratados. Este es el caso de la existencia de otras reglas de interpretación de los tratados. Como señaló Novak Talavera, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no tuvo en cuenta algunas reglas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, pero pueden ser empleadas con el fin de “establecer el verdadero sentido y alcance de una norma convencional”.¹⁸ Asimismo, se ha constatado que la doctrina contribuyó en la evolución del derecho internacional a través del estudio de los conceptos examinados por los tribunales internacionales. Por ejemplo, las delimitaciones de los conceptos de *erga omnes* en el derecho internacional consuetudinario y *jus cogens* utilizados por la CIJ muestran cómo el derecho internacional es desarrollado por la doctrina a partir de las decisiones judiciales.¹⁹ Además, la doctrina debatió acerca de si el concepto de *jus cogens* era una fuente de derecho internacional independiente.²⁰

En este contexto, el estudio de la aplicación de la doctrina por el TJCAN tiene en consideración el rol auxiliar o subsidiario que tiene este medio para este tribunal en la interpretación del derecho comunitario andino y cómo ha contribuido en aclarar el contenido de las normas andinas.

II. METODOLOGÍA

Este artículo utilizó la metodología cualitativa. El artículo no buscó cuantificar todas las referencias que el TJCAN introdujo en todas sus sentencias

¹⁶ Casado Raigón, Rafael, *Derecho internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2014, p. 150.

¹⁷ Fried, Charles, “Scholars and Judges: Reason and Power”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000, pp. 807-832.

¹⁸ Novak Talavera, Fabián, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 63, 2013, pp. 71-88.

¹⁹ Helmersen, Sondre Torp, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, núm. 3, 2017, pp. 464-482.

²⁰ Herman, Lawrence L., “International Law in a Turbulent World”, *Canada-United States Law Journal*, vol. 41, 2017, pp. 51-68.

desde la fecha de su creación hasta la actualidad. El objetivo del artículo es determinar cómo se ha utilizado la doctrina, en qué contexto, con qué finalidad y cómo influyó en las interpretaciones del TJCAN. Es en este sentido que este artículo describe el uso de la doctrina que el TJCAN realizó. La hipótesis que se plantea es que la doctrina ha tenido un valor agregado y persuasivo en las interpretaciones del TJCAN.

La justificación del estudio de la aplicación de la doctrina por un tribunal internacional se ha planteado teniendo en cuenta su rol en las decisiones de los tribunales internacionales. Algunos alegan que este tipo de investigación puede, de manera indirecta, revelar algo acerca del derecho internacional en general, y han respondido a los vacíos de estudio en este tema; por ejemplo, en el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.²¹ También se ha indicado que el diálogo entre los tribunales ha sido ampliamente estudiado en el derecho internacional. En contraste, el diálogo entre los tribunales y la doctrina no ha seguido el mismo camino.²² Esta tendencia en la investigación académica no difiere tratándose del caso del TJCAN. El TJCAN ha planteado cuáles son las fuentes del derecho en la CAN. Sin embargo, a pesar de que el TJCAN ha hecho un constante uso de la doctrina en sus interpretaciones, poca atención se ha dado a la manera como el TJCAN la aplicó y a su significado.

El tema se enmarca en el amplio contexto del uso de las fuentes del derecho en los tribunales internacionales. Específicamente, el tema contribuye en el análisis de la doctrina como medio auxiliar en la interpretación de las normas por parte de los tribunales internacionales. Para ello, se seleccionó la jurisprudencia del TJCAN como caso de estudio.

El término “doctrina” para efectos de este artículo incluye el trabajo académico, es decir, investigaciones publicadas en libros y revistas científicas. Se excluyen las referencias a las publicaciones de organizaciones internacionales, los documentos oficiales de los Estados y los diccionarios. Las referencias que se tuvieron en cuenta son las efectuadas por el propio TJCAN como parte de su argumentación, y se excluyeron las formuladas por las partes del caso.

²¹ Helmersen, Sondre Torp, “The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, 2020, pp. 20-46.

²² Helmersen, Sondre Torp, “Scholarly-Judicial...”, *cit.*, pp. 464 y 465.

El TJCAN resolvió en total 6,374 casos desde 1984 hasta el 29 de octubre de 2021.²³ Este artículo optó por revisar 133 casos resueltos entre el periodo 2005-2021. Esta selección se llevó a cabo teniendo como criterio que la mayoría de los casos presentados ante el TJCAN fueron interpretaciones prejudiciales con un total de 6,137 casos. De este porcentaje, la mayoría involucraron temas de propiedad intelectual. La revisión en este tema se debe a que, si bien el TJCAN ha sido catalogado como uno de los tribunales internacionales más activos, sus sentencias se concentran en este tema.²⁴ Cuatro casos de los años noventa fueron revisados por sus características, se utilizó la versión en el idioma español de las sentencias disponibles en la página Web de la Secretaría General de la CAN en su versión PDF.²⁵

Este artículo se divide en siete secciones. La sección I presenta una introducción al rol de la doctrina como medio auxiliar en la interpretación de las normas internacionales; la sección II detalla la metodología aplicada; la sección III describe la aplicación de la doctrina por parte de algunos tribunales internacionales de manera ilustrativa; la sección IV analiza la jurisprudencia del TJCAN y el uso de la doctrina; la sección V expone algunas reflexiones en torno al rol de la doctrina en el desarrollo de la jurisprudencia del TJCAN; la sección VI contiene la conclusión; la sección VII incluye la bibliografía.

III. EL ROL DE LA DOCTRINA COMO MEDIO AUXILIAR EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Una breve revisión del lugar que ocupa la doctrina en las decisiones de algunos tribunales internacionales reveló su utilidad en la realización de su labor. La doctrina puede tener un valor significativo e influir no sólo en las interpretaciones de los tribunales para resolver un caso, sino también en sus decisiones de revisar su propia jurisprudencia para aclararla o limitarla.

²³ La información estadística sobre los casos resueltos por el TJCAN se encuentra disponible en: <https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/estadisticas/>.

²⁴ Thornton, Jennifer, "Courts and Tribunals Established by Regional Economic Integration Agreements", en Giorgetti, Chiara (ed.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, Brill, 2012, p. 491.

²⁵ Las sentencias del TJCAN se encuentran disponibles en: <https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/procesos-del-tjcan/>.

En la Unión Europea, el caso *Keck y Mithouard*²⁶ representó la oportunidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de responder a los pedidos de delimitar las fronteras del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que consagró el principio de libre circulación de mercancías. El TJUE admitió la necesidad de establecer límites a su fórmula *Dassonville*,²⁷ con la cual interpretó el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas. El TJUE optó por la revisión de su jurisprudencia debido al constante recurso al artículo 34 del TFUE para cuestionar medidas nacionales;²⁸ una de las razones de esta situación fue la amplia interpretación del TJUE con su fórmula *Dassonville*.

Sobre el trabajo del TJUE, Barnard planteó que en la Unión Europea existió una preocupación por parte de los Estados y la doctrina, debido a la forma en que el TJUE interpretaba el artículo 34 del TFUE, dirigiéndose a eliminar la legislación nacional.²⁹ Como señaló Caro de Sousa, con el caso *Keck y Mithouard* el TJUE respondió a la crítica académica, una de las más importantes fue la formulada por Eric L. White en su artículo titulado “In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty”.³⁰ De esta manera, la doctrina participa en la evolución de las instituciones, los principios, las normas y la jurisprudencia internacional. La jurisprudencia puede dar lugar a la formulación de críticas en la doctrina con respecto a la aplicación e interpretación de las normas y a lo que expresó u omitió un tribunal. Esta crítica académica puede tener un impacto en la jurisprudencia.

²⁶ En el caso *Keck y Mithouard*, el TJUE analizó la ley francesa núm. 63-628 de 1963, modificada en 1986, que prohibía la reventa de un producto a pérdida, por debajo del precio de costo, a la luz del artículo 34 del TFUE. Los señores Keck y Mithouard, acusados de incumplir con esta norma de Francia, invocaron esta norma en su defensa.

²⁷ En el célebre caso *Dassonville* de 1974, el TJUE sostuvo que “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, 1974.

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, 1993.

²⁹ Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³⁰ Caro de Sousa, Pedro, *The European Fundamental Freedoms: a Contextual Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 88.

Un tribunal internacional puede convocar a la doctrina para investigar y conceptualizar el derecho de las organizaciones internacionales. Desde los años noventa y en reiteradas oportunidades, el TJCAN hizo un llamado a la doctrina para analizar el principio de libre circulación de mercancías como una guía para la interpretación del ordenamiento jurídico andino; sobre este punto, el TJCAN afirmó que “en el estado actual del desarrollo de la integración subregional andina se ha llegado ya a un momento en que puede construirse una doctrina sólida y consistente que desarrolle el principio de libre circulación de mercancías como un instrumento orientador para la interpretación y aplicación del derecho comunitario”.³¹

Para el TJCAN, este principio constituye el “parámetro de primer orden para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano”.³² En definitiva, su llamado demuestra su apertura y reconocimiento a la doctrina, y la posibilidad de considerarla para interpretar el Acuerdo de Cartagena. La doctrina puede influenciar en la forma como se aplican las normas en este tema. Este llamado pone en evidencia el interés del TJCAN de estar conectado con la academia.

Otro tribunal internacional que ha buscado respaldo en la doctrina en sus decisiones ha sido el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, por ejemplo, para definir conceptos con citas textuales.³³ La referencia a los trabajos académicos en sus laudos se ha hecho también para sustentar la posición que adoptó el tribunal en relación con la autonomía del derecho de la integración frente al derecho internacional.³⁴ La doctrina ha llegado, en algunos casos, a tener una considerable influencia. El tribunal

³¹ TJCAN, Proceso 2-AI-96, *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* (en adelante *GOAC*) núm. 289, 27 de agosto de 1997, p. 29; TJCAN, Proceso 3-AI-97, *GOAC* núm. 422, 30 de marzo de 1999, p. 16; TJCAN, Proceso 106-IP-2012, *GOAC* núm. 2233, 5 de setiembre de 2013, p. 10; TJCAN, Proceso 157-IP-2012, *GOAC* núm. 2233, 5 de setiembre de 2013, p. 21; TJCAN, Proceso 115-IP-2011, *GOAC* núm. 2065, 20 de junio de 2012, p. 10.

³² TJCAN, Proceso 1-AI-97, *GOAC* núm. 329, 9 de marzo de 1998, p. 13.

³³ Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, “Laudo complementario del Tribunal Permanente de Revisión que resuelve el recurso de aclaratoria interpuesto por la República Argentina con relación al laudo arbitral dictado por este ente el 20 de diciembre de 2005 en la controversia “prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay”, Laudo núm. 1/2006, 13 de enero de 2006.

³⁴ Este principio ha sido citado y consolidado en varios laudos arbitrales en el Mercosur. Olmos Giupponi, Belén, “International law and sources of law in Mercosur: An analysis of a 20-year relationship”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, núm. 3, 2012, pp. 707-737.

explícitamente declaró hacer suya la posición de un autor cuya interpretación colocó textualmente en su laudo;³⁵ en esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos citó la doctrina en sus sentencias. Estas referencias también se hicieron en el caso de los votos concurrentes emitidos por algunos de sus jueces.³⁶

De manera similar, en el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, los laudos arbitrales incorporaron citas de las publicaciones académicas para dar mayor sustento a las posiciones adoptadas por los árbitros con respecto a una interpretación. Se ha indicado, por ejemplo, cómo un principio contenido en instrumentos internacionales fue apoyado en la doctrina.³⁷ Un estudio conducido por Fauchald reveló que, de 98 decisiones, 73 incluyeron a la doctrina como parte de la interpretación. Además, la doctrina constituyó el segundo medio de interpretación, siendo superada por los casos resueltos por los tribunales arbitrales en el CIADI. Las referencias doctrinales sirvieron para tratar temas sustantivos, procedimentales y de jurisdicción.³⁸

Estudios sobre el rol de la doctrina en las opiniones de los jueces de la CIJ concluyeron que ésta puede influir en las decisiones judiciales.³⁹ Esta influencia no significa que los tribunales siempre van a aceptar lo señalado por la doctrina. En algunos casos la relación entre las decisiones judiciales y la doctrina puede significar un rechazo o crítica mutua.⁴⁰ Las investigaciones sobre este tema descubrieron algunos factores que justificarían el uso de la doctrina por parte de los jueces en este tribunal; serían la calidad del

³⁵ Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, “Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en el recurso de revisión presentado por la República Oriental del Uruguay contra el laudo arbitral del tribunal arbitral *ad hoc* de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia “prohibición de importación de neumáticos remoldeados precedentes del Uruguay”, Laudo núm. 1/2005, 20 de diciembre de 2005.

³⁶ Farinella, Favio, “Reinterpretación de las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva de derechos humanos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, vol. 15, núm. 48, 2018, pp. 407-430.

³⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *The Loewen Group, Inc., and Raymond L. Loewen (Claimants) v. United States of America* (Case No. ARB(AF)/98/3), 26 de junio de 2003, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>.

³⁸ Fauchald, Ole Kristian, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals—An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2, 2008, pp. 301-364.

³⁹ *Ibidem*, p. 473.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 475.

trabajo académico, la experiencia de un escritor, la autoridad oficial de un autor y el acuerdo con respecto a un tema entre varios escritores.⁴¹

En cambio, existen órganos de solución de controversias internacionales que no acuden generalmente a la doctrina. Los estudios en el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar y de la CIJ revelaron que sus decisiones en su mayoría no citan con frecuencia a este medio auxiliar.⁴² De manera similar, las investigaciones conducidas sobre la aplicación de la doctrina por parte del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) mostraron que las opiniones de la doctrina, con frecuencia, no se incluyeron en sus informes.⁴³ Esta práctica del Órgano de Apelación se observó desde los inicios de su funcionamiento. En 1998, Palmeter y Mavroidis ya reportaban que las referencias a la doctrina que el Órgano de Apelación hacía eran escasas.⁴⁴ Un estudio más reciente llegó a la misma conclusión; este estudio encontró que el Órgano de Apelación usó la doctrina para temas de derecho internacional general, y tuvo cuidado con su uso. Entre otras razones, esta práctica se debería al carácter especializado que este órgano tiene y a las críticas que ha recibido. En este sentido, este estudio de 110 informes del Órgano de Apelación reveló que el 26% tenía referencias a la doctrina, con un promedio de 1.4% de referencias por informe.⁴⁵ En esta misma línea, Pauwelyn y Elsig notaron que, a pesar de la cantidad de académicos que han estudiado el derecho de la OMC, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación difícilmente se refieren a esta doctrina.⁴⁶

⁴¹ Helmersen, Sondre Torp, "Finding 'the most highly qualified publicists': Lessons from the International Court of Justice", *European Journal of International Law*, vol. 30, núm. 2, 2019, pp. 509-535.

⁴² Helmersen, Sondre Torp, "The Application of Teachings...", *cit.*, p. 26. En contraste, la CIJ muestra una mayor preferencia por citar con frecuencia su propia jurisprudencia. En el estudio de 1865 citas a su jurisprudencia realizadas en más de 120 sentencias emitidas en el periodo de 1948-2013 se constató que la argumentación a partir de sus precedentes ha llegado a ser cada vez más importante en este tribunal. Alschner, Wolfgang y Charlotin, Damien, "The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network", *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 1, 2018, pp. 83-112.

⁴³ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁴ Palmeter, David y Mavroidis, Petros C, "The WTO Legal System: Sources of Law", *American Journal of International Law*, vol. 92, 1998, pp. 398-413.

⁴⁵ Helmersen, Sondre Torp, "The Use of Scholarship by the WTO Appellate Body", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, 2016, pp. 309-351.

⁴⁶ Pauwelyn, Joost y Elsig, Manfred, "The Politics of Treaty Interpretation", en Dunoff,

En suma, la atención de los tribunales internacionales a la doctrina varía, algunos tribunales pueden acudir con mayor frecuencia que otros a las publicaciones académicas en sus sentencias, cada tribunal, atendiendo a las circunstancias específicas de la organización internacional en el marco de la cual opera, decidirá el rol que tendrá la doctrina en sus decisiones o si responde o no a la crítica académica.

IV. EL FUNCIONAMIENTO DE LA DOCTRINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Esta sección describe y analiza el uso de la doctrina por parte del TJCAN a partir de la revisión de 133 sentencias. Algunas características identificadas en las sentencias son presentadas con miras a delimitar el grado de influencia de la doctrina.

1. La doctrina y la definición de conceptos

Algunas normas andinas incorporaron conceptos que no fueron definidos, y la tarea del TJCAN ha sido delimitar sus alcances y contenidos. La doctrina ha jugado un rol relevante en el trabajo del TJCAN en este aspecto. Una serie de conceptos fueron definidos con el apoyo doctrinal, y en muchos casos estas definiciones fueron reproducidas de manera textual y tomadas como fundamento en el análisis del TJCAN. En su momento, el TJCAN expresó que era la doctrina en materia de audiovisuales y creación intelectual la que especificó determinadas características en las cuales el tribunal se basó en sus sentencias. Además, el TJCAN destacó el reconocimiento que en materia de obras cinematográficas y audiovisuales se hizo a nivel doctrinal. En algunos casos, el tribunal no comentó las citas textuales, y sólo las colocó indicando que “con base en un análisis doctrinal, se tiene en cuenta” la definición de paternidad de un autor⁴⁷ o de marcas.⁴⁸ Asimismo, el tribunal, en algunas

Jeffrey y Pollack, Mark (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 458.

⁴⁷ TJCAN, Proceso 481-IP-2019, GOAC núm. 4402, 15 de diciembre de 2021, pp. 4-6, 12.

⁴⁸ TJCAN, Proceso 91-IP-2006, GOAC núm. 1513, 27 de junio de 2007, p. 21.

sentencias, reprodujo lo que sostuvo un autor,⁴⁹ mientras que en otros casos manifestó que se debía tener en cuenta lo sostenido por dicho autor.⁵⁰ Esta forma de acudir a la doctrina para definir conceptos se constató en varias sentencias, y en algunos casos sin embarcarse en un mayor debate sobre el concepto abordado por la doctrina y adoptado por el TJCAN.⁵¹

En ocasiones el tribunal combinó el uso de la doctrina con la referencia a la legislación interna de un país miembro de la CAN. Al notar que la norma andina no contenía una definición de un término que había incluido, en este caso, la enseña comercial, el tribunal se apoyó en la doctrina para definirlo con una cita textual, y notó que una definición similar se encontraba en la legislación interna de Colombia.⁵² En algunos casos, el TJCAN siguió las recomendaciones enunciadas por la doctrina y, a su vez, recomendó su revisión para establecer una diferenciación conceptual.⁵³ Este órgano jurisdiccional sostuvo su conclusión sobre lo que comprendía por un concepto, por ejemplo, el resultado novedoso, con la doctrina elaborada sobre el tema.⁵⁴ El tribunal reforzó sus conclusiones y su punto de vista con una opinión similar de la doctrina⁵⁵ y se apoyó en estas publicaciones para llegar a una conclusión insertando una cita textual.⁵⁶

En esta misma línea de razonamiento, el TJCAN citó su jurisprudencia sobre la definición de un concepto (interconexión) y, además, dirigió a que se revise la definición de un autor sobre este tema.⁵⁷ En este sentido, una de las formas de trabajar con la doctrina por parte del tribunal fue mediante la remisión a la lectura de un autor sin entrar en mayor debate; sin embargo, el tribunal parece considerar útiles las referencias a la doctrina cuando define conceptos.

⁴⁹ TJCAN, Proceso 636-IP-2015, *GOAC* núm. 2876, 24 de noviembre de 2016, p. 8.

⁵⁰ TJCAN, Proceso 655-IP-2015, *GOAC* núm. 2876, 24 de noviembre de 2016, p. 23; TJCAN, Proceso 674-IP-2015, *GOAC* núm. 2876, 24 de noviembre de 2016, p. 17.

⁵¹ TJCAN, Proceso 244-IP-2020, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 28; TJCAN, Proceso 79-IP-2019, *GOAC* núm. 4402, 15 de diciembre de 2021, pp. 4-5; TJCAN, Proceso 141-IP-2021, *GOAC* núm. 4344, 16 de setiembre de 2021, p. 7; TJCAN, Proceso 170-IP-2011, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, p. 63.

⁵² TJCAN, Proceso 18-IP-2011, *GOAC* núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 11.

⁵³ TJCAN, Proceso 100-IP-2021, *GOAC* núm. 4344, 16 de setiembre de 2021, p. 12.

⁵⁴ TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, p. 9.

⁵⁵ TJCAN, Proceso 476-IP-2015, *GOAC* núm. 3123, 27 de octubre de 2017, pp. 28-30.

⁵⁶ TJCAN, Proceso 525-IP-2015, *GOAC* núm. 3123, 27 de octubre de 2017, p. 6.

⁵⁷ TJCAN, Proceso 261-IP-2013, *GOAC* núm. 2394, 16 de setiembre de 2014, p. 18.

La doctrina se usó también para definir conceptos sin citas textuales, aunque sin llevar a cabo mayores comentarios.⁵⁸ En estos casos, por ejemplo, el tribunal señaló su posición sobre lo que entendía por el concepto de “signo común o usual” para luego apoyarse en la doctrina con una combinación de referencias a los mismos dos autores en varias sentencias que trataron sobre el mismo tema; estas referencias se hicieron con la finalidad de especificar lo que debía excluirse como marca registrable y las razones para efectuar esa exclusión.⁵⁹ A uno de estos autores, aunque para un tema diferente, el TJCAN lo calificó como “autorizada doctrina”.⁶⁰ Esta alusión a la calidad de la publicación explicaría el porqué el tribunal la citó en reiterados casos; en algunas oportunidades el tribunal dio un calificativo a los autores, observando la autoridad que podrían tener en el tema; en otros casos, este órgano jurisdiccional mencionó a un autor refiriéndose a él como “un profesor”,⁶¹ “los tratadistas”,⁶² “la doctrina especializada”,⁶³ o “la destacada doctrina”.⁶⁴ Generalmente, en estos casos se trató de los autores a los que el TJCAN citó más en sus sentencias.

El TJCAN destacó el aporte de la doctrina en la elaboración de los conceptos y las reglas y repitió su jurisprudencia donde se refirió a esa doctrina. Al respecto, el tribunal sostuvo: “La literatura sobre la materia condensa muy claramente las modalidades, sistemas, métodos y esquemas

⁵⁸ TJCAN, Proceso 81-IP-2021, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 10 y 11.

⁵⁹ TJCAN, Proceso 201-IP-2021, *GOAC* núm. 4401, 15 de diciembre de 2021, p. 10. Véase, TJCAN, Proceso 178-IP-2021, *GOAC* núm. 4400, 15 de diciembre de 2021, p. 11; TJCAN, Proceso 124-IP-2021, *GOAC* núm. 4397, 15 de diciembre de 2021, p. 12; TJCAN, Proceso 92-IP-2021, *GOAC* núm. 4396, 15 de diciembre de 2021, p. 9; TJCAN, Proceso 193-IP-2020, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 11; TJCAN, Proceso 172-IP-2021, *GOAC* núm. 4394, 15 de diciembre de 2021, p. 11; TJCAN, Proceso 201-IP-2020, *GOAC* núm. 4387, 14 de diciembre de 2021, p. 10. El TJCAN usó la misma metodología en otros procesos. TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *GOAC* No. 1586, 15 de febrero de 2008, p. 32; TJCAN, Proceso 56-IP-2008, *GOAC* núm. 1644, 7 de agosto de 2008, pp. 45 y 46.

⁶⁰ TJCAN, Proceso 129-IP-2021, *GOAC* núm. 4389, 14 de diciembre de 2021, p. 7.

⁶¹ TJCAN, Proceso 636-IP-2015, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 56-IP-2013, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 7; TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *op. cit.*

⁶² TJCAN, Proceso 157-IP-2007, *GOAC* núm. 1586, 15 de febrero de 2008, p. 42; TJCAN, Proceso 143-IP-2007, *GOAC* núm. 1586, 15 de febrero de 2008, p. 12.

⁶³ TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *GOAC* núm. 1833, 13 de mayo de 2010, p. 41; TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *GOAC* No. 1644, 7 de agosto de 2008, p. 19.

⁶⁴ TJCAN, Proceso 52-IP-2008, *GOAC* núm. 1644, 7 de agosto de 2008, p. 35.

para estructurar los precios de interconexión”, e hizo la indicación sobre el tema de la funcionalidad “se encuentra abundante literatura”, mencionando a algunos autores;⁶⁵ en consecuencia, las sentencias del TJCAN tienen un amplio componente doctrinal en la definición de conceptos.

2. La doctrina como valor agregado

La doctrina brindó al TJCAN información valiosa sobre la cual se apoyó en sus sentencias para diseñar las reglas aplicables en situaciones específicas; por ejemplo, el TJCAN destacó que la doctrina se anticipó a precisar las reglas aplicables en el tema del cotejo marcario. Interesante, el tribunal enfatizó que la doctrina y la jurisprudencia, en este caso, “han establecido criterios generales”, y manifestó que acogió esas reglas que tuvieron su origen en la doctrina en numerosas sentencias.⁶⁶ La influencia doctrinal en este tema ha sido notable y se evidencia cuando el tribunal continuó aplicando estas mismas reglas, que se basaron en la doctrina, remitiéndose a su jurisprudencia previa que las incorporó.⁶⁷

De manera similar, el tribunal reiteró en sus sentencias que, por ejemplo, en el tema de la comparación de dos signos, los criterios construidos por la doctrina fueron recogidos en su jurisprudencia.⁶⁸ En otros temas, y en varias sentencias, el tribunal hizo un llamado a revisar su jurisprudencia, que citó a un mismo autor.⁶⁹ Este cruce de referencias que llevó a cabo el

⁶⁵ TJCAN, Proceso 261-IP-2013, *op. cit.* En esta sentencia el tribunal citó el Proceso 181-IP-2013.

⁶⁶ TJCAN, Proceso 72-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, p. 28; TJCAN, Proceso 62-IP-2013, *GOAC*, 22 de julio de 2013, p. 33; TJCAN, Proceso 56-IP-2013, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 62-IP-2012, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 24; TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 8-IP-2009, *GOAC* núm. 1729, 3 de julio de 2009, p. 13; TJCAN, Proceso 52-IP-2008, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 111-IP-2008, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 8; TJCAN, Proceso 128-IP-2008, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 20; TJCAN, Proceso 199-IP-2007, *GOAC* núm. 1713, 26 de junio de 2008, pp. 6 y 7; TJCAN, Proceso 47-IP-2012, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, pp. 28 y 29; TJCAN, Proceso 33-IP-2011, *GOAC* núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 51.

⁶⁷ TJCAN, Proceso 581-IP-2015, *GOAC* núm. 2865, 10 de noviembre de 2016, p. 8.

⁶⁸ TJCAN, Proceso 91-IP-2006, *cit.*

⁶⁹ TJCAN, Proceso 674-IP-2015, *cit.*; TJCAN, Proceso 625-IP-2015, *GOAC* núm. 2865, 10 de noviembre de 2016, p. 42; TJCAN, Proceso 655-IP-2015, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 22-

tribunal no se hizo de manera aislada, sino en un contexto en el cual este órgano jurisdiccional necesitaba establecer algunos criterios no disponibles en las normas. Sus sentencias posteriores confirmaron estos criterios doctrinales.

En otros casos, el TJCAN afirmó que su declaración tenía “fundamento en las orientaciones de la doctrina”, y declaró “acertada la posición doctrinaria” en el tema de la rigurosidad de las marcas.⁷⁰ El tribunal también se apoyó en la doctrina para identificar un hecho antes de revisar lo regulado en las normas andinas; por ejemplo, la información de que existían diferentes regulaciones con respecto a las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor, el tribunal la extrajo de la doctrina.⁷¹ La doctrina sirvió para la presentación de un dato adicional de manera ilustrativa como parte de los argumentos elaborados en el análisis del tribunal.⁷²

De esta manera, la doctrina ha tenido un valor agregado en la jurisprudencia del tribunal al proporcionarle las herramientas para que este órgano jurisdiccional interprete y añada determinados criterios de análisis o reglas no explicados en las normas andinas. Además, este reconocimiento del tribunal no se produjo en un solo caso. El tribunal mostró una disposición a introducir la doctrina y establecer las reglas sobre esa base para aplicarlas en otras sentencias.⁷³ En consecuencia, el valor de la doctrina ha sido significativo para precisar el alcance de las normas andinas y proporcionar fundamento al punto de vista del tribunal.

3. *La doctrina para consolidar los principios no consagrados en las normas andinas*

En el análisis de la relación entre el derecho comunitario andino y el ordenamiento nacional de los países miembros de la CAN, el TJCAN recurrió a la doctrina para construir sus argumentos. En este tema debe observarse que el principio de primacía de la norma comunitaria sobre la nacional en

IP-2011, GOAC núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 23; TJCAN, Proceso 190-IP-2006, 19 de junio de 2007, 1510, p. 31.

⁷⁰ TJCAN, Proceso 111-IP-2008, *op. cit.*

⁷¹ TJCAN, Proceso 525-IP-2015, *op. cit.*

⁷² TJCAN, Proceso 124-IP-2011, GOAC núm. 1978, 16 de setiembre de 2011, p. 60.

⁷³ TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *op. cit.*; Proceso 52-IP-2008, *op. cit.*

caso de conflicto⁷⁴ no fue consagrado en las normas andinas, este principio fue recogido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y explicado en la doctrina, y, en su momento, el TJCAN lo adoptó y defendió en la CAN. Lo mismo sucedió con el principio de efecto directo.⁷⁵ Al respecto, el tribunal enfatizó que, en apoyo a su argumento en caso de producirse este conflicto la norma nacional resultaba ser inaplicable, estaba lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina. Además, el tribunal ha reiterado su jurisprudencia sobre este tema, desde los noventa, para confirmar su posición.⁷⁶ Estos dos medios auxiliares para la determinación de las normas internacionales han sido introducidos conjuntamente para defender la aplicación de estos principios.

En este mismo sentido, el tribunal explicó los alcances del principio de aplicabilidad inmediata de las normas andinas, regulado en el artículo 3o. del Tratado de Creación del TJCAN, apoyándose en la doctrina.⁷⁷ Más recientemente, el tribunal afirmó la consolidación de estos tres principios en su jurisprudencia y citó la doctrina que estudió el derecho de la integración.⁷⁸

4. *El contraste de la doctrina con las normas andinas*

El TJCAN contrastó lo regulado por las normas andinas y lo propuesto por la doctrina sobre este tema. Algunas citas de publicaciones que analizaron las normas andinas se encontraron en sus sentencias.⁷⁹ El tribunal notó que la doctrina reconoció algunas clases de marcas teniendo en cuenta el signo, pero observó que las normas andinas contemplaron otros supuestos más allá de lo dado a conocer en la doctrina.⁸⁰

⁷⁴ TJCAN, Proceso 261-IP-2013, *op. cit.*

⁷⁵ TJCAN, Proceso 272-IP-2016, *GOAC* núm. 3722, 08 de agosto de 2019, p. 8.

⁷⁶ TJCAN, Proceso 80-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, pp. 46-47; TJCAN, Proceso 69-IP-2013, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 53; TJCAN, Proceso 15-IP-2008, *GOAC* núm. 1630, 26 de junio de 2008, pp. 30-31; TJCAN, Proceso 155-IP-2011, *GOAC* núm. 2092, 14 de setiembre de 2012, pp. 51-52.

⁷⁷ TJCAN, Proceso 272-IP-2016, *op. cit.*

⁷⁸ TJCAN, Proceso 607-IP-2018, *GOAC* núm. 3645, 20 de mayo de 2019, p. 3.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ TJCAN, Proceso 137-IP-2011, *GOAC* núm. 2027, 9 de marzo de 2012, p. 56; TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 52-IP-2008, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 199-IP-2007, *op. cit.*

De manera similar, el tribunal tuvo en cuenta que, en el caso de los riesgos en los signos distintivos, “la doctrina tradicionalmente se ha referido, por lo general, a dos clases de riesgos”, pero las normas andinas seguían las nuevas tendencias que consideraban cuatro tipos de riesgos.⁸¹ El tribunal se apoyó en la doctrina para detallar esos riesgos.⁸² Esta forma de aplicar la doctrina permitió al tribunal, identificar el desarrollo legislativo en la CAN con una base doctrinal.⁸³

5. *El uso de la doctrina con otras fuentes*

El TJCAN se refirió a diversos temas indicando que la doctrina y la jurisprudencia lo habían señalado de esa manera.⁸⁴ El uso de la doctrina para sustentar la interpretación de una norma andina se produjo conjuntamente con la invocación de su jurisprudencia. El tribunal efectuó una combinación de fuentes y se apoyó en la norma comunitaria, en la jurisprudencia y en la doctrina para seguir sus recomendaciones, por ejemplo, en el tema del complemento indispensable;⁸⁵ en este caso, el tribunal notó la denominación que este tema recibía en la doctrina, en algunos casos, citando a los autores,⁸⁶ y en otros casos posteriores sólo mencionando que “algunos tratadistas” así lo calificaban, sin mencionar quiénes lo hacían;⁸⁷ en otros casos, el tribunal recurrió a las caracterizaciones identificadas en la doctrina como parte de la exposición del tema.⁸⁸

⁸¹ TJCAN, Proceso 70-IP-2012, *GOAC* núm. 2129, 12 de diciembre de 2012, p. 48; TJCAN, Proceso 71-IP-2012, *GOAC* núm. 2129, 12 de diciembre de 2012, p. 61; TJCAN, Proceso 170-IP-2011, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *GOAC* núm. 2169, 20 de marzo de 2013, p. 19.

⁸² TJCAN, Proceso 60-IP-2013, *GOAC* núm. 2219, 22 de julio de 2013, p. 24.

⁸³ TJCAN, Proceso 62-IP-2013, *cit.*

⁸⁴ TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *cit.*

⁸⁵ TJCAN, Proceso 67-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, p. 8; TJCAN, Proceso 69-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 130-IP-2008, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 39; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 118-IP-2012, *GOAC* núm. 2169, 20 de marzo de 2013, p. 59; TJCAN, Proceso 11-IP-2010, *GOAC* núm. 1833, 13 de mayo de 2010, p. 17; TJCAN, Proceso 37-IP-2011, *GOAC* núm. 2027, 9 de marzo de 2012, p. 24; TJCAN, Proceso, 261-IP-2013, *cit.*

⁸⁶ TJCAN, Proceso, 261-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 11-IP-2010, *cit.*

⁸⁷ TJCAN, Proceso, 261-IP-2013, *cit.*

⁸⁸ TJCAN, Proceso, 737-IP-2018, *GOAC* núm. 3645, 20 de mayo de 2019, p. 21.

A su vez, para analizar el alcance del principio de la nación más favorecida, además de revisar la norma andina que lo regulaba, el tribunal optó por narrar la historia de este principio en la CAN y la doctrina. De acuerdo con el tribunal, la doctrina elaboró “las características jurídicas y técnicas” de este principio; para esto, el tribunal se valió del precedente sentado en su sentencia previa de 2001.⁸⁹ Éste es otro tema donde se puede observar la tendencia del TJCAN de continuar afirmando su misma jurisprudencia con la base doctrinal. En consecuencia, el citado constante y repetitivo del tribunal no se limita a un solo tema, sino que es la forma en la cual este órgano jurisdiccional ha trabajado en distintas áreas del derecho comunitario andino.

Otro aspecto para tener en cuenta es la revisión de la jurisprudencia del TJCAN en la doctrina y su uso. El tribunal recordó su jurisprudencia sobre el principio de primacía de la realidad en el derecho de la propiedad industrial, y la confirmó con una doble referencia a la doctrina; una de estas referencias era una investigación realizada sobre su propia jurisprudencia.⁹⁰ En sus sentencias, el tribunal citó textualmente publicaciones en revistas que analizaron su jurisprudencia, aunque el tribunal no añadió comentarios sobre estas referencias.⁹¹ Además, otra forma de trabajar del TJCAN fue mediante la cita a la doctrina que examinó la jurisprudencia de otro tribunal internacional. Como parte de su argumentación, el tribunal aludió a la “teoría de la doble barrera”, que fue estudiada por la doctrina con respecto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,⁹² el TJCAN se refirió a las conclusiones que formuló el autor sobre esta jurisprudencia y coincidió con la posición adoptada en la doctrina.

6. La búsqueda de las coincidencias en la doctrina

El TJCAN buscó identificar un enfoque y coincidencias en la doctrina sobre temas específicos para sostener su interpretación de las normas. Esta doctrina fue citada textualmente en reiteradas oportunidades. En el análisis

⁸⁹ TJCAN, Proceso 36-IP-2012, *GOAC* núm. 2129, 12 de diciembre de 2012, p. 11; TJCAN, Proceso 11-IP-2008, *GOAC* núm. 1630, 26 de junio de 2008, p. 20; TJCAN, Proceso 51-IP-2012, *GOAC* núm. 2169, 20 de marzo de 2013, p. 33.

⁹⁰ TJCAN, Proceso 129-IP-2021, *cit.*

⁹¹ TJCAN, Proceso 80-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 69-IP-2013, *cit.*

⁹² TJCAN, Proceso 507-IP-2018, *GOAC* núm. 4135, 16 de diciembre de 2020, p. 11.

del requisito de uso de la marca notoria, por ejemplo, el tribunal expresó su punto de vista sobre el tema y citó no solamente a un autor que apoyaba su posición, sino que insertó dos referencias que ese mismo autor efectuó sobre el tema. El tribunal justificó estas citas porque entendió que se trataba de “la misma línea de pensamiento” entre estos autores;⁹³ de esta manera, el tribunal expuso los acuerdos en la doctrina que se alineaban a su argumento y continuó la aplicación de esa misma doctrina sin realizar mayores cambios o debate en casos posteriores. El tribunal no contrastó la opinión del autor citado con otros autores, sino que aceptó su posición apoyada con sus referencias a otros autores. A partir de esta constatación, el tribunal opinó que existía un consenso en la doctrina, que ayudó a confirmar su posición.

En ocasiones, el TJCAN decidió añadir su propia jurisprudencia para recordar la definición de un concepto y profundizó sobre el tema refiriéndose a la tendencia de la doctrina en este tema como un complemento a su definición. Esta forma de citado se ha observado al referirse a los elementos de la marca mixta, por ejemplo.⁹⁴

El tribunal presentó las coincidencias de la doctrina con su jurisprudencia. En algunas sentencias, el tribunal no sólo citó la doctrina, sino que la contrastó con su jurisprudencia que se había pronunciado en “el mismo sentido y finalidad”;⁹⁵ este contraste que hizo el tribunal, en algunos casos, concluyó con el uso de otra referencia textual a su jurisprudencia que incluía la cita a otro autor. En este sentido, el tribunal afirmó que “El tema de las funciones que cumple la marca ha sido propuesto por la doctrina así...”,⁹⁶ y recurrió a la cita textual. Inmediatamente, el tribunal aclaró que trató este tema en otras sentencias, y las insertó. Luego de hacer esta exposición de la doctrina y su jurisprudencia, el tribunal concluyó que toda esa

⁹³ TJCAN, Proceso 177-IP-2021, *GOAC* núm. 4400, 15 de diciembre de 2021, p. 25. Pueden revisarse también otros casos sobre el mismo tema. TJCAN, Proceso 157-IP-2021, *GOAC* núm. 4399, 15 de diciembre de 2021, p. 20; TJCAN, Proceso 123-IP-2021, *GOAC* núm. 4397, 15 de diciembre de 2021, p. 9; TJCAN, Proceso 94-IP-2021, *GOAC* núm. 4396, 15 de diciembre de 2021, p. 21; Proceso 193-IP-2020, *cit.*; TJCAN, Proceso 151-IP-2021, *GOAC* núm. 4393, 15 de diciembre de 2021, p. 20; TJCAN, Proceso 176-IP-2020, *GOAC* núm. 4387, 14 de diciembre de 2021, p. 14; TJCAN, Proceso 574-IP-2018, *GOAC* núm. 4135, 16 de diciembre de 2020, p. 15.

⁹⁴ TJCAN, Proceso 81-IP-2021, *GOAC* núm. 4395, 15 de diciembre de 2021, p. 10; TJCAN, Proceso 119-IP-2021, *GOAC* núm. 4392, 15 de diciembre de 2021, p. 9.

⁹⁵ TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *GOAC* núm. 1833, 13 de mayo de 2010, p. 25.

⁹⁶ TJCAN, Proceso 91-IP-2006, *cit.*

información la integró; sin embargo, esa integración se produjo con otra referencia textual a su jurisprudencia.

7. La tendencia a la repetición de la doctrina en el tiempo

El TJCAN mostró una inclinación por citar la misma doctrina que introdujo en sus interpretaciones. En determinados casos, y en sentencias posteriores, el tribunal llegó a hacer la indicación de que ese autor fue citado en sus sentencias previas. El tribunal insertó con frecuencia sus sentencias, que incluían la cita a la doctrina; de esta manera, el tribunal volvió a citar las mismas referencias que hizo en sus sentencias en los años noventa; por ejemplo, en un caso se trató de un libro de 1970, en sus sentencias posteriores en 2011,⁹⁷ 2012⁹⁸ y 2013.⁹⁹ De manera similar, la doctrina que incluyó en 2008 y 2010 se volvió a citar en 2021 en los mismos términos.¹⁰⁰ Hay dos autores a los cuales el mismo TJCAN aceptó que recurrió más en sus sentencias, y que sus criterios planteados en temas específicos han sido acogidos en reiterada jurisprudencia en el tema de propiedad intelectual.¹⁰¹ Aunque el tribunal no se refirió a la calidad de sus trabajos, esta llamada de atención del tribunal a que existía esta continua referencia evidenció que esta doctrina tuvo un peso considerable en las interpretaciones del tribunal, e influyó en la exposición de sus argumentos y conclusiones. En otras palabras, esta doctrina fue consolidada en las sentencias del TJCAN.

Además, el tribunal expuso que los criterios elaborados por un autor sobre marcas denominativas fueron recogidos en varias de sus sentencias. En sentencias publicadas en 2013 y 2011, el tribunal recordó su sentencia de 2005 donde se citó una publicación de 1984 sobre este tema.¹⁰² Las sentencias de 2010 citaron la doctrina utilizada de 1978.¹⁰³ Estos casos revelan que

⁹⁷ TJCAN, Proceso 22-IP-2011, *cit.*; TJCAN, Proceso 33-IP-2011, *cit.*

⁹⁸ TJCAN, Proceso 98-IP-2011, *GOAC* núm. 2092, 14 de septiembre de 2012, pp. 39 y 40.

⁹⁹ TJCAN, Proceso 118-IP-2012, *cit.*

¹⁰⁰ TJCAN, Proceso 100-IP-2021, *cit.*; TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *cit.*

¹⁰¹ TJCAN, Proceso 157-IP-2007, *cit.*

¹⁰² TJCAN, Proceso 72-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 62-IP-2013, *cit.*; TJCAN, Proceso 33-IP-2011, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 91-IP-2006, *cit.*

¹⁰³ TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *cit.*

existe una tendencia del tribunal de continuar citando la misma doctrina por varios años.

Sobre este mismo aspecto, se encontró que para analizar el requisito de la novedad en las patentes, antes de embarcarse en el trabajo de interpretar la normativa andina que regulaba este tema, el TJCAN recurrió a una combinación de referencias de la doctrina para delimitar este concepto; además, el tribunal insertó definiciones de algunos autores sin mayor comentario. Sin embargo, en el caso concreto de uno de ellos, el tribunal expresó la importancia de la doctrina en este aspecto al señalar que “recoge... los criterios expuestos por la doctrina”. A partir de este análisis, el TJCAN concluyó sobre lo que debe entenderse por invención novedosa en varios casos.¹⁰⁴ Una vez más, el hecho de que esta definición doctrinal se haya mantenido por muchos años evidenció que el tribunal fue influenciado por la doctrina citada en este tema. Este efecto persuasivo de la doctrina en el tribunal se ha mostrado también en otros temas donde el tribunal reiteró de manera invariable la doctrina citada en varias sentencias.¹⁰⁵

8. *La escasa crítica a la doctrina*

Una característica que se observó en las sentencias es que el TJCAN no tuvo como práctica exponer alguna crítica a la doctrina. En varios casos, este órgano jurisdiccional se limitó a indicar que, sobre un tema concreto, la doctrina enseñó, se inclinó, consideró, manifestó, sostuvo, precisó o señaló algo que el tribunal tomó en consideración o acogió;¹⁰⁶ en otras sentencias, el tribunal únicamente reprodujo la definición de un autor, y en varios casos, la reproducción fue la misma.¹⁰⁷ El tribunal aseveró que,

¹⁰⁴ TJCAN, Proceso 149-IP-2021, *GOAC* núm. 4393, 15 de diciembre de 2021, pp. 4-6; TJCAN, Proceso 38-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 56-IP-2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *op. cit.*

¹⁰⁵ TJCAN, Proceso 583-IP-2015, *GOAC* núm. 2865, 10 de noviembre de 2016, p. 22; TJCAN, Proceso 5-IP-2009, *GOAC* núm. 1713, 21 de abril de 2009, p. 47.

¹⁰⁶ TJCAN, Proceso 100-IP-2021, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 62-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 121-IP-2014, *GOAC* núm. 2427, 11 de diciembre de 2014, pp. 7-8; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *cit.*

¹⁰⁷ TJCAN, Proceso 70-IP-2013, *GOAC* núm. 2228, 13 de agosto de 2013, p. 18-19; TJCAN, Proceso 70-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 71-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 46-IP-

“con base en la doctrina”, diseñó una tipología para evaluar el tema de la similitud en las marcas,¹⁰⁸ y adoptó “los criterios doctrinarios” en el tema de marcas,¹⁰⁹ y en otros temas.¹¹⁰ A su vez, el tribunal recogió los criterios abordados por la doctrina en el tema de la denominación de origen,¹¹¹ y, en algunos casos, admitió que sentó jurisprudencia tomando como base la doctrina;¹¹² en otros casos, el tribunal expuso el texto de la norma y colocó lo que expresaba un autor sobre el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes regulado en esa norma. La misma cita fue repetida por el tribunal en otros casos.¹¹³ Las pautas y criterios de la doctrina sobre los temas tratados por el tribunal han sido tenidos en cuenta.¹¹⁴ Cuando la norma andina fue citada, la doctrina sirvió al tribunal para precisar de qué manera se ejercía el derecho de autor que la norma regulaba.¹¹⁵ En este sentido, la doctrina se usó para interpretar el texto de la norma sin la formulación de mayores críticas.

No se encontraron casos en los cuales el TJCAN haya citado autores con los cuales estaba en desacuerdo para mostrar una lectura más profunda sobre el tema tratado. Las referencias se hicieron con frecuencia con la finalidad de apoyar o confirmar el punto de vista del tribunal o ilustrar sobre el alcance de un término,¹¹⁶ y, en algunos casos, con citas textuales extensas, que no se discutieron en la sentencia.¹¹⁷ Además, el tribunal notó los cam-

2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 123-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 18-IP-2011, *cit.*; TJCAN, Proceso 13-IP-2010, *cit.*

¹⁰⁸ TJCAN, Proceso 302-IP-2014, *GOAC* núm. 2618, 27 de octubre de 2015, p. 10; TJCAN, Proceso 36-IP-2011, G. O. A. C núm. 2027, 9 de marzo de 2012, p. 9; TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *op. cit.*; TJCAN, Proceso 39-IP-2008, *GOAC* núm. 1644, 7 de agosto de 2008, p. 10; TJCAN, Proceso 46-IP-2008, *op. cit.*

¹⁰⁹ TJCAN, Proceso 39-IP-2008, *cit.*; TJCAN, Proceso 47-IP-2012, *cit.*

¹¹⁰ TJCAN, Proceso 36-IP-2011, *cit.*

¹¹¹ TJCAN, Proceso 98-IP-2011, *cit.*

¹¹² TJCAN, Proceso 36-IP-2011, *cit.*; TJCAN, Proceso 65-IP-2011, *GOAC* núm. 2027, 9 de marzo de 2012, pp. 33-35, 42.

¹¹³ TJCAN, Proceso 111-IP-2021, *GOAC* núm. 4344, 16 de septiembre de 2021, p. 12; TJCAN, Proceso 141-IP-2021, *cit.*

¹¹⁴ TJCAN, Proceso 14-IP-2010, *cit.*

¹¹⁵ TJCAN, Proceso 510-IP-2015, *GOAC* núm. 3123, 27 de octubre de 2017, p. 10.

¹¹⁶ TJCAN, Proceso 51-IP-2012, *cit.*; TJCAN, Proceso 117-AI-2004, *GOAC* núm. 1347, 25 de mayo de 2006, p. 26.

¹¹⁷ TJCAN, Proceso 510-IP-2015, *cit.*

bios legislativos con la introducción de nuevos conceptos y se valió de la doctrina para precisar su alcance.¹¹⁸ En otros casos, el TJCAN citó la posición de la doctrina sobre el carácter distintivo de la marca y la del tribunal en su sentencia previa,¹¹⁹ mostrando su acuerdo con la doctrina.

Un aspecto para tener en cuenta es que, si bien el tribunal no suele criticar a la doctrina, en un tema específico tratado en los años noventa, el tribunal debatió su aplicabilidad para interpretar las normas andinas. Este debate no se observó en los demás casos revisados en esta investigación donde el tribunal citó la doctrina considerándola oportuna o pertinente. Al respecto, los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena regulan el principio de libre circulación de mercancías, que exige a los países miembros eliminar las restricciones al comercio. El artículo 73 enumera las excepciones a este principio. Asimismo, existe una diferencia de regulación entre el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En efecto, a diferencia del artículo 36 del TFUE, la protección de la propiedad comercial e industrial no ha sido contemplada como una excepción a este principio en el artículo 73 del Acuerdo de Cartagena, esta excepción fue incluida en el artículo 159 de la Decisión 486 de la CAN que regula el régimen común sobre propiedad industrial. En este contexto, el TJCAN advirtió esta diferencia con respecto a la fuente de regulación de esta excepción. En el caso de la Unión Europea, se trataba de una fuente de derecho primario (un tratado) y, en el caso de la CAN, la regulación se dio en el derecho derivado (un acto adoptado por una institución andina). A partir de esta constatación, el TJCAN alegó que, por este motivo, “la jurisprudencia y doctrina europea no pueden aducirse como enteramente aplicables al caso andino”.¹²⁰ El caso expuesto muestra la notable atención que ha dado el tribunal a la doctrina y su disposición para justificar su no aplicación.

El TJCAN siguió a la jurisprudencia y la doctrina europeas en otros temas; por ejemplo, el tribunal defendió la autonomía del derecho comunitario andino y recordó en sus sentencias que la jurisprudencia y la doctrina europeas también admitieron esta característica; al respecto, el TJCAN

¹¹⁸ TJCAN, Proceso 157-IP-2007, *cit.*

¹¹⁹ TJCAN, Proceso 143-IP-2007, *cit.*

¹²⁰ TJCAN, Proceso 2-AI-96, *cit.*

aseveró que ambas eran “pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario”,¹²¹ y coincidió con este punto de vista.

V. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ROL DE LA DOCTRINA EN LA JURISPRUDENCIA ANDINA

Los tribunales internacionales juegan un rol importante en la interpretación del alcance de los compromisos asumidos por los Estados a nivel internacional; esa interpretación tiene un impacto en la capacidad regulatoria de los Estados y en las medidas que deben adoptar para cumplir con sus obligaciones. Estos tribunales, como propone Follesdal,¹²² delinean el alcance de la soberanía de los Estados cuando interpretan el derecho internacional; en este sentido, analizar los medios empleados por estos tribunales para realizar estas interpretaciones reviste particular interés. Sin embargo, se reconoce que, como argumenta Charlotin, investigar sobre las referencias efectuadas en la jurisprudencia tiene un límite: no siempre es claro por qué un tribunal realiza una cita a determinada autoridad.¹²³

En esta investigación se encontró que el TJCAN introdujo con frecuencia la doctrina en sus sentencias. La cantidad de referencias a las que recurrió en cada caso varía; en algunos casos el tribunal hizo una referencia, en otros, hasta ocho,¹²⁴ más de ocho¹²⁵ y, en otros casos, no se encontraron citas a la doctrina, sino a su propia jurisprudencia.¹²⁶ El TJCAN se valió de publicaciones en libros y revistas predominantemente en el idioma español,¹²⁷ y las

¹²¹ TJCAN, Proceso 1-AI-96, GOAC núm. 234, 21 de noviembre de 1996, pp. 7 y 9.

¹²² Follesdal, Andreas, “Survey Article: The Legitimacy of International Courts”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 28, núm. 4, 2020, pp. 476-499.

¹²³ Charlotin, Damien, “The Place of Investment Awards and WTO Decisions in International Law: A Citation Analysis”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2, 2017, pp. 279-299.

¹²⁴ TJCAN, Proceso 481-IP-2019, *cit.*

¹²⁵ TJCAN, Proceso 149-IP-2007, *cit.*

¹²⁶ TJCAN, Proceso 180-IP-2020, GOAC núm. 4387, 14 de diciembre de 2021; TJCAN, Proceso 219-IP-2020, GOAC núm. 4389, 14 de diciembre de 2021; TJCAN, Proceso 212-IP-2020, GOAC núm. 4389, 14 de diciembre de 2021; TJCAN, Proceso 209-IP-2020, GOAC núm. 4389, 14 de diciembre de 2021.

¹²⁷ En algunos casos se encontraron referencias del TJCAN a publicaciones en francés en el tema de propiedad intelectual. TJCAN, Proceso 525-IP-2015, *cit.*

catalogó como la doctrina.¹²⁸ En algunos casos, este órgano jurisdiccional citó la doctrina en el texto de la sentencia, y, en otros casos, lo hizo en notas a pie de página.

Este artículo no buscó brindar información cuantitativa de las citas que el TJCAN realizó hasta el momento. Sin embargo, los casos revisados permiten comprender que la doctrina, como medio auxiliar en los términos del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, ha tenido un rol significativo en las interpretaciones realizadas por el TJCAN. Estos casos revelaron la forma como el TJCAN argumenta, el componente doctrinal en esa argumentación y su opinión sobre la doctrina. En algunos casos, la doctrina contribuyó a consolidar principios fundamentales en el ordenamiento jurídico andino, y en otros, a delinear los conceptos no definidos en las normas internacionales.

La doctrina tuvo un valor persuasivo y de consolidación en la jurisprudencia andina. El TJCAN aceptó la doctrina y le otorgó un peso en sus sentencias. La doctrina proporcionó la información sobre la cual se sustentó el análisis del tribunal, y su influencia se ha mantenido a tal punto que el tribunal la ha reiterado constantemente durante varios años.

Los resultados de este estudio coinciden con los obtenidos por Sondre Torp Helmersen con respecto a la influencia de la doctrina en las opiniones de los jueces de manera general. Sin embargo, la diferencia radica en que, en el caso de la CIJ, esa influencia se observó en las opiniones individuales de los jueces más que en las decisiones en mayoría de la CIJ. De esta manera, no todos los tribunales internacionales han mostrado la misma apertura hacia la doctrina ni optado por citarla con frecuencia. Las investigaciones con respecto al uso de la doctrina por parte de la CIJ y del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, conducidas por Sondre Torp Helmersen, arriba citado, son una muestra de esta diferencia encontrada con respecto al TJCAN. Coincidentemente, el acuerdo con respecto a un tema entre varios autores y la calidad de la publicación, encontradas por Sondre Torp Helmersen entre las razones por las cuales los jueces de la CIJ acudieron a la doctrina, también constituyeron factores que justificaría el uso de la doctrina por parte del TJCAN.

De las 133 sentencias revisadas del TJCAN, 108 contenían citas a la doctrina como elemento de interpretación, y en una variedad de casos la misma fuente fue repetida, lo cual revelaría una tendencia del tribunal en esos

¹²⁸ TJCAN, Proceso 22-IP-2011, *cit.*

temas. Si se comparan estos resultados con los obtenidos en el caso del Órgano de Apelación de la OMC por Sondre Torp Helmersen, y el estudio de Palmeter y Mavroidis, antes mencionados, observamos que el alto porcentaje del uso de la doctrina por parte del TJCAN contrasta con el menor porcentaje encontrado en el caso del Órgano de Apelación. En cambio, los resultados de las investigaciones de Fauchald sobre el uso de la doctrina en los tribunales arbitrales en el CIADI y los del TJCAN se asemejan. En ambos casos se constató el frecuente uso de la doctrina.

La doctrina ha sido una fuente de información para el TJCAN. Hay dos elementos que pueden ser tenidos en cuenta en relación con el interés y la apertura del tribunal para dialogar con la doctrina; en primer lugar, el llamado que hizo el TJCAN a la doctrina para estudiar el principio de libre circulación de mercancías mostró su disposición para usarla en la interpretación de las normas andinas. En este supuesto, se advierte también una diferencia entre, por un lado, el TJCAN y, por el otro lado, la CIJ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. En segundo lugar, la respuesta del TJCAN, revisando y citando la doctrina que se construyó a partir de su jurisprudencia, revela su interés en apoyarse en esa doctrina para sustentar o consolidar sus argumentos. De esta manera, no hay duda de que el TJCAN reconoce el valor y el aporte de la doctrina en sus interpretaciones.

La doctrina ha sido invocada por el TJCAN cuando lo ha necesitado para llenar los vacíos o para confirmar sus interpretaciones. La introducción de la posición de la doctrina sobre determinado tema, aun sin entrar a analizar esa cita al detalle, evidencia la importancia que le dio el tribunal de contar con ese respaldo doctrinal. Esta complementariedad entre lo que sostuvo la doctrina y el tribunal sobre determinado aspecto ha sido una base para realizar sus interpretaciones.

La inclinación del TJCAN de apoyarse con frecuencia en los mismos autores por muchos años puede evidenciar poco contraste, evolución o dinamismo en la forma como usó la doctrina. Identificadas las reglas o definiciones a partir de la doctrina citada, éstas se han mantenido constantes en las sentencias del tribunal. El tribunal repitió las mismas citas en las interpretaciones prejudiciales; al tratar los mismos temas, las citas se dieron de manera casi automática.

VI. CONCLUSIÓN

El TJCAN mostró una tendencia a confirmar su jurisprudencia desarrollada a partir de la doctrina. La doctrina ha tenido un valor agregado y persuasivo en las interpretaciones del TJCAN en la medida en que este tribunal basó sus interpretaciones en los conceptos, las reglas, las características, los hallazgos, los criterios, los principios, los alcances, las recomendaciones, las propuestas y las opiniones expresadas por la doctrina. La combinación de la doctrina y su jurisprudencia ha caracterizado el trabajo del TJCAN. En este sentido, la doctrina fue influyente en la interpretación y definición de las normas andinas; por lo tanto, este caso de estudio demuestra que la doctrina como medio auxiliar sigue teniendo un rol en el trabajo de interpretación y desarrollo de las normas para algunos tribunales internacionales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALSCHNER, Wolfgang y CHARLOTIN, Damien, “The Growing complexity of the International Court of Justice’s Self-Citation Network”, *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 12018.
- ARÉVALO RAMÍREZ, Walter, *Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio*, 2a. ed., Bogotá, Tirant lo Blanch, 2020.
- BARNARD, Catherine, *The Substantive Law of the EU: the Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4671/12.pdf>.
- BESSON, Samantha, “Theorizing the sources of international law”, en BESSON, Samantha y TASIIOULAS, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- BRABANDERE, Eric de, “The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15, 2016.

- CARO DE SOUSA, Pedro, *The European Fundamental Freedoms: a Contextual Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- CASADO RAIGÓN, Rafael, *Derecho Internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2014.
- CHARLOTIN, Damien, “The Place of Investment Awards and WTO Decisions in International Law: A Citation Analysis”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2, 2017.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18a. ed., Madrid, Tecnos, 2013.
- FAUCHALD OLE, Kristian, “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals—An Empirical Analysis”, *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 2, 2008.
- FARINELLA, Favio, “Reinterpretación de las fuentes del derecho internacional desde una perspectiva de derechos humanos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, vol. 15, núm. 48, 2018.
- FOLLESDAL, Andreas, “Survey Article: The Legitimacy of International Courts”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 28, núm. 4, 2020.
- FRIED, Charles, “Scholars and Judges: Reason and Power”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 23, núm. 3, 2000.
- GRANT, John, *International Law Essentials*, Edinburgo, Edinburgh University Press, 2010.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “Finding «the most highly qualified publicists»: Lessons from the International Court of Justice”, *European Journal of International Law*, vol. 30, núm. 2, 2019.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16, núm. 3, 2017.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “The Application of Teachings by the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 11, 2020.
- HELMERSEN, Sondre Torp, “The Use of Scholarship by the WTO Appellate Body”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, 2016.
- HOLLIS, Duncan B., “Interpretation”, en D’ASPREMONT, Jean y SINGH, Sahib (eds.), *Concepts for International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019.
- KADIR, M. y YA’KUB A, “The United Nations General Assembly Resolution (UNGAR) as a Source of International Law: Toward a Reformulation of

- Sources of International Law”, *Indonesian Journal of International Law*, vol. 8, núm. 2, 2011.
- HERMAN, Lawrence L., “International Law in a Turbulent World”, *Canada-United States Law Journal*, vol. 41, 2017.
- MONCAYO, Guillermo R. et al., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalia, t. 1, 1990.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, núm. 2, 2005.
- NOVAK Talavera, Fabián, “Los criterios para la interpretación de los tratados”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 63, 2013.
- OLIVIER, Michèle, “The Relevance of Soft Law as a Source of International Human Rights”, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 35, núm. 3, 2002.
- OLMOS GIUPPONI, Belén, “International Law and Sources of Law in Mercosur: An Analysis of a 20-Year Relationship”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, núm. 3, 2012.
- PAUWELYN, Joost y ELSIG, Manfred, “The Politics of Treaty Interpretation”, en DUNOFF, Jeffrey y POLLACK, Mark (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- PEIL, Michael, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 3, 2012.
- PELLET, Alain, “Canons of Interpretation under the Vienna Convention”, en KLINGLER, Joseph et al. (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Den Haag, Kluwer Law International, 2018.
- THORNTON, Jennifer, “Courts and Tribunals Established by Regional Economic Integration Agreements”, en GIORGETTI, Chiara (eds.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, Brill, 2012.

A governança global da saúde entre *hard* e *soft law*: os desafios da responsabilidade social das empresas farmacêuticas

*Global Health Governance Between Hard and Soft Law:
The Challenges of Pharmaceutical Companies Social
Responsibility*

*La gouvernance de la santé mondiale entre le droit dur
et le droit doux: les enjeux de la responsabilité sociale
des entreprises pharmaceutiques*

Ademar **Pozzatti***
Lucas **Silva de Souza****

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Atores, fatores e processos da governança sanitária global*. III. *Limites e possibilidades da responsabilidade social das empresas farmacêuticas*. IV. *Considerações finais*. V. *Bibliografia*.

* Universidade Federal de Santa Maria, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8552-1507>, ademar.pozzatti@ufsm.br.

** Universidade Federal do Paraná, Brasil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3597-2788>, adv.lucasdesouza@gmail.com.

Artículo recibido el 20 de mayo de 2022

Aprobado para publicación el 10 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 251-281
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

RESUMO: O debate sobre a relação entre empresas e direitos humanos tem crescido gradualmente em sede institucional e doutrinária, bem como o reconhecimento de que faltam mecanismos para promover a responsabilidade social desses atores privados. Neste contexto, este trabalho investiga os limites e as possibilidades da responsabilidade social das empresas (RSE) farmacêuticas transnacionais pelo desigual acesso a medicamentos essenciais no Sul global, realidade agravada em contextos pandêmicos como o de HIV/AIDS e COVID-19. Para tanto, ele discute os atores, fatores e processos da governança sanitária global e debate algumas estratégias de RSE a luz daqueles elementos. Metodologicamente o trabalho faz uma revisão da literatura especializada, análise documental e de dados primários, e conduz uma abordagem normativa do tema.

Palavras-chave: direito à saúde; *hard law*; acesso à medicamentos essenciais; responsabilidade social das empresas; *soft law*.

ABSTRACT: The debate on the relationship between business and human rights has gradually grown in institutional and doctrinal terms, as well as the recognition that mechanisms to promote the social responsibility of these private actors are lacking. In this context, this study investigates the limits and possibilities of the corporate social responsibility (CSR) of transnational pharmaceutical companies for the unequal access to essential medicines in the global South, a reality aggravated in pandemic contexts such as HIV/AIDS and COVID-19. To this end, it discusses the actors, factors and processes of global health governance and debates some CSR strategies in the light of those elements. Methodologically, the study makes a review of the specialized literature, document and primary data analysis and conducts a normative approach of the topic.

Key words: right to health; *hard law*; essential medicines; corporate social responsibility; *soft law*.

RESUME: Le débat sur la relation entre les entreprises et les droits de l'homme s'est progressivement développé en termes institutionnels et doctrinaux, ainsi que la reconnaissance de l'absence de mécanismes pour promouvoir la responsabilité sociale de ces acteurs privés. Dans ce contexte, cette étude examine les limites et les possibilités de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) pharmaceutiques transnationales pour l'accès inégal aux médicaments essentiels dans les Sud global, une réalité aggravée dans des contextes pandémiques tels que le VIH/SIDA et le COVID-19. À cette fin, il examine les acteurs, les facteurs et les processus de la gouvernance mondiale de la santé et examine certaines stratégies de RSE à la lumière de ces éléments. Méthodologiquement, le travail fait une revue de la littérature spécialisée, analyse de documents et de données primaires, et mène une approche normative du sujet.

Mots clés: droit à la santé; *hard law*; médicaments essentiels; responsabilité sociale des entreprises; *soft law*.

I. INTRODUÇÃO

A esfera internacional é organizada por conjuntos normativos mais ou menos vinculantes que são elaborados, muitas vezes, de modo híbrido, por sujeitos de direito internacional e atores privados. Tais atores, por se organizarem em redes transnacionais de poder e não encontrarem obstáculos nas fronteiras estatais, desafiam os modelos clássicos de governança que contrapunham direito internacional e direito interno. Para Eslava,¹ na medida em que estas formas indiretas de autoridade são propagadas, as “linhas da responsabilidade global são quebradas” e o “potencial de resistência à ordem normativa internacional é diluído”. Por esse motivo, Kennedy² argumenta que a ideia de uma ordem jurídica concebida como a simples soma ordenada desses quatro elementos — direito doméstico e internacional, direito público e privado - não é mais plausível.

No campo da saúde global, vasta literatura tem evidenciado como a recente crise sanitária de COVID-19,³ assim como a de HIV/AIDS⁴ anteriormente, tem sido reveladora “das falhas e das faltas dos esquemas de governança global... ao mesmo tempo em que paradoxalmente revela a inexorabilidade da globalização e da interdependência”.⁵ Por exemplo, “inter”nacionalmente, o direito internacional contemporâneo tem desafiado a clássica agenda liberal e se ocupado em orquestrar os interesses de uma pluralidade de atores públicos e privados locais através de uma diversidade de regimes jurídicos complexos e frequentemente sobrepostos, de forma que muitas vezes a tutela do direito humano à saúde é obstaculizada pela tutela do

¹ Eslava, Luis, «Istanbul Vignettes: Observing the Everyday Operation of International Law», *London Review of International Law*, vol. 2, núm. 1, 2014, p. 38.

² Kennedy, David, “One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream”, *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 31, núm. 3, 2006, p. 643.

³ Para um panorama da heterogênea mobilização institucional no contexto do enfrentamento à COVID-19 ver: Pozzatti, Ademar e Farias, Luiza, “From emergency to structure: ways to fight COVID-19 via international cooperation from Brazil”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 65, núm. 1, 2022, pp. 1-20.

⁴ Pozzatti, Ademar e Trindade, Igor, “O Direito Internacional entre a saúde e o comércio: estudo de caso do acesso ao medicamento Truvada como profilaxia anti-HIV/AIDS no Brasil”, *INTERAÇÃO*, vol. 10, 2019, pp. 26-50.

⁵ Nasser, Salem Hikmat e Papy, Luiza Nogueira, “COVID, Covax e o Refluxo da Governança Global”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 18, núm. 3, 2021, p. 74.

direito internacional econômico.⁶ “Intra” nacionalmente, Slaughter e Burke-White argumentam que o desafio do direito internacional contemporâneo é “fortalecer as instituições domésticas, subsidiá-las e compeli-las a agir”.⁷

Para indagar *como* as linhas de responsabilidade global são quebradas no campo da saúde e *quais* as possibilidades de resistência à ordem normativa internacional, este trabalho discute algumas causas institucionais do acesso desigual à medicamentos entre o Norte e o Sul globais e alguns limites e possibilidades da responsabilidade social das empresas (RSE) farmacêuticas transnacionais por esta desigualdade. Para tanto, a primeira parte investigará quais são os atores, os fatores e os processos da governança sanitária global (II), discutindo como atores privados participam da governança sanitária global (1) e como ela está estruturada em termos de *soft-law* (2). À luz desses elementos, a segunda parte pensará prospectivamente a RSE (III), debatendo os limites dos seus mecanismos jurídicos (1) e analisando criticamente se o Fundo de Impacto na Saúde é uma estratégia hábil para conciliar os interesses das empresas com seus deveres sociais (2). Metodologicamente, o trabalho faz uma revisão da literatura especializada, análise documental e de dados primários, conduzindo uma abordagem normativa do tema.

II. ATORES, FATORES E PROCESSOS DA GOVERNANÇA SANITÁRIA GLOBAL

Com a pandemia de COVID-19, a vasta literatura sobre governança sanitária global há tempos debatida nos campos da Ciência Política e das Relações Internacionais também chega ao campo do Direito Internacional. Esta parte do trabalho discute os processos através dos quais a governança global privilegia os interesses de uma pluralidade de atores públicos e privados, dentre os quais as grandes corporações farmacêuticas, sobre os interesses comuns da humanidade (1), e os fatores que levam estes atores a investir em *soft law* (2).

⁶ Pozzatti, Ademar e Trindade, Igor, *op. cit.*

⁷ Slaughter, Anne-Marie e Burke-White, William, “The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, vol. 47, 2006, p. 328.

1. Governança global via atores privados

A literatura é profícua em mostrar que, como reflexo da globalização econômica, se intensificou a interdependência global, contexto em que se transcende aos mecanismos verticalizados de articulação internacional e são formados espaços horizontais de interação, os quais relativizam o papel do Estado como único interlocutor legítimo das relações internacionais, e viabilizam que atores emergentes na sociedade global consigam de forma mais direta e dinâmica, promover seus interesses.⁸ Por esses fatores, a governança global se tornou “multifacetada” e policêntrica, com muitos atores não-estatais disputando espaços e influência nos processos de tomada de decisão.⁹ Com a multiplicação das fontes, dos processos e dos atores do direito internacional em questões sanitárias, parte da literatura aponta para a relativização do papel do Estado soberano,¹⁰ enquanto outros estudos mostram que um dos seus papéis proeminentes é justamente o fortalecimento estatal.¹¹ Nesse cenário complexo e instável, o campo do Direito Internacional absorve algo que é de longa data sabido pelos formuladores de políticas e tomadores de decisão: a superação das compartimentações tradicionais — interno-internacional, público-privado — e o reconhecimento da agência de uma pluralidade de atores não-estatais e de processos institucionais arrojados operados a partir de novos tipos normativos.¹²

A superação das dicotomias interno-internacional e público-privado não resulta em um espaço político anárquico, tampouco um âmbito de liberdade de mercado imune à regulação. Ele é composto por uma fina teia de regras resultante da preocupação com um projeto intenso e contínuo

⁸ Para um apanhado desta literatura, ver: Souza, Lucas e Saldanha, Jânia, “O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, núm. 1, 2019, pp. 200-222.

⁹ Nasser, Salem Hikmat e Papy, Luiza Nogueira, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰ Souza, Lucas e Saldanha, Jânia, *op. cit.*

¹¹ Ver, por exemplo: Pozzatti, Ademar e Farias, Luiza, “O Brasil e a cooperação Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, 2019, pp. 363-382.

¹² Jouannet, Emmanuelle, *Le droit international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 4.

de regulação e gestão.¹³ O direito internacional clássico era um direito formal de coexistência pacífica das liberdades soberanas dos Estados, sendo composto por direitos absolutos, fundamentais, que se impunham em todas as circunstâncias pelo fato de os seus atores serem Estados.¹⁴ Contemporaneamente, segundo Jouannet,¹⁵ existem três categorias principais de sujeitos/atores do direito internacional para além do Estado, dotados de personalidade e capacidade jurídica variáveis: as organizações internacionais e outros atores institucionais públicos, os atores cívicos e os atores económicos privados. Esses últimos detêm um espaço decisório cada vez maior e gozam incontestavelmente de certa personalidade jurídica internacional, a ponto de, inclusive, segundo Jouannet,¹⁶ serem capazes de concluir acordos com os Estados, figurar como parte perante a justiça arbitral internacional e definir as decisões prolatadas pelas instituições internacionais.

Contudo, as “formas jurídicas” e as “instituições formais” apenas reconhecem como sujeito do direito internacional aquele que formalmente cria normas e é simultaneamente o seu destinatário imediato. Por isso, qualquer participação de atores privados continua sendo indireta, não oficial e, em grande parte, *ad hoc*.¹⁷ Para lidar com as “formas jurídicas”, a literatura mostra que alguns atores de grande poder político, económico, técnico e científico, tais como as grandes corporações farmacêuticas, tornaram-se influentes nas instituições globais por meio do recrutamento dos Estados para a defesa de seus interesses.¹⁸ Para Souza e Saldanha,¹⁹ isso gera um sentimento de impotência em meio a um pluralismo normativo considerado por vezes incompreensível ou opressivo e que permeia os direitos internos, obstruindo o compromisso dos Estados de respeitar os direitos humanos protegidos pelo mesmo direito internacional que lhes coage política e economicamente a violá-los.

¹³ Kennedy, David, *op. cit.*, p. 646.

¹⁴ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, pp. 10-14.

¹⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹⁶ *Ibidem*, p. 52.

¹⁷ Rached, Danielle e Ventura, Deisy, “World Health Organization and the search for accountability: a critical analysis of the new framework of engagement with non-state actors”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 33, núm. 6, 2017.

¹⁸ Clark, Jocalyn e Mcgoey, Linsey, “The black box warning on philanthrocapitalism”, *The Lancet*, vol. 388, núm. 1059, 2016, pp. 2457-2459.

¹⁹ Souza, Lucas e Saldanha, Jânia, *op. cit.*, p. 208.

Nesse contexto de regulamentação internacional policêntrica e negocial que cada vez mais entrelaça interesses públicos e privados, Ventura²⁰ alerta para a banalização da transformação de questões sanitárias em ameaças, argumentando que, porque elas são combatidas com medidas excepcionais e procedimentos técnicos ou burocráticos - nos quais frequentemente se desrespeita o escrutínio democrático, ainda que suas repercussões na esfera política sejam amplas - gera-se riscos à democracia e aos direitos humanos.

A priorização dos interesses securitários e das instituições econômicas torna as demais temáticas dependentes da “caridade” pública ou privada, como se verifica na OMS, cuja atuação, segundo Ventura,²¹ nem sempre consegue focar em áreas prioritárias por ter grande parcela de seu orçamento constituído por contribuições voluntárias que apresentam destinação pré-definida, conforme o interesse dos doadores. Esse tipo de doação é chamada de *earmarked*, por ser “carimbada” para determinada finalidade ou projeto, ainda que com isso sejam distorcidas as prioridades programáticas definidas pelos Estados-membros e dada margem a diversos conflitos de interesses.²²

Para Rached e Ventura,²³ a aceitação desse “filantropocapitalismo” cria “magos tecnológicos” de elevada autoridade moral no âmbito da governança global sanitária, o que resulta em que indivíduos de sucesso nos setores financeiros ou tecnológicos, mas não necessariamente com conhecimento e experiência no desenvolvimento social e da saúde, ocupem espaços de decisão.²⁴ A Fundação Bill e Melinda Gates é uma das maiores doadora de fundos à OMS, sendo que seu fundador, além de ser considerado um dos maiores atores da governança global sanitária, é um grande aliado da indústria farmacêutica e utiliza sua influência a favor do atual sistema de proprie-

²⁰ Ventura, Deisy, “Do Ebola ao Zika: as emergências internacionais e a securitização da saúde global”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 32, núm. 4, 2016.

²¹ Ventura, Deisy, *Direito e Saúde Global: O caso da pandemia de gripe A (H1N1)*, São Paulo, Dobra Editorial, 2013, p. 115.

²² Ventura, Deisy e Perez, Fernanda, “Crise e reforma da organização mundial da saúde”, *Lua Nova*, vol. 92, 2014, pp. 53 y 54.

²³ Em 1990, contribuições privadas superaram 54% do total de fundos e atualmente representam quase 80% da receita total da OMS (US \$ 4,4 bilhões para 2016-2017); no período de 2012-2013, os 20 principais financiadores da OMS forneceram quase 80% do financiamento total, dentre eles, Fundação Bill e Melinda Gates, *Rotary International e Bloomberg Family Foundation*. Ver: Rached, Danielle e Ventura, Deisy, *op. cit.*, p. 2.

²⁴ Clark, Jocalyn e McGoey, Linsey, *op. cit.*, p. 2459.

dade intelectual, atitude que macula algumas medidas tomadas pela OMS.²⁵ Ilustra com clareza essa permeabilidade do social ao econômico o discurso de Melinda Gates, na abertura da Assembleia Mundial da Saúde de 2014, quando afirmou que “salvar recém-nascidos se trata de um ato bondoso de amor que apresenta um significado empresarial e pragmático”.²⁶

Para Chimni,²⁷ é preocupante essa tendência de se recorrer a atores privados para financiar organizações internacionais, pois ela gera o perigo de que a reconstituição da relação entre Estado e direito internacional fomente apenas a operação global do capital e a promoção e tutela dos direitos de propriedade. Ademais, essa abertura da OMS aos interesses privados é contraditória em um contexto no qual, ainda que as normas de proteção à saúde lidem com questões que afetam a vida e a dignidade humana - razão pela qual a interação da OMS com os mais diversos atores não-estatais deveria ser considerada como essencial para promover a democracia e consagrar o seu papel diretivo - a sua burocracia inviabiliza que atores privados tenham voz na instituição quando destituídos de forte poder político ou econômico.²⁸ Esse diagnóstico, além de macular a confiança na OMS, espelha o objetivo da globalização econômica que, no entendimento de Chimni,²⁹ é o de criar um espaço econômico unificado que acomoda tão somente os interesses de uma elite transnacional, cuja influência sem precedentes na definição de políticas e leis globais limitou as possibilidades de atuação dos Estados do Sul global e de participação de atores sociais na definição de prioridades globais de saúde que sejam eficientes, sustentáveis e acessíveis aos mais pobres.

Até 2016, a relação da OMS com a sociedade civil internacional era centralizada nas Organizações Não-Governamentais (ONGs), através de relações oficiais ou de trabalho, das quais apenas as primeiras conferiam acesso às sessões da Assembleia Mundial da Saúde e da Diretoria Executiva. Nesses casos, concedia-se a elas o direito de nomear um representante para participar, sem direito a voto, das reuniões e a prerrogativa de enviar notas ao Diretor-Geral, a quem cabia decidir disponibilizá-las ou não para outros

²⁵ Ventura, Deisy, *Direito e Saúde Global...*, cit., p. 115.

²⁶ Ventura, Deisy e Perez, Fernanda, *op. cit.*, p. 54.

²⁷ Chimni, B. S., “Third World Approaches to International Law: a manifesto”, *International Community Law Review*, vol. 8, núm. 1, 2006, p. 14.

²⁸ Clark, Jocalyn e McGoey, Linsey, *op. cit.*

²⁹ Chimni, B. S., *op. cit.*, p. 7.

participantes nos eventos.³⁰ Assim, a participação das ONGs foi reduzida a discursos formatados ou explicações simples, o que inviabilizava a persuasão e a sua efetiva participação na formação dos consensos.³¹ A Resolução WHA 69.10, de 2016, viabilizou a participação de atores não-estatais em reuniões da OMS, mas, por permanecerem sem direito a voto, eles continuaram excluídos das decisões sobre desenvolvimento normativo.³²

Ainda que do ponto de vista formal o processo deliberativo dos órgãos decisórios da OMS continue promovendo a inclusão efetiva apenas de representantes estatais, na prática isso é relativizado, segundo Rached e Ventura,³³ pela agenda dos financiadores privados, que influenciam a definição das prioridades da OMS, e pelo papel dos especialistas. Com o padrão de influência e tomada de decisão cada vez mais ligado às redes de especialistas, executivos e gestores de fundos, os Estados ficam cada vez mais ligados por redes de regras e regimes formais e informais.³⁴ Essas redes de influências são reflexo do que Supiot³⁵ considera como o novo feudalismo característico da sociedade em rede que transforma as relações de poder, antes dominadas pela soberania estatal, em uma relação de suserania regida por atores privados com grande poder econômico e, por conseguinte, capacidade de formar redes de poder. Nesse cenário, os indivíduos, Estados e instituições passam a se sujeitar ao cumprimento desses interesses suseranos, ao invés de observarem as leis.

Com isso, Chimni³⁶ argumenta que as instituições internacionais ideologicamente legitimam as normas da ordem mundial, cooptam a elite dos países periféricos e absorvem ideias contra-hegemônicas, assim como estruturam ativamente as questões para o debate coletivo de maneira a alinhar a estrutura normativa aos interesses dos “Estados” dominantes. Com

³⁰ Rached, Danielle e Ventura, Deisy, *op. cit.*, p. 7.

³¹ Aith, Fernando e Diniz, Maria Gabriela, “La Participation des acteurs non étatiques aux délibérations l’OMS: un regard sur le nouveau cadre régulatrice établi par la résolution OMS/WHA/69-10”, *Journal de Droit de la Santé et Assurance Maladie*, vol. 16, 2017, pp. 126 y 127.

³² *Ibidem*, p. 127.

³³ Rached, Danielle e Ventura, Deisy, *op. cit.*, p. 5.

³⁴ Souza, Lucas e Saldanha, Jânia, *op. cit.*, p. 208.

³⁵ Supiot, Alain, “The public-private relation in the context of today’s refeudalization”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, num. 1, 2013, p. 140.

³⁶ Chimni, B. S., *op. cit.*, p. 15.

esse diagnóstico, não é difícil perceber que a OMS relega para segundo plano a sua função de guardiã do direito à saúde para atuar como protetora dos interesses econômicos das corporações farmacêuticas. Além disso, essas ações diminuem a credibilidade da instituição e geram situações que beiram ao escândalo, tal como quando a OMS foi acusada de ter criado uma falsa pandemia da gripe H1N1 por influência das empresas farmacêuticas.³⁷

2. *Soft law na governança sanitária global*

Apesar de vulnerável a diversas críticas, a Organização das Nações Unidas (ONU) liderou a articulação de respostas jurídicas internacionais atinentes ao direito humano à saúde através da OMS, cujo mandato deriva da Carta da ONU, de 1945, de sua Constituição, de 1946, e do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966. O mandato da OMS permite que ela atue de forma vertical, especialmente na luta contra doenças infecciosas, mas também na área de promoção da saúde. Para atingir os seus objetivos, a OMS opera a partir de três tipos normativos: convenções adotadas pela Assembleia Mundial da Saúde³⁸ (Artigo 19), regulamentos vinculantes (Artigo 21) e recomendações (Artigo 23).

Fiddler³⁹ argumenta que o Artigo 19 não apenas deu à OMS o poder de promover e adotar tratados, mas também, quando lido dentro dos termos gerais do direito à saúde, concedeu à organização um potencial ilimitado para tornar a sua legislação rígida. No entanto, a OMS tem sido cautelosa em usar esses poderes,⁴⁰ valendo-se principalmente do Artigo 23, o qual possibilita à Assembleia Mundial da Saúde fazer recomendações sobre qual-

³⁷ Ventura, Deisy, *Direito e Saúde Global...*, cit., p. 214.

³⁸ A Assembleia Mundial da Saúde é a mais alta instância de tomada de decisões da OMS. Trata-se do órgão legislativo que é encarregado de determinar as suas políticas, nomear o seu Diretor Geral, revisar e aprovar o orçamento, considerar as recomendações relacionadas à saúde feitas pela ONU, dentre outras atribuições constantes no Artigo 18 da Constituição da OMS.

³⁹ Fidler, David, "The future of the World Health Organization: What role for international law?", *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, núm. 5, 2021, p. 1087.

⁴⁰ A primeira vez que a OMS iniciou um procedimento de acordo com o Artigo 19 foi em 1996, quando a Assembleia Mundial da Saúde instruiu o Diretor Geral a desenvolver uma convenção quadro internacional para o controle do tabaco. *Idem*.

quer competência da organização, as quais apresentam caráter mais técnico e científico e carecem de força cogente. Contudo, o foco nessa prerrogativa, segundo Fiddler,⁴¹ é atribuído à cultura organizacional da instituição, dominada por cientistas e médicos especialistas. Com essa atitude, a OMS se torna organizacionalmente inepta para lidar com violações de saúde pública e, ao não se valer de instrumental jurídico vinculante, demonstra o pouco interesse em dar um significado substancial ao direito humano à saúde proclamado em sua Constituição. Por essa razão, Fiddler considera que a atual fraqueza do direito internacional em controlar doenças infecciosas é reflexo mais da estratégia não-jurídica da OMS do que dos problemas inerentes ao próprio direito internacional.

A primazia técnico-científica na OMS fez com que ela produzisse, nas palavras de Ventura e Perez⁴² “uma normatividade cujo problema não é a ineficiência nem a escassez, mas a opacidade das condições de sua elaboração e dos interesses que contempla”. Com a escolha dessa atitude organizacional, devido a sua viabilidade política, promoveu-se o uso da *soft law* para tratar dos problemas sanitários globais. Se por um lado esta opção viabiliza a harmonização dos mais diversos interesses, por outro lado ela não tem um caráter vinculante e, por buscar conformar os múltiplos interesses, englobando múltiplos atores, torna-se vulnerável à hegemonia dos atores mais influentes.

No entanto, o recurso à *soft law* na governança global sanitária encontra obstáculo na *hard law*, o qual opera obrigações vinculantes e com conteúdo preciso, com seus correspondentes direitos e deveres executáveis.⁴³ Como exemplo de *hard law*, tem-se o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs, em inglês),⁴⁴ cujo

⁴¹ Fidler, David, “Globalization, international law, and emerging infectious diseases”, *Emerging Infection Diseases*, vol. 2, núm. 2, 1996, p. 80.

⁴² Ventura, Deisy e Perez, Fernanda, *op. cit.*, p. 56.

⁴³ Sánchez González, Alejandro, «The Interaction between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights», *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, México, vol. XXI, 2021, p. 39.

⁴⁴ O Acordo TRIPs abarca ampla gama de direitos de propriedade intelectual, dentre os quais direitos autorais, marcas comerciais e patentes. Entretanto, no que tange ao acesso a medicamentos, o regime patentário resguardado entre os Artigos 27 e 34 é o ponto central. O Artigo 28 concede ao detentor da patente o direito exclusivo por meio da proibição de que outras empresas fabriquem, usem ou vendam o produto patenteado por um período de vinte anos contados a partir da data do depósito.

cumprimento pode ser inclusive imposto/forçado pelo sistema de solução de controvérsias da OMC.⁴⁵ A *soft law*, em sentido contrário, tem conteúdo impreciso e, por não ser vinculante, não é coercitiva,⁴⁶ tal como as recomendações da OMS e diversas declarações de direitos humanos.

Os acordos caracterizados como *hard law* permitem a sua aplicação doméstica contra atores não estatais, tais como entidades privadas, organizações transnacionais ou a sociedade civil, ainda que eles não sejam partes contratantes no direito internacional público. Essa realidade é atestada pelo acordo TRIPs, cujo arcabouço rígido e coercitivo gerou aos Estados a incumbência de restringir as ações dos atores privados à nível doméstico para proteger os direitos de propriedade intelectual. Essa rigidez é problemática em contextos pandêmicos que asseveram as disparidades entre o Sul e o Norte globais, tal como se verificou nas pandemia de HIV/ AIDS⁴⁷ e de COVID-19. No caso desta última, em setembro de 2020, mais da metade das doses de vacinas em desenvolvimento contra a doença já haviam sido adquiridas por países ricos, onde vivem apenas 13% da população mundial.⁴⁸ Tal realidade refletiu na desigualdade da vacinação: enquanto naquele momento os países do Norte global tinham mais de 30% de população vacinada, os países do Sul global não conseguiram alcançar 10% de imunização. Na União Europeia, um terço da população já tinha recebido pelo menos uma dose (33%), o dobro da América do Sul (15%), o sêxtuplo da Ásia (5%) e 20 vezes maior que na África (1,5%).⁴⁹

Segundo a UNAIDS,⁵⁰ a pandemia de COVID-19 obstaculizou a manutenção do tratamento antirretroviral (ARV) no Sul global e aumentou a

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Santoro, Michael A., "Introduction to Part IV", em Santoro, Michael A. e Gorrie, Thomas M. (coord.), *Ethics and the Pharmaceutical Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 364.

⁴⁷ Hunt, Paul e Khosla, Rajat, "Acesso a medicamentos como um direito humano", *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 5, núm. 8, 2008, pp. 100-121.

⁴⁸ OXFAM Brasil, *Países ricos já compraram mais da metade do suprimento futuro da vacina contra covid-19*, 2020, disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/paises-ricos-ja-compraram-mais-da-metade-do-suprimento-futuro-da-vacina-contracovid-19/> (acesso 20 abril de 2022).

⁴⁹ El País, *Assim avança a vacinação país por país: rápida nos mais ricos, nem tanto nos mais pobres*, 2021, disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedad/2021-05-22/assim-avanca-a-vacinacao-pais-por-pais-rapida-nos-mais-ricos-nem-tanto-nos-mais-pobres.html> (acesso 20 abril de 2022).

⁵⁰ UNAIDS, *Seizing the moment tackling entrenched inequalities to end epidemics*, 2020, disponível em: <https://www.unaids.org/en/resources/documents/2020/global-aids-report> (acesso 15 maio de 2022).

desigualdade no seu acesso, sendo que entre 2020 e 2021, a interrupção do tratamento ocasionou mais de 500 mil mortes na África Subsaariana, regredindo aos níveis de mortalidade por AIDS de 2008. Além disso, a falha no tratamento aumentará a dispersão do HIV, a resistência aos medicamentos de primeira linha e, por conseguinte, majorará os custos para o seu tratamento.⁵¹ A despeito do fato que as pessoas soropositivas apresentam maior vulnerabilidade aos efeitos da COVID-19, em 2021 a maioria delas não tinha acesso à vacinas. A África Subsaariana, por exemplo, abriga dois terços das pessoas que vivem com HIV, porém, até julho de 2021, menos de 3% dos habitantes de todo o continente africano tinham sido vacinados com pelo menos uma dose da vacina contra a COVID-19.⁵² Agravando esse panorama, a UNAIDS alertou que o aumento do custo com medicamentos para COVID-19, somado ao grave impacto econômico da pandemia, deixou muitos países com pouca capacidade de arcar com o aumento de custos em seus programas de tratamento do HIV.⁵³

Como resistência à previsível desigualdade no acesso aos imunizantes, mesmo antes do início das vacinações, em 02 de outubro de 2020, Índia e África do Sul apresentaram na OMC uma proposta de suspensão temporária da aplicação de algumas seções do acordo TRIPs em relação a tecnologias para prevenção, contenção ou tratamento da COVID-19. A proposta foi apoiada por mais de 100 Estados-membros da OMC, os quais alegaram que os países ricos e as corporações farmacêuticas não estavam preocupadas com os efeitos perversos da crise sanitária global, mas apenas com a suas receitas. Necessário destacar que a proposição não é isenta de críticas de muitos países, inclusive do Brasil, que argumentam que o regime patentário não seria um óbice ao acesso à vacina e a capacidade de sua fabricação.⁵⁴ Na

⁵¹ UNAIDS, *Global HIV & AIDS statistics — Fact sheet*, 2021, disponível em: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_en.pdf (acesso 15 maio de 2022).

⁵² UNAIDS, *Global HIV & AIDS statistics — Fact sheet*, 2021, disponível em: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_en.pdf (acesso 15 maio de 2022).

⁵³ UNAIDS, *Seizing the moment tackling entrenched inequalities to end epidemics*, 2020, p. 218, disponível em: <https://www.unaids.org/en/resources/documents/2020/global-aids-report> (acesso 15 maio de 2022).

⁵⁴ Para maiores detalhes, ver: Meleu, Marcelino e Thaines, Aleteia, “Uma resposta dworkiniana para a colisão de princípios de direitos humanos em tempos de COVID-19: Direito à

propuesta, solicitou-se que fosse concedido aos membros da OMC, durante a pandemia, o direito de não implementar, aplicar ou fazer cumprir certas obrigações relacionadas aos produtos e tecnologias de enfrentamento ao COVID-19 nas Seções 1 (Direitos Autorais e Direitos Relacionados), 4 (Desenho Industrial), 5 (Patentes) e 7 (Proteção de Informações não divulgadas) da Parte II do TRIPs.

A despeito dos desafios impostos pelo TRIPs ao acesso a medicamentos essenciais, outro desafio se relaciona a frequente utilização de *soft law* para a formalização de instrumentos relacionados a este acesso e a RSE. Este tipo normativo apresenta maior informalidade e se expressa principalmente em fontes não tradicionais de normas, como diretrizes, princípios e relatórios, as quais carecem de caráter vinculante. Para Delmas-Marty,⁵⁵ os instrumentos de *soft law* tem três características: *mole* quanto aos efeitos, por não prever sanções para o caso de não cumprimento, *fluido* quanto ao conteúdo, se comondo de premissas vagas e/ou imprecisas e *doce* quanto a obrigatoriedade, por não ser cogente. Logo, um instrumento jurídico de *soft law* pode ser triplamente *soft*: quanto ao seu conteúdo, obrigatoriedade e efeitos. Jouannet⁵⁶ argumenta que essas normas e práticas jurídicas são constituídas por regramentos prospectivos e medidas de incentivo ao invés de sanções, razão pela qual o consenso dos diferentes atores envolvidos é sobrevalorizado. Essas normas são a expressão dos diferentes objetivos substanciais, culturais, sociais, econômicos e exprimem o consenso social obtido entre eles num dado momento social e político, razão pela qual são muito mais maleáveis e sujeitas à permanente negociação.⁵⁷

A débil coercibilidade dessas normas e práticas gera discussão se elas são ou não autênticas normas jurídicas. Por exemplo, Koskenniemi crítica o fato de os juristas insistirem no que ele chama de teste formal de “pedigree” das fontes normativas, responsável por identificar quais *standards* se qualificam como normas.⁵⁸ Nessa senda, Kennedy argumenta que o tecido

saúde versus direito de propriedade exclusiva sobre patentes farmacêuticas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 12, núm. 1, 2022, p. 135.

⁵⁵ Delmas-Marty, Mireille, “Vers une responsabilité équitabile dans une communauté mondialisée”, *Études*, vol. 1, núm. 414, 2011, pp. 19-30.

⁵⁶ Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁸ Koskenniemi, Martti, “The politics of international law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, núm. 1, 1990, pp. 4-32.

normativo não é uma tapeçaria unificada e coerente, e, sob um prisma sociológico, se observa o que é lei conforme seus efeitos jurídicos, não sua validade formal,⁵⁹ de forma que deve se preocupar mais com os efeitos persuasivos de uma norma do que com o seu “pedigree”. Para González,⁶⁰ o papel persuasivo das iniciativas de *soft law* consiste no fato de que elas, apesar de não serem dotadas de exigibilidade, podem criar expectativas sociais e modificar comportamentos. Outrossim, devido à sua flexibilidade e fácil adaptação às mudanças, elas são úteis em circunstâncias nas quais o consenso generalizado é inviável ou quando os governos relutam em aceitar obrigações vinculantes. Por outro lado, Rivera⁶¹ argumenta que a *soft law*, por não ser norma jurídica cogente, perpetua a irresponsabilidade dos atores privados em temas globais como RSE, de forma que esse tipo normativo “não jurídico” deveria complementar normas obrigatórias derivadas do direito internacional e dos ordenamentos nacionais. Sobre esses desafios da RSE se discutirá a seguir.

III. LIMITES E POSSIBILIDADES DA RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS FARMACÊUTICAS

A aplicação de obrigações em matéria de direitos humanos a empresas continua a ser uma questão não resolvida no cenário global. Para Santoro,⁶² com a alta dependência das empresas privadas para atender às necessidades de saúde pública, sempre haverá o desalinhamento entre os interesses públicos e privados, de forma que as instituições públicas deveriam instituir limites à atuação das empresas. Abaixo serão debatidos os limites de alguns instrumentos jurídicos de RSE (1) e como o Fundo de Impacto na Saúde propõe conciliar os interesses das empresas com seus deveres sociais (2).

⁵⁹ Kennedy, David, *op. cit.*

⁶⁰ Sánchez González, Alejandro, *op. cit.*, pp. 39, 42.

⁶¹ Rivera, Humberto, “Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, México, vol. XIII, 2013.

⁶² Santoro, Michael A., *op. cit.*, p. 364.

1. Os limites dos mecanismos jurídicos

Em 2000, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio convocaram vários agentes nacionais e internacionais, públicos ou privados, para compartilhar responsabilidades em relação aos problemas globais. O Objetivo 8 ressaltava a importância de uma parceria global com *as empresas farmacêuticas* para a promoção do desenvolvimento, *cujo fim é viabilizar o acesso a medicamentos essenciais a um preço razoável em países em desenvolvimento*. Com o objetivo de evitar que fossem firmados acordos desproporcionalmente favoráveis às empresas farmacêuticas, a Assembleia Geral da ONU editou a Resolução 2001/33, reconhecendo que o acesso à saúde é um dos mais importantes direitos fundamentais e apregoando que os Estados não deveriam tomar medidas que limitassem as condições de acesso aos medicamentos e às tecnologias biofarmacêuticas de prevenção e tratamento de doenças pandêmicas e as infecções frequentes que as acompanham. Dirigida aos Estados e não se referindo a uma conduta empresarial socialmente responsável, a Resolução convocava os Estados a adotarem as devidas medidas em suas legislações com o objetivo de resguardar o acesso a tais medicamentos ou tecnologias preventivas e curativas, assim como estabelecer políticas públicas adequadas para a alocação de recursos que fomentem o acesso à saúde.⁶³

Contudo, Ventura⁶⁴ argumenta que uma empresa farmacêutica desvinculada de seu propósito social perpetua a centralidade do Estado na concretização do direito à saúde, ignorando as intervenções nas políticas sanitárias que uma empresa farmacêutica poderia e deveria realizar a fim de melhorar o acesso à medicamentos. Essa visão de uma empresa farmacêutica desvinculada de seu propósito social torna o Estado o seu grande cliente, em especial nos momentos de crise sanitária e/ou econômica, aprofundando a abissal assimetria entre os Estados no acesso a fármacos. Daí a necessidade de se desenvolver uma estrutura viabilizadora do delicado equilíbrio entre a preservação dos interesses econômicos e a ampliação do acesso a fármacos

⁶³ Basso, Maristela e Polido, Fabrício, “Propriedade intelectual e preços diferenciados de medicamentos essenciais: políticas de saúde pública para países em desenvolvimento”, em Basso, Maristela (coord.), *Propriedade intelectual e preços diferenciados de medicamentos essenciais: políticas de saúde pública para países em desenvolvimento*, Rio de Janeiro, ABIA, 2005.

⁶⁴ Ventura, Deisy, *Direito e Saúde Global...*, cit., p. 28.

essenciais a preços acessíveis para os mais pobres. A despeito disso, Martin-Chenut⁶⁵ mostra que a flagrante assimetria entre a responsabilidade dos Estados e a das empresas não é compensada por um direito internacional que promove a responsabilidade proporcional ao poder exercido pelos diferentes atores, ainda que a detenção de um poder tivesse de gerar um dever e, conseqüentemente, a responsabilidade. Para a mesma autora, a multiplicação de atores deveria implicar na redistribuição de responsabilidades e não na sua diluição.

Face à importância desses atores privados globais que, apesar de não serem reconhecidos como sujeitos do direito internacional, detém poder decisório na arena multilateral, urge-se de uma profunda discussão acerca de como responsabilizá-los.⁶⁶ Portanto, ainda que a RSE por violações de direitos humanos - seja pela omissão em pesquisar doenças negligenciadas como o Ebola e o Zika,⁶⁷ pelos lucros exorbitantes,⁶⁸ por tratar pessoas como cobaias⁶⁹ ou por não prestar assistência às pessoas que sofrem de doenças tratáveis em países periféricos⁷⁰ - não seja uma tarefa simples, posto que inexistente um mecanismo jurídico internacional para isso, as políticas de saúde não podem ser dominadas apenas pelo poder econômico. Nesse sentido, a RSE, ainda que não possa curar por completo os “problemas” acima mencionados, poderia ao menos servir de medida paliativa e inicial na implementação de uma nova ética na estrutura corporativa que reconheça deveres que

⁶⁵ Martin-Chenut, Kathia, “Quelles responsabilités face aux exigences d’une démocratie environnementale?”, em Canal-Forgues, Eric (coord.), *Démocratie et diplomatie environnementales: Acteurs et processus en droit international*, Paris, Pedone, 2015, p. 285.

⁶⁶ Rivera, Humberto, *op. cit.*

⁶⁷ Ventura, Deisy, “Do Ebola ao Zika...”, *cit.*

⁶⁸ Mathias, Maíra, “Farmacêuticas: é hora de abrir a caixa preta”, *Outras Palavras*, 3.6.2019, disponível em: <https://outraspalavras.net/direitosouprivilegios/farmaceticas-e-hora-de-abrir-a-caixa-preta/>.

⁶⁹ Em 1996, houve um surto de meningite no norte da Nigéria. Ao saber disso, a empresa farmacêutica Pfizer ofereceu a população local tratamento infantil, visando testar a efetividade e segurança do medicamento “Trovan” que não foi aprovado para esse público pela *U.S. Food and Drugs Administration*. Essa atitude resultou na morte de 11 crianças que participaram do teste e em outras ocasionou sequelas como danos cerebrais, paralisia e surdez. Para maiores detalhes, ver: Nwobike, Justice C., “Empresas farmacêuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, núm. 4, 2006, p. 135.

⁷⁰ Ventura, Deisy, “Do Ebola ao Zika...”, *cit.*

transcendem àqueles devidos aos acionistas e atingem a proteção de todos que são afetados pelas suas atividades, mas não são consumidores.

Como respostas ao sistema patentário, surgiram padrões voluntários de controle dos atores privados como princípios orientadores, diretrizes e códigos de conduta elaborados pelas empresas.⁷¹ Tais instrumentos, ainda que possam apresentar um impacto positivo na prática empresarial, carecem de efeitos jurídicos e sua inobservância não gera custos jurídicos, embora a transgressão desses instrumentos possa macular a reputação das corporações e gerar boicotes. Estes instrumentos buscam estimular comportamentos das empresas na medida em que geram uma melhoria da sua imagem perante a sociedade.⁷²

Um primeiro passo na definição da RSE do setor farmacêutico foi o projeto de Diretrizes para os Estados e Companhias Farmacêuticas sobre o Acesso a Medicamentos, idealizadas pelo Relator Especial sobre o direito à saúde do Conselho de Direitos Humanos da ONU, Paul Hunt, em 2008.⁷³ O projeto objetivava ajudar os Estados e as empresas a entender melhor e cumprir suas responsabilidades relacionadas ao acesso à medicamentos e ao direito à saúde, tratando de temas como sistemas diferenciados de preços, pesquisa e desenvolvimento, parcerias público-privadas e outros assuntos.⁷⁴

Outro instrumento é a Estratégia Global e Plano de Ação em Saúde Pública, Inovação e Propriedade Intelectual, elaborada em 2008 pelo Grupo de Trabalho Intergovernamental da OMS para Saúde Pública, Inovação e Propriedade Intelectual (IGWG). Nos seus princípios orientadores é definido que a OMS desempenhará um papel estratégico e central na relação entre saúde pública, inovação e propriedade intelectual e ressaltado que o gozo do mais alto padrão de saúde possível é um direito fundamental de todo o ser humano.⁷⁵ Eles determinam especificamente que a inovação tecnológica e a transferência de tecnologia devem ser realizadas por todos os Estados e apoiadas pelos direitos de propriedade intelectual (Princípio 3), e que os direitos de propriedade intelectual não devem impedir a promoção

⁷¹ Sánchez González, Alejandro, *op. cit.*, p. 45.

⁷² Rivera, Humberto, *op. cit.*, p. 326.

⁷³ Hunt, Paul e Khosla, Rajat, *op. cit.*

⁷⁴ Para uma análise crítica, ver: Delmas-Marty, Mireille, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁵ Para uma análise crítica, ver: Pogge, Thomas *et al.*, “Access to essential medicines: public health and international law”. em Pogge, Thomas *et al.* (coord.), *Incentives for global public health: Patent Law and access to medicines*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

e o aperfeiçoamento da transferência de tecnologia entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, bem como entre países em desenvolvimento (Princípio 4). No sétimo princípio é definido que a OMS deverá garantir e aprimorar mecanismos de financiamento sustentável e fornecer produtos de saúde e dispositivos médicos para atender às necessidades dos países em desenvolvimento. Por fim, a OMS deverá se esforçar para desenvolver mecanismos para monitorar a implementação da Estratégia Global e do Plano de Ação, incluindo sistemas de relatórios.⁷⁶ Apesar de tais avanços, a Estratégia Global foi alvo de críticas por não estipular medidas concretas para a reforma do atual sistema de inovação fundado nas patentes.⁷⁷ Contudo, apesar das críticas, ela se voltou para as necessidades de saúde pública dos países em desenvolvimento, incluindo o financiamento e mecanismos de incentivo à criação de novos medicamentos e outros produtos contra doenças que afetam desproporcionalmente esses países.

Em 2019, a Assembleia Mundial da Saúde aprovou a Resolução A72/A/CONF./2 intitulada “Melhorar a Transparência dos Mercados de Medicamentos, Vacinas e outros Produtos de Saúde”, cujo mérito é reconhecer que para a diminuição dos custos de medicamentos e produtos de saúde, é necessária transparência em toda cadeia produtiva.⁷⁸ A transparência é necessária para se verificar quanto do investimento em pesquisa e desenvolvimento é oriundo de verbas públicas, assim como para analisar se países em condições socioeconômicas similares estão pagando de forma paritária,⁷⁹ ou recebem condições distintas.⁸⁰ Ainda que pouco vinculante, a Resolu-

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

⁷⁸ A falta de transparência dificulta a determinação do preço de um medicamento, como no caso da droga Sofosbuvir, para o tratamento da Hepatite C, que mesmo na Suíça só era administrada aos pacientes em casos muito graves devido ao seu elevado custo. Ao ser indagada sobre os critérios definidores do valor do medicamento, a Gilead afirmou que se baseou no preço da própria vida, pois ou se ingere o medicamento ou realiza um transplante de fígado, caso contrário se morrerá. Logo, seu valor não seria tão elevado se comparado com o da vida humana. Ver: Mathias, Maíra, *op. cit.*

⁷⁹ A cláusula de confidencialidade presente em muitos contratos permite que alguns dos países mais pobres do mundo paguem preços mais elevados do que países industrializados por um mesmo medicamento, devido as discrepâncias dos poderes negociais entre esses países. Ver: *Idem*.

⁸⁰ OMS, *Improving the transparency of markets for medicines, vaccines, and other health products*, 2019.

ção avança ao determinar ações a serem realizadas pelos Estados e pelo Secretariado da OMS. Contudo, para que a Resolução seja efetiva, torna-se necessária a implementação nacional e, visando evitar interpretações limitadas do texto que esvaziem o seu conteúdo normativo, é importante que sejam desenvolvidos instrumentos de *accountability*.⁸¹ Entretanto, no recente contexto de COVID-19, valendo-se de sua posição chave, as corporações farmacêuticas impuseram cláusulas de confidencialidade sob a alegação de que assim seria viabilizada uma melhor distribuição das vacinas. Essa justificativa foi refutada pela ineficiente distribuição e despertou preocupação quanto a possibilidade de que uma negociação desvantajosa afetasse tanto a garantia do direito à saúde e a vida, quanto a gestão eficiente e adequada do dinheiro público.⁸²

Face a estes problemas, a OMS, por meio do documento Resposta à COVID, de 19 de maio de 2020, propôs que quaisquer obstáculos injustificados devessem ser removidos e que as flexibilidades do TRIPs deveriam ser reforçadas.⁸³ No mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU aprovou duas Resoluções (AGNU 74/270 e AGNU 74/274) enfatizando a necessidade de dimensionar rapidamente a fabricação e fortalecer as cadeias de abastecimento para garantir acesso eficiente, oportuno, justo, transparente e equitativo e distribuição de diagnósticos, medicamentos e vacinas para COVID-19 para todos aqueles que precisassem, em especial nos países em desenvolvimento. Apesar de servirem de base para iniciativas socialmente responsáveis, estas medidas em nada se assemelham de mecanismos jurídicos de responsabilização. Somente por meio destes seriam mais bem definidos os deveres das empresas farmacêuticas de respeitar o direito à saúde reconhecido pelo Comentário Geral 14, Parágrafo 42, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.⁸⁴

Como resposta solidária fruto da articulação de diversos atores públicos e privados orquestrados pela OMS, se desenvolveu o consórcio COVAX (COVID-19 Vaccine Access). O consórcio visou à distribuição de dois bi-

⁸¹ Mathias, Maíra, *op. cit.*

⁸² Cardona, Gressy e Mendieta, David, “La adquisición de vacunas contra la COVID-19 por Colombia: entre la confidencialidad y la falta de transparencia”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 11, núm. 3, 2021, p. 287.

⁸³ OMS, *COVID-19 response* (WHA 73.1), 2020, disponível em: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_R1-en.pdf (acesso 20 de abril de 2022).

⁸⁴ Hunt, Paul e Khosla, Rajat, *op. cit.*, p. 114.

lhões de doses de vacina para COVID-19 em 2021 e integra o eixo de vacinação do programa ACT-Accelerator, financiado por fundos de investimento, como o Fundo Monetário internacional (FMI), associações filantrópicas, dentre elas a Fundação Bill e Mellinda Gates, e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).⁸⁵ O *Serum Institute of India* é o maior fornecedor individual da Covax, sendo responsável por cerca de metade das vacinas do consórcio. No entanto, ele não realizou remessas ao consórcio nos meses de março, abril e maio de 2021 e o déficit estimado de entrega era de 190 milhões de doses até o final de junho daquele ano. O governo indiano, destacou que seria improvável que o país retomasse as exportações de grandes volumes de vacinas até pelo menos, outubro, já que os imunizantes estavam sendo usados para minorar a crise sanitária local.⁸⁶

Tal óbice é um dos múltiplos exemplos que corroboram a crítica de Nasser e Papy⁸⁷ de que o COVAX seria uma iniciativa limitada de governança sanitária com aspiração global, reduzida a mais um fórum de cooperação multilateral, no qual diversos atores visaram precipuamente seus próprios interesses, inviabilizando uma resposta coletiva a um problema coletivo. Resta claro que, no combate à COVID-19, tal como ocorre no combate ao HIV/AIDS, persiste a posição privilegiada de alguns Estados nas políticas de acesso a medicamentos, assim como das multinacionais farmacêuticas, que priorizarem os seus ganhos financeiros sobre a sua responsabilidade social. Do mesmo modo, persiste a ausência de efetiva fiscalização e de qualquer sanção a esses atores e com isso são evidenciados os limites da atuação do Estado no exercício da sua autoridade.⁸⁸ Face a estes desafios no compartilhamento de responsabilidades na governança sanitária global, acadêmicos e formuladores de políticas prospectaram alternativas para proteger o direito à saúde e o acesso aos medicamentos essenciais. Uma dessas alternativas será discutida a seguir.

⁸⁵ Nasser, Salem Hikmat e Papy, Luiza Nogueira, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁶ BBC, *India's COVID crisis hits Covax vaccine-sharing scheme*, 2021, disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-57135368> (acesso 20 de abril de 2022).

⁸⁷ Nasser, Salem Hikmat e Papy, Luiza Nogueira, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁸ Cardona, Gressy e Mendieta, David, *op. cit.*, p. 296.

2. O Fundo de Impacto na Saúde

Para Pogge, o acesso desigual a medicamentos essenciais é um exemplo de injustiça global, decorrente de um conjunto articulado de instituições e práticas internacionais e domésticas que tutelam os interesses do Norte global contra os interesses do Sul.⁸⁹ Na sua perspectiva, a desigualdade no acesso não é explicado a partir da ação e reação de sujeitos individuais e coletivos, mas a partir da estruturação institucional das relações internacionais, de forma que todos e todas que direta ou indiretamente participam desse sistema, compartilham algum grau de responsabilidade pelas suas consequências.⁹⁰

Face ao caráter incipiente dos marcos jurídicos de RSE, e assumindo a sua parcela de responsabilidade pelo desigual acesso a medicamentos essenciais, Pogge propôs a criação do Fundo de Impacto na Saúde como uma possível forma de conciliar os interesses empresariais com a RSE das empresas transnacionais farmacêuticas.⁹¹ O Fundo nasceu para contrapor a ideia de que o direito humano à saúde é reduzido a um dever fraco de caridade ou assistência que não contesta os atuais padrões de desigualdade social. Alias, apesar do resguardo da inovação por meio de patentes, é difícil argumentar que o acesso a um medicamento que salva vidas *deve ser* excluído de corpos de pacientes pobres por causa do alto preço decorrente do monopólio estabelecido pelo fabricante para recuperar seus investimentos. Face a essa primazia dos interesses empresariais, Pozzatti questiona: “qual é o valor das convenções internacionais que garantem padrões mínimos de direitos humanos se essas mesmas regras não preveem seu primado ou pelo menos sua compatibilidade com as regras de investimento?”⁹²

⁸⁹ Pogge, Thomas, “¿Qué es la justicia global?”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. 33, núm. 2, 2007, pp. 181-203.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Pogge, Thomas, “The Health Impact Fund: better pharmaceutical innovations at much lower prices”, em Pogge, Thomas *et al.* (coord.), *op. cit.*

⁹² Pozzatti, Ademar, “Entre principes et procédures: Les défis de l’affaire Chevron pour la reconnaissance et la décolonialité en Amérique Latine”, em Tourme-Jouannet, Emmanuelle e Geslin, Albane (coords.), *Le droit international de la reconnaissance: un instrument de décolonisation et de refondation du droit international?*, Aix-en-provence: Confluence des droits, 2019, p. 146.

Para que o direito à saúde não permaneça como uma expressão idealista de um objetivo intangível, Koski⁹³ considera que medidas podem e devem ser tomadas na direção desta compatibilização, e argumenta que, para que mudanças significativas e de longo prazo ocorram, exige-se um realinhamento de responsabilidades por meio do incentivo de boas práticas sem olvidar os interesses econômicos das empresas. Nessa senda, Pogge⁹⁴ considera que declarações, princípios, conferências ou financiamento e entrega de medicamentos por meio de iniciativas intergovernamentais, programas governamentais, parcerias público-privadas, pool de patentes⁹⁵ e doações de medicamentos de empresas farmacêuticas, não bastam.

Para que haja uma mudança efetiva e evitados os efeitos letais decorrentes do acordo TRIPs, o referido autor defende que os governos passem a compensar as empresas farmacêuticas por qualquer medicação nova na proporção de seu impacto sobre a carga global de enfermidades, por meio de um Fundo de Impacto na Saúde, sob a condição de que o inventor permita que outras empresas produzam livremente a medicação e a comercializem a preços competitivos. Ao envolver reformas institucionais, essa solução é mais sistêmica e capaz de lidar com a crise global de saúde em sua raiz. Para mobilizar os atores necessários à sua construção e viabilizar o acordo político, Pogge destaca como principais desvantagens do atual regime global de patentes o alto preço, a negligência de doenças concentradas em regiões pobres, a tendência à produção de medicamentos pouco inovadores ou de manutenção (isto é, os de uso contínuo, e não de cura ou preventivo) e o *marketing* excessivo, quando comparado a pesquisa e desenvolvimento.⁹⁶

⁹³ Koski, Edward, “Renegotiating the Grand Bargain: Balancing Prices, Profits, People, and Principles”, em Santoro, Michael e Gorrie, Thomas (coords.), *Ethics and the Pharmaceutical Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 400.

⁹⁴ Pogge, Thomas, “¿Qué es la justicia...”, *cit.*, p. 197.

⁹⁵ Ilustra esse fato o *pool* de patentes da Unitaid que visa salvaguardar o acesso a ARV em países em desenvolvimento por meio de licenças obtidas mediante indenização. Contudo, conforme relatos da organização Médicos Sem Fronteiras, o *pool* sofre com a pressão constante das empresas farmacêuticas para retirar o benefício de alguns países em desenvolvimento, dentre eles África do Sul, Brasil e Índia. Médicos sem Fronteiras, *Pool de patentes da Unitaid: países em desenvolvimento estão sob o risco de serem excluídos*, Nova Iorque, 2009, disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/pool-de-patentes-da-unitaid-paises-em-desenvolvimento-estao-sob-o-risco-de-serem-excluidos> (acesso 24 de abril de 2022).

⁹⁶ Pogge, Thomas, “The Health Impact Fund...”, *cit.*, p. 139.

Segundo Pogge,⁹⁷ um primeiro passo seria realizar uma reforma jurídica que compreenda seis elementos: (1) fornecer reais incentivos à inovação; (2) recompensar os medicamentos com base no impacto na saúde humana, e não com base na demanda do mercado; (3) as recompensas disponíveis devem estar ligadas não ao quanto um medicamento é eficaz, mas quais são os seus efeitos globais; (4) esse mecanismo deve atrair inovação e angariar os esforços necessários para garantir efetivo acesso a novos medicamentos à nível mundial; (5) para viabilizar o acesso real aos medicamentos, as recompensas pelo impacto na saúde, devem exigir, como condição, que o preço de venda do medicamento não seja superior ao menor custo possível de produção e distribuição; e (6) as recompensas do impacto na saúde devem ser financiadas pelos governos como um bem público.

Para consubstanciar essas características em uma proposta, Pogge⁹⁸ sugere a criação de uma nova agência internacional que recompense toda inovação farmacêutica conforme seu impacto na saúde durante a primeira década posterior ao seu lançamento, de forma que o Fundo recompensaria o desenvolvimento de novos medicamentos de alto impacto sem excluir os pobres da fruição de seus benefícios. O financiamento do Fundo seria feito mediante contribuições proporcionais às respectivas rendas nacionais brutas dos Estados membros, por três razões: (1) as contribuições dos vários países parceiros são ajustadas automaticamente de maneira a acompanhar seu enriquecimento e empobrecimento, (2) essa organização evita discussões acerca das proporções de contribuição e (3) assegura a todos os países que qualquer custo extra seja proporcionalmente suportado por todos os outros Estados membros.⁹⁹

Pogge¹⁰⁰ sustenta que se todos os países concordassem em participar do Fundo, cada um deles contribuiria com menos de 0,01% de sua renda nacional bruta nos primeiros US\$ 6 bilhões. Para o mesmo autor, esse montante, além de ser mitigado pelo amplo acesso aos medicamentos registrados no Fundo, é irrisório quando comparado ao seu impacto gigantesco, por ser uma solução sistêmica e completa para os diversos problemas que permeiam o atual sistema patentário, acima discutido. Sopesando esses be-

⁹⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 151.

¹⁰⁰ *Idem*.

nefícios, Pogge considera a criação do fundo um caminho politicamente realista a ser seguido em prol da proteção dos pobres sem ignorar os interesses empresariais.

Na proposta, o proprietário de uma patente que tenha obtido autorização de mercado em pelo menos um país poderá optar por ingressar no Fundo por um período de até dez anos, com a condição de que não venderá o medicamento por valor superior ao custo médio de fabricação e distribuição.¹⁰¹ Em troca, ele será remunerado pelo Fundo conforme os benefícios clínicos alcançados pelo medicamento em comparação com outros fármacos registrados. No final do período de dez anos, se o medicamento ainda estiver patenteado, o proprietário deverá oferecer uma licença isenta de *royalties* de modo a permitir que o medicamento seja fabricado e vendido por terceiros. Optando ou não pelo Fundo, a empresa continua a possuir a patente original.

Como a remuneração seria conforme o impacto na saúde, as empresas teriam um motivo para garantir que o medicamento certo chegue ao paciente certo, na dose certa e no momento certo. Ademais, por não requerer alterações substanciais na estrutura de proteção ou licenciamento de propriedade intelectual, o Fundo possivelmente levaria a relacionamentos mais cooperativos e menos litigiosos, gerando menos despesas jurídicas, entre proprietários de patentes e fabricantes de genéricos. Isso porque os proprietários teriam menos probabilidade de recusar licenças razoáveis e os fabricantes de genéricos seriam menos propensos a violar os direitos de propriedade patentária.¹⁰² Ao defender o Fundo, Pogge não ignora que a “linguagem do dinheiro” é necessária para que se convença os atores privados da necessidade de incluir em suas políticas corporativas os problemas dos mais pobres. Contudo, Lidell¹⁰³ questiona se as empresas teriam interesse em participar de algo novo, dado que o atual sistema já lhes concede diversos privilégios, e defende a necessidade de uma mudança cultural, em especial dos financiadores de pesquisa, para que sejam atingidos objetivos de longo prazo.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 151.

¹⁰³ Liddel, Kathleen, “The Health Impact Fund: a critique”, em Pogge, Thomas *et al.*, *op. cit.*, p. 161.

De fato, a construção de um novo *ethos* socialmente mais responsável no campo da saúde global é pressuposto para que mudanças efetivas ocorram. Por outro lado, como destacam Olsen e Santana,¹⁰⁴ apesar de a vantagem econômica não poder ser o eixo basilar do respeito aos direitos humanos, é necessário valer-se dela como um “chamariz para o diálogo com as empresas”, abrindo espaço para processos transformadores que possam viabilizar a “promoção de atividades empresariais focadas na geração de valor social”, não na qualidade de filantropia, mas do atento dever de respeito aos direitos humanos. O Fundo parece contribuir para a construção de novos horizontes viabilizadores do equilíbrio entre os diversos interesses envolvendo a temática.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho analisou criticamente a governança sanitária global e verificou que, nos moldes atuais, ela reduz a responsabilidade das empresas farmacêuticas a de gerar lucro, deixando o setor público como o único responsável pela resolução dos problemas sanitários locais, ainda que o papel do Estado seja cada vez mais redimensionado face a multiplicação das fontes, dos processos e dos atores influentes na sociedade internacional. Como as medidas tomadas pela comunidade internacional em prol do acesso a medicamentos essenciais são fundadas precipuamente em *soft law* —em contraposição a *hard law* dos instrumentos protetivos do comércio e do regime de propriedade intelectual— manteve-se um ambiente de negócios e a própria governança sanitária global adequado às necessidades do capital transnacional.

Verificou-se que, por serem mole, fluído e doce, os instrumentos de *soft law* permitem que novas formas indiretas de autoridade sejam propagadas transnacionalmente. Da mesma forma, a agência de uma pluralidade de atores não-estatais faz com que linhas de responsabilidade global sejam quebradas, ao mesmo tempo em que o potencial de resistência a esta mesma ordem institucional, por outros atores, seja diluído. Daí a importância

¹⁰⁴ Lopes Olsen, Ana Carolina e Walter Santana, Anna Luisa, “Diálogos multiator para implementação dos standards interamericanos sobre Pandemia e Direitos Humanos”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 11, núm. 2, 2021, p. 833.

de arrojados projetos institucionais operados pela cooperação de diversos atores domésticos e internacionais, públicos e privados, como o Fundo de Impacto na Saúde, que, se por um lado não é imune a críticas de diversas naturezas, por outro, é um primeiro passo necessário para prospectar um mundo menos desigual. A proposta nos convida a repensar o ambiente de negócios e o sistema regulatório, pois, do mesmo modo que o mercado não pode resolver todos os problemas sociais, o setor público também não precisa ser visto como a única resposta para problemas contemporâneos. Nesse sentido, a combinação de esforços públicos e privados, quando reunidos para alcançar objetivos claros e compartilhados em prol do direito humano à saúde, fornece uma força poderosa que excede a soma de seus esforços separados.

Analisados os atores, os fatores e os processos da governança sanitária global, e como eles interagem com o *hard* e o *soft law*, conclui-se que, para a sua transformação sistêmica e a redução da desigualdade no acesso a medicamentos essenciais, são necessárias reformas estruturais. E mais do que isso, a pulverização da RSE não precisa ser vista com um fim em si, mas como uma etapa em um processo para o reconhecimento de que cada setor da sociedade, cada instituição e cada indivíduo com potencial para promover a saúde global detém um papel importante e uma responsabilidade social.

V. BIBLIOGRAFIA

- AITH, Fernando e DINIZ, Maria Gabriela, “La Participation des acteurs non étatiques aux délibérations l’OMS: un regard sur le nouveau cadre régulatrice établi par la résolution OMS/WHO/69-10», *Journal de Droit de la Santé et Assurance Maladie*, vol. 16, 2017.
- BASSO, Maristela e POLIDO, Fabrício, “Propriedade intelectual e preços diferenciados de medicamentos essenciais: políticas de saúde pública para países em desenvolvimento”, em BASSO, Maristela (coord.), *Propriedade intelectual e preços diferenciados de medicamentos essenciais: políticas de saúde pública para países em desenvolvimento*, Rio de Janeiro, ABIA, 2005.

- BBC, *India's COVID crisis hits Covax vaccine-sharing scheme*, 2021, disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-57135368> (acesso 20 de abril de 2022).
- CARDONA, Gressy e MENDIETA, David, “La adquisición de vacunas contra la COVID-19 por Colombia: entre la confidencialidad y la falta de transparencia”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 11, núm. 3, 2021.
- CHIMNI, B. S., “Third World Approaches to International Law: a manifesto”, *International Community Law Review*, vol. 8, núm. 1, 2006.
- CLARK, Jocalyn e MCGOEY, Linsey, “The black box warning on philanthrocapitalism.” *The Lancet*, vol. 388, núm. 1059, 2016.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Vers une responsabilité équitabile dans une communauté mondialisée”, *Études*, vol. 1, num. 414.
- El País*, “Assim avança a vacinação país por país: rápida nos mais ricos, nem tanto nos mais pobres”, 2021, disponível em: <https://brasil.elpais.com/sociedad/2021-05-22/assim-avanca-a-vacinacao-pais-por-pais-rapida-nos-mais-ricos-nem-tanto-nos-mais-pobres.html> (acesso 20 de abril de 2022).
- ESLAVA, Luis, «Istanbul Vignettes: Observing the Everyday Operation of International Law», *London Review of International Law*, vol. 2, núm. 1, 2014.
- FIDLER, David, “Globalization, international law, and emerging infectious diseases”, *Emerging Infection Diseases*, vol. 2, num. 2, 1996.
- FIDLER, David, “The future of the World Health Organization: What role for international law?” *Vanderbilt Law Review*, vol. 31, num. 5, 2021, disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol31/iss5/1/>.
- HUNT, Paul e KHOSLA, Rajat, “Acesso a medicamentos como um direito humano”, *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 5, núm. 8, 2008.
- JOUANNET, Emmanuelle, *Le droit international*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.
- KOSKENNIEMI, Martti, “The politics of international law”, *European Journal of International Law*, vol. 1, núm. 1, 1990.
- KENNEDY, David, “One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream.” *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 31, núm. 3, 2006.
- KOSKI, Edward, “Renegotiating the Grand Bargain: Balancing Prices, Profits, People, and Principles,” em SANTORO, Michael e GORRIE, Thomas

- (coord.), *Ethics and the Pharmaceutical Industry*, Cambridge University Press, 2005.
- LIDDEL, Kathleen, “The Health Impact Fund: a critique,” em POGGE, Thomas, RIMMER, Matthew e RUBENSTEIN, Kim (coord.), *Incentives for global public health: Patent Law and access to medicines*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- MARTIN-CHENUT, Kathia, “Quelles responsabilités face aux exigences d’une démocratie environnementale?,” em CANAL-FORGUES, Eric (coord.), *Démocratie et diplomatie environnementales: Acteurs et processus en droit international*, Paris, Pedone, 2015.
- MATHIAS, Maíra, “Farmacêuticas: é hora de abrir a caixa preta”, *Outras Palavras*, 3.6.2019, disponível em: <https://outraspalavras.net/direitosouprivilegios/farmacuticas-e-hora-de-abrir-a-caixa-preta/> (acesso 12 de abril de 2022).
- Médicos Sem Fronteiras, *Pool de patentes da Unitaïd: países em desenvolvimento estão sob o risco de serem excluídos*, 2009, disponível em: <https://www.msf.org.br/noticias/pool-de-patentes-da-unitaid-paises-em-desenvolvimento-estao-sob-o-risco-de-serem-excluidos>. (acesso 24 abril de 2022).
- MELEU, Marcelino e THAINES, Aleteia, “Uma resposta dworkiniana para a colisão de princípios de direitos humanos em tempos de COVID-19: direito à saúde versus direito de propriedade exclusiva sobre patentes farmacêuticas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 12, núm. 1.
- NASSER, Salem Hikmat e PAPY, Luiza Nogueira, “COVID, Covax e o Refluxo da Governança Global”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 18, núm. 3, 2021.
- NWOBIKE, Justice, “Empresas farmacêuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: El camino a seguir”, *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, vol. 3, núm. 4, 2006.
- OMS, *COVID-19 response* (WHA 73.1), 2020, disponível em: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_R1-en.pdf (acesso 20 de abril de 2022).
- OMS, *Improving the transparency of markets for medicines, vaccines, and other health products*, 2019, disponível em: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_ACONF2Rev1-en.pdf (acesso 19 de abril de 2022).
- OLSEN, Ana Carolina Lopes e SANTANA, Anna Luisa Walter, “Diálogos multilateral para implementação dos standards interamericanos sobre Pande-

mia e Direitos Humanos”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 11, num. 2, 2021.

OXFAM Brasil, *Países ricos já compraram mais da metade do suprimento futuro da vacina contra COVID-19*, 2020, disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/paises-ricos-ja-compraram-mais-da-metade-do-suprimento-futuro-da-vacina-contracovid-19/> (acesso 20 de abril de 2022).

POGGE, Thomas, “¿Qué es la justicia global?”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. 33, núm. 2, 2007.

POGGE, Thomas, “The Health Impact Fund: better pharmaceutical innovations at much lower prices”, em POGGE, Thomas, RIMMER, Matthew e RUBENSTEIN, Kim (coords.), *Incentives for global public health: Patent Law and access to medicines*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

POGGE, Thomas, RIMMER, Matthew e RUBENSTEIN, Kim, “Access to essential medicines: public health and international law”, em POGGE, Thomas, RIMMER, Matthew e RUBENSTEIN, Kim (coords.), *Incentives for global public health: Patent Law and access to medicines*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

POZZATTI, Ademar e FARIAS, Luiza, “O Brasil e a cooperação Sul-Americana em saúde: dos regimes temáticos às possibilidades de efetivação estruturante”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, 2019.

POZZATTI, Ademar e FARIAS, Luiza, “From emergency to structure: ways to fight COVID-19 via international cooperation from Brazil”, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 65, num. 1, 2022.

POZZATTI, Ademar, “Entre principes et procédures: Les défis de l’affaire Chevron pour la reconnaissance et la décolonialité en Amérique Latine”, em Tourme-Jouannet, Emmanuelle e Geslin, Albane (coords.), *Le droit international de la reconnaissance: un instrument de décolonisation et de refondation du droit international?*, Aix-en-provence: Confluence des droits, 2019.

POZZATTI, Ademar, e TRINDADE, Igor, “O Direito Internacional entre a saúde e o comércio: estudo de caso do acesso ao medicamento Truvada como profilaxia anti-HIV/AIDS no Brasil”, *INTERAÇÃO*, vol. 10, 2019.

RACHED, Danielle e VENTURA, Deisy, “World Health Organization and the search for accountability: a critical analysis of the new framework of engagement with non-state actors,” *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 33, núm. 6, 2017.

- RIVERA, Humberto, “Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, México, vol. XIII, 2013.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Alejandro, “The Interaction between Convergent and Divergent Approaches of Global Law in the Field of Business and Human Rights”, *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, México, vol. XXI, 2021.
- SANTORO, Michael A., “Introduction to Part IV”, em SANTORO, Michael A. e GORRIE, Thomas M. (coord.), *Ethics and the Pharmaceutical Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie e BURKE-WHITE, William, “The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law),” *Harvard International Law Journal*, vol. 47, núm. 2, 2006.
- SOUZA, Lucas e SALDANHA, Jânia, “O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 16, num. 1, 2019.
- SUPIOT, Alain, “The public–private relation in the context of today’s re-feudalization,” *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, num. 1, 2013.
- UNAIDS, *Global HIV & AIDS statistics - Fact sheet*, 2021, disponível em: https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/UNAIDS_FactSheet_en.pdf (acesso 15 de maio de 2022).
- UNAIDS, *Seizing the moment tackling entrenched inequalities to end epidemics*, 2020, disponível em: <https://www.unaids.org/en/resources/documents/2020/global-aids-report> (acesso 15 de maio de 2022).
- VENTURA, Deisy, *Direito e Saúde Global: O caso da pandemia de gripe A (H1N1)*, São Paulo, Dobra Editorial, 2013.
- VENTURA, Deisy, “Do Ebola ao Zika: as emergências internacionais e a securitização da saúde global”, *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 32, núm. 4, 2016.
- VENTURA, Deisy e PEREZ, Fernanda, “Crise e reforma da organização mundial da saúde”, *Lua Nova*, vol. 92, 2014.

El principio de la legalidad y el juicio de Núremberg (1946): aporte a la doctrina del derecho procesal internacional

*The Principle of Legality and the Nuremberg Trial (1946):
Contribution to the Doctrine of International Procedural Law*

*Le principe de légalité et le procès de Núremberg (1946):
contribution à la doctrine du droit procédural international*

Luis Manuel **Marcano Salazar***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Elementos doctrinales del principio de la legalidad vigente hasta 1946.* III. *El momento de Núremberg y sus consecuencias teóricas, doctrinales y procesales.* IV. *Encuentro entre el principio de la legalidad, y el derecho natural en el proceso de Núremberg.* V. *Conclusiones.*

* Universidad SEK, Chile; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0470-5764>, luis.marcano@zonavirtual.uisek.cl.

Artículo recibido el 14 de enero de 2022
Aprobado para publicación el 13 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 283-308
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

RESUMEN: Se ha intentado producir un análisis sobre la reinterpretación judicial dada por el equipo fiscal, dirigido por Robert H. Jackson en el juicio de Núremberg contra los jefes nacionalsocialistas en 1946. Para acometer este objetivo, se han identificado tres ideas principales, que responden a la pregunta de investigación planteada sobre los fundamentos ontológicos del principio de la legalidad. La metodología hermenéutica aplicada, sobre la base de la revisión documental del proceso judicial en Núremberg, permitirá realizar un análisis sobre el desarrollo de la legalidad general. Se producirá una explicación pedagógica que permita vislumbrar cómo el equipo fiscal logra reinterpretar la esencia natural de la legalidad y reformule las variables que le definen para la generación de la imputabilidad de los encausados en Núremberg.

Palabras clave: Juicio de Núremberg, principio de legalidad, derecho procesal internacional, holocausto nazi, leyes de Núremberg.

ABSTRACT: An attempt has been made to produce an analysis of the judicial reinterpretation given by the prosecution team, led by Robert H. Jackson at the Nuremberg trial in 1946 against the National Socialist leaders. To achieve this objective, three main ideas have been identified that answer the research question posed on the ontological foundations of the principle of legality. The hermeneutic methodology applied, on the basis of the documentary review of the judicial process in Nuremberg, will allow an analysis to be carried out on the development of general legality. A pedagogical explanation will be produced that allows us to glimpse how the fiscal team manages to reinterpret the natural essence of legality and reformulate the variables that define it for the generation of the imputability of the defendants in Nuremberg.

Key words: Nuremberg trial, principle of legality, international procedural law, nazi holocaust, Nuremberg laws.

RÉSUMÉ: Une tentative a été faite pour produire une analyse de la réinterprétation judiciaire donnée par l'équipe du procureur, dirigée par Robert H. Jackson lors des procès de Nuremberg en 1946 contre les dirigeants nationaux-socialistes. Pour atteindre cet objectif, trois idées principales ont été identifiées qui répondent à la question de recherche posée sur les fondements ontologiques du principe de légalité. La méthodologie herméneutique appliquée, basée sur l'examen documentaire du processus judiciaire à Nuremberg, permettra une analyse du développement de la légalité générale. Une explication pédagogique sera produite qui nous permettra d'entrevoir comment l'équipe de poursuite parvient à réinterpréter l'essence naturelle de la légalité et à reformuler les variables qui la définissent pour la génération de l'imputabilité des personnes poursuivies à Nuremberg.

Mots clés: Procès de Nuremberg, principe de légalité, droit procédural international, holocauste nazi, lois de Nuremberg.

I. INTRODUCCIÓN

La humanidad se encuentra en un profundo desafío, inclusive de mayor importancia al vivido durante la constitución del sistema de Naciones Unidas terminada la Segunda Guerra Mundial.¹ La Guerra Fría trajo consigo guerras fratricidas y dictaduras militares alrededor del mundo, que violaron a placer los derechos humanos.² Las crisis políticas en el Medio Oriente y África como consecuencia de los procesos de descolonización van a producir “una sensación de injusticia en el tejido internacional”,³ que sólo será satisfecho con la propuesta de una Corte Penal Internacional, inspirada en los principios de Núremberg y Princeton, legado de los juicios desarrollados por los aliados en 1946 contra los jefes del nacionalsocialismo, los médicos y jueces que perpetraron con sus acciones y omisiones, crímenes de lesa humanidad.⁴ Sin embargo, esos principios fueron la consecuencia de una reinterpretación del principio de legalidad en el contexto del derecho positivo interno de los Estados nacionales y, el derecho natural, aquel que es eterno e inmutable, presente en todo ser humano.⁵

La idea central de la reflexión filosófico-legal se enfocará en que un crimen para ser determinado como tal debe “estar tipificado en una normativa y que esta sea vigente y exigible con la debida jurisdicción y competencia”.⁶ Para ello, la defensa opuso, y así lo declararon cada uno de los imputados, el denominado principio de la legalidad penal, *nulla poena sine lege nullum*

¹ Noah Harari, Yuval, *21 lecciones para el siglo XXI*, Barcelona, 2018, p. 2.

² Westad, Odd Arne, *La Guerra Fría. Una historia mundial*, trad. de Irene Cifuentes de Castro y Alejandro Pradera Sánchez, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018, p. 24.

³ Saramago, José, “Este mundo de injusticia globalizada”, *Boletín CF+S*, Madrid, núm. 20, 2002, p. 5.

⁴ Lina, María, “El juicio de Núremberg como antecedente de la Corte Penal Internacional desde las tres dimensiones del mundo jurídico”, *Revista Integración y Cooperación Internacional*, Argentina, vol. 7, abril-junio de 2011, pp. 76-100.

⁵ Arroyo, Fernando, “El Código de Núremberg: un hito en la ética de la investigación médica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Central de Ecuador*, vol. 24, núm. 1, 1999, pp. 31-35.

⁶ López Pérez, Luis, “El principio de la legalidad”, *Revista de la Universidad de San Martín de Porres*, Guatemala, 2012, p. 32.

crimen,⁷ de tal manera que los crímenes que imputó la fiscalía dirigida por el fiscal general estadounidense Robert H. Jackson se sostenían sobre la existencia de un derecho superior, perpetuo, que era inherente a los hombres, que no podía ser desconocido por la sociedad internacional, cuya necesidad de justicia era insoslayable.⁸

De tal manera que el principio de la legalidad, tan invocado por la defensa y (re)interpretado por la fiscalía,⁹ servirá para que los plenipotenciarios en Naciones Unidas, una vez concluidos los juicios, por órgano de la Comisión de Derecho Internacional, produjeran un conjunto de directrices para la determinación taxativa de cuál comportamiento individual “podría constituirse en un crimen de guerra que eventualmente, vuelva a poner en peligro la paz mundial”.¹⁰ La reflexión actual se hace necesaria sobre cómo el principio de la legalidad asentará la necesidad de normatizar una normalidad aceptada por la comunidad internacional sobre los supuestos del derecho natural, como una estructura eterna, filosóficamente reconocible, pero intangible y no positivado.¹¹ En efecto, la realidad presente en Núremberg, con el juicio, sus debates, alegatos, argumentaciones y decisiones, no concluyó con la ejecución de la sentencia, sino que será el principio de la legalidad con su fuerza positiva lo que marcará la existencia de un espacio temporal-teórico-filosófico, que será definido como “el momento de Núremberg”,¹² representado por los hechos objetivables y las pruebas irrefutables, que más allá de toda duda razonable condujeron al juzgamiento de

⁷ Resta, Davide, *El principio de nullum crimen nulla poena sine lege en el derecho penal internacional*, Universidad de Granada tesis doctorales, 2019, p. 43.

⁸ Ortiz Treviño, Rigoberto Gerardo, “Juicios de Núremberg 60 años después”, *Derechos Humanos México*, México, núm. 2, 2012.

⁹ Martínez, Andrés y Garzón, Oscar, “Ilegitimidad de los juicios de Núremberg: la versión no oficial de la Segunda Guerra Mundial”, *Criterios. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, Cali, vol. 2, núm. 2, pp. 265-281, disponible en: <https://doi.org/10.21500/20115733.1909>.

¹⁰ Resolución 95(I) de Naciones Unidas. *Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008, p. 1, disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf.

¹¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 127 y 128.

¹² Marcano Salazar, Luis Manuel, *Derecho internacional público: fundamentos teóricos y elementos históricos para su comprensión y estudio*, Santiago de Chile, Hammurabi, 2021, p. 116.

Núremberg y las posteriores revisiones que a partir del uso de la necesaria legalidad y legitimidad producirán esas directrices para la tipificación de crímenes de guerra o de lesa humanidad, y que serán conocidas como “los principios de Núremberg”.¹³

Se notará, en el proceso de revisión documental, la hipótesis que supone que el positivismo penal alemán desde sus inicios decimonónicos haya dejado a un lado elementos morales determinados por el imperativo categórico kantiano y por los fundamentos “del derecho natural, a pesar de las críticas formuladas al kantismo”;¹⁴ sin embargo, serán las interpretaciones posteriores al arribo del nacionalsocialismo, las que invocarán una rígida y equívoca interpretación positivista del derecho, que facilitará la promulgación de las Leyes de Núremberg.¹⁵ Se comprenderá a la luz de la denominada “fórmula Radbruch”,¹⁶ las falencias del positivismo nacionalsocialista, de tal manera que el principio de la legalidad, invocado por la defensa,¹⁷ carecía de la interpretación axiológica necesaria, que será usada en la definición ontológica invocada por la fiscalía, que facilitará junto a los presupuestos del derecho natural, la identificación, conceptualización, sistematización y elaboración de categorías criminales que no estaban tipificadas en ninguna norma conocida, pero que a la luz de los presupuestos del principio de la legalidad, interpretado por axiomas del iusnaturalismo, justificarán la creación de un nuevo sistema jurídico internacional penal, legado de las argumentaciones esgrimidas por la fiscalía encabezada por Robert Jackson, ex fiscal general y juez de la Suprema Corte de Estados Unidos para la época.¹⁸

¹³ Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 de abril de 1983, p. 3.

¹⁴ Carpintero, Francisco, *Los inicios del positivismo jurídico alemán*, España, Universidad de Rioja, 1986, pp. 1-20.

¹⁵ Jourdan, Eduardo, “La normatividad nazi a la luz de los principios elementales del Derecho, la crisis del positivismo”, *Actas II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Brasil, 2018, p. 37.

¹⁶ Kaufmann, Arthur, *La fórmula de Radbruch, de la injusticia legal y la ley suprema en la discusión sobre la injusticia cometida en nombre de la RDA*, Alemania, Nuevo semanario legal, 2018, p. 80.

¹⁷ Kastner, Klaus, *El Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, Alemania, Theiss, 2015, p. 56.

¹⁸ Huhle, Rainer, “Hacia una comprensión de los «crímenes contra la humanidad» a partir de Núremberg”, *Estudio Socio-Jurídico*, Bogotá, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre de 2011, pp. 43-76.

En virtud de lo expuesto, nace la siguiente interrogante: ¿cuál fue el fundamento ontológico de los principios de Núremberg sobre la base del principio de la legalidad? En este sentido, se parte de la hipótesis que considera que el principio de la legalidad no fue desconocido en los procesos de Núremberg a pesar de la inexistencia previa de una tipificación normativa de los crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad, agresión y contra la paz, invocados en la imputación fiscal en los juicios de Núremberg de 1946, sino (re)interpretado a la luz de los fundamentos universales del derecho natural generando su fortalecimiento y vigencia. El objetivo de este artículo será explicar el fundamento ontológico del principio de la legalidad y su importancia para la creación de los principios de Núremberg y del sistema de derecho procesal penal internacional.

II. ELEMENTOS DOCTRINALES

DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD VIGENTE HASTA 1946

El principio de la legalidad nace en el siglo XVIII como una respuesta a la arbitrariedad y al abuso del poder que generaba inseguridad jurídica y política,¹⁹ y se redefinirá en el contexto de la formación del positivismo jurídico decimonónico.²⁰ El estudio sistematizado de los elementos doctrinales que lo estructuran y no puede concebirse sin antes hacer una visión y revisión del proceso de formación doctrinal y académico del positivismo jurídico que le otorga vida y sustento. La doctrina alemana positivista es producto de la urgencia de un orden social, político y jurídico, necesario para la consolidación de la unificación política alemana, que se constituyó en un proceso histórico que reunió a diversos Estados independientes, como Prusia, Baviera y Sajonia, lo que culminó con la creación del imperio alemán el 18 de enero de 1871.²¹ Esa historia “acompañará al proceso de nacimiento y desarrollo filosófico-positivista”,²² tanto en el contexto de las

¹⁹ Briceño, Gabriela, *Principio de legalidad*, Chile, Olejnik, 2018, p. 67.

²⁰ González Vicén, Felipe, “Obediencia y desobediencia al derecho: unas últimas reflexiones”, *Revista Sistema*, España, núm. 88, 1989, pp. 105-110.

²¹ Beringer, Jean, *A History of the Habsburg Empire 1700–1918*, Nueva York, Longman, 2018, p. 54.

²² Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 43.

ciencias sociales, en donde se enfrenta el pensamiento idealista y las concepciones positivistas en lo interno de la academia alemana,²³ como en la semilla del pensamiento jurídico.²⁴

La filosofía del derecho no observa al derecho “como una estructura eterna o inter temporal sino inserta en un tiempo histórico específico que depende de variabilidad y contingencia”,²⁵ y que dicho proceso puede comprenderse con mayor facilidad al estudiar el tránsito del iusnaturalismo al positivismo jurídico.²⁶ Desde esta perspectiva, el signo característico de la filosofía del derecho es de “abandonar los problemas ontológicos, metafísicos y éticos, para concentrarse en temas gnoseológicos, lógicos y sociológicos que representan en mayor esencia la caracterización jurídica de una sociedad organizada bajo el imperio de la Ley”.²⁷ En este sentido, para darle soporte temporal y definición histórica al iusnaturalismo, Immanuel Kant se dio a la tarea de construir un derecho natural desde la razón, lo que encontró eco en un número importante de seguidores dentro de los cuales destaca Carl Christian Schmid con su trabajo, la fuente del derecho natural, quien afirmó que sólo la razón podría producir un pensamiento iusnaturalista. En este sentido, no emana de la experiencia ni de la arbitrariedad de un gobernante, o de un jurista ni de concepciones espirituales o sobrenaturales, sino de la pura razón práctica, el arte y la disciplina de pensar, por medio del cual se reconoce cuáles son las leyes originarias y válidas para los seres humanos, configurándose de esta manera la legalidad general, determinada en los parámetros de la voluntad realizada y la libertad ética en los límites de la moral, cuando por medio de la coacción externa se puede identificar al derecho natural.

De tal manera que la reflexión surgida consagraba un derecho natural aplicado, producto de la reflexión lógica, y expresión racional que debía ser concebido en el contexto de la naturaleza particular del ser humano, toda vez que los principios fundamentales del derecho natural deben ser el producto de una conciliación entre la reflexión lógica y racional, y el “mundo

²³ Garrido, Alicia y Álvaro, José Luis, *Psicología social. Perspectivas psicológicas y sociológicas*, España, McGraw-Hill, 2007, p. 51.

²⁴ Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 87.

²⁵ *Ibidem*, p. 344.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 345.

sensible del hombre”,²⁸ diferente al derecho natural puro, aquel perpetuo e inmutable, intertemporal y ahistórico. A la luz de lo expuesto, se interpreta que “las leyes de la libertad del hombre, leyes morales, provienen de la razón pura sin necesidad de otro contacto con la experiencia”,²⁹ en función de lo cual el positivismo jurídico “será el producto del contractualismo entre el Derecho natural aplicado y racional y, el Derecho positivo”,³⁰ dentro del cual se inscribe la legalidad general como principio garantista y axiológico.

Paralelamente, el filósofo británico John Stuart Mill daba pasos gigantes después de Comte, y quienes desde el científicismo concibieron “la idea de un positivismo que se dedicara a la sociedad como objeto de estudio”,³¹ creando así las escuelas sociológicas, y es que esto no se aleja del proceso de reflexión kantiana, que va a producir un derecho natural aplicado que extenderá una alfombra roja a la necesidad del orden jurídico y social que engendrará el positivismo. Empero, Mill supondrá conjugar la tradición empirista del siglo XVII, el utilitarismo epicúreo y el espíritu positivo comtiano, en una propuesta disciplinar que denominará etología, cuyo objeto de estudio sería las leyes de la sociedad, en un contexto especulativo de la humanidad, de donde surgirá el conocimiento científico de la realidad social, con un potente ingrediente psico-moral cognitivo, capaz de influenciar la respuesta del hombre en sociedad. Mill hace seguimiento a Comte por confiar en la fuerza de la ciencia para conocer la realidad social.

Será el evolucionismo de Herbert Spencer (poco trabajado y reconocido por la academia del siglo XX en este tema), quien a través de sus reflexiones formularias sobre la justicia encontrará ese tránsito espontáneo de las valoraciones naturalistas a la construcción de un positivismo jurídico, camino al científicismo que adoptará Kelsen, de las consideraciones preliminares de John Austin.

El proceso de formación histórica revisado nos permite identificar que la fuente del positivismo jurídico decimonónico se nutre fundamentalmente de variables axiológicas que prescriben, en el contexto de la normatización de la conducta humana, el bien superior del ser humano en su esencia como actor social fundamental, objeto y sujeto de regularización jurídica y ética,

²⁸ González Vicén, Felipe, *op. cit.*, p. 340.

²⁹ Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 349.

³⁰ *Idem.*

³¹ Comte, Auguste, *Discurso sobre El Espíritu Positivo*, Barcelona, Altaya, 1986, p. 23.

y de dicho constructo surge el principio de la legalidad como arquetipo de seguridad jurídica y garantía social.

Las adulteraciones concebidas a inicios del siglo XX por los soviéticos en 1926, con su denominado “principio de la legalidad socialista” y por los nacionalsocialistas, con la promulgación de las Leyes de Núremberg, y otros instrumentos que violentaron valores fundamentales de la raza humana, cuando consagraban que eran delitos no sólo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo, desdibujaron la esencia ontológica y valorativa del principio de legalidad, siendo objeto de terribles manipulaciones, tanto para juzgar al enemigo como para implorar justicia y equidad, cuando los perpetradores de crímenes contra la humanidad enfrentaron la silla de la justicia y de la historia. Este tema será contundentemente trabajado en nuestra próxima sección.

La esencia cognitiva, doctrinaria, teórica y valorativa del principio de la legalidad es “evitar el poder tiránico de los gobernantes”,³² cuya fuente general es el positivismo jurídico y sociológico decimonónico que se ha revisado, con importantes antecedentes históricos axiológicos, que decantan en un “objetivo común desde su aparición en la ilustración”,³³ hasta nuestros días, con diversas miradas desde la “juridicidad normativa”,³⁴ o la superioridad administrativa para la ejecución de acciones y políticas públicas.³⁵ Sin embargo, el principio de la legalidad responde a cada tiempo y a su realidad sociopolítica, pero sin abandonar el sentido de protección deontológico que ejerce sobre la ley y quien le da cumplimiento, cuando establece que el juez, debe estar sujeto a la ley, cuyo origen es el Poder Legislativo que representa a los ciudadanos.

De tal manera que el principio de la legalidad, definido y modelado por los acontecimientos históricos ocurridos en el siglo XIX y a principios del siglo XX tendrá dos variables condicionantes en su estructura ontológica: 1) sólo el Poder Legislativo como representante de una sociedad es capaz de legislar sobre los delitos y las penas; 2) los jueces tendrán la obligación de aplicar las leyes penales, excluyendo la analogía y las interpretaciones nor-

³² Rubio Llorente, Francisco, “Principio de la legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, vol. 13, núm. 39, septiembre-diciembre, 1993, pp. 10 y 11.

³³ Ruiz Robledo, Agustín, “El principio de la legalidad penal en la historia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, España, núm. 42, 1997, p. 139.

³⁴ Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p. 14.

³⁵ *Idem.*

mativas *contra reo*. En este sentido, el principio de la legalidad, dotado, como se ha observado, de un potente contenido deontológico, también aportará a la sociedad los fundamentos de seguridad jurídica suficientes para proteger a los responsables de las venganzas privadas, haciendo que la pena sea pública y notoria. El camino recorrido por el principio de la legalidad “se constituye en una apología del Estado de derecho, por ser el único capaz de garantizar los derechos individuales y la seguridad jurídica”.³⁶

El principio de la legalidad va a estar orientado y ceñido a la respectiva “carga histórica”³⁷ que encontrará en su propio desarrollo ontológico. De tal manera que se constituirá en rector del orden político y jurídico, sobre la base y el fundamento valorativo de normas morales y éticas, sin las cuales el derecho no puede existir, siendo su idea general la de la legalidad de la naturaleza y de la sociedad, aportando al derecho positivo del Estado las garantías suficientes, mediante las cuales un orden normativo nunca será desconocido por arbitrario que intente ser el orden político que desconoce.

De tal manera que, como veremos en las secciones que siguen, el principio de la legalidad no fue desconocido por la fiscalía en el juicio de Núremberg, sino reinterpretado en función de desconocer a un sistema de normas que violaban los elementos más fundamentales de la esencia humana, y en función de ello, se verá cómo la fiscalía usó el constructo ontológico del que nace el principio de la legalidad para reconstruir la viabilidad de un sistema jurídico-político que había sido manipulado por un orden normativo amoral, ausente de principios garantistas y lejanos del Estado de derecho.

III. EL MOMENTO DE NÚREMBERG

Y SUS CONSECUENCIAS TEÓRICAS, DOCTRINALES Y PROCESALES

La historia es el supuesto de hecho del sistema de derecho procesal penal internacional que se funda en los juicios de Núremberg en 1946.³⁸ En efecto, para llegar al momento de Núremberg, en donde se verificarán los juicios incoados por los aliados contra los nacionalsocialistas que dirigieron el denominado Tercer Reich, se debe considerar y evaluar el relativismo po-

³⁶ Ruiz Robledo, Agustín, *op. cit.*, p. 145.

³⁷ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 599.

³⁸ Marcano Salazar, Luis Manuel, *op. cit.*, p. 34.

sitivista vivido durante los años que duró el nacionalsocialismo en el poder entre 1933 y 1945, y las reflexiones posteriores que establecerán la dicotomía derecho justo y derecho injusto.³⁹ Sin embargo, como se verá, no existe tal derecho injusto, a la luz de la fórmula Radbruch, y toda autoridad que lo aplicó violentaba la esencia del derecho natural aplicado.

La llegada al poder del Adolfo Hitler trae una carga emocional en el tejido social de Alemania, cuya frustración por la derrota de los civiles en la Gran Guerra (1914-1918) había humillado profundamente al estamento militar, de tal manera que cuando los militares llegan al poder de la mano de Hitler, no llevan consigo un proyecto nacional unificador, sino un proyecto de poder avasallador. El momento de Núremberg se va a presentar no sólo por la promulgación de leyes, perfectamente cuestionables, sino por los hechos que, consecuencia de la legalidad nazi creada por esas normas, los excesos por el control absoluto del poder desplegado sobre toda la sociedad desde 1935, se expandirá sobre las sociedades de los países invadidos a partir de 1939, cuyo destino final será para muchos, los campos de concentración desplegados sobre toda Europa, creando así condiciones necesarias de justicia, más allá de toda duda razonable, para que cada una de las acciones cometidas por la autoridad nacionalsocialista fuera llevada a un juicio que brindara todas las medidas de seguridad jurídica para todas las partes: sociedad ultrajada y acusados.

La legalidad y legitimidad que se aspiraba alcanzar podría justificar que inocuamente, lo que se pretendía juzgar, además de los crímenes de guerra, de lesa humanidad o contra la paz, era al nacionalsocialismo que había iniciado el conflicto en Europa, mucho antes del inicio de la guerra, desde el propio discurso de Hitler consagrado en su libro *Mi Lucha*, como apología y hoja de ruta de todo lo que se empeñó en construir luego. En este sentido, los juicios de Núremberg, forman una parte importante de ese momento de Núremberg que se constituye en la base y el soporte jurídico-social-judicial de la legitimidad reinterpretada durante el devenir de los procesos de Núremberg.

El Acuerdo de Londres consagró la conformación de un Tribunal Internacional Militar, integrado por un juez titular y otro suplente, que repre-

³⁹ Agudelo, Oscar, y Galán, Astrid Rocío, "Derecho injusto. Fórmula de universalización y Derechos Humanos", *Novum Jus*, Bogotá, vol. 9, núm. 111, julio-diciembre, 2015, pp. 111-136.

sentaría a cada uno de los Estados signatarios, con la finalidad de iniciar un juicio militar por los crímenes de guerra y las atrocidades cometidas por los nazis desde el inicio de la Segunda Guerra Mundial, el 1 de septiembre de 1939, hasta su culminación, en 1945. Los juicios fueron tipificados según cuatro cargos: 1) conspiración; 2) crímenes contra la paz, concernientes a la conspiración para iniciar y desarrollar la guerra; 3) crímenes de guerra, que sancionaría las violaciones de las leyes de guerra contenidas en la Convención de Ginebra vigente para la época (la resultante de los textos que se suscriben en 1864, 1906 y 1929) y reconocidas por los ejércitos de las naciones civilizadas, y 4) crímenes contra la humanidad, en los cuales se haría público y evidente el exterminio de grupos étnicos o religiosos, así como otras atrocidades cometidas contra la población civil del pueblo judío, los gitanos, homosexuales y otros grupos sociales.⁴⁰

Fue el 18 de octubre de 1945 cuando se definió el contenido de la acusación a veinticuatro implicados,⁴¹ que incluía una “diversidad de crímenes y atrocidades, tales como: la deliberada instigación de contiendas, el exterminio de grupos raciales y religiosos, asesinatos, malos tratos, torturas y deportaciones de cientos de miles de habitantes de los países ocupados por Alemania durante la guerra”.⁴²

Por parte de Estados Unidos se comisiona al juez de la Corte Suprema y ex fiscal general, Robert H. Jackson, para organizar el Tribunal Internacional y encabezar, como promotor federal fiscal, al equipo de fiscales que se encargarían de preparar formal acusación ante los jueces internacionales. Para tales efectos, se consultan las disposiciones vigentes para la fecha, al mismo tiempo de realizar una recopilación de pruebas, entre las que se encuentran las filmaciones realizadas por los nazis sobre cada una de las acciones ejecutadas para dar por cumplida la solución final,⁴³ así como las principales normas que pretendieron otorgar legalidad y legitimidad a sus naciones, como, por ejemplo, la “Ley de Núremberg para la protección de la sangre alemana y el honor alemán”,⁴⁴ una de las denominadas Leyes de Núremberg.

⁴⁰ Pérez Triviño, José Luis, *Los juicios de Nuremberg*, Cataluña, Uniersitat Oberta de Catalunya, 2016, p. 45.

⁴¹ Giles, MacDonogh, *Después del Reich. Crimen y castigo en la posguerra alemana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2010, p. 78.

⁴² Schwanitz, Dietrich, *La cultura: todo lo que hay que saber*, México, Taurus, 2010, p. 188.

⁴³ Giles, MacDonogh, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁴ Owen, James, *Nuremberg. El mayor juicio de la historia*, Barcelona, Crítica, 2010, p. 32.

Para la conformación del tribunal internacional, cada una de las potencias vencedoras propuso a un juez, y a su respectivo suplente que podría asistir a todas las audiencias, pero sólo tendría la capacidad de votar en caso de ausencia por enfermedad del principal.⁴⁵ El equipo fiscal dividió la imputación de acuerdo con cada una de las tipificaciones. Los estadounidenses se encargarían de la conspiración; los británicos, de las invasiones; los franceses, de los crímenes contra la paz, y los soviéticos de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Para presidir el tribunal se designa al juez británico Geoffrey Lawrence.⁴⁶ De los estudios realizados por el equipo de la fiscalía con apoyo de las fuerzas de ocupación, se determina imputar a un número de veintitrés acusados.

Ahora bien, ¿de dónde surgieron esas tipificaciones que, previamente no existían en la normativa nazi? Para dar respuesta a esta importante pregunta que surge en el proceso hermenéutico de revisión documental, deben ser revisadas las denominadas leyes de Núremberg, sin adjudicarles ningún adjetivo valorativo, como también consultadas las fuentes videográficas y documentales que dan cuenta del comportamiento de los nacionalsocialistas en los países ocupados en la medida en la que adquirirán más territorios y concentraban poder hegemónico.

Las leyes de Núremberg se constituyeron, como se ha expresado, en el soporte de legalidad y legitimidad de todas las acciones del nacionalsocialismo dentro y fuera de Alemania. Es decir, su aplicación extraterritorial en los países ocupados se justificaba por las consecuencias del derecho de la guerra, que había sido derogado por los tratados de Briang-Kellogs de 1926, por medio de los cuales los Estados renunciaban al uso de la fuerza para la solución de los conflictos internacionales y se acogían a la solución pacífica.⁴⁷ Sin embargo, los juristas alemanes que justificaron las acciones de los nacionalsocialistas van a justificar e interpretar el derecho y la legalidad a la luz de intereses políticos e ideológicos y no de acuerdo con las raíces del derecho. De tal manera que para el momento de la promulgación de las Leyes de Núremberg en 1935, el naciismo tenía el suficiente apoyo académico y judicial necesario, además de un poderoso aparato de fuerza pública y militar, para hacer efectiva su aplicación.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Duguít, León, *Lecciones de derecho público general*, París, Boccard, 1926, p. 24.

El momento de Núremberg se va a presentar por la confluencia de tres variables: 1) la societal, definida por un momento político y social muy particular vivido en Alemania entre 1929 y 1945 que tendrá una expresión comprensible en la cohesión social lograda por los nacionalsocialistas, una vez que Alemania logra levantarse de la debacle económica en la que había caído, y Adolfo Hitler logra consolidar el poder de manera hegemónica; 2) la jurídica, que va a expresarse en una interpretación apologetica de una elite jurídica alineada con el pensamiento nacionalsocialista, que no tendrá contestación de los académicos opositores que tuvieron que escapar de Alemania, o fueron silenciados en los campos de concentración; 3) la militar, que se encargó de desarrollar todos los alcances de la política hegemónica de la dictadura de Hitler, dentro y fuera de Alemania, hasta su completa desintegración luego del 30 de abril de 1945. Estas variables condicionantes van a ser el caldo de cultivo para que se produzca una revisión doctrinaria, teórica, fáctica y judicial de lo que los nacionalsocialistas pensaron e hicieron, y cómo esto se expresó en la violación absoluta de los tres grandes principios del derecho vigentes para la época, y aceptados por la sana doctrina comparada, invocados por la fiscalía representada por Robert Jackson en los primeros discursos de sus alegatos: *honeste vivere* [vivir honestamente], *sunquique tribuendi* [dar a cada quien su derecho], *Alterum Non Laedere o neminen laedere* [no dañar a otro], lo cual justifica que los daños causados merezcan prisión.

En efecto, los fundamentos del positivismo decimonónico dibujarán los límites conceptuales, ontológicos y deontológicos del principio de la legalidad general, de donde proviene fundamentalmente el principio de la legalidad vigente en los años que son objeto del presente estudio. Si algo fue violentado en los procesos de Núremberg, que detallaremos en la próxima sección, fue el formalismo jurídico, que como escribe Atienza, no debe confundirse como el positivismo, toda vez que el formalismo jurídico, comúnmente conocido como legalismo, “...consiste en buena medida en una serie de reglas preexistentes al aplicador, de manera que la toma de decisiones jurídicas no exige previamente una deliberación y resulta así relativamente previsible”.⁴⁸

⁴⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2016, p. 22.

De tal manera que “el formalismo se va a enfrentar al realismo jurídico estadounidense”,⁴⁹ cuyo objeto de estudio son los hechos, de donde se originan los conceptos. Esto nos permite comprender el argumento de Jackson, al invocar que la legalidad y la legitimidad del derecho habían sido dislocadas por la aplicación y exigibilidad de normas que atentaban contra elementos fundamentales de la naturaleza humana, recogidos y sistematizados en jurisprudencia comparada.

En efecto, insistimos en no confundir el formalismo jurídico con el positivismo normativista, toda vez que el primero considera que el derecho es un sistema completo y coherente, que sólo los legisladores y no los tribunales pueden crear, siendo la interpretación, únicamente el significado exclusivo del texto o de su autor, dejando cualquier innovación a un lado, siendo la certeza y la previsibilidad valores fundamentales de la seguridad jurídica, y que el verdadero derecho consiste en reglas generales fijadas en tesis jurídicas, en donde los conceptos poseen un lógica propia, “...la cual permite decidir de ellos soluciones, sin tomar en consideración elementos extrajurídicos”,⁵⁰ como por ejemplo, las consecuencias sociales de las decisiones o los valores morales de las normas.

Como se ha visto, el momento de Núremberg, generará esas consecuencias teóricas y doctrinales revisadas (muchas otras que escapan de las páginas del presente trabajo), que complementan una visión y revisión de las diversas teorías del derecho, desde la justicia, hasta concepciones neopositivistas, como las que hemos citado, pero también un conjunto de consecuencias procesales que se derivan de la interpretación de la actuación fiscal, los alegatos de la defensa al oponerse a la imputación fiscal, por la inexistencia de normas que tipificaban los delitos invocados, argumentando que el principio de la legalidad estaba siendo desconocido.

IV. ENCUENTRO ENTRE EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y EL DERECHO NATURAL EN EL PROCESO DE NÚREMBERG

El principio de la legalidad, como se ha visto, no estuvo desprovisto de elementos morales ni éticos. Su esencia es la de garantizar el *rule of law*, y que

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

el imperio de la ley pueda constituirse en garantía de civilidad ciudadana. Sin embargo, esa fuerza que arrastró como institución decimonónica, la irá perdiendo al inicio del siglo XX, por el impacto arrasador de la Gran Guerra y sus múltiples revisiones teóricas, en función de la seguridad del Estado con un impacto poderoso en el positivismo que proponía una apuesta sociológica por el orden y el progreso. Cuando Kelsen apunta en el inicio de uno de sus capítulos en la *Teoría pura del derecho*, que su intención fundamental en esa obra era hacer la ciencia del derecho positivo, no se pudo evitar considerar su proximidad con el cientificismo positivista de Augusto Comte.

Según Kelsen, el positivismo jurídico se separa un poco del positivismo sociológico, toda vez que el derecho es producto de la necesidad de orden. Este sistema de orden dependerá de la rigurosidad científica que se dé al tratamiento y estudio de fenómenos jurídicos, toda vez que, frente a la existencia de normas, de leyes que son expresión también de un orden social, la aproximación que debe realizarse en cuanto a la observación no debería desarrollarse sobre posturas empíricas o teológicas, sino científicas y normativas. Hacemos esta afirmación tomando en consideración que en la historiografía de la filosofía del derecho presente en esos años la obra de Frank Sauer, titulada *Filosofía jurídica y social*, de 1933, hacía una clara distinción entre el positivismo jurídico y el sociológico. Al primero distinguía como un proceso que

...toma como punto de partida un orden jurídico dado, y de él, por inducción y generalización progresiva, buscando elementos comunes, va formulando principios cada vez más generales... el concepto central alrededor del cual gira semejante filosofía jurídica, no es el derecho mismo, sino la proposición jurídica, la norma; se investiga la estructura lógica y las clases de normas, y se cree haber captado con eso la esencia del derecho siendo de carácter lógico formalista.⁵¹

En oposición a este planteamiento, considera Wilhelm Sauber que el positivismo sociológico producto de las reflexiones de Comte y Schelling, y desarrollado por Spencer, entiende que

⁵¹ Franz, Johannes y Sauer, Wilhelm, *Filosofía jurídica y política*, Madrid, Labor, 1933, p. 23.

...vivo en la sociedad una especie de organismo que se desenvuelve y diferencia con arreglo a las leyes biológicas en la herencia y la adaptación realizada por órganos sociales que, en último término, sirve al bien de los individuos, y el progreso consiste, según su concepción en el paso de la era guerrera, a la era industrial y, en la creciente libertad del individuo que no puede ser tutelado por el Estado...⁵²

y todo este constructo disímil, pero próximo en el puente del orden, se distancia notablemente del formalismo jurídico, el cual implica que apunta a definir *a priori* cuáles son las acciones justas y cuáles no.

Es decir, más allá de consideraciones axiológicas, la teoría en torno a la justicia debe definir, desde el punto de vista del cientificismo positivista, qué actos son justos y cuáles no. Como se apuntó en la sección anterior, lo que será desmontado en el juicio de Núremberg será ese formalismo que nada tiene que ver con el positivismo decimonónico, cuyo desarrollo ontológico y filosófico se ha explicado al inicio de este trabajo. Esta ratificación teórica se hace necesaria para ubicar dentro del contexto teórico y doctrinario los alegatos de las partes con la conciencia de que en el proceso decisonal privará un espacio del realismo jurídico estadounidense que otorga fundamental importancia a los hechos de donde emanará la sistematización y especificidad conceptual tipificadora. En tal sentido, el principio de la legalidad se encontrará con sus raíces en el fragor de los debates, entre las imágenes filmicas de aquellas matanzas originadas por los nazis, las respuestas taciturnas de los acusados y su cruenta sinceridad.

Como acto preparatorio se promulga el Estatuto de Núremberg, según el cual se establece la base positiva del juzgamiento y, en donde se instituirá la conformación del tribunal, los procedimientos y demás aspectos que garantizará la seguridad jurídica de las partes. El 18 de octubre de 1945, luego de una larga investigación que aportó el más fenomenal reservorio documental antes visto, la fiscalía presentó la acusación formal ante el tribunal, y una copia de esa acusación fue proporcionada en idioma alemán para que cada imputado pudiera preparar su defensa, cumpliendo así un principio fundamental del Estado de derecho, como lo es el derecho a una defensa. El presidente del tribunal, pasados treinta días desde que fueron emplazados de los cargos, interrogó a cada uno de los imputados sobre si se declaraban culpables o no culpables, a lo que cada uno expresó ser ino-

⁵² *Idem.*

cente. El equipo fiscal se concentró en demostrar la planificación de sus acciones, cruelmente calculadas para atentar contra la paz y contra la raza humana. El primero de los cargos impuestos se inició con una presentación general, acompañada de videos y fotografías para demostrar el ascenso del Partido Nazi, y cómo desde el inicio conspiraron contra la paz con fines y objetivos claros, mediante el uso de técnicas que facilitarían el logro totalitario y hegemónico de Alemania, con la finalidad de desarrollar su guerra de agresión. Fueron invocados tratados internacionales violados, así como principios fundamentales de los derechos humanos, que de manera contumaz y planificada, fueron violados.

De tal forma que la defensa no negó los hechos imputados en la acusación ni la condición valorativa de los hechos, toda vez que suponían que no constituía un crimen, al estar esas acciones perfectamente reguladas en normas, y como funcionarios estatales estaban facultados por normas jurídicas vigentes y exigibles. Inclusive, sobrepasaba la potestad de obrar y se constituía en una obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico nacionalsocialista. No le faltó razón al fiscal Jackson, cuando ratificó que lo que se pretendía juzgar en ese primer tribunal internacional, además de los crímenes señalados, era al nacionalsocialismo como estructura terrorista capaz de volver a encender la mecha de la guerra en Europa y el mundo. La defensa invocó el principio de la legalidad, lo cual implicaba que se prohibía imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho, y que era válido en el momento de cometerse el acto. Sostenían que si eran castigados los acusados se infringiría ese principio garantista del derecho.

La controversia no se centró en una supuesta lucha entre el “iusnaturalismo y el iuspositivismo como algunos autores han afirmado”,⁵³ sino en la capacidad de las partes para hacer visible por medio de la argumentación y la reinterpretación, o un principio de la legalidad estático y formalista, o un principio de la legalidad desarrollado, formado y sistematizado sobre bases deónticas y valorativas que no llegan a ser absoluta moral, ni se desarrolla sobre estructuras iusfilosóficas eminentemente positivistas. El lema formalista “ley es ley”,⁵⁴ que sirvió para justificar las mayores opresiones en tiempos del antiguo régimen, e inclusive en etapas posteriores a la Revolución francesa, era usado por la defensa, que se radicalizaba en la inexistencia

⁵³ Pérez Triviño, José Luis, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁴ *Idem.*

previa de una norma que tipificara las conductas que habían protagonizado los acusados.

La fiscalía logró visibilizar el encuentro entre el derecho natural aplicado, la tipificación realizada dentro del Estatuto de Núremberg como derecho positivo racional, que comprende las leyes de la naturaleza, aunque su esencia es la valoración objetiva de normas reales, actuales y exigibles, no desconoce los fundamentos morales sobre los que se levantó la civilización, no los contradice, sino que los sistematiza racionalmente para que sirvan de instrumento ético y moral para la conducción de la sociedad. La guerra y sus consecuencias, había arrancado parte de la lógica humana, esa sensibilización que pudo aflorar en Núremberg de la mano del equipo fiscal. De tal manera que no hubo tal lucha entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, sino contra el formalismo, que otorga autonomía a normas sin importarles su objeto de regulación ni su fuente. El tratamiento a la normativa nazi fue no considerarlo un sistema jurídico parte del derecho, sino normas inmorales que estaban lejos de ser consideradas derecho.

En efecto, cada abogado estadounidense, desde aquellos que conformaban el equipo fiscal hasta el juez, llevarían la esencia del realismo jurídico estadounidense, que criticaba con contundencia el modelo formalista impuesto por Christopher C. Langdell, quien fuera decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard entre 1870 y 1895, y que propugnaba que el sistema jurídico debía tener tres características fundamentales: 1) la formalidad del derecho estaba determinado por su principio autárquico, sin consideraciones materiales extrajurídicas. En este sentido, el derecho debía ser claro, para que la aplicación se constituyera, en una aplicación sencilla de las normas a los hechos, sin una influencia mayor del juez; 2) el derecho es un sistema coherente y lejano de toda complejidad; 3) la autonomía del derecho se basaba en principios y normas cuya fuente era eminentemente de carácter jurídico, y no sometidos a estipulaciones filosóficas, morales, políticas, o económica,⁵⁵ modelo que tendrá una marcada influencia en los juristas y jueces alemanes de las primeras tres décadas del siglo XX. La crítica por parte de los realistas de este modelo, no se inicia con Nuremberg, sino que había comenzado en la década de los veinte del siglo XX, y se extenderá hasta el inicio de la Segunda Guerra Mundial, lo-

⁵⁵ Jeztaz, Philippe y Jamin, Christopher, *La doctrina*, Santiago de Chile, Rubicón Editorial, 2018, p. 340.

grando ser desplazado por los argumentos invocados por el equipo fiscal en Núremberg, la discrecionalidad y facultad del juzgador.

Finalmente, la sentencia definitiva se dictó en octubre de 1946 con elementos que fueron el centro de las consideraciones, y que se enumeran: 1) conforme al Acuerdo de Londres, planificar o provocar una guerra es un crimen que atenta contra los principios del derecho internacional; 2) el Tribunal rechazó las argumentaciones de la defensa de que tales actos no estaban definidos como crímenes en el derecho Internacional, con lo que la condena de los acusados violaría el principio de no retroactividad de la ley penal o de legalidad; 3) fue rechazado el argumento a partir del cual parte de los acusados no eran responsable de sus actos, porque actuaron constreñidos por obediencia debida, pues “lo importante no era la existencia de las órdenes superiores inmorales, sino, si la no ejecución de las mismas era de hecho posible o no”.⁵⁶ En cuanto a los crímenes de guerra y aquellos contra la humanidad, el tribunal evaluó la evidencia presentada por el fiscal que constataba la sistemática violencia, brutalidad y terrorismo llevados a cabo por el gobierno alemán en los territorios ocupados por sus ejércitos.

De las instituciones alemanas acusadas, se encontraron responsables por crímenes de guerra y contra la humanidad, a las *Schutzstaffel* o escuadras de protección (en adelante, SS),⁵⁷ la Gestapo⁵⁸ y los Servicio de Seguridad (en adelante, SD).⁵⁹ De los imputados, doce fueron condenados a morir ahorcados,⁶⁰ siete fueron condenados a penas de prisión, desde diez años hasta cadena perpetua, y tres, incluidos el político y diplomático Franz von Papen y el presidente del Banco Central alemán, Hjalmar Schacht, fueron absueltos.

Luego del primer juicio de Núremberg (que ha sido objeto de la presente reflexión) se llevaron a cabo doce juicios adicionales, bajo el imperio de la Ley 10 del Consejo, para enjuiciar los crímenes realizados en cada una de

⁵⁶ González Monzón, Alejandro, *Naturalismo y positivismo en el derecho, fundamentos y trascendencia a los debates jurídicos contemporáneos*, Bogotá, Leyer, 2016, p. 29.

⁵⁷ Giles, MacDonogh, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁸ Pérez Triviño, José Luis, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁹ Giles, MacDonogh, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁰ Herbert, Victor, *La Segunda Guerra Mundial*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 65.

las cuatro zonas de la Alemania ocupada.⁶¹ Hubo 185 acusados;⁶² en este grupo fueron sometidos a juicio los médicos que realizaron experimentos sobre prisioneros enfermos y civiles confinados en los campos de concentración; asimismo, se condenaron a los jueces que habían cometido asesinatos y otros delitos encubiertos bajo la apariencia de un proceso legal;⁶³ empresarios que habían participado en el saqueo de los países ocupados y en el programa de mano de obra forzada.⁶⁴ Los juicios de Núremberg establecieron un conjunto de principios que quedaron para la posteridad, como lo son los denominados Principios de Núremberg y Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal, cuyo contenido ontológico se origina de los elementos deontológicos reconocidos en los juicios iniciales. En la sentencia dictada a H. Göering, se pueden observar los tipos de delitos sancionados y sus fundamentos: a) plan común o conspiración para cometer crímenes; b) crímenes contra la paz o guerras de agresión; c) crímenes de guerra o violaciones al derecho en la guerra; d) crímenes contra la humanidad, entendidos como violaciones de los tratados internacionales, de leyes penales internas y de principios generales del derecho penal de las naciones civilizadas.

La defensa invocó también que los delitos que se imputaban, para el momento de su ejecución, no existían como tales, y que por tanto se violaba el principio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, o principio de la legalidad penal.

A pesar de lo anterior, el tribunal consagró que los crímenes contra el derecho internacional se cometían por personas físicas y no por entidades abstractas, y que tan sólo con el castigo de los individuos que cometen tales crímenes pueden ser ejecutadas las normas del derecho internacional.

V. CONCLUSIONES

Se ha intentado producir un análisis sobre la reinterpretación judicial dada por el equipo fiscal, dirigido por Robert H. Jackson en el Juicio de Núrem-

⁶¹ *Ibidem*, p. 78.

⁶² Giles, MacDonogh, *op. cit.*, p. 89.

⁶³ Herbert, Victor, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁴ Giles, MacDonogh, *op. cit.*, p. 39.

berg en 1946. Para acometer este objetivo, se han identificado tres ideas principales, que responden a la pregunta de investigación planteada sobre los fundamentos ontológicos del principio de la legalidad. Para ello, se han investigado los elementos doctrinales del principio de la legalidad vigente hasta 1946, además de identificar lo que se ha denominado “el momento de Núremberg”, cuyas consecuencias teóricas, doctrinales y procesales han podido recrear la importancia que reviste el presente estudio como aporte al derecho procesal penal internacional al momento de identificar el encuentro entre el principio de la legalidad y el derecho natural en el desarrollo del juicio de Núremberg, objeto de estudio.

El presente trabajo centró su discusión en la reflexión filosófica teórica y procesal de la génesis del principio de la legalidad, o, como fue conocida desde su nacimiento, la legalidad general, en el contexto de las turbulencias políticas y sociales que reinaban en la Europa del siglo XVIII, en donde el abuso del poder y la inseguridad jurídica era el plato diario de consumo de la naciente ciudadanía. Las ideas que desarrollan los argumentos buscan dibujar el camino recorrido por la legalidad general, desde el positivismo decimonónico, preñado de valores y principios, hasta una tendencia turbulenta del formalismo jurídico germano, que desdibujó los pilares del positivismo sociológico-jurídico para convertirlo en un normativismo violador de los principios más fundamentales de la naturaleza humana.

El recorrido realizado desde el punto de vista filosófico-procesal permitió comprender que no fue tal la venganza ocurrida en el juicio de Núremberg, de los vencedores contra los vencidos, sino todo un proceso de desmontaje principista, desplazado por un normativismo ciego, que ameritó una reinterpretación del principio de la legalidad sobre la base del reconocimiento racional de sus orígenes, hasta la aplicación lógico-judicial de sus contenidos axiológicos, muy bien fundamentado por el equipo fiscal dirigido por Robert H. Jackson.

El debate parte de una primera idea, que revisa los elementos doctrinales del principio de la legalidad que estuvo vigente hasta 1946. Para ello, se revisaron las variables que dieron origen a los elementos de la doctrina que le otorgó forma y definición en el mundo jurídico. No fue una tarea sencilla, sobre la base de fuentes documentales, comprobar el carácter axiovalorativo de la legalidad general que nace en el siglo XVIII, como consecuencia de la necesidad de un orden social, de tal manera que de la reflexión emanan consideraciones que encuentran sentido a la vinculación primaria que exis-

tió entre el positivismo de Comte y la formulación jurídico-positivista de John Austin y Hans Kelsen.

De la misma manera, del análisis realizado se perciben proximidades disciplinarias entre la historia y el derecho, que más allá de la escuela histórica de Savigny, dicen de una estructura teórica del derecho que subyace en la fuente histórica y en su interpretación. De tal manera que no resulta un conocimiento inútil ni estéril interpretar estructuras del sistema jurídico y normativo, sobre la base de los hechos que permiten construir la historia; todo lo contrario, su fundamento facilita la comprensión óptica y ontológica de las instituciones jurídicas.

De tal manera que esta revisión nos permite identificar el momento en el cual se dieron las adulteraciones ontológicas del principio de la legalidad, bien por parte de los bolcheviques en 1926, y de los nacionalsocialistas a partir de la promulgación de las Leyes de Núremberg, con todo un aparato teórico academicista que le sirvió de apología. En tal sentido, la respuesta (re)interpretativa aportada por el equipo fiscal fue retomar la esencia cognitiva, teórica y valorativa del principio de la legalidad presente en la necesidad de evitar el poder tiránico de los gobernantes, cuya fuente general estaba consagrada en la estabilidad jurídico-racional que invocaba el positivismo jurídico.

Lo anterior ayudará de manera exclusiva a explicar lo que en el trabajo fue definido como “el momento de Núremberg”, que permite establecer una transversalidad entre normas, valores y conductas, y el impacto que tuvo en el mundo jurídico de la teoría y la doctrina procesal. En efecto, establecer que la historia es el supuesto de hecho del sistema de derecho procesal penal internacional, es una aproximación positivista. Se aleja del formalismo jurídico germano y adopta la esencia del realismo estadounidense, cuya preocupación fundamental son los hechos. A esto se le debe sumar la aproximación que luego Gustav Radbruch desarrollará, y que asumirá estructura formularia cuando apuntó que una norma que no obedezca en su esencia ontológica a fundamentos valorativos y principistas era cualquier otra cosa menos derecho, pues el derecho como máxima aspiración buscaba regular la vida de la humanidad sobre parámetros de felicidad y desarrollo pleno. En esencia, el momento de Núremberg va a permitir la planificación y ejecución del juicio de este, toda vez que facilitará la reflexión teórica y filosófica sobre los hechos que habían llamado la atención de las fuerzas aliadas por su ferocidad, y absoluta negación a los principios más elementales

presentes en el derecho de la guerra, en las leyes de combate y opuestos a las normas esenciales de la naturaleza humana.

Finalmente, se considera que la hipótesis de la cual se han levantado los argumentos de este trabajo es evidentemente comprobable a la luz del recorrido histórico-filosófico-procesal que ha hecho la legalidad general, desde su génesis positivista en el siglo XVIII, la revisión teórica a la cual se sometió en las postrimerías del siglo XIX y la coyuntura teórico-valorativa que generarán las autocracias europeas, que desde el bolchevismo y el nazismo deformaran la esencia ontológica de la legalidad como principio de regulación social, orden, Estado de derecho y seguridad jurídica general.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARROYO, Fernando, “El Código de Núremberg: un hito en la ética de la investigación médica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Central de Ecuador*, vol. 24, núm. 1, 1999.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2016.
- AGUDELO, Oscar y ROCÍO GALÁN, Astrid, “Derecho injusto. Fórmula de universalización y derechos humanos”, *Novum Jus*, Bogotá, vol. 9, núm. 111, julio-diciembre de 2015.
- BERINGER, Jean, *A History of the Habsburg Empire 1700-1918*, Nueva York, Longman, 1997.
- BRICEÑO, Gabriela, *Principio de legalidad*, Chile, Olejnik, 2018.
- CARPINTERO, Francisco, *Los inicios del positivismo jurídico alemán*, Cádiz, Universidad de Rioja.
- COMTE, Auguste, *Discurso sobre El Espíritu Positivo*, Barcelona, Altaya, 1986.
- DUGUIT, León, *Lecciones de derecho público general*, París, Bocard, 1926.
- FRANZ, Johannes y SAUER, Wilhelm, *Filosofía jurídica y política*, Madrid, Labor, 1933.
- GARRIDO, Alicia y ÁLVARO, José Luis, *Psicología social. Perspectivas psicológicas y sociológicas*, España, McGraw-Hill, 2007.
- GILES, MacDonogh, *Después del Reich. Crimen y castigo en la posguerra Alemana*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2010.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Obediencia y desobediencia al derecho: unas últimas reflexiones”, *Revista Sistema*, España, núm. 88, 1989.

- GONZÁLEZ MONZÓN, Alejandro, *Naturalismo y positivismo en el derecho, fundamentos y trascendencia a los debates jurídicos contemporáneos*, Bogotá, Leyer, 2016.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- HERBERT, Víctor, *La Segunda Guerra Mundial*, Oxford, Oxford University Press, 1975.
- HUHLE, Rainer, “Hacia una comprensión de los «crímenes contra la humanidad» a partir de Nuremberg”, *Estudio Socio-Jurídico*, Bogotá, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre 2011.
- JEZTAZ, Philippe y JAMIN, Christopher, *La doctrina*, Santiago de Chile, Rubicón, 2018.
- JOURDAN, Eduardo, “La normatividad nazi a la luz de los principios elementales del derecho, la crisis del positivismo”, *Actas del II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Brasil, 2018.
- KAUFMANN, Arthur, *La fórmula de Radbruch, de la injusticia legal y la ley suprema en la discusión sobre la injusticia cometida en nombre de la RDA*, Alemania, Nuevo semanario legal, 2018.
- KASTNER, Klaus, *El Tribunal Militar Internacional de Núremberg*, Alemania, Theiss, 2015,
- LINA, María, “El Juicio de Núremberg como antecedente de la Corte Penal Internacional desde las tres dimensiones del mundo jurídico”, *Revista Integración y Cooperación Internacional*, Argentina, vol. 7, abril-junio de 2011.
- LÓPEZ PÉREZ, Luis, “El principio de la legalidad”, *Revista de la Universidad de San Martín de Porres*, Guatemala, 2012.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- MARCANO SALAZAR, Luis Manuel, *Derecho internacional público: fundamentos teóricos y elementos históricos para su comprensión y estudio*, Santiago de Chile, Hammurabi, 2021.
- MARTÍNEZ, Andrés y GARZÓN, Oscar, “Ilegitimidad de los juicios de Núremberg. La versión no oficial de la Segunda Guerra Mundial”, *Criterios. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*, Cali, vol. 2, núm. 2, disponible en: <https://doi.org/10.21500/20115733.1909>.
- NOAH HARARI, Yuval, *21 lecciones para el siglo XXI*, Barcelona, 2018.
- ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto Gerardo, “Juicios de Núremberg 60 años después”, *Derechos Humanos México*, México, núm. 2, 2012, disponible en:

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5523/4870>.

OWEN, James, *Núremberg. El mayor juicio de la historia*, Barcelona, Crítica, 2010.

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *Los juicios de Nuremberg*, Cataluña, Uniersitat Oberta de Cataluya, 2016.

Resolución 95(I) de Naciones Unidas. Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008, disponible en: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf.

RESTA, Davide, *El principio de nullum crimen nulla poena sine lege en el derecho penal internacional*, Universidad de Granada, 2019.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “Principio de la legalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, vol. 13, núm. 39, septiembre-diciembre, 1993.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, “El principio de la legalidad penal en la historia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, España, núm. 42, 1997.

SARAMAGO, José, *Este mundo de injusticia globalizada*, Boletín CF+S, Madrid, núm. 20, 2002.

SCHWANITZ, Dietrich, *La cultura. Todo lo que hay que saber*, México, Taurus, 2010.

WESTAD, Odd Arne, *La Guerra Fría. Una historia mundial*, trad. de Irene Cifuentes de Castro y Alejandro Pradera Sánchez, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2018.

Comentarios

A denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira com fundamento na ausência de imparcialidade do árbitro

The Refusal of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Based on the Arbitrator's Lack of Impartiality

Le refus d'approbation d'une sentence arbitrale étrangère fondée sur l'absence d'impartialité de l'arbitre

María Laura Fornasar*

SUMÁRIO: I. *Introdução.* II. *A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: a apreciação no âmbito da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.* III. *Alegação de ausência de imparcialidade do árbitro e denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira na jurisprudência estrangeira.* IV. *Alegação de ausência de imparcialidade do árbitro e denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira na jurisprudência brasileira.* V. *Análise dos julgados do STJ sob a ótica da ordem pública internacional.* VI. *Conclusão.* VII. *Bibliografia.*

* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4021-4209>, laurafornasar@yahoo.com.br.

Artículo recibido el 19 de abril de 2022

Aprobado para publicación el 20 de septiembre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 311-338
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

RESUMO: O presente artigo vai tratar da situação em que se alega o não cabimento da homologação da sentença arbitral estrangeira com fundamento na ausência de imparcialidade do árbitro. Buscar-se-á primeiro entender o que a doutrina e a jurisprudência consideram como ausência de imparcialidade do árbitro. Em seguida, verificar-se-á se a falta de imparcialidade do árbitro é capaz de resultar na denegação de homologação da sentença arbitral estrangeira. Será discutido qual seria o fundamento para denegação, partindo-se da análise da Convenção de Nova Iorque de 1958. A apresentação do posicionamento da jurisprudência estrangeira e especialmente da jurisprudência brasileira sobre o tema será importante para se chegar a conclusões a respeito da possibilidade ou não da denegação e para tentar identificar os parâmetros utilizados nas decisões denegatórias.

Palavras-chave: Homologação, estrangeira, arbitragem, imparcialidade, árbitro.

ABSTRACT: This article will deal with the situation in which it is alleged that the recognition and enforcement of the foreign arbitral award should be denied on the basis of the arbitrator's lack of impartiality. The first step will be understanding what scholars and case law consider to be the lack of impartiality of the arbitrator. Next, it will be verified whether the arbitrator's lack of impartiality leads to the denial of recognition and enforcement of the foreign arbitral award. The ground for denial will be discussed, based on the analysis of the New York Convention of 1958. The presentation of the position of foreign and especially Brazilian case law on the subject will be important to reach conclusions regarding the possibility, if that is the case, to deny and to try to identify the parameters used in denial decisions.

Key words: enforcement, foreign, arbitration, impartiality, arbitrator.

RÉSUMÉ: Cet article traitera de la situation dans laquelle il est allégué que la ratification de la sentence arbitrale étrangère n'est pas valable en raison du manque d'impartialité de l'arbitre. Elle cherchera d'abord à comprendre ce que la doctrine et la jurisprudence considèrent comme l'absence d'impartialité de l'arbitre. Ensuite, il sera vérifié si le manque d'impartialité de l'arbitre est susceptible d'entraîner le refus de ratification de la sentence arbitrale étrangère. On discutera de ce qui serait la base du refus, à partir de l'analyse de la Convention de New York de 1958. La présentation de la position de la jurisprudence étrangère et en particulier de la jurisprudence brésilienne sur le sujet sera importante pour tirer des conclusions quant à la possibilité ou pas de refus et d'essayer d'identifier les paramètres utilisés dans les décisions de refus.

Mots clés: Homologation, étranger, arbitrage, impartialité, arbitre.

I. INTRODUÇÃO

A imparcialidade do árbitro é um tema que dá ensejo a entendimentos divergentes, tanto na jurisprudência estrangeira quanto na brasileira, tendo em vista, principalmente, a ausência de um código de ética internacional (ou nacional) que possa servir de parâmetro para decidir se, em determinada situação concreta, o árbitro atuou ou não de maneira parcial.¹

Embora, geralmente, as legislações sobre arbitragens domésticas² e os regulamentos das câmaras de arbitragem comercial internacional disponham sobre o dever de imparcialidade do árbitro,³ eles não mencionam quais condutas seriam evitadas de parcialidade.

Nesse contexto de ausência de normatização sobre que tipos de condutas representam ou sinalizam uma violação ao dever de imparcialidade, a apreciação sobre determinada alegação de parcialidade do árbitro, quando levada a juízo, é realizada casuisticamente, de acordo com a sensibilidade do julgador.

Diante disso, tem-se como problema: o que a jurisprudência brasileira considera, em sede de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, como violação à imparcialidade do árbitro?

A hipótese, a ser testada a partir da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁴ é que não é possível extrair de suas decisões

¹ A International Bar Association teve a importante iniciativa de criar a IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, com parâmetros de condutas para orientar árbitros e partes na arbitragem. Entretanto, são normas não vinculantes e, portanto, funciona, na prática, como uma espécie de guia de conduta.

² A Lei de Arbitragem brasileira, por exemplo, diz o seguinte no artigo 13, § 6º: “Artigo 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

³ Alguns regulamentos de arbitragem exigem a assinatura de declaração de imparcialidade e independência do árbitro, antes de sua nomeação ou confirmação. Esse é o caso, por exemplo, do Regulamento de 2021 da Câmara de Comércio Internacional, em seu item 11(2). Tal dispositivo também requer que o potencial árbitro indique se existem circunstâncias que possam suscitar na(s) parte(s) dúvidas justificáveis quanto à sua imparcialidade ou independência, exigência essa também feita no Regulamento de 2020 da London Court of International Arbitration, no item 5.4.

⁴ O STJ, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, passou a ser o tribunal competente para homologar sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. Tal emenda conferiu a seguinte redação ao inciso “i” do artigo 105 da Constituição Federal brasileira de 1988: “artigo 105.

uma tendência majoritária ou consolidação de entendimento sobre o que o tribunal considera como parcialidade.

A ausência de imparcialidade do árbitro pode dar ensejo ao ajuizamento de ação de nulidade da sentença arbitral. Pode também resultar na denegação de homologação da sentença arbitral estrangeira, objeto principal do presente artigo. Optamos por abordar a imparcialidade por termos notado que o STJ em suas decisões de homologação tende a fazer mais referência à imparcialidade do que à independência do árbitro.

Precedentes de denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira por falta de imparcialidade do árbitro, no Brasil e no exterior, enquadraram o tema na violação à ordem pública, razão pela qual o presente artigo terá como foco a análise com esse fundamento. A base legal está no artigo V, (2) (b) da Convenção de Nova Iorque de 1958⁵, que resguarda a ordem pública internacional.⁶ Já no ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento encontra-se no artigo 39, II da Lei 9307/96 (Lei de Arbitragem brasileira).⁷

II. A IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO NO DIREITO BRASILEIRO: A APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

O conceito de imparcialidade do árbitro⁸ está relacionado, nas palavras de Carlos Alberto Carmona, à equidistância que o julgador deve guardar em re-

Compete ao Superior Tribunal de Justiça: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias”.

⁵ “Artigo V.2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

⁶ A Convenção de Nova Iorque foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto No. 4.311/2002.

⁷ “Artigo 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: II - a decisão ofende a ordem pública nacional”.

⁸ Francisco Müssnich diferencia a imparcialidade — que vê como ausência de noções preconcebidas sobre o objeto do litígio ou de interesses na resolução de disputa que possa beneficiar uma parte em detrimento da outra — da independência — como sendo a ausência de vínculo, atual ou prévio, com as partes capaz de cercear sua liberdade de analisar livremente o caso. Propõe, contudo, que ambas sejam aplicadas conjuntamente, por serem seus elementos de difícil distinção prática. Müssnich, Francisco Antunes Maciel, “A Escolha

lação às partes.⁹ O elemento de base para se aferir se a conduta do árbitro foi parcial, segundo Selma Lemes, é verificar se a decisão foi inspirada no desejo de obter justiça sem, no entanto, perquirir se a sentença foi justa ou injusta.¹⁰

Diante do subjetivismo que envolve a sua configuração e a ausência de parâmetros normativos, pode ser difícil para a contraparte prever e defender-se dessa alegação. Quanto ao árbitro, a sua revelação de circunstâncias que podem dar ensejo a impugnações é uma conduta esperada. Mas quais os parâmetros a serem adotados?

As circunstâncias apontadas na IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration,¹¹ especialmente as descritas na “Non-Waivable Red List”, na “Waivable Red List” e na “Orange List” podem servir de guia para os árbitros quanto à revelação a ser feita às partes. Contudo, é uma

dos Árbitros: A Arbitragem Vale o que o Árbitro Vale”, em Moreira, Ana Luiza Pinto *et al.*, *Arbitragem e Outros Temas de Direito Privado: Estudos Jurídicos em Homenagem a José Emilio Nunes Pinto*, São Paulo, Quartier Latin, 2021, pp. 257-258. Para Selma Lemes, a independência está caracterizada quando o árbitro nas suas atribuições não cede a pressões nem de terceiros nem das partes. Já na imparcialidade atuam critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito. Lemes, Selma Maria Ferreira, “O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada”, *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 36, 2013, p. 234. Para Jaffae Alkhayeri e Ashlesha Dash, a independência tem um caráter objetivo, enquanto a imparcialidade é subjetiva: “The variation between independence and impartiality is that independence is an ‘objective’ criteria that can be verified, whereas impartiality is a ‘subjective’ estimation of a person’s inside mindset or state of mind that could only be observed from the exterior in the arbitrator’s conduct. Generally, impartiality relates to the arbitrator’s mental stance toward the parties, their lawyers, or the issue in concern. The term “independence” refers to an arbitrator’s dearth of linkages or connections with any of the parties or their agents. Well as involvement in the case or previous involvement in a comparable case. Impartiality implies the necessity for utmost neutrality in the arbitrator’s decision-making, whereas independence reflects an objective status. In other words, it can be said that independence is the reason, and impartiality is the result”. Alkhayeri, Jaffae e Dash, Ashlesha, “Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality”, *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 5, 2022, p. 6.

⁹ Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96*, 3a. ed., São Paulo, Atlas, 2009. p. 239.

¹⁰ Lemes, Selma Maria Ferreira, *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001, p. 58 y 59.

¹¹ Cabe mencionar também o Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes de 2004, elaborado conjuntamente entre a American Arbitration Association e a American Bar Association. Contudo, é um documento que, comparado ao IBA Guidelines, não traz tanto detalhamento de condutas que podem ser consideradas como parciais.

norma não vinculante e não necessariamente será compatível com a cultura da sede da arbitragem.¹²

A situação será diferente se as partes expressamente tiverem optado pela aplicação da IBA Guidelines (ou outro documento de soft law) antes ou após a instauração da arbitragem. Nessa hipótese, essa norma servirá de base para que o árbitro revele determinado fato ou circunstância, sendo que tal revelação não necessariamente implica a existência de um conflito de interesses.¹³

Tão ou mais importante do que verificar se incide no caso alguma espécie de soft law, como as IBA Guidelines acima mencionadas, será observar o disposto na lei aplicável à arbitragem.

Sendo aplicável a lei brasileira, caberá observar o disposto no artigo 14 da Lei 9.307/96,¹⁴ que prevê o impedimento do árbitro nas hipóteses de

¹² Na opinião de Carlos Alberto Carmona, não necessariamente a eventual aplicação do IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration resolve dúvidas envolvendo a imparcialidade no caso brasileiro, cabendo observar a cultura arbitral local. Em suas palavras: “O tema precisa ser mais discutido, sem imaginar que as regras da IBA tenham resolvido o tema. Nós, os brasileiros, não participamos da elaboração destas regras e nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas. Nossa comunidade arbitral ainda é pequena e isso causa um intenso intercâmbio entre todos os que atuam neste meio: ora integramos um mesmo painel, ora, como advogados, defendemos clientes em polos opostos, ora somos árbitros e advogados, ora somos advogados e árbitros. Isto não nos causa, aos brasileiros, qualquer constrangimento. Será que causará algum desconforto aos estrangeiros? Nosso jeito afável- mas sério- precisa ser considerado e as regras de convivência entre partes, advogados e árbitros precisam ser adaptadas ao ambiente cultural em que serão aplicadas”. Carmona, Carlos Alberto, “Em torno do árbitro”, *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 28, 2011, p. 58.

¹³ Nesse sentido, ver a Parte II (Practical Application of the General Standards), item 4 da IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: “4. Disclosure does not imply the existence of a conflict of interest; nor should it by itself result either in a disqualification of the arbitrator, or in a presumption regarding disqualification. The purpose of the disclosure is to inform the parties of a situation that they may wish to explore further in order to determine whether objectively—that is, from the point of view of a reasonable third person having knowledge of the relevant facts and circumstances—there are justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence. If the conclusion is that there are no justifiable doubts, the arbitrator can act. Apart from the situations covered by the Non-Waivable Red List, he or she can also act if there is no timely objection by the parties or, in situations covered by the Waivable Red List, if there is a specific acceptance by the parties in accordance with General Standard 4(c). If a party challenges the arbitrator, he or she can nevertheless act, if the authority that rules on the challenge decides that the challenge does not meet the objective test for disqualification”.

¹⁴ Lei 9.307/96, artigo 14: “Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que ca-

suspeição ou impedimento de juízes previstas no Código de Processo Civil,¹⁵ bem como o artigo 13, § 6o. da Lei 9.307/96.¹⁶

racterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil. (1) As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência. (2) O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando: (a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou (b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação”.

¹⁵ Código de Processo Civil, artigos 144 e 145: “Artigo 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: (i) em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; (ii) de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; (iii) quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; (iv) quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; (v) quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; (vi) quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; (vii) em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; (viii) em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; (ix) quando promover ação contra a parte ou seu advogado. 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do ministério público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz. 2o. É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz. 3o. O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo... Artigo 145. Há suspeição do juiz: (i) amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; (ii) que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; (iii) quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; (iv) interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. 1o. Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. 2o. Será ilegítima a alegação de suspeição quando: (i) houver sido provocada por quem a alega; (ii) a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arduo”.

¹⁶ “Artigo 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes...

O dever de revelação do árbitro tem grande relevo, como corolário da estrutura de confiança¹⁷ que as partes depositam no árbitro e com expressa referência no §1o. do artigo 14 da Lei 9.307/96.¹⁸

Nesse sentido, defende Giovanni Ettore que o contrato de árbitro representa pacto de confiança, de natureza *intuitu personae*. Destaca que: “A confiança respalda aqui, acima de tudo, a postura, a retidão e a indicação, por parte do árbitro, de que desfruta de índole para cumprir seus deveres de independência e de imparcialidade. Ou melhor, para adimplir seus deveres legais de proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (art. 13, § 6o., Lei 9.307/1996 (LGL\1996\72))”.¹⁹

Sendo assim, a ausência de revelação de determinado fato que, do ponto de vista da(s) parte(s), deveria ter sido feita, pode provocar nela(s), nas palavras de Carlos Alberto Carmona, um “mal-estar decorrente de eventual suspeita de reserva mental, criando base (ainda que infundada) para impugnação e recusa”.²⁰ Por outro lado, também pode ocorrer de, mesmo cientes da existência de uma hipótese de impedimento ou suspeição (por exemplo, prevista no Código de Processo Civil), as partes aceitarem a indicação do árbitro. Se elas sabiam e aquiesceram, os autores brasileiros de maneira geral, não veem empecilhos em seguir com essa nomeação,²¹ devendo, claro, o árbitro decidir de acordo com seu livre convencimento. Esse entendimento é passível de críticas porque em situações em que há violação à or-

6o. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

¹⁷ Conforme destacado por Tercio Sampaio: “nesse ponto é possível localizar a confiança (fidúcia) como mecanismo fundamental na diferenciação entre arbitragem e processo judicial, entre árbitro e juiz. O fato de, ao contrário do juiz togado, árbitros serem indicados pelas partes, o mecanismo da confiança tem uma relevância diferente no processo judicial e no processo arbitral”. Junior, Tercio Sampaio Ferraz, “Suspeição e impedimento na arbitragem”, *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 28, 2011, p. 71.

¹⁸ Lei 9.307/96, artigo 14, §1o.: “§ 1o. As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

¹⁹ Nanni, Giovanni Ettore, “Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato *intuitu personae* de árbitro”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1041, julho 2022, p. 12.

²⁰ Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo...*, cit., p. 255.

²¹ É o posicionamento de Carlos Alberto Carmona, Tercio Sampaio, Gustavo Schmidt, Daniel Ferreira, Rafael Oliveira e Joaquim Muniz. *Ibidem*, pp. 252 y 253; Schmidt, Gustavo et al., *Comentários à Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Método, 2021, p. 87; Muniz, Joaquim, *Curso Básico de Direito Arbitral*, 4a. ed., Curitiba, Juruá, 2017, p. 140.

dem pública, a mera aceitação não seria suficiente para que a sentença seja válida ou homologada. A ausência de imparcialidade do árbitro pode dar ensejo ao ajuizamento de ação de nulidade da sentença arbitral,²² com base no artigo 32, II e/ou VIII da Lei 9.306/97.²³

Quando a parte requer a anulação por quebra da imparcialidade, o que deve ser avaliado não é a falta de revelação, caso arguida, mas se o fato não revelado era capaz de influenciar no julgamento.²⁴

A alegação de ausência de imparcialidade também pode ocorrer em sede de contestação à homologação de sentença arbitral estrangeira, foco do presente artigo.²⁵ O artigo V da Convenção de Nova Iorque²⁶ elenca as

²² Conforme explicam Gustavo Schmidt, Daniel Ferreira, Rafael Oliveira, a alegação feita com base no artigo 32, II só poderá ser deduzida na competente ação anulatória se a parte prejudicada tiver, oportunamente, apresentado arguição de recusa do árbitro nomeado, em consonância com o artigo 20, caput da Lei 9.306/97 (Artigo 20: “A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”). Schmidt, Gustavo *et al.*, *op. cit.*, p. 263.

Selma Lemes destaca a necessidade de apresentar provas, demonstrar a violação da independência e imparcialidade do árbitro, não sendo suficiente mera alegação. Lemes, Selma, “O dever de revelação...”, *cit.*, pp. 245 e 246.

Para Joaquim Muniz, quando a falta de imparcialidade ou independência do árbitro restar demonstrada apenas na sentença arbitral “pode-se argumentar que não se aplicaria a preclusão, mesmo se houver indício prévio da ausência de independência e/ou da parcialidade, pois a parte não teria todos os elementos para uma impugnação bem-sucedida”. Muniz, Joaquim, *op. cit.*, p. 271.

²³ “Artigo 32. É nula a sentença arbitral se: ... II - emanou de quem não podia ser árbitro; ... VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2o., desta Lei”. Segundo o artigo 21, § 2o.: “Artigo 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento... § 2o. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

²⁴ Lemes, Selma, *O dever de revelação...*, *cit.*, pp. 245 e 246.

²⁵ Sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, ver: Fornasar, María Laura, “A Ordem Pública na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, *Revista de Processo*, vol. 311, 2021, pp. 355-374 e Fornasar, María Laura, “A Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras sem Fundamentação”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 65, 2020, pp. 209-224.

²⁶ “Artigo V. 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade

hipóteses em que pode ser denegado o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que são taxativas. Os artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem Brasileira²⁷ tratam de hipóteses de denegação de homologa-

competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

²⁷ “Artigo 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I. as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II. a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III. não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV. a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V. a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI. a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada... Artigo 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: I. segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II. a decisão ofende a ordem pública nacional. Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbi-

ção, que, de modo geral, refletem a redação do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

Da leitura do inteiro teor das Sentenças Arbitrais Estrangeiras Contestadas do STJ que apreciaram o pedido de denegação de homologação com fundamento na ausência de imparcialidade do árbitro,²⁸ vê-se que poucas especificaram precisamente o embasamento legal, seja do requerimento ou da fundamentação da decisão da Corte,²⁹ à exceção da SEC 9.412/US.

Na SEC 9.412/US, o STJ entendeu que a falta de imparcialidade do árbitro, se constatada, enseja a denegação de homologação por contrariedade à ordem pública, nos termos do artigo 39. II, da Lei 9.307/1996. Logo, vamos nos aprofundar na hipótese de denegação com fundamento na ordem pública internacional,³⁰ ainda que a alegação possa vir também com outro fundamento, como por exemplo, no artigo V, 1, b da Convenção de Nova Iorque, que postula a observância ao devido processo legal.

Com base no artigo 34, caput da Lei 9.307/96 e no artigo 13 do Código de Processo Civil brasileiro, pode-se dizer que o regime legal de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção de Nova Iorque, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação

tragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”.

²⁸ Serão abordadas em capítulo específico do presente artigo.

²⁹ Nas SECs 9713 e 9714, a fundamentação da decisão foi que a sentença arbitral estrangeira “atende às exigências previstas nos artigos 38 e 39 da Lei n. 9.307/96”. Na SEC 4837, foi que “o controle judicial da homologação da sentença arbitral estrangeira está limitado aos aspectos previstos nos artigos 38 e 39 da Lei No. 9.307/96”. Na HDE 120, destacou-se no voto vencedor que: “a sentença homologanda não representa violação à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana ou à ordem pública, o que satisfaz a exigência do artigo 216-F do RISTJ, sobretudo porque o procedimento arbitral versou sobre questões concernentes à relação comercial havida entre as empresas em litígio, circunscritas, portanto, à esfera de seus direitos patrimoniais disponíveis”.

³⁰ Gary Born ressalta que esse tem sido o fundamento comumente apresentado em sede de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: “claims of lack of impartiality have been considered under Article V(2)(b)’s general public policy exception in some national court decisions, on the theory that biased arbitrators are contrary to mandatory law rules or public policies of the recognition forum”. Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3a. ed., Kluwer Law International, 2021, p. 3936.

do Decreto No. 4.311/02,³¹ que prevalece sobre o disposto na Lei Brasileira de Arbitragem.³²

Portanto, a locução “ordem pública nacional” do 39, II da Lei 9307/96 deve ser interpretada à luz do art. V, (2) (b) da Convenção de Nova Iorque, que utiliza a expressão “ordem pública daquele país”.³³ Diante disso, não merece acolhida o entendimento de que a ordem pública mencionada no 39, II da Lei 9307/96 seria a ordem pública interna. Importante lembrar que em sede de homologação, a sentença arbitral estrangeira passará por um “filtro mais tolerante” do que o da ordem pública interna, o da conformidade ou não com a ordem pública internacional. Essa análise deve ser feita considerando as circunstâncias do caso e ponderando se a homologação é capaz de ferir princípios fundamentais do foro.

Mais à frente, veremos como o STJ vem tratando essa questão na apreciação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Contestadas, buscando identificar os parâmetros utilizados nas decisões denegatórias.

III. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO E DENEGAÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Em um trabalho de pesquisa sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras em diversos países do mundo, coordenado por George Bermann, constatou-se que a jurisprudência na Áustria, Colômb-

³¹ Decreto No. 4.311 de 23 de julio de 2002.

³² Esse raciocínio está em consonância também com o disposto no artigo 5o., § 2o. da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: “Artigo 5o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2o. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³³ Ver Abbud, André de Albuquerque Cavalcanti, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 209; Barros, Vera Cecília Monteiro de, *Exceção de ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil*, São Paulo, Quartier Latin, 2017, p. 180 e Oliveira, Leonardo V. P. de e Miranda, Isabel, “International public policy and recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil”, *Journal of International Arbitration*, Ginebra, vol. 30, núm. 1, 2013, pp. 49-70; p. 57.

bia, Croácia e Alemanha já considerou a imparcialidade do tribunal arbitral como um tema atinente à ordem pública.³⁴

Em outra obra, George Bermann e Emmanuel Gaillard pontuaram precedentes que enquadraram a ausência de imparcialidade e independência do árbitro como violação à ordem pública. Mencionaram como exemplo o caso francês *Soc. Excelsior Film TV v. Soc. UGC-PH*³⁵ em que, em disputa envolvendo duas arbitragens paralelas com as mesmas partes, um dos árbitros, que estava atuando em ambas, forneceu informação falsa a um tribunal arbitral sobre a outra arbitragem, o que teve impacto na decisão do tribunal sobre sua jurisdição. A Corte de Cassação francesa considerou que isso gerou uma desigualdade entre as partes, afetando o devido processo legal.

Os referidos autores trazem outro exemplo: uma decisão suíça na qual o advogado que assessorou uma das partes na elaboração do contrato inseriu no mesmo uma cláusula apontando ele próprio como árbitro na hipótese de surgir uma disputa entre as partes. A corte suíça considerou que esse fato constituiu uma violação à ordem pública.³⁶

³⁴ Com as seguintes diferenças: (i) Áustria: não faz distinção entre ordem pública interna e internacional. De acordo com a doutrina e jurisprudência do país, a ausência de imparcialidade e independência do árbitro viola a ordem pública processual da Áustria (Section 611 (2) (5) ZPO); (ii) Colômbia: A Suprema Corte de Justiça colombiana, ao definir o conceito de ordem pública internacional na interpretação do artigo V.2.b da Convenção de Nova Iorque, considerou a imparcialidade do tribunal arbitral como uma questão abarcada por esse conceito (*Petrotesting Colombia v. Southeast Investment Corp & Ross Energy S.A., and Drummond v. Ferrovías*, julgado em 29 de diciembre de 2011); (iii) Croácia: incluiu-se no conceito de ordem pública internacional a independência e a imparcialidade na decisão do Caso XL VIII P-4473/02 of October 9, 2003, da High Commercial Court de Zagreb; (iv) Alemanha: a jurisprudência mencionou que o tema se insere na ordem pública nas seguintes decisões: BGH (01.02.2001, III ZR 332/99), NJW-RR 2001, 1059, para 21; BGH (15.05.1986, III ZR 192/84), BGHZ 98, 70 = NJW 1986, 3027, para 17; Kröll, in: Böckstiegel et al (eds), *Arbitration in Germany*, § 1061 para 94; Adolphsen, in: MünchKomm ZPO, § 1061 Anh. 1 UNÜ Art. V para 75. Ver: Bermann, George A. (ed.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York convention by national courts*, New York, Springer, 2017, pp. 144, 234, 259 e 360.

³⁵ *Soc. Excelsior Film TV v. Soc. UGC-PH*, Court of Cassation, France, 24 March 1998 apud Gaillard, Emmanuel e Bermann, George A., *The UNCITRAL Secretariat Guide on the New York Convention*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017, p. 269.

³⁶ District Court of Affoltern am Albis, Switzerland, 26 May 1994, XXIII Y.B. COM. ARB. 754 (1998) apud *Ibidem*, p. 269.

Dirk Otto e Omaia Elwan colocam que é comum a jurisprudência considerar não bastar que seja feita apenas uma alegação de imparcialidade do árbitro para recusar a homologação de sentença arbitral estrangeira com fundamento na ordem pública, sendo necessário provar a ocorrência de fatos que indiquem a existência de parcialidade.³⁷

Os referidos autores ressaltam que, embora não se exija prova de a decisão ter sido injusta ou incorreta, é necessário provar fatos relacionados com a atuação do árbitro capazes de ensejar uma razoável preocupação com sua imparcialidade. Como exemplo, citam uma decisão norte-americana que denegou a homologação de sentença arbitral estrangeira por não ter o árbitro revelado que o escritório de advocacia em que trabalha atuou para a empresa matriz de uma das partes (ainda que ele pessoalmente não tenha trabalhado na operação). A corte entendeu ser irrelevante se o árbitro sabia ou não desse conflito, pois deveria ter verificada previamente a presença de circunstâncias capazes de conduzir ao questionamento de sua imparcialidade.³⁸

Por outro lado, os referidos autores citam decisões nas quais a alegada parcialidade do árbitro foi insuficiente para constituir uma violação da ordem pública quando o árbitro e a empresa na qual uma das partes era acionista eram membros do mesmo grupo empresarial.³⁹

Dirk Otto e Omaia Elwan mencionam ainda decisões que consideraram não necessariamente violar a ordem pública a sentença arbitral afetada pela parcialidade do árbitro quando uma parte não levanta essa objeção durante a arbitragem (apesar de ter tido conhecimento do fato no curso do processo arbitral).⁴⁰

³⁷ Como exemplo, os autores citam a seguinte decisão: Arrondissementsrechtbank Zutphen (Tianjin Stationary & Sporting Goods Import and Export Corp. v. Verisport B.V., decided 1996), YCA XXII (1997), 766 (at 767) (Zutphen District Court, Netherlands).

³⁸ HSMV Corp. v. ADI Ltd., 72 F. Supp. 2d 1122 (at 1127) (decided 1999) YCA XXV (2000), 1974 (at 1080) (US District Court for the Central District of California, US) apud Kronke, Herbert *et al.* (ed.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010. p. 371.

³⁹ OLG Celle (decided June 30, 2007), YCA XXXIII (2008), 524 (Celle Court of Appeal, Germany; Bundesgericht, BGE 93 I 49 (60) (Federal Supreme Court, Switzerland), Tribunal Federal, No. 5 P. 249/1988 (decided 1989)=YCA XV (1990), 509 (at 513) (Federal Supreme Court, Switzerland) apud *Ibidem*, p. 471.

⁴⁰ Suovaniemi v. Finland, case 31737/96 (European Court of Human Rights); BGH, NJW-RR 2001, 1059=YCA XXIX (2004), 700 (at 713 y 714) (Federal Supreme Court, Germany); AAOT Foreign Economic Association (VO) Technostroyexport v. International

IV. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE IMPARCIALIDADE DO ÁRBITRO E DENEGAÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

1. SEC 9.412/US, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 19/04/2017, DJe 30/05/2017

Na SEC 9.412/US, uma das alegações apresentadas pela parte requerida na contestação foi a parcialidade do Presidente do Tribunal Arbitral, sob o fundamento de que seria sócio sênior de banca de advocacia que teria representado as empresas requerentes em diversas causas.

Os requeridos argumentaram que o escritório de advocacia Debevoise & Plimpton LLP, do qual o árbitro presidente é sócio sênior, recebeu da empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa, no período da arbitragem, o montante de US\$ 6,5 milhões a título de honorários e que isso não foi revelado pelo árbitro presidente. Aduziram que tais honorários são relativos à assessoria prestada na estruturação de investimentos por meio do Departamento de Energia americano, de dois grandes projetos de energia solar do grupo Abengoa —Mojave e Solana—, avaliados em US\$ 5 bilhões.

Em réplica, as requerentes, dentre outros argumentos, sustentaram que o árbitro presidente desconhecia as operações invocadas pelos requeridos e que nem ele nem seus sócios prestaram serviços de advocacia para qualquer empresa do grupo Abengoa. Afirmaram que o escritório de advocacia do árbitro presidente não prestou assessoria direta às empresas do grupo Abengoa, mas ao Departamento de Energia dos Estados Unidos da América, e essa assessoria ao Departamento de Energia é que motivou o recebimento dos mencionados honorários. Esclareceram que, pelas regras americanas, as empresas interessadas na realização de investimentos no setor de

Development and Trade Services, Inc., 139 F.3d 980, at 982 (decided 1998)=YCA XXIVa (1999), 813 (US Court of Appeals for the 2nd Circuit, US); OLG Schleswig (No. 16 SchH 01/99, decided 1999), YCA XXIX (2004), 687 (at 688 y 689) (Schleswig Court of Appeal, Germany) apud KRONKE, Herbert (ed.) *et al. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a global commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010. p. 370.

energia dos EUA devem arcar com todos os custos envolvidos na obtenção de financiamento, neles incluídos os honorários do escritório de advocacia escolhido exclusivamente pelo Departamento de Energia dos EUA. Acrescentaram que o pagamento dos honorários decorrentes dessa escolha não implica a constituição de relação advogado-cliente entre a empresa e o escritório escolhido.

O Ministro João Otávio de Noronha considerou que: (i) a circunstância de ser o órgão governamental o cliente do escritório de advocacia não caracteriza a relação de devedor e credor existente entre o grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente; (ii) o fato de os honorários não decorrerem de assessoria direta ao grupo Abengoa é irrelevante para afastar a configuração da hipótese de suspeição do árbitro presidente; (iii) ainda que essa relação de devedor e credor entre a empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente fosse de desconhecimento do árbitro, isso já é suficiente para colocar objetivamente em dúvida sua independência.

Mencionou que o escritório de advocacia do árbitro presidente representou a empresa Schneider Electric na operação de aquisição das ações que a Abengoa S/A detinha na companhia Telvent GIT S/A, avaliada em US\$ 2 bilhões. Além disso, em outra operação, o fundo de investimentos First Reserve, cliente habitual do escritório Debevoise, adquiriu, no curso da arbitragem, ações da sociedade Abengoa S/A, que é a holding controladora do grupo Abengoa. Nessa operação, avaliada em US\$ 400 milhões, o escritório do árbitro presidente igualmente prestou assessoria ao Departamento de Energia dos EUA para a aprovação da operação, com todos os envolvimento daí decorrentes.

A ministra Nancy Andrichi sustentou que a questão relativa à imparcialidade do julgador consubstancia matéria de ordem pública no Brasil e, portanto, é cognoscível a qualquer tempo. Em relação ao fato de o escritório de advocacia do qual o árbitro é sócio sênior receber expressivos honorários de empresa do mesmo grupo de uma das partes da arbitragem, entendeu a Ministra que era dever ético do árbitro renunciar como presidente do tribunal arbitral ou, pelo menos, revelar essa circunstância às partes da arbitragem. Acrescentou que a renúncia como árbitro presidente do referido tribunal arbitral seria uma admissão implícita à formal acusação de parcialidade feita pelos ora requeridos também àquela corte após a prolação das sentenças arbitrais.

O ministro Herman Benjamin (voto-vista) também entendeu que a imparcialidade do julgador é questão de ordem pública. Considerou que o pagamento dos honorários pelo Grupo Abengoa ao escritório Debevoise y Plimpton deveria ter sido divulgado às partes da arbitragem, em obediência ao dever de revelação, sendo a existência deles motivo suficiente para gerar numa das partes dúvida sobre a imparcialidade do árbitro. Acrescentou que, o fato de que o Grupo Abengoa era devedor do Debevoise y Plimpton, ainda que não fosse por serviços prestados a ele, gera suspeição do presidente do tribunal arbitral.

O segundo fato apontado como comprometedor da imparcialidade do presidente dos tribunais arbitrais é que, no curso das arbitragens, a First Reserve Corporation, empresa de investimentos privados (private equity), adquiriu participação na holding do Grupo Abengoa por cerca de 400 milhões de dólares. Para o Ministro, é irrelevante se o Sr. David Rivkin efetivamente se influenciou por esse relacionamento e mesmo se o conhecia. Enfatizou que:

Embora o escritório do presidente dos tribunais arbitrais, Debevoise y Plimpton, não tenha participado da operação, é incontroverso que a First Reserve é cliente habitual do escritório, tendo o Sr. David Rivkin admitido o fato em depoimento à Justiça Federal americana. Assim, essa operação é geradora de suspeição, pois, em tese, decisão favorável ao Grupo Abengoa nas arbitragens favoreceria os interesses da First Reserve, cuja prosperidade seria do interesse da Debevoise & Plimpton, por ser um bom cliente do escritório. Há o enquadramento do caso na alínea V do artigo 135 do CPC/1973.

O STJ, por maioria, indeferiu o pedido de homologação das sentenças estrangeiras. Prevaleceu o entendimento de que ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (artigos 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996) e que a violação pelo árbitro do dever de revelação de quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral. O voto vencido do ministro Relator Felix Fischer foi no sentido de que no processo homologatório de laudos arbitrais não bastam indícios da parcialidade ou a mera

alegação da parte que não logrou êxito no julgamento da sua causa, sendo necessário que haja prova do comportamento parcial.

2. *SEC 4.837/BO, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 15/08/2012, DJe 30/08/2012*

Na SEC 4.837/BO, o requerido alegou a ausência de imparcialidade de dois dos três árbitros, um dos quais nomeado pelo próprio requerido (naquela ocasião demandante) na arbitragem. O STJ entendeu que a impugnação foi feita intempestivamente, visto que, comunicadas acerca da nomeação dos árbitros, as partes não fizeram qualquer impugnação com relação a tais escolhas. A homologação da sentença arbitral estrangeira foi deferida por unanimidade pela Corte Especial.

O STJ considerou que não houve violação à ordem pública, porém, não mencionou especificamente se a ausência de imparcialidade do árbitro, quando verificada, seria capaz de ensejar tal violação.

3. *SEC 12.493/US, Rel. ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 15/02/2017, DJe 21/02/2017*

O requerido alegou em juízo homologatório a parcialidade do árbitro pelo fato de que este, ao deferir pedido liminar formulado pela parte requerente no curso do procedimento, teria adentrado no mérito da controvérsia, prejudgando a causa e colocando sob suspeita sua imparcialidade e independência, ofendendo, assim, a soberania nacional e a ordem pública.

O STJ entendeu que, como essa questão foi enfrentada no procedimento de arbitragem, não cabe ao STJ, em juízo deliberatório de homologação, reexaminar o provimento liminar ali exarado, sob pena de invadir a competência do Tribunal Arbitral, notadamente porque não evidenciada a alegada parcialidade do árbitro a autorizar o reconhecimento de ofensa à ordem pública e à soberania nacional. Homologou a sentença arbitral estrangeira por unanimidade.

O requerido interpôs recurso extraordinário ao STJ que não foi admitido, por ter o acórdão recorrido afirmado que não há prova da alegada

parcialidade do juízo arbitral, impedindo a reversão do julgado por meio de recurso extraordinário, pois demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 279/STF.

4. *HDE 120/US, Rel. ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, julgado em 18/12/2018, DJe 12/03/2019*⁴¹

A sentença arbitral estrangeira objeto de homologação declarou rescindido contrato de licença de uso de marca, condenou a requerida ao pagamento de quantia certa e proibiu-a de vender produtos da marca LEVI'S. A requerida contestou apresentando, como uma das alegações, a imparcialidade do árbitro, em arbitragem com sede em São Francisco, Califórnia (Estados Unidos).

A relatora, Ministra Nancy Andrichi, entendeu que a análise da irresignação da requerida acerca da escolha do árbitro demandaria o reexame da própria decisão homologanda e acrescentou que tal impugnação deixou de ser feita em momento oportuno, ou seja, no prazo para impugnação no processo arbitral.⁴² Votou pela homologação e considerou que não houve ofensa à ordem pública. Argumentou que:

No que concerne à irresignação da requerida acerca da participação, no procedimento, de terceiros estranhos à relação negocial lá discutida, *bem como no que concerne ao árbitro escolhido* e à higidez das provas que levaram à formação do convencimento do julgador, importa consignar que *se trata de questões cuja solução demandaria o reexame da própria decisão homologanda*, além da análise das regras procedimentais e materiais incidentes à espécie (Regras de Arbitragem Comercial da Associação Americana de Arbitragem, Lei de Arbitragem Federal dos EUA e demais leis do Estado da Califórnia) às quais as partes optaram livremente por se submeter e por

⁴¹ A ementa dessa decisão explica tratar-se de sentença arbitral estrangeira contestada, embora tenha sido referida como “HDE” (homologação de decisão estrangeira).

⁴² Ressaltou a Ministra Nancy Andrichi que: “no que concerne ao árbitro e às suspeitas levantadas pela requerida quanto a ele, constata-se que a escolha de seu nome decorreu de acordo mútuo entre ambas as partes, havendo referência expressa, na sentença, quanto ao fato de o julgador indicado ter “servi[do] em um tribunal regional de outro estado que não aquele no qual foi realizada a audiência desta arbitragem” (e-STJ Fl.284), sendo certo que o prazo concedido para impugnação decorreu *in albis*”.

sujeitar todas as matérias atinentes ao negócio jurídico subjacente, conforme se depreende da leitura das cláusulas 22.3 e 26.9 do contrato entabulado” (grifou-se).

Vale mencionar o voto vencido do ministro Herman Benjamin, o qual entendeu que o árbitro feriu as regras da Associação Americana de Arbitragem aplicáveis à arbitragem, pois não só deixou de revelar suas relações, mas negou-as expressamente em documento. Sustentou que:

A fundação da qual o árbitro é diretor investiu um milhão e meio de dólares em projeto dentro do centro Haas, o qual leva o nome da família proprietária da Levi Strauss em virtude das doações dos donos dessa empresa para esse centro, conforme demonstra a página da Wikipédia traduzida pela requerente. A família Haas, proprietária da Levi Strauss & Co., é uma das grandes patrocinadoras da Universidade de Stanford, onde o árbitro é professor. Não é só: a relação dos Haas, proprietários da multinacional Levi Strauss, com a Universidade de Stanford data de muitos anos, tanto que um Centro em Stanford carrega o nome da família.

Quando faleceu o CEO da Levi Strauss, Peter Haas, foi-lhe feita uma grande homenagem pelo presidente emérito de Stanford. São, portanto, pessoas com interesses comuns, engajadas em estudos e causas semelhantes e com laços ou interesses comuns aos donos da Levi Strauss.

A fundação Haas é há muito tempo a grande benemérita do Centro Haas em Stanford, tendo feito, em 2004, doação para financiar uma cadeira para o diretor do centro. A pessoa nomeada para essa diretoria vinculada à família Haas no período da arbitragem era um senhor chamado Larry Diamond, que é, assim como o árbitro, pesquisador na Hoover Institution (parte da Stanford — o próprio papel timbrado do árbitro no documento Notice of Appointment and Compensation é da Hoover Institution).

Esse senhor também é diretor, junto com o árbitro, da AMENDS (American Middle Eastern Network for Dialogue at Stanford — Rede America-Oriente Médio para Diálogo em Stanford). Vê-se que há relações no mínimo suspeitas entre pessoas ligadas à família Haas e ao árbitro.

É inegável, portanto, a importância da família Haas dentro de Stanford, onde o árbitro é professor. Não se compreende por que Abraham Sofaer tem, nessas circunstâncias, faltado ao seu dever de revelar toda e qualquer relação, ainda que social, direta ou indireta, que pudessem dar a impressão de parcialidade, com as partes da arbitragem. A revelação de qualquer de tais vínculos teria sido suficiente

para que a requerida o recusasse como árbitro, ainda mais quando se sabe que doadores em Stanford influenciam até mesmo na aceitação de alunos na Universidade. Assim, entende-se que, ao contrário do alegado pelas requerentes, a suspeição efetivamente existe... Dessa forma, em suma, quanto as doações e relações negociais entre o árbitro, a requerente e os entes aqui relacionados, elas teriam de ser divulgadas às partes da arbitragem, em obediência ao dever de revelação, sendo a existência deles motivo suficiente para gerar numa das partes dúvida sobre a imparcialidade do árbitro. Na arbitragem, é preciso que os árbitros gozem da confiança das partes. Assim, incide a norma estabelecida no art. 135, II, do CPC/1973 (atual art. 145, III, do CPC/2015), gerando suspeição do juiz arbitral.

Para o ministro, tais episódios geram a suspeição do árbitro, e julgamentos proferidos com a participação de julgador suspeito violam a ordem pública brasileira.

A Corte Especial, por maioria, deferiu o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto da relatora, ministra Nancy Andrighi. Observa-se que a relatora não enfrentou em seu voto o argumento levantado pela requerida de vinculação do árbitro com a requerente, que foi examinado pelo ministro Herman Benjamin em seu voto que restou vencido. Como já mencionado, a relatora entendeu que a análise da irresignação da requerida acerca da escolha do árbitro demandaria o reexame da própria decisão homologanda.

5. SEC 9.713/US, Relator ministro João Otávio de Noronha, 06/08/2014 (decisão monocrática)

Na mesma linha do que foi decidido na SEC 4.837/BO, o ministro João Otávio de Noronha, em decisão monocrática na SEC 9.713/US, entendeu que a alegação de parcialidade dos árbitros, neste caso por exercerem atividade análoga à da requerida, não pode ser inaugurada no processo de homologação de sentença estrangeira, pois a parte deveria ter impugnado tal questão no momento oportuno e na forma prevista no Regulamento de Arbitragem.

O STJ deferiu a homologação e considerou que não houve violação à ordem pública, porém, não mencionou especificamente se a ausência de

imparcialidade do árbitro, quando verificada, seria capaz de ensejar tal violação.

6. SEC 9.714/US, Rel. ministra Maria Thereza De Assis Moura, 21/05/2014

O STJ por unanimidade deferiu a homologação e entendeu que não prospera a alegação da parte requerida de parcialidade dos árbitros por exercerem atividade mercantil semelhante à da parte autora. Com efeito, extrai-se dos autos que esse tema não foi arguido pela requerida no decorrer do procedimento arbitral, não se prestando, pois, como óbice à homologação.

V. ANÁLISE DOS JULGADOS DO STJ SOB A ÓTICA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Na SEC 9.412/US, cabe reflexão sobre o apontamento feito pelo ministro João Otávio de Noronha a respeito da presença de elementos objetivos aptos a comprometer a imparcialidade e independência do árbitro presidente, que não foram revelados às partes. Para o referido ministro, a afirmação feita pelo árbitro de que desconhecia as operações invocadas pelos requeridos não é suficiente para afastar a suspeita de parcialidade.

Caso esses elementos tivessem sido revelados e o árbitro tivesse afirmado que isso não comprometia sua atuação, poder-se-ia considerar sanada a questão da ausência de imparcialidade e independência do árbitro? Ao nosso ver, não ficou claro se o ponto essencial que levou o Ministro João Otávio de Noronha a votar pela denegação da homologação no tocante à imparcialidade e à independência do árbitro foi a ausência de revelação do árbitro ou as próprias operações invocadas pelos requeridos. Por outro lado, a ministra Nancy Andrichi deixa claro no seu voto que, para ela, o pagamento recebido pelo escritório que o árbitro trabalha é suficiente para se concluir pela sua parcialidade.

É interessante verificar também o contraponto entre o voto vencido do Ministro Felix Fischer quando diz: «é necessário que o juiz tenha comprovadamente agido de modo parcial e, apenas nessa hipótese, estaria ferida a ordem pública nacional de forma a obstar a homologação do laudo» com o

voto vencedor do ministro João Otávio de Noronha, que considerou que as circunstâncias do caso colocam objetivamente em dúvida a independência do árbitro.⁴³ Do voto vencedor do ministro João Otávio de Noronha se extrai que uma relação entre o escritório de advocacia em que o árbitro trabalha e uma empresa pertencente ao grupo societário de empresa parte na arbitragem pode ser suficiente para se entender pela suspeição do árbitro, valendo pontuar, sobretudo, que, para o ministro, o fato de que os honorários recebidos por esse escritório de advocacia não decorreram de assessoria direta ao referido grupo societário é irrelevante para afastar a suspeição do árbitro.

Com exceção do ministro Felix Fischer, os ministros entenderam não haver óbice, na análise pelo STJ do requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, na verificação de empecilho à homologação por suposta ausência de imparcialidade do presidente dos tribunais arbitrais, ainda que esse tema já tenha sido submetido ao Poder Judiciário norte-americano.

A ministra Nancy Andrichi considerou que a renúncia do árbitro presidente, comunicada em correspondência eletrônica enviada à Corte Internacional de Arbitragem da CCI no dia 26 de janeiro de 2012, seria uma admissão implícita à acusação de parcialidade feita pelos requeridos também ao tribunal arbitral após a prolação das sentenças arbitrais. Já o ministro Felix Fischer entendeu que *“no que tange à renúncia do Juiz Presidente do Tribunal arbitral, o documento de fls. 1645-1646 demonstra que não se trataria de “confissão implícita”, conforme restou consignado pela em. ministra Nancy Andrichi, mas, ao que se depreende das suas explanações e das circunstâncias do caso concreto, de medida por ele tomada a título de cautela”*. Ao nosso ver, a renúncia de um árbitro não implica automaticamente em admissão de parcialidade, sendo necessário verificar as circunstâncias do caso concreto.

É interessante sinalizar a manifestação da ministra Nancy Andrichi a respeito do âmbito de aplicação da ordem pública na homologação de senten-

⁴³ Em outras palavras, o ministro João Otávio de Noronha colocou que (i) a circunstância de ser o órgão governamental o cliente do escritório de advocacia não descaracteriza a relação de devedor e credor existente entre o grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente; (ii) o fato de os honorários não decorrerem de assessoria direta ao grupo Abengoa é irrelevante para afastar a configuração da hipótese de suspeição do árbitro presidente; (iii) ainda que essa relação de devedor e credor entre a empresa Abengoa Solar, integrante do grupo Abengoa e o escritório do árbitro presidente fosse de desconhecimento do árbitro, isso já é suficiente para colocar objetivamente em dúvida sua independência.

ças arbitrais estrangeiras. A ministra fundamentou o indeferimento da homologação não só em dispositivos da Lei de Arbitragem Brasileira (inciso II do artigo 39 e § 1o. do artigo 14), como também em dispositivos da Constituição Federal (artigo 1o., caput e inciso I, e artigo 5o. incisos I, XXXVII e LIII). Para ela, haverá óbice à homologação de sentença arbitral estrangeira por ofensa à ordem pública quando a sentença estrangeira “desafiar direitos constitucionalmente previstos”. Não ficou claro se, na visão da ministra, esse raciocínio valeria para qualquer direito constitucionalmente previsto.

Dentre os julgados analisados, apenas na SEC 9.412/US o STJ entendeu que estava presente a parcialidade do árbitro, afastando a homologação da sentença arbitral estrangeira sob o fundamento da violação à ordem pública. Curioso observar que nas SEC 4.837/BO, HDE 120/US, SEC 9.713/US e SEC 9.714/US, o STJ afirmou que é intempestiva a alegação de parcialidade do árbitro em juízo homologatório se a impugnação não foi feita anteriormente, no curso do processo arbitral. Na SEC 12.493/US, o STJ entendeu que não estava evidenciada a alegada parcialidade do árbitro a autorizar o reconhecimento de ofensa à ordem pública.

Nota-se uma mudança de posicionamento da ministra Nancy Andrichi na HDE 120/US em relação à SEC 9.412/US. Nesta, a ministra enfrentou a alegação de imparcialidade — por considerar que a questão relativa à imparcialidade do julgador consubstancia matéria de ordem pública no Brasil e, portanto, é cognoscível a qualquer tempo — e entendeu que o pagamento recebido pelo escritório que o árbitro trabalha seria suficiente para se concluir pela sua parcialidade, votando pela denegação da homologação.

Posteriormente, na HDE 120/US, a ministra entendeu que a análise da irresignação da requerida acerca da escolha do árbitro demandaria o reexame da própria decisão homologanda. Deixou, portanto, de enfrentar o argumento levantado pela requerida de vinculação do árbitro com a requerente, que foi examinado pelo Ministro Herman Benjamin em seu voto que restou vencido.

VI. CONCLUSÃO

A ausência de imparcialidade do árbitro pode dar ensejo ao ajuizamento de ação de nulidade da sentença arbitral, com base no artigo 32, II e/ou VIII

da Lei de Arbitragem brasileira. Também pode resultar na denegação de homologação da sentença arbitral estrangeira, objeto principal do presente artigo.

Embora o artigo V, 1, b da Convenção de Nova Iorque, que postula a observância ao devido processo legal, possa também servir de fundamento para a denegação, observou-se que as decisões denegatórias brasileiras e estrangeiras costumam apresentar como fundamento a violação à ordem pública. Por essa razão, o foco neste trabalho foi a análise com esse fundamento.

Em sede de homologação, a sentença arbitral estrangeira passará por um “filtro mais tolerante” do que o da ordem pública interna, o da conformidade ou não com a ordem pública internacional, sendo esse o sentido do artigo V, 2, b da Convenção de Nova Iorque, diploma legal aplicável e pre-valecente quanto ao tema no Brasil.

Frente à ausência de normatização sobre que tipos de condutas violam o princípio da imparcialidade, a apreciação sobre determinada alegação de parcialidade do árbitro, quando levada a juízo, é realizada casuisticamente, de acordo com a sensibilidade do julgador.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência dão importância ao dever de revelação do árbitro no contexto de análise de sua parcialidade, assim como o faz a própria Lei de Arbitragem brasileira, no §1o. do artigo 14 da Lei 9.307/96.

Esse fator já foi aferido em sede de homologação pelos tribunais brasileiros, a exemplo da SEC 9412/US, na qual um fundamento de destaque para a denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira pelo STJ foi a ausência de revelação pelo árbitro presidente quanto ao pagamento dos honorários pelo Grupo da requerente (Grupo Abengoa) ao Devevoise & Plimpton, escritório em que o referido árbitro era advogado.

A falta de revelação também foi destacada na decisão norte-americana já citada HSMV Corp. v. ADI Ltd., 72 F. Supp. 2d 1122 (at 1127) (decided 1999) YCA XXV (2000), 1974 (at 1080) (US District Court for the Central District of California, US), em que se denegou a homologação de sentença arbitral estrangeira por não ter o árbitro revelado que o escritório de advocacia em que trabalha atuou para a empresa matriz de uma das partes (ainda que ele pessoalmente não tenha trabalhado na operação). Tanto nessa decisão quanto na SEC 9412/US do STJ, as cortes entenderam ser irrelevante se o árbitro sabia ou não desse conflito, pois deveria ter verificado previa-

mente a presença de circunstâncias capazes de conduzir ao questionamento de sua imparcialidade.

Conclui-se não ser possível extrair das decisões proferidas pelo STJ em sede de homologação uma tendência majoritária ou consolidação de entendimento sobre o que o tribunal considera como parcialidade, confirmando-se a hipótese colocada na introdução do presente artigo.

A falta de revelação do árbitro de circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência foi um fundamento para denegar a homologação na SEC 9412/US.⁴⁴

Cabe ressaltar que na HDE 120/US, o Ministro Herman Benjamin em seu voto também considerou a falta de revelação como motivo para denegação da homologação, no entanto, prevaleceu o entendimento pela homologação da sentença arbitral estrangeira.

Diante das poucas sentenças estrangeiras contestadas proferidas sobre o assunto, não é possível extrair um posicionamento consolidado do STJ a respeito da centralidade da ausência de revelação na apreciação da quebra do dever de imparcialidade.

A decisão proferida na SEC 9412/US poderia sinalizar que, ao enfrentar o tema novamente em sede de homologação, o STJ apreciasse a alegação de imparcialidade baseada na ausência de revelação do árbitro.

Porém, o STJ se deparou novamente com esse argumento na HDE 120/US, tendo prevalecido o voto da relatora Ministra Nancy Andrighi, segundo o qual a análise da irresignação da requerida acerca da escolha do árbitro demandaria o reexame da própria decisão homologanda. Nota-se uma mudança de posicionamento da ministra Nancy Andrighi na HDE 120/US em relação à SEC 9.412/US, na qual a ministra enfrentou a alegação de imparcialidade e entendeu que a questão relativa à imparcialidade do julgador consubstancia matéria de ordem pública no Brasil e, portanto, é cognoscível a qualquer tempo.

Importante mencionar que nas decisões brasileiras SEC 4.837/BO, HDE 120/US, SEC 9.713/US e SEC 9.714/US, o STJ afirmou que é intempestiva a alegação de parcialidade do árbitro em juízo homologatório se a impugnação não foi feita anteriormente, no curso do processo arbitral.

⁴⁴ Na HDE 120/US, o ministro Herman Benjamin em seu voto também considerou a falta de revelação como motivo para denegação da homologação, no entanto, prevaleceu o entendimento pela homologação da sentença arbitral estrangeira.

Nessa direção, decisões estrangeiras (já mencionadas no presente trabalho⁴⁵) consideraram não necessariamente violar a ordem pública a sentença arbitral afetada pela parcialidade do árbitro quando uma parte não levanta essa objeção durante a arbitragem (apesar de ter tido conhecimento do fato no curso do processo arbitral).

VII. BIBLIOGRAFIA

- ABBUID, André de Albuquerque Cavalcanti, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, São Paulo, Atlas, 2008.
- ALKHAYERI, Jaffae e DASH, Ashlesha, “Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality”, *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 5, 2022.
- BARROS, Vera Cecília Monteiro de, *Exceção de ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil*, São Paulo, Quartier Latin, 2017.
- BERMANN, George A. (ed.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the interpretation and application of the New York convention by national courts*, New York, Springer, 2017.
- BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3a. ed., Kluwer Law International, 2021.
- CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96*, 3a. ed., São Paulo, Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto, “Em torno do árbitro”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 28, 2011.
- FORNASAR, María Laura, “A Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras sem Fundamentação”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 65, 2020, pp. 209-224.
- FORNASAR, María Laura, “A Ordem Pública na Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, *Revista de Processo*, vol. 311, 2021, pp. 355-374.
- GAILLARD, Emmanuel e BERMANN, George A, *The UNCITRAL Secretariat Guide on the New York Convention*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz, “Suspeição e impedimento na arbitragem”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 28, 2011.

⁴⁵ Ver na nota de rodapé 44.

- KRONKE, Herbert (ed.) *et al.*, *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- LEMES, Selma Maria Ferreira, *Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001.
- LEMES, Selma Maria Ferreira, “O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada”, *Revista de arbitragem e mediação*, vol. 36, 2013.
- MUNIZ, Joaquim, *Curso Básico de Direito Arbitral*, 4a. ed., Curitiba, Juruá, 2017.
- MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel, “A Escolha dos Árbitros: A Arbitragem Vale o que o Árbitro Vale”, em MOREIRA, Ana Luiza Pinto *et al.*, *Arbitragem e Outros Temas de Direito Privado: Estudos Jurídicos em Homenagem a José Emilio Nunes Pinto*, São Paulo, Quartier Latin, 2021.
- NANNI, Giovanni Ettore, “Confiança na arbitragem: o seu papel no contrato intuitu personae de árbitro”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1041, julho 2022.
- OLIVEIRA, Leonardo V. P. de e MIRANDA, Isabel, “International public policy and recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Brazil”, *Journal of International Arbitration*, Ginebra, vol. 30, núm. 1, 2013, pp. 49-70.
- SCHMIDT, Gustavo *et al.*, *Comentários à Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Método, 2021.

Reshaping Investor-State Dispute Settlement Before the Next Syndemic

*Reformando la solución de controversias inversor-Estado
antes de la próxima sindemia*

*Reformer le règlement des différends investisseurs-état
avant la prochaine syndémie*

Magdalena **Bas Vilizzio***

SUMARIO: I. *Introduction*. II. *Investor-State Dispute Settlement: from Boom to Legitimacy Crisis*. III. *COVID-19 and ISDS: Towards the Perfect Storm?*
IV. *The Future of ISDS: a Roadmap*. V. *Conclusions*. VI. *References*.

* University of Monterrey, México, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2300-8369>;
maria.bas@udem.edu.

Artículo recibido el 20 de julio de 2022
Aprobado para publicación el 3 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 339-364
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

ABSTRACT: In the midst of a legitimacy crisis in investor-State dispute settlement regime, COVID-19 syndemic may lead States to the perfect storm as a result of the enlargement of the national policy space in order to tackle health, social and economic impacts. Thus, this piece aims to identify measures adopted by Latin American States which may be challenged by foreign investors' claims. It also addresses the protection of national policy space and argues that the roadmap for reshaping the regime should include the following options: 1) moratorium on pending disputes and restriction on future claims related to COVID-19 measures; 2) introduction of counterclaims as a general rule; 3) reference to right to regulate in investment agreements; 4) exclusion of protected areas or policies.

Key words: Investor-State dispute settlement; syndemic; COVID-19; national policy space.

RESUMEN: En medio de una crisis de legitimidad en el régimen de solución de controversias entre inversores y Estados, la sindemia de COVID-19 puede convertirse en tormenta perfecta cuando los Estados buscan extender su espacio de política pública para abordar los impactos sanitarios, sociales y económicos. Esta pieza tiene como objetivo identificar las medidas adoptadas por los Estados latinoamericanos que pueden ser impugnadas por los reclamos de los inversionistas extranjeros. También analiza la protección del espacio político nacional y argumenta que la hoja de ruta para remodelar el régimen debe incluir las siguientes opciones: 1) moratoria para disputas pendientes y restricción sobre reclamos futuros relacionados con la covid-19; 2) introducción de reconvencciones como regla general; 3) referencia al derecho a regular en los acuerdos de inversión; 4) exclusión de áreas protegidas o políticas.

Palabras clave: solución de controversias inversor-Estado; sindemia, COVID-19; espacio de política pública.

RÉSUMÉ: Au milieu d'une crise de légitimité dans le régime de règlement des différends entre investisseurs et États, la syndémie COVID-19 peut conduire les États à la tempête parfaite en raison de l'élargissement de l'espace politique national afin de faire face aux impacts sanitaires, sociaux et économiques. Ainsi, cette pièce vise à identifier les mesures adoptées par les États latino-américains qui peuvent être remises en cause par les revendications des investisseurs étrangers. Il aborde également la protection de l'espace politique national et fait valoir que la feuille de route pour la refonte du régime devrait inclure les options suivantes: 1) moratoire sur les différends en cours et restriction des futures réclamations liées aux mesures COVID-19; 2) introduction de demandes reconventionnelles en règle générale; 3) référence au droit de réglementer dans les accords d'investissement; 4) l'exclusion des aires protégées ou des politiques.

Mots-Clés: Règlement des différends entre investisseurs et États; syndémique; COVID-19; espace politique national.

I. INTRODUCTION

Although the first bilateral investment treaty (BIT) dates from 1959 (Germany-Pakistan BIT), the boom of the International Investment Regime (IIR) coincides with the rise of globalization (1990s). Nowadays it is supported by a network of more than 3,200 international investment agreements (IIA), such as BITs, investment chapters in free trade agreements, and regional or multilateral treaties such as the Energy Charter Treaty. Since the 2000s, the regime is going through a legitimacy crisis. Resistance comes from academics, civil society organizations and States originally from the Global South but nowadays it has spread to different parts of the world.¹

The main criticisms focus on the role of international arbitration tribunals, regulatory chill and the tension between investment protection and public policy space, or more specifically the right to regulate in public interest issues, for instance environmental or human rights protection. A few recent treaties have paved the way to balance foreign investors and States relation. For instance, Morocco-Nigeria BIT includes the right to regulate recognition,² and the Comprehensive and Progressive Agreement for

¹ For critics see, among others: Bas Vilizzio, Magdalena, “¿Soberanía en la encrucijada? Nuevas aproximaciones desde la solución de controversias inversor-estado”, in Martens de Willmars, Frédéric (ed.), *Nuevos tiempos, nuevos espacios para las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022; Echaide, Javier, “Efectividad de los derechos humanos y sociales en jaque: arbitrajes de inversiones en el marco del COVID-19”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, no. 51, 2021, <https://doi.org/10.24215/25916386e092>. Sornarajah, Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; De Zayas, Alfred, “Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order”, A/70/285, New York, United Nations, 2015, disponible en: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285; Eberhardt Pia and Olivet, Cecilia. *Profiting from injustice*, Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, 2012. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia, “Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado”, in Valdomir, Sebastián and Santos, Carlos (ed.), *Soberanía de los pueblos o intereses empresariales*, Uruguay, Fundación Solón, Amigos de la Tierra, 2008.

² Article 23 “right of the State to regulate”: “In accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives”. This provision should be read in accordance with article 13.2

Trans-Pacific Partnership has the option to exclude access to international arbitration based on tobacco control measures³. However, the tension has not been resolved, and it is even more dangerous in health emergencies, such as the COVID-19 crisis.

Therefore, this piece aims to: 1) analyze the evolution of the IIR from its boom to its legitimacy crisis; 2) identify measures adopted by Latin American States that may be susceptible to foreign investors' claims; 3) propose a roadmap that incorporates vulnerability theory in the reshaping of international investor-state dispute settlement (ISDS) regime for the short and middle-term.

II. INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: FROM BOOM TO LEGITIMACY CRISIS

ISDS regime is a part of a more complex and greater regime: the IIR, in which the expectations of the members converge around a fundamental principle of investment promotion and protection. Originally, this regime was a US – Europe axis' creation, as it was built to protect investors' rights in foreign countries which were conceived as weak or unreliable. Latin American countries entered during the regime boom (1990-2007), when they turned from the Calvo doctrine and the "Tokyo no".⁴ In this context, neoliberalism acted as a driver, in particular through Washington consensus policies package, supported by the rise of globalization and the west global

"investment and environment" which states that "each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters".

³ Article 29.5: Tobacco Control Measures: "A Party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims challenging a tobacco control measure of the Party. Such a claim shall not be submitted to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment) if a Party has made such an election. If a Party has not elected to deny benefits with respect to such claims by the time of the submission of such a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), a Party may elect to deny benefits during the proceedings. For greater certainty, if a Party elects to deny benefits with respect to such claims, any such claim shall be dismissed".

⁴ Twenty-one developing countries opposed to ICSID Convention (1965) during the World Bank Annual Meeting: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Iraq, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Uruguay and Venezuela. Latin American countries were inspired by the Calvo doctrine, which subject foreign investors to domestic courts.

governance model.⁵ This period is also known as the “era of proliferation” of IIA⁶ or the “neoliberal phase”.⁷

The triumph of the ideas of economic liberalization and free movement of investments, included in the 10 points of Washington consensus constituted a fertile ground for IIAs negotiation. These treaties, in particular BITs, are presented as instruments capable of counterweighing political or non-commercial risks, especially in developing countries, neutralizing changes in national legislation that can affect foreign investments and offering flexible *ad hoc* dispute settlement mechanisms. Likewise, the failed attempt to sign the Multilateral Agreement on Investment Agreement —promoted by the Organization for Cooperation and Development in 1995— led to the celebration of a greater number of IIAs. States signed more than 3200 agreements:⁸ BITs or other treaties with investment provisions, such as the Energy Charter Treaty (1994), the General Agreement on Trade of Services (1994), the Agreement on Trade-Related Investment Measures (1994).

Academics point out three milestones at the end of the boom of IIR, led the way to the current phase: 1) UNCTAD’s recognition that ISDS may constrain national policy space;⁹ 2) Bolivia’s withdrawal from International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention (IC-

⁵ Sornarajah, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, pp. 26-28; Perrone, Nicolás, “The International Investment Regime after the Global Crisis of Neoliberalism: Rupture or Continuity”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 23, 2016, <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol23/iss2/8>.

⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*, Geneva, pp. 121-125, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf. The report organized the evolution of IIA in four eras: the era of infancy (1950s-1964), the era of dichotomy (1965-1989), the era of proliferation (1990-2007), and the era of re-orientation (2008-Today).

⁷ Sornarajah, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, pp. 45-46. The author analyses the evolution of IIR in four phases: the formative phase (before 1959), the universalization of conflicts (1959 - 1990), the neoliberal phase (1990-2004), and the current phase (2004-Today). In each phase, Sornarajah identifies struggling forces that form, universalize, build or destroy the regime.

⁸ UNCTAD Investment Policy Hub, accessed March 10, 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁹ Ghiotto, Luciana, “¿Unctad pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones”, in Echaide, Javier (ed.), *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, Buenos Aires, B de F, 2017.

SID Convention);¹⁰ 3) an unprecedented rise of claims.¹¹ Firstly, there is a turning point at the regime governance; in the “World Investment Report 2003”, the UNCTAD introduces to the debate the impact of investor-State arbitration on national policy space. The report explains that States may limit their regulatory autonomy due to economic globalization and liberalization strategies, but the ISDS mechanism include in IIAs play a deeper role as it constrains national public policy, a sovereign prerogative.¹²

The “re-orientation phase” (2007-Today) is characterized by the struggle between the continuation of the neoliberal phase and the resistance to neoliberalism.¹³ The milestone of this struggle is Bolivia’s withdrawal from the ICSID Convention in 2007, followed by Ecuador (2009-2021¹⁴) and Venezuela (2012). Bolivia and Ecuador also undertook a process of termination of the BITs in force. The three countries are the first dissidents in the regime¹⁵ and the resistance arose motivated by the defense of natural resources after leading cases (*Agua del Tunari v. Bolivia*, *Chevron v. Ecuador*, among others), reinforced by new constitutional provisions.¹⁶

Due to an extensive interpretation of the fair and equitable clause, especially in BITs, the number of claims rose dramatically after 2003 and the trend continues until today. About 92% of treaty-based known disputes started during the period 2003 to July 31, 2021.¹⁷ The economic crisis drove to claims and lead the States to a more vulnerable position, as seen

¹⁰ Bas Vilizzio, Magdalena, *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?*, Montevideo, Universidad de la República, 2017.

¹¹ Sornarajah, Muthucumaraswamy, op. cit.

¹² UNCTAD, *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*, Geneva, UNCTAD, 2015, p. 145, available at: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf.

¹³ Sornarajah, Muthucumaraswamy, op. cit., p. 48.

¹⁴ On June 21, 2021, Ecuador signed the ICSID Convention after withdrawing it on July 6, 2009.

¹⁵ For a comprehensive account of the typology of States in IIR (members, dissidents, externals, objectors), see: Bas Vilizzio, Magdalena, *América del Sur... cit.* and Bas Vilizzio, Magdalena, *Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado*, Fundación Carolina, 2019, available at: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf.

¹⁶ Constitution of Ecuador (2008), article 422; Constitution of Bolivia (2009), article 320 section II.

¹⁷ UNCTAD Investment Policy Hub, accessed May 8, 2022, available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

in Argentina (2001) and Spain (2008-2014). Measures adopted in order to face the socio-economic crisis in Argentina led to more than 40 disputes and a number one in the respondent States ranking. A similar situation occurred in Spain (number three in the ranking) as a result of the changes introduced, to subsidies in the renewable energy industry after the crisis.¹⁸

ISDS regime is currently under attack and the aforementioned factors fed back the criticisms. In addition to the traditional arguments related to procedural issues (e.g., inconsistent jurisprudence, lack of an appeal mechanism, lack of transparency in procedures, international arbitration tribunal bypassing local courts), one of the deepest arguments against ISDS is that *ad hoc* tribunals are not established in Constitutional provisions, but they act as external control boards of the legality of State activity or inactivity.¹⁹ Furthermore, the lack of determinacy and coherence in jurisprudential decisions²⁰ also feeds the legitimacy crisis.

Another argument focuses on regulatory chill as a result of claims or the mere threat of a lawsuit,²¹ that is, the State refrains from regulating: it stops legislative discussions or suspends the adoption or the entry into force of new regulations, among others. *Pac Rim v. El Salvador* case is an example of regulatory chill. Big-scale metal mining ban was approved five months after the award rejected the claims for compensation, in other terms, *Pac Rim's* lawsuit—and the dispute itself—operated as a brake to El Salvador's innovative regulation. It is relevant to point out that regulatory chill may also affect third States, for instance, in 2012, New Zealand government decided to suspend the legislative discussion of the tobacco packaging

¹⁸ The highest rise took place in 2015 as a result of lawsuits against Spain in the renewable energy industry (19 out of 86), according to UNCTAD Investment Policy Hub data, accessed May 8, 2022.

¹⁹ Hernández González, José, "Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones", *Revista Electrónica de Direito*, vol. 1, 2017, available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947&orden=0&info=link>; Postiga, Andrea Rocha, "A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto", *Revista de Direito Internacional*, vol. 10, No. 1, 2013, p. 182, doi:10.5102/rdi.v10i1.2369; Van Harten, Gus and Loughlin, Martin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 1, 2016, p. 149, doi:10.1093/ejil/chi159.2016.149.

²⁰ Franck, Susan, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2015, available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10>.

²¹ Zayas, Alfred de, *op. cit.*

plan act, because of Philip Morris Asia v. Australia case. The act was finally approved by the Congress after the tribunal dismissed the claim (2015)²² and the act entered into force in March 2018.²³

Therefore, when regulatory chill involves areas of public interest, as environment, human rights or public health, it impacts the construction of regulations that protect human being as a vulnerable subject, in terms of Martha A. Fineman.²⁴ In other words, regulatory chill impacts any set of norms created in order to avert and replicate inequities, preventing responsive State from building resilience. Its main effect lays in the delay, suspension or termination of human related regulation, acting as a brake to human rights progressive realization.

In the light of the above, the current phase in IIR evolution, particularly regarding ISDS, is characterized by the legitimacy crisis.²⁵ For the purpose of this piece, legitimacy can be defined as “a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process”.²⁶

²² Kirk, Stacey, “Tobacco plain packaging likely to be law by end of year—John Key”, *Dominion Post*, 15 February 2016, available at: <http://www.stuff.co.nz/national/politics/76917027/tobacco-plain-packaging-likely-to-be-law-by-end-of-year--john-key>.

²³ For a further analysis of New Zealand’s experience and the parliamentary proceedings, see: Crosbie, Eric and Thomson, George, “Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand”, *New Zealand Medical Journal*, vol. 131, no. 1473, 2018, available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6490166/pdf/nihms-960898.pdf>.

²⁴ Fineman, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, available at: <https://ssrn.com/abstract=1694740>.

²⁵ Brower, Charles and Schill, Stephan, “Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law?”, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, vol. 9, no. 2, 2009, doi:10.1093/ejil/chp019. Dietz Thomas et al., “The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system”, *Review of International Political Economy*, vol. 26, no. 4, 2019, available at: <https://doi.org/10.1080/09692290.2019.1620308>. Urzúa Farías, Andrés, “Sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) en crisis: Estados Unidos y la Unión Europea”, *Revista de Derecho Económico*, vol. 78, no. 1, 2021, doi:10.5354/0719-7462.2021.64493. Franck, Susan, op. cit.

²⁶ Thomas, *The power of legitimacy among nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 24.

Consequently, as Robert Keohane explains, “normatively an institution is legitimate when its practices meet a set of standards that have been stated and defended”²⁷ while sociological legitimacy lays on the acceptance that a practice is “appropriate and worthy of being obeyed by relevant audiences”.²⁸ The coincidence between both concepts is reached when the relevant audiences accept the principles of a given legal system as worthy to be obeyed.

Applying Keohane’s ideas to ISDS regime, resistance builds up to the existing set of norms creating a legitimacy crisis, both normatively and sociologically. As seen before, relevant audiences have rejected the principles of the system when Bolivia, Ecuador and Venezuela withdrew from the ICSID Convention. Such phenomena also take place in the negotiation of agreements that exclude ISDS (e.g., Brazil cooperation and facilitation investment agreement model (CFIA)) or reinforce local remedies (e.g., India BIT model (2016)).²⁹

Although the ISDS regime had cracked as a result of the resistance originally focused on the Global South, nowadays objections are growing in both South and North. In *Achmea* judgment, the Court of Justice of the European Union (EU) argued that the ISDS mechanism in Netherlands — Slovakia BIT was incompatible with EU Law. Under art. 267 of the Treaty on the Functioning of the EU, an ISDS tribunal has no competence regarding the preliminary reference system. Notwithstanding, an ISDS tribunal should interpret EU Law without legal roots.

Following this reasoning, on 5 May 2020, 23 Member States signed the Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union that entered into force on 29 August 2020.³⁰ In addition, for external negotiations the European Union includes an investment court system in bilateral agreements, such as the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement.

²⁷ Keohane, Robert, “The contingent legitimacy of multilateralism”, in Newman, Edward *et al.* (eds.), *Multilateralism Under Challenge: Power, International Order, and Structural Change*, Tokyo, New York, UNU Press, 2006.

²⁸ *Ibidem*, p. 57.

²⁹ For further analysis see: Nedumpara, James, “India’s Trade and Investment Agreements. Striking a balance between investor protection rights and development concerns”, in Morosini, Fabio and Ratton Sanchez Badin, Michelle (ed.), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

³⁰ Ratification status is available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en>.

III. COVID-19 AND ISDS: TOWARDS THE PERFECT STORM?

Although ISDS is facing a legitimacy crisis, the COVID-19 syndemic disruption and the claim for a more proactive State, even from traditionally neoliberal sectors³¹, may create the perfect storm for ISDS. The term “syndemic” was coined by Singer³² and recovered by Horton³³ for the study of COVID-19 impacts through a multidimensional lens. In this analysis, the concurrence of economic and social factors is as important as the biological causes of the pandemic.

Since the first months of 2020, States have taken measures that extended their policy scope to face the health emergency and address the increased vulnerability. During the current phase, this kind of measures still entail the risk that the State could be sued by foreign investors if they consider that an IIA has been violated. According to UNCTAD “Investment policy responses to the COVID-19 pandemic” report, the aforementioned risk may occur because existing IIAs were signed during the “proliferation era” or before, at a moment when States were less concerned for public health or environmental protection.³⁴

Even though more modern treaties may include provisions that protect the right to regulate,³⁵ expansive interpretations made by arbitral tribunals could constrain their capacity to exercise their sovereign. Moreover, due to fragmentation of International Law, ISDS is usually the arena of the tension between self-contained regimes: International Investment Law on one side and International Human Rights Law or International Environmental Law on the other side. The ISDS regime has a history of disputes regarding international regimes’ collision.

³¹ For instance, see: Financial Times (2020), The Economist (2021).

³² Singer, Merrill, *Introduction to syndemics. A critical systems approach to public and community health*, San Francisco, Jossey-Bass, 2009.

³³ Horton, Richard, “Offline: COVID-19 is not a pandemic”, *The Lancet*, vol. 396, no. 10255, 2020, doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6.

³⁴ UNCTAD, *Investment policy responses to the COVID-19 pandemic*, Special Issue no. 4, Geneva, 2020, p. 12, available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaep-cbinf2020d3_en.pdf.

³⁵ For instance: Morocco-Nigeria BIT.

Latin America and the Caribbean, a region that accumulates 27.5% of the claims,³⁶ provides some examples related to human rights and environmental protection: 1) Philip Morris v. Uruguay, for tobacco control measures (public health); 2) Aguas del Tunari v. Bolivia, for the nationalization of the potable water and sanitation service in Cochabamba in order to guarantee affordability (human right to water); 3) Renco v. Peru related to ambient air quality standards (environmental protection);³⁷ 4) Infinito Gold v. Costa Rica regarding the environmental impact assessment for the gold mining project “Crucitas” (environmental protection); 5) Eco Oro v. Colombia, linked to the protection of the Paramo of Santurban, the main source of fresh water in the country (environmental protection and human right to water).

Based on that experience, which measures adopted to reduce COVID-19 biological, social and economic impacts, in order to reduce vulnerability can be challenged using ISDS? Latin America and the Caribbean, the most sued region in the world, provides relevant examples. In April 2020, Peruvian Congress passed an act³⁸ that suspended toll payments during the health emergency. A few weeks later, the Embassies of Canada, Australia, France and Colombia³⁹ in Lima⁴⁰ expressed their concern about the investments of their national companies, and one of the road infrastructures concessionaires-initiated pre-arbitration stage (CIAR Global, 2020). On 25 August 2020, the Constitutional Tribunal declared the unconstitutionality of the law because it violated article 62 of the Constitution, according to which contractual terms cannot be modified by laws.⁴¹ Is this just another case of unconstitutionality or is it also an undercover example of regulatory chill?

³⁶ UNCTAD Investment Policy Hub, accessed May 8, 2022.

³⁷ Even though the dispute is finished, and the ICSID tribunal decided in favor of the State, the investor filed a new claim under the same agreement (United States-Peru BIT) but in a different jurisdiction: the Permanent Court of Arbitration.

³⁸ Act 31.018, April 3, 2020, available at: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-suspende-el-cobro-de-peajes-en-la-red-vial-nacional-ley-n-31018-1866203-1/>.

³⁹ It is important to point out that States behavior in IIR or ISDS regime may change as a result of their position: State of the nationality of the investor or host State. Furthermore, on some occasion States act in tandem with corporation of their nationality in order to guarantee them more privileges.

⁴⁰ Andina, “Embajadas de cuatro países envían carta al Congreso por ley que suspende cobro de peajes”, June 5, 2020, available at: <https://andina.pe/agencia/noticia-embajadas-cuatro-paises-envian-carta-al-congreso-ley-suspende-cobro-peajes-800468.aspx>.

⁴¹ Constitutional Tribunal of Peru, Unconstitutionality Sentence 0006-2020-PI, available

However, the first arbitration challenge to COVID-19 measures took place in Chile. On January 2021, the French corporations Groupe ADP International and Vinci Airports, which have 45 and 40% of stakes in Nuevo Pudahuel Airport consortium (Santiago)⁴² initiated the six-month cooling-off period under Chile-France BIT (art. 8) before ICSID arbitration. The investors questioned the rejection of the Ministry of Public Works to extend their contract in order to compensate economic losses caused by the pandemic: their incomes decreased 90% and Chile lost 19 routes, 630 weekly frequencies, 70% of passenger during 2020.⁴³

On August 13, 2021, the foreign investors registered a request for the institution of arbitration proceedings before ICSID, under Chile-France BIT. According to UNCTAD Policy Investment Hub, the amount of compensation claimed is 455 million of dollars. The tribunal, constituted on 25 March 2022, is composed by Claus Von Wobeser (President), Stephan Schill (appointed by the claimants) and Mónica Pinto (appointed by the respondent). The resolution of the dispute is pending.

In addition, new national laws regarding COVID-19 vaccines deserve special attention. Argentina,⁴⁴ Peru⁴⁵ and Paraguay⁴⁶ enacted laws that established the power of the Administration to sign contracts with laborato-

at: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/00006-2020-PI-PROYECTO-PENDIEN-TE-DE-DELIBERACION-C3%93N.pdf>.

⁴² Investment Treaty News, “French consortium kicks off an ICSID claim against Chile after USD 37 million loss due to Covid-19 Pandemic”, March 21, 2021, available at: <https://www.iisd.org/itn/en/2021/03/23/french-consortium-kicks-off-an-icsid-claim-against-chile-after-usd-37-million-loss-due-to-covid-19-pandemic/>.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Act 27.573: “Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el covid-19”, 29 October 2020. Argentina, available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/343958/norma.htm>.

⁴⁵ Supreme Decree 186-2020-PCM, “Decreto Supremo que autoriza al Ministerio de Salud para que, en el marco de los contratos celebrados al amparo del Decreto de Urgencia N° 110-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la Covid-19, exprese el compromiso del Estado peruano de someter al arbitraje internacional las controversias derivadas de la relación contractual”, December 1 2020. Peru, available at: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-autoriza-al-ministerio-de-salud-para-que-decreto-supremo-n-186-2020-pcm-1908302-1/>.

⁴⁶ Act 6707: “Que declara bien público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición para la distribución gratuita a la población de las vacunas contra el Covid-19”, Ja-

ries that include arbitration or judicial jurisdiction abroad in case of controversies. For that reason, transnational corporations are able to obtain a contractual waiver of immunity from jurisdiction.⁴⁷ These contractual provisions reinforce the network of more than 3200 IIAs that challenged sovereign acts in public interest areas.

Finally, the ISDS tribunal could interpret State measures for facing COVID-19 effects as an example of necessity (Resolution AG/56/83, article 25), thus the wrongfulness of an act precludes. In other terms, the State acts that deliberately and voluntarily try to safeguard an essential interest (the health of its population) against a severe and imminent peril (the COVID-19 syndemic). Such behavior cannot seriously affect an essential interest of the State, other States, or the international community as recipients of the obligation. In the hypothesis under analysis, the violation of an IIA does not seem to affect any essential interests.

The exception of state of necessity⁴⁸ was invoked by Argentina in disputes related to the 2001 economic crisis. The argument was acceptable in LG&E and Continental cases, but not in Enron, CMS and Sempra cases. Therefore, it is pertinent to remember that the decision regarding the legality or illegality of the measures will be up to the arbitrators. At the end of the day, the risk of inconsistency in jurisprudence contributes to the ISDS legitimacy crisis.

IV. THE FUTURE OF ISDS: A ROADMAP

During the COVID-19 era, the number of disputes remained the same as in previous years. In this sense, Echaide affirms that the claims could result in

January 14 2021. Paraguay, available at: <https://alertas.directoriolegislativo.org/wp-content/uploads/2021/01/Ley-6707.pdf>.

⁴⁷ Unlike Peruvian and Paraguayan law, Argentinian law establishes expressly that the waiver does not reach the immunity from execution. Previous experiences with vulture funds judgments in New York, regarding sovereign debt restructuring, explains the clarification.

⁴⁸ “State of necessity reflects an international customary rule according to which a factual situation of grave and imminent peril for the essential interests of a State would legally justify a breach of an international obligation by such State as the only means to safeguard such essential interests”. Tanzi, Attila, “State of Necessity”, *The Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2021, available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1071>.

a lack of financing in the short and medium term, this could lead to a deterioration in human rights policies which will increase inequality.⁴⁹ Thus, is it possible to protect national policy space and human rights at the same time? Fineman's vulnerability theory provides an interesting approach to answer the question.

First of all, "by changing the legal subject to the inherently vulnerable human, [vulnerability theory] provides distinct ontological grounds for this affirmative public responsibility".⁵⁰ This approach requests a State that is responsive to human needs and the reconfiguration of current legal structures based on the prioritization of individual liberty at the expense of human basic characteristics: dependency and vulnerability.⁵¹ Focusing on vulnerability and need, this approach detaches from the traditional concept of legal subject based on rationality and liberty.⁵² The traditional legal lens can lead to realistic resulted, but human need can only be apprehended with institutions' assistance.⁵³ Therefore, the State is responsible "for ensuring the proper functioning of markets (and thus, providing equal opportunity or real freedom)", in terms of Fineman.⁵⁴

Vulnerability paradigm focuses on the existence of a State that guarantees access and opportunities to human beings as vulnerable and dependent subjects,⁵⁵ so the State cannot be limited or conditioned by markets. Law behaves as an ordering mechanism of society and shapes existing relationships. Law is what makes it possible to address vulnerability and prevent inequities; and it is an essential instrument to achieve an adequate balance in economic relations (inter and intra-States). Spite of the fact that critics may considerer this approach as excessively paternalist,⁵⁶ it may still be an "use-

⁴⁹ Echaide, Javier, *op. cit.*, p. 544.

⁵⁰ Mccluskey, Martha *et al.* "Vulnerability Theory And The Political Economy Of Resilience", *Law and Political Economy Project*, 9 July 2021, available at: <https://lpeproject.org/blog/vulnerability-theory-and-the-political-economy-of-resilience/>.

⁵¹ Fineman, Martha, "Vulnerability and Social Justice", *Valparaiso University Law Review*, vol. 53, No. 2, 2019, p. 342, available at: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>.

⁵² *Ibidem*, p. 356.

⁵³ Anderson, Elizabeth, "What is the Point of Equality?", *Ethics*, vol. 109, no. 2, 1999, available at: <https://doi.org/10.1086/233897>. Rich, Phillip, "What Can We Learn from Vulnerability Theory?", *Honors Projects 352*, 2018, <https://scholarworks.bgsu.edu/honorsprojects/352>.

⁵⁴ Fineman, Martha, "Vulnerability...", *cit.*, p. 352.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁶ It is beyond the scope of this paper to deepen in vulnerability theory limitations or critics.

ful construct around which to structure social welfare policy”⁵⁷ in order to define the “particular concern that a policy seeks to address”.⁵⁸

Focusing on ISDS regime, it was built to protect investors’ rights in foreign legal systems which were conceived as weak or unreliable. However, this set of rights creates relations (connecting foreign investors, States and local communities) and conflicts, which “may concern not only states’ right to regulate or distributive tensions but also recognition claims and the social embeddedness of rights”.⁵⁹ Ünüvar and Küçüksu also point out, “International Investment Law does not concern itself with the broader cultural, social and even macroeconomic factors applicable to an arbitral dispute beyond using them as voluntary counter-balancing considerations vis-à-vis foreign investment protection”.⁶⁰

Thus, the protection of public health, human rights or the environment -as global public values- has been challenged in different disputes.⁶¹ Additionally, in a recent publication, the International Monetary Fund recognizes that ISDS regime protects “fossil fuel investments... or alternatively expose authorities to legal action for breach of that protection when seeking to adopt regulatory measures to curtail fossil fuel activity”.⁶²

According to the characteristics of ISDS regime, in order to protect human beings as vulnerable subjects, it is necessary to strengthen national policy space, that is, the set of policies that a State can adopt in areas of public decision. Its core is the right to regulate, and particularly in IIR, it “denotes the legal right that exceptionally allows the host state to regulate

⁵⁷ Kohn, Nina, “Vulnerability Theory and the Role of Government”, *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 26, no. 1, 2014, p. 25, <https://ssrn.com/abstract=2562737>.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 26

⁵⁹ Perrone, Nicolás, *Investment Treaties and the Legal Imagination*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 50.

⁶⁰ Ünüvar, Güneş and Küçüksu, Aysel, “From Protection to Governance of Foreign Investment: Vulnerability Theory as a Paradigm Shift in International Investment Law”, *EJIL: Talk!*, 27.12.19, available at: <https://www.ejiltalk.org/from-protection-to-governance-of-foreign-investment-vulnerability-theory-as-a-paradigm-shift-in-international-investment-law/>.

⁶¹ Arato, Julian, “Corporations as Lawmakers”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 56, No. 2, Summer 2015, p. 283, <https://ssrn.com/abstract=2585214>.

⁶² Prasad, Ananthakrishnan *et al.*, “Mobilizing Private Climate Financing in Emerging Market and Developing Economies”, *International Monetary Fund*, 2022, p. 5, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/staff-climate-notes/Issues/2022/07/26/Mobilizing-Private-Climate-Financing-in-Emerging-Market-and-Developing-Economies-520585>.

in derogation of the international commitments it has undertaken by means of an investment agreement without incurring a duty to compensate”.⁶³

By strengthening public policy space, and especially the right to regulate, public budgets would not be compromised in arbitrations and regulatory chill may not be an option during a syndemic.

In a globalized world, any significant change at the international level will necessarily require cooperation between States.⁶⁴ The role of States is crucial to promote different options that could pave the way for deeper long-term actions for reshaping ISDS regime. For the short and middle-term several options are on the table, thus, the roadmap should include: 1) a moratorium on pending ISDS disputes and a restriction on future claims related to COVID-19 measures; 2) introduction of counterclaims as a general rule in ISDS regime; 3) an explicit reference in the IIAs to regulate within their national framework; 4) an explicit exclusion of protected areas or policies.

The first option, in times of COVID-19 syndemic, is imperative. In order to allocate greater budgetary resources to combat the crisis, States need to take steps towards a moratorium on pending ISDS disputes, as well as a restriction on future claims related to health, social and economic measures taken to tackle the spread of the virus, as proposed by the academia⁶⁵ and more than 600 civil society organizations.⁶⁶ Although both proposals can be considered temporary or intermediate, since they do not solve the core problem, they are still relevant. A generalized moratorium would prevent eventual rejection to requests of suspension on a case-by-case basis, as hap-

⁶³ Titi, Catherine, *The right to regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 18.

⁶⁴ Perrone, Nicolás, “Speed, law and the global economy: How economic acceleration contributes to inequality and precarity”, *Leiden Journal of International Law*, Leiden, vol. 33, no. 3, June 2020, p. 3, <https://doi.org/10.1017/S0922156520000242>.

⁶⁵ CCSI, “Call for ISDS moratorium during Covid-19 crisis and response”, 2020, available at: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>; Gallagher, Kevin and Kozul-Wright, Richard, “Breaking Out of the Double Squeeze: The Need for Fiscal and Policy Space during the COVID-19 Crises”, *Global Policy Journal*, June 26, 2020, available at: <https://www.globalpolicyjournal.com/blog/26/06/2020/breaking-out-double-squeeze-need-fiscal-and-policy-space-during-covid-19-crises>.

⁶⁶ Acafremin *et al.* “Open Letter to Governments on ISDS and COVID-19”, 2020, available at: http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/OpenLetterOnISDSAndCOVID_June2020.pdf.

pened in *Orlandini v. Bolivia* (procedural order number 7) and *Glencore v. Bolivia* (procedural order number 11).

The second option is to introduce counterclaims as a general rule in ISDS regime.⁶⁷ Counterclaims constitute an instance to enforce human rights and defend the sovereignty, by justifying the measures taken in valid exercise of it. It also gives the State the possibility of requesting compensation for the damages caused by foreign investors. This way, ISDS architecture could turn against foreign investors⁶⁸ and reduce the number of claims. This option could be introduced as part of rules of arbitration modernization.

The two following options involve substantive changes to existing or new agreements. Vulnerability theory calls for public institutions to assist individuals in the process of building resilience. To do so, States require having sufficient regulatory space. The recognition of the right to regulate is not an innovation in the system; in fact, one of the most common ways for its incorporation is its enunciation within the preamble of the agreements, seeking to balance the system with general references or in matters of non-economic interest.⁶⁹ For instance, some CFIA have this provision, but these agreements exclude investor-State dispute settlement mechanisms from their articles.

Unlike CFIA, the Morocco-Nigeria BIT includes ISDS mechanisms. Its preamble reaffirms the right to regulate and adopt domestic measures in relation to investments in order to achieve its public policy objectives. Additionally, under the heading “investments and environment” (article 13), it expressly recognizes the right to act with discretion in relation to regulation, compliance, investigation, prosecution and decision-making regarding to environmental issues. The importance of this provision stems from the

⁶⁷ ISDS regime basic rules are: the foreign investor has *locus standi* and *jus standi*; a cooling-off period before international arbitration; not mandatory exhaustion of local remedies; disputes are settled by *ad hoc* tribunals; lack of appeal instance; most favored nation clause applicable to dispute settlement; and sunset clauses that allow claims even after IIAs are terminated.

⁶⁸ Abel, Patrick, “Counterclaims based on international human rights obligations of investors in international investment arbitration. Fallacies and potentials of the 2016 ICSID *Urbaser v. Argentina Award*”, *Brill Open Law*, vol. 1, no. 1, 2018, <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003>.

⁶⁹ Mouyal, Lone, *International Investment Law and the Right to Regulate - A human rights perspective*, London, Routledge, 2016.

recognition that the protection of the environment can be a priority over foreign investment with a wide discretionary margin.⁷⁰

It is important to point out that the claim for enlarging the national policy space has different shades in the Global South and the Global North. Michelle Ratton Sanchez Badin and Fabio Morosini argue that, in the North, the debate emphasizes on “correcting negative externalities, illustrated by health, safety and environmental exceptions”, while in some countries in the South, it follows constitutional principles.⁷¹ For example, the domestic policy goals in equitable access to South Africa’s mining resources, especially to expand opportunities for historically disadvantaged groups during the apartheid, lead to Piero Foresti case.⁷² Although the parties agreed to settle the arbitration, it provided a catalyst for the termination of ten BITs and the review of investment law.⁷³

Finally, a deeper option relies on the exclusion of a list of protected areas or policies from ISDS. As a consequence, these areas should not be susceptible of foreign investors’ claims. This new State-market balance does not mean that States should follow a trend of less international regulation in order to create a kind of “containment barrier” for the impacts of International Law into policy space.

Deregulating under the liberal logic of *laissez faire - laissez passer* does not seem to be the way. This statement can generate the false idea that the areas governed by the logic of the market, nowadays, have a concise or weak regulation. It is not the case. For instance, International Trade Law may be the most regulated area in International Law: general rules on trade in goods, general rules on trade in services, exceptions to the rules, differential and more favorable treatment, specific rules on technical barriers, subsidies,

⁷⁰ Kendra, T. *et al.* “The Morocco-Nigeria BIT: A new breed of investment treaty?” *Practical Law Arbitration Blog*, November 16, 2017, available at: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-morocco-nigeria-bit-a-new-breed-of-investment-treaty/>.

⁷¹ Morosini, Fabio and Ratton Sanchez Badin, Michelle, “Reconceptualizing International Investment Law from the Global South: An Introduction”, in Morosini, Fabio and Ratton Sanchez Badin, Michelle (ed.), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

⁷² ICSID case number ARB(AF)/07/01, award available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0337.pdf>.

⁷³ Treaties finished by South Africa can be reviewed in UNCTAD’s Investment Policy Hub: available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/195/south-africa>.

safeguards, among others. At the end of the day, the core of the problem does not lie in having more or fewer rules, but in having better rules, that is, rules that do not constrain national policy space as a channel to reduce vulnerability.

V. CONCLUSIONS

During the eighties and the nineties, ISDS has its boom with the proliferation of IIA and international credibility. The global golden age started to crack at the beginning of the first decade of XXI century through dissident voices in the Global South, particularly South America in relation to constitutional provisions and environment and human rights-related disputes. During the last years, the contestation arrives to the Global North, in terms of policy space protection. Therefore, nowadays ISDS regime is facing a legitimacy crisis that is reinforced with the COVID-19 crisis.

This piece argues that COVID-19 crisis may lead States to the perfect storm as a result of the expansion of their regulatory capacity in order to tackle the syndemic. Therefore, vulnerability theory contributes to reshape IIR, and prioritize human being as a vulnerable subject and the responsive State. From more superficial actions to deeper changes, four options should be part of a short and middle-term roadmap: 1) a moratorium on pending ISDS disputes and a restriction on future claims related to COVID-19 measures; 2) the introduction of counterclaims as a general rule in ISDS regime; 3) an explicit reference to right to regulate in IIAs; 4) an explicit exclusion of protected areas or policies.

International Law is a powerful instrument to approach vulnerabilities, to protect policy space and, in terms of the United Nations Secretary-General, Antonio Guterres, to build a “fair globalization”.⁷⁴ But International Law is also a powerful instrument to deep vulnerabilities, to constrain policy space and build an unfair globalization. The States, and their leaders, have the power to choose which path to follow.

⁷⁴ Guterres, António, “Tackling the Inequality Pandemic: A New Social Contract for a New Era”, Nelson Mandela Lecture, July 18, 2020, available at: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-07-18/secretary-generals-nelson-mandela-lecture-%E2%80%9Ctackling-the-inequality-pandemic-new-social-contract-for-new-era%E2%80%9D-delivered>.

VI. REFERENCES

- ABEL, Patrick, “Counterclaims based on international human rights obligations of investors in international investment arbitration. Fallacies and potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award”, *Brill Open Law*, vol. 1, no. 1, 2018, available at: <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003>.
- ACAFREMIN *et al.* “Open Letter to Governments on ISDS and Covid-19”, 2020, available at: http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/OpenLetterOnISDSAndCOVID_June2020.pdf.
- ADP International S.A. and Vinci Airports S.A.S. v. Republic of Chile International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/21/40, available at: <https://www.italaw.com/cases/9727>.
- AGUAS del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/02/3, available at: <https://www.italaw.com/cases/57>.
- ANDERSON, Elizabeth, “What is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, no. 2, 1999, available at: <https://doi.org/10.1086/233897>.
- ANDINA, “Embajadas de cuatro países envían carta al Congreso por ley que suspende cobro de peajes”, June 5, 2020, available at: <https://andina.pe/agencia/noticia-embajadas-cuatro-paises-envian-carta-al-congreso-ley-suspende-cobro-peajes-800468.aspx>.
- ARATO, Julian, “Corporations as Lawmakers”, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 56, no. 2, Summer 2015, available at: <https://ssrn.com/abstract=2585214>.
- BAS VILIZZIO, Magdalena, *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?*, Montevideo, Universidad de la República, 2017.
- BAS VILIZZIO, Magdalena, “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias Inversor-Estado”, Fundación Carolina, 2019, available at: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf.
- BAS VILIZZIO, Magdalena, “¿Soberanía en la encrucijada? Nuevas aproximaciones desde la solución de controversias inversor-estado”, in MARTENS DE WILLMARS, Frédéric (ed.), *Nuevos tiempos, nuevos espacios para las Rela-*

- ciones Internacionales y el Derecho Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.
- BROWER, Charles and SCHILL, Stephan, “Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law?”, *Chicago Journal of International Law*, Chicago, vol. 9, no. 2, 2009, [doi:10.1093/ejil/chp019](https://doi.org/10.1093/ejil/chp019).
- CCSI, “Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response”, 2020, available at: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>.
- Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (Chevron II). Permanent Court of Arbitration case number 2009-23, available at: <https://www.italaw.com/cases/257>.
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/01/8, available at: <https://www.italaw.com/cases/906>.
- CONSTITUTIONAL Tribunal of Peru, Unconstitutionality Sentence 0006-2020-PI, 25 August 2020, available at: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/00006-2020-PI-PROYECTO-PENDIENTE-DE-DELIBERACION.pdf>.
- Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/03/9, available at: <https://www.italaw.com/cases/329>.
- CROSBIE, Eric and THOMSON, George, “Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand”, *New Zealand Medical Journal*, vol. 131, no. 1473, 2018, available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6490166/pdf/nihms-960898.pdf>.
- DIETZ, Thomas *et al.*, “The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system”, *Review of International Political Economy*, vol. 26, no. 4, 2019, <https://doi.org/10.1080/09692290.2019.1620308>.
- EBERHARDT, Pia and OLIVET, Cecilia, *Profiting from injustice*, Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, 2012.
- ECHAIDE, Javier, “Efectividad de los derechos humanos y sociales en jaque: arbitrajes de inversiones en el marco del COVID-19”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, no. 51, 2021, available at: <https://doi.org/10.24215/25916386e092>.

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/16/41, available at: <https://www.italaw.com/cases/6320>.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/01/3, available at: <https://www.italaw.com/cases/401>.

Financial Times, “Virus lays bare the frailty of the social contract”. Editorial. April 3, 2020, available at: <https://www.ft.com/content/7eff769a-74dd-11ea-95fe-fcd274e920ca>.

FINEMAN, Martha, “Vulnerability and Social Justice”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 53, no. 2, 2019, available at: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>.

FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, available at: <https://ssrn.com/abstract=1694740>.

FRANCK, Susan, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, *Fordham Law Review*, vol. 73, 2015 available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10>.

FRANCK, Thomas, *The power of legitimacy among nations*. Oxford, Oxford University Press, 1990.

GALLAGHER, Kevin and KOZUL-WRIGHT, Richard, “Breaking Out of the Double Squeeze: The Need for Fiscal and Policy Space during the COVID-19 Crises”, *Global Policy Journal*, June 26, 2020, available at: <https://www.globalpolicyjournal.com/blog/26/06/2020/breaking-out-double-squeeze-need-fiscal-and-policy-space-during-covid-19-crises>.

GHIOTTO, Luciana, “¿Unctad pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones” in ECHAIDE, Javier (ed.), *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, Buenos Aires, B de F, 2017.

GLENCORE Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia, Permanent Court of Arbitration case number 2016-39, Procedural Order No. 11: available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11514.pdf>.

GUTERRES, António, “Tackling the Inequality Pandemic: A New Social Contract for a New Era”, Nelson Mandela Lecture, July 18, 2020, available at:

- <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-07-18/secretary-generals-nelson-mandela-lecture-%E2%80%9Ctackling-the-inequality-pandemic-new-social-contract-for-new-era%E2%80%9D-delivered>.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José, “Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones”, *Revista Electrónica de Direito*, vol. 1, 2017, available at: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947&orden=0&info=link>.
- HORTON, Richard, “Offline: Covid-19 is not a pandemic”, *The Lancet*, vol. 396, No. 10255, 2020, [doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6).
- Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/14/5, available at: <https://www.italaw.com/cases/2258>.
- Investment Treaty News, “French consortium kicks off an ICSID claim against Chile after USD 37 million loss due to COVID-19 Pandemic”, March 21, 2021, available at: <https://www.iisd.org/itn/en/2021/03/23/french-consortium-kicks-off-an-icsid-claim-against-chile-after-usd-37-million-loss-due-to-covid-19-pandemic/>.
- KENDRA, T. *et al.* “The Morocco-Nigeria BIT: A new breed of investment treaty?” *Practical Law Arbitration Blog*, November 16, 2017, available at: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-morocco-nigeria-bit-a-new-breed-of-investment-treaty/>.
- KEOHANE, Robert, “The contingent legitimacy of multilateralism”, in NEWMAN, Edward *et al.* (ed.), *Multilateralism Under Challenge: Power, International Order, and Structural Change*, Tokyo, New York, UNU Press, 2006.
- KIRK, Stacey, “Tobacco plain packaging likely to be law by end of year-John Key”, *Dominion Post*, 15 February 2016, available at: <http://www.stuff.co.nz/national/politics/76917027/tobacco-plain-packaging-likely-to-be-law-by-end-of-year--john-key>.
- KOHN, Nina, “Vulnerability Theory and the Role of Government”, *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 26, no. 1, 2014, available at: <https://ssrn.com/abstract=2562737>.
- LG&E. Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/02/1, available at: <https://www.italaw.com/cases/621>.
- MCCLUSKEY, Martha *et al.*, “Vulnerability Theory and The Political Economy of Resilience”, *Law and Political Economy Project*, 9 July 2021, available at:

<https://lpeproject.org/blog/vulnerability-theory-and-the-political-economy-of-resilience/>.

Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Bolivia, “Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado”, en VALDOMIR, Sebastián and SANTOS, Carlos (ed.), *Soberanía de los pueblos o intereses empresariales*, Fundación Solón, Redes Amigos de la Tierra, Uruguay Sustentable, Amigos de la Tierra, 2008.

MOROSINI, Fabio and RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle, “Reconceptualizing International Investment Law from the Global South: An Introduction”, in MOROSINI, Fabio and RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (ed.), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

MOUYAL, Lone, *International Investment Law and the Right to Regulate - A human rights perspective*, London, Routledge, 2016.

NEDUMPARA, James, “India’s Trade and Investment Agreements. Striking a balance between investor protection rights and development concerns”, in MOROSINI, Fabio and RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (ed.), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/09/12, available at: <https://www.italaw.com/cases/783>.

PERRONE, Nicolás, “The International Investment Regime after the Global Crisis of Neoliberalism: Rupture or Continuity”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 23, 2016, available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol23/iss2/8>.

PERRONE, Nicolás, “Speed, law and the global economy: How economic acceleration contributes to inequality and precarity”, *Leiden Journal of International Law*, Leiden, vol. 33, no. 3, June 2020, <https://doi.org/10.1017/S0922156520000242>.

PERRONE, Nicolás, *Investment Treaties and the Legal Imagination*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Permanent Court of Arbitration case number 2012-12, available at: <https://www.italaw.com/cases/851>.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, International Centre for Set-

- tlement of Investment Disputes case number ARB/10/7, available at: <https://www.italaw.com/cases/460>.
- POSTIGA, Andrea Rocha, “A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 10, no. 1, 2013, doi:10.5102/rdi.v10i1.2369.
- PRASAD, Ananthkrishnan *et al.* “Mobilizing Private Climate Financing in Emerging Market and Developing Economies”, International Monetary Fund, 2022, available at: <https://www.imf.org/en/Publications/staff-climate-notes/Issues/2022/07/26/Mobilizing-Private-Climate-Financing-in-Emerging-Market-and-Developing-Economies-520585>.
- RICH, Phillip, “What Can We Learn from Vulnerability Theory?”, *Honors Projects* 352, 2018, available at: <https://scholarworks.bgsu.edu/honorsprojects/352>.
- SEMPRA Energy International v. The Argentine Republic, International Centre for Settlement of Investment Disputes case number ARB/02/16, available at: <https://www.italaw.com/cases/1002>.
- SLOWAKISCHE Republik v Achmea BV, Case C-284/16, Judgment of the Court, Grand Chamber, 6 March 2018, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016CJ0579>.
- SINGER, Merrill, *Introduction to syndemics. A critical systems approach to public and community health*, San Francisco, Jossey-Bass, 2009.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- TANZI, Attila, “State of Necessity”, *The Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2021, available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1071>.
- The Economist, “COVID-19 has transformed the welfare state. Which changes will endure?”. March 6, 2021, available at: <https://www.economist.com/briefing/2021/03/06/covid-19-has-transformed-the-welfare-state-which-changes-will-endure>.
- The Estate of Julio Miguel Orlandini-Agreda and Compañía Minera Orlandini Ltda. v. Bolivia, Permanent Court of Arbitration case number 2018-39, Procedural Order No. 7 (on Respondent Request for Suspension of the Time-limit for Submission of its Statement of Defense) available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11453.pdf>.

The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru [I], International Centre for Settlement of Investment Disputes case number UNCT/13/1, available at: <https://www.italaw.com/cases/906>

The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru [II], Permanent Court of Arbitration case number 2019-46, available at: <https://www.italaw.com/cases/6179>.

TITI, Catherine. *The right to regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

UNCTAD, *Investment policy responses to the COVID-19 pandemic*, Special Issue No. 4, Geneva, 2020, available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d3_en.pdf.

UNCTAD, *World Investment Report 2015. Reforming international investment governance*, Geneva, 2015, available at: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf.

UNCTAD, *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, Geneva, 2003, available at: https://unctad.org/en/Docs/wir2003light_en.pdf.

ÜNÜVAR, Güneş and KÜÇÜKSU, Aysel, “From Protection to Governance of Foreign Investment: Vulnerability Theory as a Paradigm Shift in International Investment Law”, *EJIL: Talk!*, 27.12.19, available at: <https://www.ejiltalk.org/from-protection-to-governance-of-foreign-investment-vulnerability-theory-as-a-paradigm-shift-in-international-investment-law/>.

URZÚA FARIAS, Andrés, “Sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) en crisis: Estados Unidos y la Unión Europea”, *Revista de Derecho Económico*, vol. 78, No. 1, 2021, doi:10.5354/0719-7462.2021.64493.

VAN HARTEN, Gus and LOUGHLIN, Martin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, num. 1., 2016, doi:10.1093/ejil/chi159.2016.149.

ZAYAS, Alfred de, “Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order”, A/70/285. New York, United Nations. Available at: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/285.

Interfaces entre o direito internacional e o direito brasileiro acerca do acesso à água e a proposta de emenda à Constituição No. 4, de 2018

*The Relation Between International Law and Brazilian Law
Concerning Water Access and the Proposition for Constitutional
Amendment No. 4, of 2018*

*La relation entre le droit international et le droit brésilien
concernant l'accès à l'eau et la proposition d'amendement
Constitutionnel No. 4, de 2018*

André **Ricci de Amorim***

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Breves considerações acerca das investidas de monetização da água*. III. *A contribuição do Direito Internacional para a afirmação do direito humano à água*. IV. *A água enquanto direito fundamental à luz da Proposta de Emenda à Constituição No. 4, de 2018*. V. *Conclusões*. VI. *Bibliografia*.

* Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7365-6372>, andrericci_8@hotmail.com.

Artículo recibido el 12 de agosto de 2021
Aprobado para publicación el 30 de agosto de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 365-389
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

RESUMO: Os desafios enfrentados pela sociedade internacional são consideráveis no que concerne ao acesso à água. Assim, o presente trabalho se ocupa em analisar o processo de reconhecimento da água como um direito humano em oposição aos interesses de grupos pró “mercantilização” deste bem inestimável. Além disso, será objeto de análise a influência que o reconhecimento deste direito no âmbito internacional exerceu internamente no Brasil, razão pela qual se destaca a relevância da Proposta de Emenda Constitucional N. 4, de 2018, que visa inserir formalmente o acesso à água no rol de direitos e garantias fundamentais. A fim de cumprir o objetivo proposto, será utilizado o método dedutivo, a partir de elementos advindos da pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, em particular, lançando mão da doutrina especializada e de instrumentos jurídicos que permitem melhor percepção sobre o tema.

Palavras-chave: acesso à água, direitos humanos, direitos fundamentais, Proposta de Emenda à Constituição.

ABSTRACT: the challenges faced by international society are considerable with regard to access to water. Thus, the present work is concerned with analyzing the process of recognition of water as a human right in opposition to the interests of groups pro “commodification” of this invaluable good. In addition, the influence that the recognition of this right in the international sphere exerted internally in Brazil will be analyzed, which is why the relevance of the Proposition for Constitutional Amendment No. 4, of 2018, which aims to formally insert access to water in the list of fundamental rights and guarantees. In order to fulfill the proposed objective, the deductive method will be used, based on elements arising from descriptive, bibliographical and documentary research, in particular, making use of specialized doctrine and legal instruments that allow a better understanding of the matter.

Key words: access to water, human rights, fundamental rights, Proposition for Constitutional Amendment.

RÉSUMÉ: Les défis rencontrés par la société internationale sont considérables en ce qui concerne l'accès à l'eau. Ainsi, les travaux actuels se produisent dans l'analyse du processus de reconnaissance de l'eau en tant que droit de l'homme, par opposition aux intérêts des groupes pro «marchandisation» de ce bien précieux. En outre, l'article examinera l'influence que la reconnaissance de ce droit, au niveau international, a exercée en interne au Brésil, ce qui est la raison pour la pertinence de la proposition d'Amendement Constitutionnelle N. 4, 2018, qui vise à insérer officiellement l'accès à l'eau dans le rôle des droits et garanties fondamentaux. Afin de se conformer à l'objectif proposé, la méthode déductive sera utilisée, avec l'aide d'éléments découlant de la recherche descriptive, bibliographique et documentaire, en particulier, de la doctrine spécialisée et des instruments juridiques permettant une meilleure perception du sujet.

Mots-clés: accès à l'eau, droits de l'homme, droits fondamentaux, Proposition d'Amendement à la Constitution.

I. INTRODUÇÃO

Não é demais afirmar que a água é fonte de vida, visto que mais de 75% do planeta e do corpo humano são constituídos por água.¹ Numa despretenhosa observação ao nosso redor, é possível notar a sua relevância tanto pelo uso direto dos seres humanos, bem como pela sua relevância na atividade agropecuária, na geração de energia e no abastecimento das indústrias.

A despeito de haver um grande volume de água cobrindo o planeta, sabe-se que a quantidade disponível para o consumo humano é deveras diminuta. Somam-se a isto, os desafios da distribuição de maneira igualitária. Ainda, as adversidades climáticas em determinadas localidades do planeta fazem surgir conflitos, em particular, nas regiões do Oriente Médio e da bacia do rio Nilo, na África.²

Diante deste cenário, se faz necessário recordar que a Divisão de População do Departamento de Economia e Assuntos Sociais das Nações Unidas divulgou, em 2019, a revisão de um relatório no qual prevê o aumento da população mundial, atingindo a marca histórica de cerca de 10.9 bilhões de pessoas até 2100.³ Ora, não é preciso grandes esforços para depreender que o aumento populacional implicará diretamente no aumento do consumo de água e, conseqüentemente, poderá contribuir para o acirramento dos conflitos envolvendo o seu uso.

Assim é que o presente manuscrito visa analisar os desafios e caminhos percorridos para se reconhecer a água como um direito essencial à luz do ordenamento internacional e brasileiro.

Em apertada síntese, a primeira seção apresenta breves considerações acerca das constantes investidas de monetização da água a partir das ações advindas, em especial, de grandes conglomerados privados.

Na seqüência, a segunda parte busca apresentar como ocorreu, apesar de interesses contrários, o reconhecimento formal da água como um direito. A partir daí, analisar-se-á o papel desempenhado pelo Direito Internacional,

¹ Leff, Enrique, *Discursos Sustentáveis*, Tradução Silvana Cobucci Leite, São Paulo, Cortez, 2010, p. 109.

² Fachin, Zulmar e Silva, Deise Marcelino, *Acesso à Água Potável: Direito Fundamental de Sexta Dimensão*, Campinas, Millennium Editora, 2012, p. 18.

³ United Nations, “2019 Revision of World Population Prospects”, disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/events/other/10/index.shtml>, acesso em: 09 jul. 2021.

lançando luz para as contribuições especiais do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por fim, tendo em vista o cenário nacional, a terceira seção propõe analisar a relação do Direito Internacional com o direito interno, tendo em vista a Proposta de Emenda Constitucional N. 4, de 2018 (PEC n. 4, de 2018), que altera o artigo 5o. da Constituição Federal, no sentido de inserir formalmente o acesso à água no rol de direitos e garantias fundamentais.

II. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INVESTIDAS DE MONETIZAÇÃO DA ÁGUA

O atual cenário internacional tem revelado a busca dos Estados Soberanos pela conquista de novos mercados em vista de potencializar o seu progresso econômico. No contexto desse processo de globalização, ao considerar os desafios do Direito Internacional, sobressai de forma pungente a necessidade de se discutir de maneira simbiótica aspectos atinentes aos direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

Diante disto, percebe-se que o atual modelo capitalista, aliado ao aumento da população mundial, tem exigido o uso cada vez mais latente dos bens naturais a fim de atender as demandas comerciais. Assim é que, consoante alerta de Vianna *et al.*, a natureza se transmuta em recursos naturais na medida em que o ser humano passa a se relacionar com o meio ambiente a partir de valores econômicos.⁴

Dentre os vários recursos naturais inseridos neste modelo, não há como deixar de mencionar aquele que é de vital relevância, tanto para o ser humano em sentido direto, quanto para a própria produção, qual seja: a água.

Ocorre que, o efeito nefasto advindo desta situação não atinge a todos na mesma proporção. De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano 2006, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a lógica mercatória aplicada ao acesso à água afeta principalmente as populações mais pobres, em especial, aquelas que habitam regiões distantes dos grandes centros urbanos. Nesse sentido, torna-se comum que esse grupo de pessoas acabe pagando mais pelo acesso à água

⁴ Vianna, Aurélio *et al.*, *Educação ambiental: uma abordagem pedagógica dos temas da atualidade*, 2. ed., Rio de Janeiro, Centro de Documentação e Informação (CEDI), 1994.

e, por isso, outras necessidades básicas para uma vida digna passam a restar comprometidas. Em outras palavras, vigora a premissa de que “quanto mais pobre se é, mais se paga”.⁵

Considerando o aspecto mencionado anteriormente, o referido Relatório lança luzes para a política de preços aplicada pelos serviços de abastecimento e, de forma ilustrativa, alerta sobre o quão arbitrário pode ser o acesso à água em determinadas regiões. Ao ensejo:

As políticas de preço dos serviços de abastecimento público agravam o problema. A maioria dos serviços de abastecimento implementa agora tarifas por escalão progressivamente crescentes. O objectivo é aliar a equidade à eficiência através da elevação do preço em consonância com o volume de água utilizado. Na prática, acabam frequentemente por aprisionar as famílias mais carenciadas nos escalões mais altos... Em Manila, o custo de ligação ao serviço de abastecimento representa cerca de três meses de rendimentos dos 20% de famílias mais pobres, elevando-se a seis meses no Quénia urbano.⁶

Em oportuno escólio sobre o tema, Vandana Shiva recorda que em alguns Estados, sob o escopo de defesa do livre comércio ou melhoria na prestação do serviço, vigora uma tendência de lidar com a água a partir de seu potencial mercadológico. No entender da autora, essa visão estritamente monetária e, conseqüentemente, o ato de negar o acesso adequado aos recursos hídricos para certas camadas da sociedade, pode ser comparado às práticas terroristas, tendo em vista os efeitos catastróficos para a fruição de uma vida digna.⁷

No ponto, vale trazer à baila as considerações apresentadas por Barlow e Clarke no sentido de que esse fenômeno de exploração exacerbada dos recursos hídricos elevou a água à qualidade de uma “mercadoria” altamente

⁵ United Nations, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), “Relatório de Desenvolvimento Humano 2006”, disponível em: https://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/PNUD%202006%20Relatorio%20do%20Desenvolvimento%20Humano%202006%20-%20PORTUGUESE.pdf, acesso em: 21 jul. 2021, p. 52.

⁶ *Ibidem*, pp. 9 y 10.

⁷ Shiva, Vandana, *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge, South End Press, 2002, p. 14.

lucrativa. Assim é que os autores a consideram como uma espécie de “ouro azul”, que rende bilhões de dólares anualmente para as empresas privadas.⁸

Em compasso com Barlow e Clark, García complementa a análise informando que a estratégia adotada por essas empresas é a seguinte: *i*) introdução da percepção de que a água é um produto; *ii*) a privatização é essencial para a melhor prestação e ampliação da oferta, ainda que, em contrapartida, haja a submissão aos princípios aplicados ao comércio; e, por fim, *iii*) a sua normatização deve ser feita por instituições econômicas e financeiras internacionais, de modo a alijar qualquer interferência público-estatal.⁹

Impende recordar, ainda, que no tocante ao processo de privatização da gestão dos recursos hídricos abre-se flanco para o fenômeno conhecido como *water grabbing*, cuja incidência é maior, embora não exclusiva, nos países emergentes ou em desenvolvimento, demonstrando mais uma vez como os mais pobres se tornam mais vulneráveis.¹⁰ Sobre esse fenômeno, não custa rememorar os dizeres de Franco *et al.* que informam que:

Water grabbing refers to situations where powerful actors are able to take control of or reallocate to their own benefit water resources at the expense of previous (un)registered local users or the ecosystems on which those users’ livelihoods are based. It involves the capturing of the decision-making power around water, including the power to decide how and for what purposes water resources are used now and in the future. Thinking of water grabbing as a form of control grabbing means going beyond the narrow, proceduralist definition of ‘grabbing’ as ‘illegal appropriation’ since the means by which new powerful actors gain and maintain access to and benefit from water resources often involve legal but illegitimate dynamics.¹¹

⁸ Barlow, Maude e Clarke, Tony, *O Ouro Azul: Como as Grandes Corporações Estão se Apossando da Água Doce do Nosso Planeta*, São Paulo, M. Books, 2003, p. 57.

⁹ García, Anizia, *El Derecho Humano al Agua*, Madrid, Editora Trotta, 2008, p. 57.

¹⁰ Parola, Giulia; Amorim, André Ricci de, “A implementação de uma cidadania hídrica no enfrentamento ao water grabbing: o exemplo da guerra da água”, em Nunes, Dierle *et al.* (eds.), *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*, vol. 2, Porto Alegre, Editora Fi, 2020, p. 127.

¹¹ Franco, Jennifer *et al.*, *The global water grab: a primer*, Amsterdam, Transnational Institute, 2014, p. 3.

No ensejo de tais considerações, García é enfática ao chamar atenção para o argumento em defesa da gestão da água utilizado por atores privados. A autora recorda que, de acordo com essas empresas, a crise hídrica sói ocorrer basicamente por duas razões: *i)* o preço pelo uso da água é artificialmente baixo; e *ii)* o uso da água é negligente e ineficaz por parte da população, noutros termos, as pessoas contribuem de forma significativa para o desperdício de água.¹²

Assim é que, por mais mendaz que possa parecer, tenta-se difundir a ideia de que ao elevar o preço da água, será possível engendrar esforços para uma gestão mais eficiente, visto que quanto mais caro o serviço, menos desperdício haverá.

É por isso que, entendendo que nada ocorre sem um propósito, Enrique Leff afirma que tornar a água escassa é parte essencial para inseri-la na lógica do mercado.¹³

Decerto, tal proposta demonstra o quão necessário se faz reiterar as críticas já entalhadas acima por Vandana Shiva de que há eminente risco de agravamento da situação das populações mais pobres no acesso à água. De parte isto, cumpre atinar para os apontamentos de Enrique Leff no sentido de que:

A privatização da água é promovida em um discurso que pretende obter o “uso racional e uma gestão eficiente da água”, fazendo com que os usuários paguem o “custo real” pelo abastecimento desse recurso. Assim, nessa fase da globalização econômica, a privatização da água inscreve-se nas estratégias de expansão do capital natural para absorver os bens e serviços ambientais, isto é, os bens naturais comuns da humanidade. A apropriação capitalista da natureza, que antes se alimentara da natureza definindo-a como recurso natural, agora tenta apropriar-se dos ecossistemas do planeta e governá-los sob os princípios da economia global e do poder supremo do mercado.¹⁴

Aliás, vale trazer à baila que historicamente os interesses econômicos concernentes à água estão relacionados à serventia de um grupo privado muito exclusivo que, de certo modo, constitui uma espécie de monopó-

¹² García, Anizia, *op. cit.*, p. 58.

¹³ Leff, Enrique, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

lio da água. Convém explicar: consoante averbado por Barlow e Clarke, até o início dos anos 2000, 70% do mercado privado era dominado pelas empresas francesas *Vivendi* e *Suez-Lyonnaise*. Na sequência remanescente, os autores reforçam a expressiva influência de outras quatro empresas, a saber: a francesa *Bouygues-Saur*, a alemã *RWE-ThamesWater*, a anglo-americana *Bechtel-United Utilities* e a americana *Enron-Azurix*.¹⁵

Corroborando com a doutrina apresentada, Amorim tece duras críticas acerca deste modelo que, visando alcançar prioritariamente o lucro, gera um risco real de privação de uma parcela da população no acesso à água. Sob sua perspectiva, a visão estritamente capitalista aplicada à água escancara as desigualdades, fazendo com que essas pessoas se coloquem à margem do apanágio proporcionado pelo grande capital.¹⁶

Sem mais delongas, tendo em vista a complexidade do tema, insta mencionar que o presente trabalho não pretende aprofundar a discussão acerca da gestão dos recursos hídricos, no sentido de apresentar argumentos favoráveis ou contrários sobre a privatização e/ou estatização. Todavia, entendemos de antemão que, haurida sob a égide da dignidade humana, não é viável a perpetuação de condutas que obstaculizem o acesso à água, em especial, como vem ocorrendo para as populações mais pobres, conforme apontado no Relatório do PNUD supramencionado.

De parte isto, a seção vindoura se ocupará em analisar a contribuição do Direito Internacional dos Direitos Humanos na construção do reconhecimento de um direito de acesso à água como elemento fulcral na construção de uma vida pautada na dignidade.

III. A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PARA A AFIRMAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA

Os manuais de Direito Internacional costumam apresentar a noção de que a proteção ao indivíduo é pautada em três vertentes, particularmente: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados. Assim, averbe-se, de plano, que a

¹⁵ Barlow, Maude e Clarke, Tony, *op. cit.*, p. 128 y 129.

¹⁶ Amorim, João Alberto Alves, *Direito das Águas: o Regime Jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*, São Paulo, Lex Editora, 2009, p. 70.

presente fração deste manuscrito lançará luzes, em especial, sobre a primeira vertente, relacionando-a com o acesso à água.

Pois bem, os diversos tratados de proteção à pessoa humana surgidos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, demonstram a preocupação em universalizar as garantias mínimas que devem ser concedidas ao ser humano independentemente de sua nacionalidade, raça, orientação política, religião e quaisquer outras diferenças intrínsecas a sua existência. Tal concepção se subsume pela regra plasmada no artigo 1o. do referido documento, que informa que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos... São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.¹⁷

Essencialmente, recorda Cançado Trindade, não havia a busca por impor determinada “forma de organização social, ou modelo de Estado, nem sequer uma uniformidade de políticas”, mas o empenho pela construção de critérios mínimos que convergissem com os valores e preceitos básicos talhados na Declaração e nos dois Pactos adicionais, de sorte a promover a fruição de uma vida digna.¹⁸

Nessa perspectiva, é oportuno frisar que a dignidade humana se apresenta como um dos fundamentos dos direitos humanos, visto que a sociedade internacional entendeu necessário que o reconhecimento formal se aliasse, paralelamente, à construção de meios para garantir a sua proteção.¹⁹

Portanto, dessume-se que a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ser baseada na ideia de que os Estados devem respeitar a dignidade humana de forma universal e indivisível.

No ponto, vale mencionar que dentre as várias características apontadas pela doutrina, evidencia-se a inexauribilidade dos direitos humanos, “no sentido de que têm a possibilidade de expansão, a eles podendo ser sempre acrescidos novos direitos a qualquer tempo”, inclusive, podendo ser com-

¹⁷ United Nations, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, acesso em: 05 jul. 2021.

¹⁸ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, p. 70.

¹⁹ Mello, Celso Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 738.

plementados por derechos advindos de principios e/ou de tratados internacionales em matéria de derechos humanos.²⁰

Malgrado a inexistência explícita ao direito de acesso à água no principal instrumento em matéria de proteção aos derechos humanos, qual seja, na DUDH, foi justamente o reconhecimento de que esta vertente ostenta um caráter inexaurível que contribuiu para o avanço da discussão acerca de elevar a água ao patamar de direito indispensável para uma vida digna.

De plano, Márcia Leuzinger, com grande acuidade, afirma que o direito de acesso à água vai muito além do mero direito ao meio ambiente equilibrado, pois, embora relacionados, podem existir hipóteses onde o ambiente natural é preservado sem que as populações locais usufruam os “recursos hídricos para suprir suas necessidades básicas”.²¹

Todavía, cumpre ressaltar que o reconhecimento formal da água enquanto direito humano não transcorreu de forma imediata, ao contrário, foi um processo árduo até o pleno reconhecimento internacional, cuja sociedade internacional ainda precisa avançar na sua implementação, conforme será demonstrado.

A par de tais considerações, os comentários de Herrera Flores acerca da construção e solidificação dos derechos humanos se amoldam perfeitamente para esta situação. Isso porque, o autor assevera, de forma concisa, que os derechos humanos são derechos conquistados a partir de um processo de luta por acesso aos bens necessários para se levar uma vida digna. Ao ensejo:

Os derechos humanos, mais que derechos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. Como vimos, os derechos humanos não devem confundir-se com os derechos positivados no âmbito nacional ou internacional. Uma constituição ou um tratado internacional não criam derechos humanos. Admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso. Daí que, para nós, o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como

²⁰ Mazzuoli, Valerio Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, 5a. ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 808.

²¹ Leuzinger, Márcia, “Recursos Hídricos”, em Rios, Aurélio Virgílio Veiga *et al.* (coord.), *O Direito e o Desenvolvimento Sustentável: Curso de Direito Ambiental*, Brasília, IIEB, 2005, p. 249.

consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade. Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas. Exterior, pois as constituições e tratados “reconhecem” —evidentemente não de um modo neutro nem apolítico— os resultados das lutas sociais que se dão fora do direito, com o objetivo de conseguir um acesso igualitário e não hierarquizado “a priori” aos bens necessários para se viver. Interior, porque essas normas podem dotar tais resultados de certos níveis de garantias para reforçar o seu cumprimento...²²

Destarte, Herrera Flores, ao romper com o entendimento jus positivista tradicional, evidencia que os direitos humanos não devem ser amoldados a uma estrutura engessada ou exclusivamente formal. Nesta senda, partindo do pressuposto de que os direitos humanos são inexauríveis e a água é um elemento vital/essencial para a garantia de uma vida digna, é possível inferir que o alcance a este bem se mostra como um verdadeiro direito humano.

Em compasso com tal entendimento, Vandana Shiva eleva o acesso à água ao nível máximo, considerando-o como um direito “que nasce da natureza humana, das condições históricas, das necessidades básicas ou de noções de justiça”.²³

Merece menção, por oportuno, as ilações de Fachin e Silva que firmam entendimento de que o direito à água assegura condição mínima de higiene que todo ser humano deve ter, bem como é de interesse do Estado, porquanto se mostra uma medida profilática no controle da difusão de determinadas doenças e, conseqüente, evita gastos com o tratamento médico de sua população.²⁴

Ora, a par de abrir caminho para o reconhecimento da água enquanto bem indissociável da própria existência humana, vale mencionar, de plano,

²² Herrera Flores, Joaquín, *A Reinvenção dos Direitos Humanos*, tradução de Carlos Roberto D. Garcia e Antônio Henrique G. Suxberger; Jefferson A. Dias, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2009, p. 28.

²³ Shiva, Vandana, *Guerras por Água: Privatização, Poluição e Lucro*, São Paulo, Radical Livros, 2006, p. 36.

²⁴ Fachin, Zulmar e Silva, Deise Marcelino, *op. cit.*, p. 25.

alguns acontecimentos, tais como: *i*) a Conferência das Nações Unidas sobre Água, de 1977, realizada em Mar Del Plata, Argentina; *ii*) a Conferência Internacional sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável, de 1992, realizada em Dublin, Irlanda; *iii*) a Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, de 1994, realizada no Cairo, Egito; e *iv*) a Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, realizada em Nova Iorque, Estados Unidos.

De igual forma, é digno consignar a importância da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 (ECO-92), que permitiu a formalização de alguns compromissos pelos Estados, no sentido de corroborar com a concepção de que a água é um elemento essencial para existência humana, reforçando, assim, aquilo que fora preconizado na Resolução da Conferência sobre a Água, de 1977. Nessa toada, insta citar, em especial, o item 18(2) da Agenda 21, documento elaborado sob os auspícios da ECO-92:

Water is needed in all aspects of life. The general objective is to make certain that adequate supplies of water of good quality are maintained for the entire population of this planet, while preserving the hydrological, biological and chemical functions of ecosystems, adapting human activities within the capacity limits of nature and combating vectors of water-related diseases. Innovative technologies, including the improvement of indigenous technologies, are needed to fully utilize limited water resources and to safeguard those resources against pollution.²⁵

Na sequência, à guisa de ilustração, convém destacar alguns instrumentos internacionais elaborados a partir da década de 1990, ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que robusteceram a preocupação no tocante à água, tais como: *i*) a Declaração Universal do Direito das Águas, de 1992; *ii*) a Resolução A/RES/54/175 da Assembleia Geral da ONU, de 1999;²⁶ *iii*) a Resolução A/RES/55/2 da Assembleia Geral da

²⁵ United Nations, *United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992 – Agenda 21*, disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>, acesso em: 05 ago, 2021.

²⁶ Apesar do destaque, nota-se que o Artigo 12(a), não exprimiu a verdadeira necessidade de acesso à água, pois trazia a ideia de que o acesso à água constituía um mero imperativo moral dos Governos nacionais e da sociedade internacional (United Nations, *Resolution A/*

ONU, de 2000; *iv*) a Resolução 2002/6 da Subcomissão das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos sobre a promoção do direito à água potável; *v*) o Comentário Geral n. 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que veio regulamentar os artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁷; *vi*) a Resolução 58/217, de 2004, que proclamou o período de 2005 a 2015 como a década de reconhecimento da “Água para a Vida”; e *vii*) a Resolução A/HRC/RES/7/22, de 2008, que nomeou relator especial para a tratar dos assuntos afetos aos direitos humanos e acesso à água; *viii*) a Resolução A/HRC/RES/12/8, de 2009, que alerta os Estados para a necessidade de adoção de medidas que visem eliminar as desigualdades no acesso à água e ao saneamento.

Diante dos acontecimentos e instrumentos jurídicos reportados acima, percebe-se, portanto, que o reconhecimento formal da relevância da água foi fruto de um processo laborioso que gradativamente e, em descompasso aos interesses de determinados grupos econômicos, passou a ser compreendido como indispensável para uma vida digna e de preocupação da sociedade internacional.

Todavia, imperioso aludir que o grande marco sobreveio através da Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral da ONU, de 2010, que reconheceu, pela primeira vez e de forma inequívoca, o acesso à água potável e o saneamento básico como parte dos direitos humanos.²⁸

Em conveniente glosa acerca da matéria, Barlow ressalta que a referida Resolução foi um feito histórico, posto que reconheceu expressamente o direito humano à água potável e ao saneamento, relacionando-o com o pleno gozo do direito à vida.²⁹

RES/54/175 adopted by the General Assembly on 17 December 1999, disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175, acesso em: 30 jun. 2021).

²⁷ Acerca desse instrumento, João Alberto Alves Amorim considera que esse foi o primeiro reconhecimento explícito sobre a água no plano internacional, representando um verdadeiro marco na história dos direitos humanos (Amorim, João Alberto Alves, *op. cit.*, p. 180).

²⁸ United Nations, *Resolution A/RES/64/292 adopted by the General Assembly on 28 July 2010*, disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292, acesso em: 30 jun. 2021.

²⁹ Barlow, Maude, “Nosso Direito à Água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas”, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Brasil, vol. 1, núm. 1, 2012, p. 178.

Frisa-se, por oportuno, que diante da aprovação não unânime do documento, foi apresentada, em 2015, a Resolução A/RES/70/169 da Assembleia Geral da ONU, cujo conteúdo foi aprovado, desta vez, por unanimidade e que serviu para ampliar o escopo tratado na resolução anterior, bem como para assegurar legitimidade política internacional.³⁰

Não obstante todo esforço em formalizar o acesso à água como um direito humano, não é prudente acreditar que esses instrumentos internacionais foram suficientes para garantir a água a todos os povos. Isso porque, há de se recordar que as orientações cunhadas nos instrumentos internacionais em matéria ambiental costumam ser erigidas através da *soft law*, o que por vezes representa um obstáculo na concretização de direitos, já que não geram obrigações positivas.³¹

Nestes termos, convém ainda lembrar o ensinamento de Herrera Flores no qual o autor afirma que a mera positivação não assegura ou cria qualquer direito, uma vez que a norma jurídica, ao usar o termo “ser”, transmite a noção de “deverá ser”, pois caso suas premissas fossem entendidas como algo concreto, seriam descrições sociológicas ou um mero fato. Noutras palavras, nota-se a necessidade de perseguição constante da concretização dos valores formalmente consagrados, no sentido de que

...uma norma, e isso tem de ser reconhecido desde o princípio, não é mais que um meio, um instrumento a partir do qual se estabelecem caminhos, procedimentos e tempos para satisfazer, de um modo “normativo”, as necessidades e demandas da sociedade. Uma norma nada mais pode fazer por si só, já que sempre depende do conjunto de valores que impera em uma sociedade concreta.³²

Diante do quadro esboçado, importante se faz esclarecer que a ONU, ao declarar o acesso à água como um direito humano, não visou extinguir a cobrança de tarifas ou permitir o seu uso ilimitado. Deveras, o que se buscou foi garantir que os serviços de água e saneamento tenham preços

³⁰ Guerra, Sidney Cesar Silva; Moura, Vinícius Pinto, “Água: da lógica de mercado à efetivação como direito humano. Uma leitura a partir do direito internacional dos direitos humanos”, *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Brasil, vol. 3, núm. 1, 2017, p. 97.

³¹ Nasser, Salem Hikmat, *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law*, 2a. ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 25.

³² Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.*, p. 40.

razoáveis, sendo a contribuição de acordo com as possibilidades de cada indivíduo. Com efeito, espera-se que através do uso consciente da água as pessoas possam desenvolver suas atividades domésticas e pessoais de forma a resguardar, igualmente, o acesso às futuras gerações.

Nessa mesma linha de raciocínio, Livia Campello e Pedro Gonçalves asseveram que:

Na realidade, o marco jurídico dos direitos humanos visa estabelecer diretrizes para garantir o acesso à água potável segura e a preços módicos, evitando a ocorrência de abusos por parte dos detentores do direito de propriedade sobre a água, os quais podem estabelecer quadro tarifário no qual a(o) cidadã(o) é compelida(o) a realizar escolhas difíceis entre o abastecimento de água potável ou a satisfação de outros direitos tão caros à dignidade humana como a alimentação, saúde e moradia.³³

Portanto, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos percebe-se não haver compatibilidade com a perpetuação de práticas de supressão do direito concernente ao acesso à água, posto o seu caráter de elemento essencial para uma vida digna. De parte isto, a próxima seção se propõe a tecer algumas reflexões sobre a influência que este reconhecimento internacional gerou no âmbito interno brasileiro, em especial, ao escrutínio da Proposta de Emenda Constitucional nº 4, de 2018, e a sua relevância para a consagração do direito de acesso à água no Brasil.

IV. A ÁGUA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NO. 4, DE 2018

Os desafios impostos no que tange ao direito de acesso à água não atingem a sociedade internacional de maneira abstrata. Ao contrário, nota-se de maneira concreta que o Brasil, por exemplo, também se vê impulsionado a adotar medidas que assegurem o pleno gozo deste direito, em especial,

³³ Campello, Livia Gaigher Bósio; Gonçalves, Pedro Gabriel Siqueira, “O direito humano à água potável: influência das normas de *soft law* no seu processo de afirmação histórica”, *Revista de Direito Brasileira*, Brasil, vol. 28, 2021, p. 223.

engendrando esforços para que se possa alcançar a devida segurança hídrica. Sobre isso, o Plano Nacional de Segurança Hídrica (PNSH), elaborado pela Agência Nacional de Águas, informa que:

A Segurança Hídrica, de acordo com o conceito da Organização das Nações Unidas (ONU), existe quando há disponibilidade de água em quantidade e qualidade suficientes para o atendimento às necessidades humanas, à prática das atividades econômicas e à conservação dos ecossistemas aquáticos, acompanhada de um nível aceitável de risco relacionado a secas e cheias, devendo ser consideradas as suas quatro dimensões como balizadoras do planejamento da oferta e do uso da água em um país.³⁴

Sob essa perspectiva, o PNSH sinaliza que há fragilidade interna em matéria hídrica, mui especialmente, pela carestia de investimentos em infraestrutura e ausência de planos que definam critérios para gestão de riscos. Assim, reputa-se “fundamental a existência de um roteiro comum que oriente os investimentos, construído a partir de uma base única de diagnóstico e metodologia de análise integrada dos déficits hídricos e das soluções requeridas em todo o território nacional”.³⁵

Para além dos problemas apontados no PNSH, cumpre, ao ensejo, destacar o que fora observado por Nestor Santiago e Patrícia Vieira no sentido de que, no caso brasileiro, a urbanização desarticulada culminou na falta de acesso à água potável e ao saneamento básico, evidenciando a precariedade das políticas habitacionais, os efeitos nocivos da especulação imobiliária, a deficiente ação do Estado e as desigualdades sociais, sendo, portanto, um “desastre social, não natural”. Diante do que vêm ocorrendo, os autores entendem que cabe ao Estado “uma maior intervenção em direção à expansão do alcance desses serviços essenciais, inclusive, atinente a possibilidade de positivação constitucional”.³⁶

³⁴ Brasil, Agência Nacional de Águas (ANA), *Plano Nacional de Segurança Hídrica / Agência Nacional de Águas*, Brasília, ANA, 2019, p. 13.

³⁵ *Ibidem*, p. 17.

³⁶ Santiago, Nestor Eduardo Araruna; Vieira, Patrícia Albuquerque, “O direito à água e ao saneamento básico interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli”, *Revista Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Brasil, vol. 18, núm. 40, 2021, p. 393 y 394.

Pois bem, conforme delineado na seção anterior, o Direito Internacional trouxe relevante contribuição para o efetivo reconhecimento da água enquanto um direito humano, muito embora não tenha sido suficiente para torná-lo um direito fundamental à luz da legislação brasileira.

De molde a que se possa dotar a presente seção de assimilação dos sentidos ora empregados, impende, preliminarmente, ressaltar que a doutrina pátria alude que os direitos humanos não se confundem com direitos fundamentais. Consoante averbado por Valerio Mazzuoli, os direitos humanos se relacionam a um conjunto de direitos consagrados em tratados ou costumes internacionais, ao passo que os direitos fundamentais são aqueles transubstanciados nas cartas constitucionais, de sorte a serem “direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.³⁷

Ressalte-se, todavia, que não se pode menoscabar a congruência do sentido dos termos aventados, qual seja: ambos refletem a persecução pelo reconhecimento de direitos indispensáveis para uma vida digna. Assim é que se mostra perfeitamente cabível que a legislação internacional em matéria de proteção à pessoa humana influencie a construção do direito interno do Estado.

Por tal razão, ponto digno de abordagem é o fato de que a doutrina vem manifestando uma tendência a relacionar cada vez mais o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No ponto, consoante assevera Gardbaum, o sistema de direitos humanos pode ser pensado como mais uma etapa no desenvolvimento histórico da ideia de constitucionalismo. Isso porque, ao recordar os antecedentes acerca do desenvolvimento do constitucionalismo, o autor afirma que na ordem pré-constitucionalista a soberania era conceituada como absoluta e indivisível, como também era centralizada na figura do monarca. No seu desenvolvimento, o primeiro estágio do constitucionalismo reafirmou o caráter absoluto e indivisível da soberania, porém cujo exercício passou a ser do povo através de seus representantes (soberania popular). Já no segundo estágio do constitucionalismo, os limites ao exercício do poder passaram a ser legalizados e também muitas vezes judicializados, a partir de limites e mecanismos de aplicação elaborados internamente (constitucionalismo doméstico). Por fim, neste novo e atual estágio, o autor entende que os limites

³⁷ Mazzuoli, Valerio Oliveira, *op. cit.*, p. 804.

legais passam a ser impostos pelo Direito Internacional, bem como interpretados e aplicados por atores estatais internacionais ao invés de sujeitos exclusivamente nacionais, fazendo florescer o chamado constitucionalismo global.³⁸

Ora, em que pese a Constituição Federal tenha atribuído à água a qualidade de bem de domínio público (segundo os artigos 20, III e 26, I), bem como tenha dedicado atenção especial ao meio ambiente (nos termos do artigo 225), não houve qualquer menção expressa que reconhecesse a água como um direito fundamental à luz do direito brasileiro.

A fim de amainar a celeuma advinda desta ausência e atento às discussões internacionais acerca do tema, o Senado Federal apresentou, em 2018, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 4, de 2018) que altera o artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de inserir formalmente o acesso à água no rol de direitos e garantias fundamentais.³⁹ Averbese-se que atualmente a referida proposta está registrada na Câmara dos Deputados sob a designação de PEC n. 6, de 2021, e contou com o parecer favorável do relator, Deputado Geninho Zuliani (Partido Democratas/São Paulo), atestando a admissibilidade na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).⁴⁰

³⁸ Gardbaum, Stephen, “Human Rights and International Constitutionalism”, em Dunoff, Jeffrey L. e Trachtman, Joel P. (Eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 34.

³⁹ Brasil, Senado Federal, *Proposta de Emenda à Constituição n. 04, de 2018*, garante a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico, Brasília, Senado Federal, 2018, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1322208/pdf>, acesso em: 09 jul. 2021.

⁴⁰ Sobre a PEC n. 6/2021, vale pontuar que foram inseridas três propostas em apenso, a saber: i) a PEC n. 258/2016, do Deputado Paulo Pimenta e outros, visa a incluir no artigo 6o. “o acesso à terra e à água”; ii) a PEC n. 430/2018, do Deputado Francisco Floriano e outros, que sugere acrescentar ao artigo 5o. inciso citando que a água “é um direito humano essencial à vida e insuscetível de privatização”; iii) a PEC n. 232/2019, de autoria do Deputado Orlando Silva e outros, na qual se visa acrescentar ao artigo 6o. o acesso à água tratada. Sobre o segundo item, o Deputado relator questionou-se acerca da necessidade de se fazer referência à impossibilidade de privatização da água e ressaltou que “não se pode confundir a privatização do bem em si com a possibilidade de cobrança de tarifa ou de concessão do serviço público de abastecimento de água à população”. Por sua vez, no que tange ao terceiro ponto, o relator entendeu que seria adequado promover a inclusão da questão da água no artigo 6o. ao invés do artigo 5º da Constituição Federal. Em todo caso, o Deputado relator opinou pela admissibilidade da PEC n. 6/2021 e das pensadas, PEC n. 258/2016, PEC n. 430/2018 e PEC

O projeto inicial, de autoria do então Senador Jorge Viana (Partido dos Trabalhadores/Acre), deixa explícita a influência do Direito Internacional, visto que faz alusão à Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral da ONU, de 2010, que reconheceu o direito ao acesso à água potável e ao saneamento como direito humano essencial ao pleno desfrute da vida.

Ante tais considerações, por obra da PEC em comento, propõe-se que o artigo 5o. da Constituição da República Federativa do Brasil passe a vigorar com a seguinte redação: “Artigo 5o.... LXXIX - é garantido a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico”.

Acerca disto, observa-se que caso a proposta seja exitosa, o direito à água deverá constar no inciso LXXX, do artigo 5o., da Constituição Federal, tendo em vista que recentemente, por intermédio da Emenda Constitucional n. 115, de 2022, o direito à proteção dos dados pessoais passou a ser previsto no inciso LXXIX.

Cumprir registrar, ainda, que um dos motivos que servem como justificativa para a PEC n. 4, de 2018 (atualmente PEC N. 6/2021) é o risco de exclusão de determinados grupos vulneráveis no acesso à água, o que poderia levar ao acirramento de tensões envolvendo relações de poder e de dominação do território.

No ponto, ao expor tais adversidades, em especial, na região do semiárido brasileiro, o Poder Legislativo se mostra empenhado em abrir caminhos para a estruturação de meios que obstaculizem a incidência do fenômeno do *water grabbing*. Assim, caso haja a inserção do novo inciso ao artigo 5o. da Constituição Federal, o direito pátrio se apresentará na vanguarda da proteção ao acesso à água, tendo em vista que, segundo apontado por Parola e Amorim, não existe no Direito Internacional um instrumento capaz de regular de maneira específica a questão acerca da gestão e apropriação de recursos hídricos.⁴¹

Trazendo novamente as contribuições exaradas no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Campello e Gonçalves consideram que

n. 232/2019 (Brasil, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Proposta de Emenda à Constituição No. 6, de 2021, Apensados: PEC No. 258/2016, PEC No. 430/2018 e PEC No. 232/2019, Brasília, Câmara dos Deputados, 2022, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2060463, acesso em: 30 ago. 2022).

⁴¹ Parola, Giulia; Amorim, André Ricci de, *op. cit.*, p. 133.

mesmo que os efeitos infaustos sobre o direito à vida e à saúde não sejam notados imediatamente, “a pessoa sofre violação ao direito à água potável ao não ter acesso a fontes seguras, ao residir distante da fonte de água, ao receber quantidades diárias inferiores ao consumo para atender as necessidades de higiene e alimentação”.⁴² Nesta senda, caso a proposta seja aprovada, consagrar-se-á o nascimento de um direito autônomo no plano interno, não derivado, por exemplo, do direito à vida e à saúde.

De parte isto, Santiago e Vieira asseveram que a nova redação do texto constitucional guarnecerá os aplicadores do direito de meios adequados para garantir o acesso à água e mitigar interesses sociais, econômicos e mercantis. Entrementes, os autores pleiteiam que a proposta seria mais agregadora se incluísse “expressamente, o saneamento básico no rol dos direitos fundamentais, tendo em vista sua relação intrínseca com a saúde, qualidade de vida e desenvolvimento da sociedade como um todo”.⁴³

Todavia, faz-se prudente aparar algumas arestas, tendo em consideração que a referida proposta, por si só, não cria meios adequados para garantir o acesso à água, ou seja, não há qualquer menção acerca de instrumentos e/ou elaboração de políticas públicas que viabilizem o efetivo gozo deste direito, embora abra caminhos para a judicialização, conforme será demonstrado.

A despeito disto, entende-se, por certo, que o reconhecimento formal da água enquanto direito fundamental pode se mostrar positivo por permitir ao Estado a ampliação e construção de (novos) instrumentos eficazes que sejam capazes de garantir o acesso à água à população brasileira. Assim, espera-se que o aludido projeto gere no poder público o dever de engendrar esforços para a elaboração de um plano a nível nacional que subsidie a aplicação de recursos financeiros para aperfeiçoar a dinâmica do compartilhamento dos recursos hídricos.

Com grande acuidade, Gorczevski e Irigaray asseveram que, nos moldes do que proclama o artigo 5o., §1o. da Carta Magna, as normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Isto posto, os autores ponderam, ainda, que, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, erige-se “a possibilidade de se reivindicar judicialmente

⁴² Campello, Livia Gaigher Bósio e Gonçalves, Pedro Gabriel Siqueira, *op. cit.*, p. 228.

⁴³ Santiago, Nestor Eduardo Araruna e Vieira, Patrícia Albuquerque, *op. cit.*, p. 394.

a satisfação de tais direitos pela via individual, nos casos de omissão ou atuação insuficiente da Administração Pública”.⁴⁴

Portanto, caso o Estado se mantenha omissivo no sentido de assegurar o devido acesso à água, uma vez havendo a inserção do novo inciso ao artigo 5º reconhecendo a água como direito fundamental, haverá a possibilidade concreta de reivindicar judicialmente a plena fruição deste direito.

Insta, por derradeiro, recordar as considerações de João Hélio Pes, que pleiteia pela possibilidade de aplicação do reconhecimento do acesso à água como um direito fundamental ainda que tal situação não seja enumerada no texto constitucional. Isso porque, a reafirmação do direito surgiria através da interpretação de cláusula aberta, consoante reza o artigo 5o., §2o. da Constituição Federal ao preconizar: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁴⁵

Por certo, as conferências, compromissos e instrumentos jurídicos mencionados alhures traduzem o entendimento de grande parte da sociedade internacional no sentido de busca pela proteção dos recursos hídricos e, conseqüentemente, para a promoção efetiva do acesso à água potável. E, nesta conjuntura, o Brasil não pode se manter inerte.

Desta feita, sob todas as perspectivas ora assentadas, entende-se que o reconhecimento expresso do direito de acesso à água no plano interno ratificará o compromisso internacional do Brasil com os direitos humanos e ampliará o acesso à água. Todavia, ainda que a PEC n. 4, de 2018, não logre êxito e reste por não ser aprovada, a Constituição Federal reconhece implicitamente a água como direito fundamental, tendo em vista o seu caráter de essencialidade para uma vida digna porquanto atende as aspirações frente à dignidade humana, consubstanciada no artigo 1o., III da Carta Maior.

⁴⁴ Gorczewski, Clovis e Irigaray, Micheli Capuano, “Tutela administrativa efetiva do direito de acesso à água potável no Brasil: o reconhecimento de um direito humano fundamental”, *Revista Justiça do Direito*, Brasil, vol. 34, 2020, p. 128.

⁴⁵ Pes, João Hélio Ferreira, “O direito fundamental à água decorrente do regime democrático e dos princípios constitucionais”, *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Brasil, vol. 5, núm. 2, 2019, p. 3.

V. CONCLUSÕES

Diante do atual momento no qual a sociedade clama pelo fortalecimento da proteção da pessoa humana, não se pode mais admitir a privação do direito de acesso à água em favor do interesse econômico. Isso seria um retrocesso, pois indiretamente estar-se-ia relativizando o direito à vida e à saúde sem qualquer razoabilidade.

Com o intuito de franquear ao leitor uma perspectiva dos pontos retroposados no corrente estudo, é preciso considerar que:

- 1) Existem grupos econômicos que buscam aplicar princípios mercatários no acesso à água. Logo, não é inoportuno reconhecer a necessidade de discutir o assunto levando em consideração o meio ambiente, a dignidade humana e o desenvolvimento sustentável.
- 2) O Direito Internacional trouxe relevante contribuição para que se pudesse reconhecer formalmente o acesso à água como um direito humano, portanto, reafirmando se tratar de um direito indispensável para que indivíduo tenha uma vida pautada na dignidade.
- 3) O Direito Internacional não é distante do direito interno. Ao escrutinar a Proposta de Emenda Constitucional N. 4, de 2018, nota-se evidente influência do Direito Internacional, em especial, ao mencionar a Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral da ONU, de 2010.
- 4) A aprovação e promulgação da Proposta de Emenda Constitucional N. 4, de 2018, representa um passo importante na efetivação do direito de acesso à água, posto que ampliará o rol protetivo de direitos e garantias fundamentais, permitindo, inclusive, que políticas públicas sejam elaboradas para garantir o acesso à água no Brasil.

Portanto, sem intento de causar qualquer sobressalto, observa-se que o esforço da sociedade internacional em criar instrumentos capazes de assegurar formalmente o direito humano de acesso à água, apesar de louvável, não pode ser considerado um objetivo alcançado.

Averbe-se, todavia, que as proposições ora salientadas não buscam exaurir a discussão. Ao contrário, espera-se que o debate seja amplificado de sorte a que se possa buscar constantemente, no Brasil ou alhures, a garantia de acesso aos bens mínimos para uma existência digna, em especial, com o devido acesso à água potável.

VI. BIBLIOGRAFIA

- AMORIM, João Alberto Alves, *Direito das Águas: o Regime Jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*, São Paulo, Lex Editora S. A. 2009.
- ARARUNA SANTIAGO, Nestor Eduardo e ALBUQUERQUE VIEIRA, Patrícia, “O direito à água e ao saneamento básico interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli”, *Revista Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Brasil, vol. 18, núm. 40, 2021.
- BARLOW, Maude, “Nosso Direito à Água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas”, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Brasil, vol. 1, núm. 1, 2012.
- BARLOW, Maude e CLARKE, Tony, *O Ouro Azul: Como as Grandes Corporações Estão se Apoderando da Água Doce do Nosso Planeta*, São Paulo, M. Books, 2003.
- BRASIL, Agência Nacional de Águas (ANA), *Plano Nacional de Segurança Hídrica/Agência Nacional de Águas*, Brasília, ANA, 2019.
- BRASIL, Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Proposta de Emenda à Constituição No. 6, de 2021, Apendidos: PEC No. 258/2016, PEC No. 430/2018 e PEC No. 232/2019, Brasília, Câmara dos Deputados, 2022, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2060463, acesso em: 30 ago. 2022.
- BRASIL, Senado Federal, *Proposta de Emenda à Constituição n. 04, de 2018*, garante a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar meios de vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico, Brasília, Senado Federal, 2018, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208/pdf>, acesso em: 09 jul. 2021.
- CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio e GONÇALVES, Pedro Gabriel Siqueira, “O direito humano à água potável: influência das normas de *soft law* no seu processo de afirmação histórica”, *Revista de Direito Brasileira*, Brasil, vol. 28, 2021.

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2014.
- FACHIN, Zulmar e SILVA, Deise Marcelino, *Acesso à Água Potável: Direito Fundamental de Sexta Dimensão*, Campinas, Millennium Editora, 2012.
- FRANCO, Jennifer et al. *The global water grab: a primer*, Amsterdam, Transnational Institute, 2014.
- GARCÍA, Anizia, *El Derecho Humano al Agua*, Madrid, Editora Trotta, 2008.
- GARDBAUM, Stephen, “Human Rights and International Constitutionalism”, em DUNOFF, Jeffrey L. e TRACHTMAN, Joel P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- GORCZEWSKI, Clovis e IRIGARAY, Micheli Capuano, “Tutela administrativa efetiva do direito de acesso à água potável no Brasil: o reconhecimento de um direito humano fundamental”, *Revista Justiça do Direito*, Brasil, vol. 34, 2020.
- HERRERA FLORES, Joaquin, *A Reinvenção dos Direitos Humanos*, Tradução de Carlos Roberto D. Garcia et al., Fundação Boiteux, 2009.
- LEFF, Enrique, *Discursos Sustentáveis*, Tradução Silvana Cobucci Leite, São Paulo, Cortez, 2010.
- LEUZINGER, Márcia, “Recursos Hídricos”, em RIOS, Aurélio Virgílio Veiga e IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney Irigaray. (coord.), *O Direito e o Desenvolvimento Sustentável: Curso de Direito Ambiental*, Brasília, IIEB, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*, 5a. ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MELLO, Celso Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- NASSER, Salem Hikmat, *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law*, 2a. ed., São Paulo, Atlas, 2006.
- PAROLA, Giulia e AMORIM, André Ricci de, “A implementação de uma cidadania hídrica no enfrentamento ao water grabbing: o exemplo da guerra da água”, em NUNES, Dierle et al. (orgs.), *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais*, vol. 2, Porto Alegre, Editora Fi, 2020.
- PES, João Hélio Ferreira, “O direito fundamental à água decorrente do regime democrático e dos princípios constitucionais”, *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Brasil, vol. 5, núm. 2, 2019.

- SHIVA, Vandana, *Guerras por Água: Privatização, Poluição e Lucro*, São Paulo, Radical Livros, 2006.
- SHIVA, Vandana, *Water Wars: Privatization, Pollution and Profit*, Cambridge, South End Press, 2002.
- SILVA GUERRA, Sidney Cesar e PINTO MOURA, Vinícius, “Água: da lógica de mercado à efetivação como direito humano. Uma leitura a partir do direito internacional dos direitos humanos”, *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Brasil, vol. 3, núm. 1, 2017.
- United Nations, “2019 Revision of World Population Prospects”, disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/events/other/10/index.shtml>, acesso em: 09 jul. 2021.
- United Nations, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>, acesso em: 05 jul. 2021.
- United Nations, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), “*Relatório de Desenvolvimento Humano 2006*”, disponível em: https://sswm.info/sites/default/files/reference_attachments/PNUD%202006%20Relatorio%20do%20Desenvolvimento%20Humano%202006%20-%20PORTUGUESE.pdf, acesso em: 21 jul. 2021.
- United Nations, *Resolution A/RES/54/175 adopted by the General Assembly on 17 December 1999*, disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175, acesso em: 30 jun. 2021.
- United Nations, *Resolution A/RES/64/292 adopted by the General Assembly on 28 July 2010*, disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292, acesso em: 30 jun. 2021.
- United Nations, *United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992 – Agenda 21*, disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>, acesso em: 05 ago. 2021.
- VIANNA, Aurélio *et al.*, *Educação ambiental: uma abordagem pedagógica dos temas da atualidade*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Centro de Documentação e Informação (CEDI), 1994.

Fundamentos teórico-conceptuales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas: la teoría de los derechos humanos y el modelo social de la discapacidad

Theoretical and Conceptual Foundations of the United Nations Convention on the Rights of Persons With Disabilities: Human Rights Theory and the Social Model of Disability

Fondements théoriques et conceptuels de la Convention des Nations Unies relative aux Droits des Personnes Handicapées: théorie des droits de l'homme et modèle social du handicap

Luis Romano **Damiani Pellegrini***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas: La tutela jurídica internacional de las personas con discapacidad.* III. *Fundamentos teóricos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: la teoría de los derechos humanos.* IV. *Fundamentos teóricos de la Convención Sobre Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: el modelo social de la discapacidad.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

* Abogado por la Universidad Central de Venezuela. Máster en integración de personas con discapacidad, Universidad de Salamanca, España. Diplomático de carrera, Cancillería de la República Bolivariana de Venezuela, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3348-6858>, luda20189@gmail.com.

Artículo recibido el 9 de mayo de 2022

Aprobado para publicación el 24 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 391-424
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

RESUMEN: El objetivo fundamental del trabajo es señalar y analizar algunos supuestos teóricos de la teoría de los derechos humanos y del modelo social de la discapacidad. En efecto, estas teorías constituyen la base teórica de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, que junto al Protocolo Facultativo han sido adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 61/106 el 13 de diciembre de 2006, vigente desde el 3 de mayo de 2008. La Convención es el primer texto jurídico de tutela internacional que caracteriza la discriminación contra las personas con discapacidad a causa de la discapacidad, como una violación de los derechos humanos. De acuerdo con nuestro criterio, el tratado es un texto que implica una revolución: es de hecho un nuevo paradigma interpretativo que transforma profundamente nuestra manera de explicar la relación entre el individuo con discapacidad y la sociedad a la cual pertenece porque plantea, por primera vez en la historia, que la discapacidad como fenómeno es esencialmente una construcción social, un hecho social cuya causa es esencialmente social.

Palabras clave: discapacidad, derecho internacional de los derechos humanos, modelo social de la discapacidad, Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to point out and analyze some theoretical assumptions of the Human Rights Theory and the Social Model of Disability. In fact, these theories constitute the theoretical basis of the Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities, which, together with the Optional Protocol, were adopted by the United Nations General Assembly in resolution 61/106 on December 13, 2006, in force since May 3, 2008. The Convention is the first legal text of international protection that characterizes discrimination against persons with disabilities on the basis of disability as a violation of human rights. According to our criteria, the treaty is a text that implies a revolution: it is in fact a new interpretative paradigm that profoundly transforms our way of explaining the relationship between the individual with disabilities and the society to which he or she belongs because it states, for the first time in history, that disability as a phenomenon is essentially a social construction, a social fact whose cause is essentially social.

Key words: Disability, International Human Rights Law, Social Model of Disability, Convention on the Human Rights of Persons with Disabilities.

RESUMÉ: L'objectif principal de ce document est de mettre en évidence et d'analyser certaines hypothèses théoriques de la théorie des droits de l'homme et du modèle social du handicap. En fait, ces théories constituent le fondement théorique de la Convention relative aux droits de l'homme des personnes handicapées qui, avec le protocole facultatif, a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 61/106 du 13 décembre 2006 et est entrée en vigueur le 3 mai 2008. La Convention est le premier texte juridique de protection internationale qui caractérise la discrimination à l'égard des personnes handicapées sur la base du handicap comme une violation des droits de l'homme. Selon nos critères, le traité est un texte qui implique une révolution : il s'agit en fait d'un nouveau paradigme interprétatif qui transforme profondément notre façon d'expliquer la relation entre l'individu handicapé et la société à laquelle il appartient, car il affirme, pour la première fois dans l'histoire, que le handicap en tant que phénomène est essentiellement une construction sociale, un fait social dont la cause est essentiellement sociale.

Mots-clés: Handicap, Droit international des droits de l'homme, Modèle social du handicap, Convention sur les droits de l'homme des personnes handicapées, Droit international des droits de l'homme, Modèle social du handicap, Convention sur les droits de l'homme des personnes handicapées.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de los Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad (CDPD o Convención), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entrada en vigor a partir del 3 de mayo de 2008, ha marcado el reconocimiento internacional de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Sus principios fundamentales se han afirmado como normas de derecho internacional, que ha asumido como objetivo de fundamental importancia la protección jurídica de las personas con discapacidad. El tratado representa, por primera vez en la historia, un sistema de tutela internacional de los derechos humanos “desde la perspectiva de la discapacidad y la discapacidad desde la perspectiva de los derechos”.¹

El tratado propone un sistema completo, unitario, de tutela internacional de los derechos de las personas con discapacidad en el contexto de los derechos humanos. La Convención es el primer tratado universal de carácter vinculante que aborda de forma específica los derechos de las personas diversamente hábiles: su objetivo fundamental es promover, proteger y garantizar el pleno e igual goce de todos los derechos humanos por parte de las personas con discapacidad y promover el respeto para su intrínseca dignidad.²

Con la Convención de la ONU la discapacidad ya no se define como una condición estructural de la vulnerabilidad de las personas que padecen alguna deficiencia orgánica o psíquica; ella debe entenderse, muy al contrario, como una forma de la diversidad humana. La Convención propone una revolución copernicana del concepto de discapacidad: en efecto, el tratado tutela las personas con discapacidad no porque sean vulnerables física o psicológicamente, sino porque a causa de tal vulnerabilidad son discriminadas, segregadas o estigmatizadas socialmente. Desde la perspectiva de la Convención, el concepto de discapacidad es una construcción social que cambia a lo largo del tiempo histórico. La Convención se constituye por dos núcleos teóricos fundamentales: el primero es la teoría de los derechos

¹ Kanter, Arlene, *The Development of Disability Rights under International Law: from Charity to Human Rights*, Routledge, 2014, p. 9.

² Convención de los Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 1.

humanos, de matriz iusnaturalista, mediante la cual el tratado señala cuáles son sus objetivos. El segundo núcleo teórico es el modelo social de la discapacidad, que caracteriza la naturaleza de los cambios que pretende producir en los distintos sistemas sociales para transformar la calidad de la vida de las personas con discapacidad: esto implica considerar ilegítimas todas las políticas sociales y los sistemas de creencias orientados a la discriminación, estigmatización y segregación de las personas con discapacidad.

El trabajo presenta algunas características conceptuales del modelo de los derechos humanos, teoría parcial de la justicia humana³ y del modelo social de la discapacidad: estas dos teorías se reflejan en la estructura y en todo el contenido del tratado.

II. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS: LA TUTELA JURIDICA INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ámbito de las Naciones Unidas.*

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴ (la Convención), junto al Protocolo Facultativo, ha sido adoptada por la

³ Nussbaum, Martha, *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, 2007, p. 309.

⁴ Anteriormente la discapacidad era un “elemento invisible en el derecho internacional de los derechos humanos”. Kayness, Rosemary y French, Phillip, “Out of Darkness into light? In translating the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law*, Reino Unido, vol. 8, 2008, núm. 1, p. 12. En efecto, sólo a partir de los años setenta del siglo pasado por iniciativa de las Naciones Unidas se han afirmado las primeras formas de tutela internacional para las personas con discapacidad en forma de *soft law*, recomendaciones que sin ser jurídicamente vinculantes, han creado los presupuestos para una mayor sensibilización de la comunidad internacional sobre el tema. La referencia es en primer lugar a la Declaración de los Derechos de los Discapacitados aprobada el 9 de diciembre de 1975. El “Programa de acción mundial concerniente a las personas con discapacidad”, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 3 de diciembre de 1982, posterior a las dos declaraciones de 1971 y 1975. La celebración en 1981 del Año Internacional de las Personas con Discapacidad y la Proclamación de la década 1983-1992 como década de las personas con discapacidad. Un ulterior paso adelante, en tema de discapacidad, fue realizado por la comunidad internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas con resolución 61/106 el 13 de diciembre de 2006 y es vigente desde el 3 de mayo de 2008, al cumplirse treinta días desde el depósito de su vigésima ratificación.

La Convención⁵ es el primer acto vinculante elaborado a nivel universal en materia de tutela internacional de las personas con discapacidad: introduce la tutela de la discapacidad en todas sus formas en el marco de la tutela internacional de los derechos humanos.

El histórico reconocimiento jurídico de los derechos humanos para las personas con discapacidad propuesto por las Naciones Unidas ha propiciado un cambio muy profundo en el sistema de tutela de los derechos fundamentales. La Convención⁶ se fundamenta en el supuesto de que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales e incluyen sin reservas de ningún tipo a las personas con discapacidad cuya diferencia

con la adopción el 20 de diciembre 1993 de las normas estándar para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de alcanzar su efectiva inclusión en la sociedad. Esta resolución necesitaba un previo y simultáneo cambio cultural, que permitiría superar aquellas actitudes negativas hacia las personas con discapacidad que aún prevalecen en la sociedad (norma 9). En el proceso evolutivo de la tutela internacional de las personas con discapacidad el único acto vinculante, aplicado únicamente en el ámbito regional, era la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad suscrito por la Organización de los Estados Americanos en 1999 y entrado en vigencia en 2001.

⁵ Las convenciones de la Organización de las Naciones Unidas son tratados internacionales, es decir, un conjunto de normas internacionales cuyo fin es la protección de particulares grupos humanos considerados víctimas de injusticias o de tratos discriminatorios que necesitan una tutela a través de unos específicos conjuntos de normas internacionales que representan actualmente; como señala Doná: “La forma de la galaxia ideológica normativa de los derechos humanos. Cada texto de Convención internacional se caracteriza por una estructura estándar compuesta por las siguientes partes: la definición del objeto de la Convención; las obligaciones a las cuales se someten los estados; el conjunto de derechos reconocidos a aquel determinado grupo; la estructura responsable del monitoreo”. Doná, Alessia, *La politica dei diritti umani*, Pearson, 2019, p. 55.

⁶ La Convención presenta un carácter pragmático, porque delinea en términos generales las acciones que los contrayentes, en virtud del artículo 4o., son obligados a tomar. Consta de un preámbulo y de cincuenta artículos, que se subdividen en disposiciones introductorias (artículos 1o. y 2o.), que dictan obligaciones generales (artículos 3-9), que sancionan los derechos para las personas con discapacidad (artículos 10-30), que establecen el sistema de monitoreo y de ejecución de la Convención (artículos 31-40), y finalmente normas que conciernen la ratificación y la entrada en vigor de la Convención (artículos 41-50).

debe ser respetada y aceptada “como parte de la diversidad humana y de la misma humanidad”.⁷

La Convención constituye el primer texto jurídico de tutela internacional que define la discriminación contra las personas con discapacidad como una violación de los derechos humanos. La Convención remite explícitamente a los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; reconoce que a causa de su discapacidad, de los prejuicios, de las barreras sociales de todo tipo que se constituyen alrededor, las personas con discapacidad son discriminadas con respecto a otros ciudadanos. Por primera vez se afirma que la discriminación⁸ contra cualquier persona sobre la base de la discapacidad constituye una violación de la dignidad y del valor inherente a la persona humana.

El tratamiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos tiene importantes consecuencias tanto en el diseño e implementación de políticas públicas, como en la adopción de leyes, en las respuestas sociales hacia el fenómeno de la discapacidad. Este cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad es fruto de la consolidación del “modelo social de la discapacidad” que se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social.⁹

La Convención se apoya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fundamento de un nuevo orden mundial que asume que el trato a la población por parte de un Estado se vuelve objeto de evaluación externa por parte de instituciones internacionales¹⁰ y de los otros Estados. En

⁷ CDPD, artículo 3d.

⁸ Por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos políticos, económicos, social, cultural, o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables (artículo 2o.).

⁹ Bariffi, Francisco, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Cinca, 2014, p. 32.

¹⁰ Es fundamental el cumplimiento de los Estados en las obligaciones internacionales, en la adopción de los postulados de las Naciones Unidas, específicamente en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. En tal sentido,

tal sentido, este tratado no sólo ha transformado el sistema de tutela de los derechos fundamentales para las personas con discapacidad,¹¹ a nivel internacional, transformándose en un estándar de evaluación de las políticas públicas de los Estados con respecto a las personas con discapacidad, sino que además tiene indudablemente un efecto *spillover* en los ordenamientos jurídicos de los Estados y de los organismos regionales.¹²

La Convención es considerada el documento más importante para prevenir y combatir la discriminación contra las personas con discapacidad; es el instrumento más avanzado en materia de derecho internacional antidiscriminatorio.

El texto contiene un conjunto de definiciones que por primera vez codifica los hechos que discriminan a las personas con discapacidad, en el marco de normas internacionales legalmente vinculantes, y observa que tales hechos son explícitamente violaciones de los derechos humanos.

Asimismo, inherente al principio de no discriminación, la Convención aplica el principio de igualdad, afirmando, en su significado moral y valorativo, la dignidad de la persona humana que es universal, sin exclusión de ningún grupo de individuos.

La Convención “ha resemantizado”¹³ rediseñando el universo semántico de la discapacidad. Actuar la Convención significa dar la posibilidad real,

la observación general núm. 6 (2018), sobre la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad, elaborada por el comité, señala los alcances y las limitaciones de las actuaciones realizadas por los Estados parte para superar el modelo médico o de beneficencia a pesar de su incompatibilidad con el modelo propuesto por la Convención para realizar la igualdad y la no discriminación, que son los principios y los derechos esenciales del derecho internacional de los derechos humanos. Aparentemente en la práctica los Estados parte tienen un conocimiento insuficiente del modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos: en la ejecución de sus políticas públicas no logran actuar la igualdad inclusiva y sustantiva de las personas con discapacidad en sus respectivas sociedades.

¹¹ Uno de los objetivos fundamentales de la Convención ha sido, como afirma Bariffi: “Adoptar las normas pertinentes de los tratados de los derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad. Ello significa el establecimiento de los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad, sin discriminación y en igualdad de oportunidades que el resto de las personas”. Bariffi, Francisco, *op. cit.*, p. 140.

¹² Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.

¹³ Curto, Natascia y Marchisio, Maria, *I diritti delle persone con disabilità*, Carocci, 2021, p. 122.

concreta, a una persona con discapacidad de realizar sus derechos, de vivir en igualdad con todos los otros ciudadanos, es decir “vivir como igual en el mundo de todos”.¹⁴

A partir de la Convención los derechos humanos son la referencia desde la cual abordar la compleja cuestión de la discapacidad porque los derechos humanos son una serie de instrumentos que manifiestan una determinada concepción de la moralidad pública, y que, en este sentido, constituyen un criterio de legitimación y de justificación, como afirma De Asis Roig citado por Palacios.¹⁵

2. La Convención ONU: sus características y objetivos

Analizaremos a continuación algunos aspectos profundamente novedosos del sistema de tutela de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, como su significado y contenido.

La Convención propone cambios estructurales en el modo de pensar y de tratar las cuestiones vinculadas a la discapacidad; en efecto, el enfoque promovido por el tratado puede interpretarse como un cambio de paradigma. La Convención transforma la visión que tenemos aún en las actuales sociedades; no es solamente una *check list* de derechos,¹⁶ sino que diseña más bien un nuevo modo de mirar al mundo y al lugar que ocupan en él las personas con discapacidad. Por esta razón, nos parece pertinente el uso del concepto de paradigma: el enfoque promovido por la Convención puede caracterizarse en los términos de cambio de paradigma. Un paradigma, escribe Thomas Kühn, es una constelación de creencias compartidas por un grupo. Un paradigma es un sistema de ideas, teorías, creencias estructuradas en un modelo sistemático compartido por una comunidad. En este sentido, la Convención constituye un cambio de paradigma, un cambio profundo que transforma nuestra manera de mirar el mundo de la discapacidad.¹⁷

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, 2008, p. 155.

¹⁶ Degener, Theresa, “A Human Rights Model of Disability”, en Blank, P. y Flynn, E. (ed.), *Handbook of Disability Law and Human Rights*, Reino Unido, Routledge, 2016, pp. 47-66.

¹⁷ No se trata del primer cambio de paradigma en la historia de las personas con discapaci-

Cambiar un paradigma no significa únicamente cambiar el modo como se elaboran soluciones a un problema, sino que cambian las maneras de definir los términos del problema: con el nuevo paradigma de los derechos humanos cambia el modo de definir a las personas con discapacidad: las personas con discapacidad pasan de ser pacientes necesitadas de asistencia y tutela a ser simplemente personas, ciudadanos portadores de derechos humanos.

Considerar a las personas con discapacidad como una cuestión de derechos humanos supone dejar de verlas como problema, para pasar a considerarlas simplemente como titulares de derechos; esta postura implica situar muchos de los problemas de la discapacidad más allá de las personas con discapacidad. Significa ubicar la cuestión de la discapacidad centrando la atención “en el modo en que los diferentes procesos económicos, sociales y culturales toman en consideración o no la diferencia implícita en la discapacidad”.¹⁸

La Convención se elaboró a partir del reconocimiento de que el marco de derechos humanos existente no protegía los derechos humanos de las personas con discapacidad en iguales condiciones con las demás. El principio de igualdad sustenta la Convención: se trata de incluir a las personas con discapacidad en el ámbito de los derechos humanos. La Convención, al sancionar el derecho de las personas con discapacidad a vivir en sociedad

dad, que a lo largo del tiempo han sido considerados como individuos que había que eliminar físicamente, aquí señala Schianchi: “la discapacidad es expresión y consecuencia del pecado de los hombres, es la manifestación de un defecto moral, de la degradación del individuo, señal de la intervención divina que la introduce en la tierra como forma de enseñanza o de castigo”. Schianchi, Matteo, *Storia della disabilità*, Carocci, 2021, p. 58. Luego aparece el modelo de la exclusión: aquí las personas con discapacidad ocupan el lugar de los marginados, son subestimados y objeto de compasión. Finalmente, en edad positivista y cientificista el modelo rehabilitador es el dominante; en este contexto, “se considera que la persona con discapacidad puede resultar de algún modo rentable a la sociedad, pero dicha rentabilidad se encontrará supeditada a la rehabilitación o normalización y esto significa, en definitiva, supeditarla a que la persona logre asimilarse a los demás válidos y capaces en la medida de lo posible”. Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 154. Con este modelo la cuestión de la discapacidad, desde el punto de vista jurídico, venía considerada en el marco de la legislación de seguridad social, servicios asistenciales, y como señala Palacios, “las cuestiones puntuales relativas a la incapacitación, tutela o curatela. De manera coherente con la perspectiva asumida por el modelo rehabilitador, el derecho consideraba las personas con discapacidad solamente desde el área de la beneficencia, la sanidad”. Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 154.

¹⁸ *Ibidem*, p. 155.

con base en el principio de igualdad con los otros, plantea la necesidad de una nueva conceptualización de la discapacidad. El paradigma de los derechos humanos asume el universalismo de los derechos; esto significa que los derechos válidos para cualquier ser humano son válidos también para una persona que tiene una discapacidad. Aquí se halla el elemento universalista que tiene mayor impacto en este novedoso paradigma: todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales e incluyen sin reservas a las personas con discapacidad.

Según el artículo 1o. de la Convención, “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Estas personas son parte de la diversidad humana.

De acuerdo con el espíritu de la Convención, entonces, no se trata de concentrarse en la discapacidad de las personas, sino que se trata más bien de resaltar su ser persona, titular de derechos humanos. Por tal razón, los Estados, al ratificar el tratado, se comprometen en asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, tal como lo establece el artículo 4.1 de la CDPD:

Tales derechos son indicados en entre los principios de la misma convención, a saber: (a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; (b) la no discriminación; (c) la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad; (d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y las condiciones humanas; (e) la igualdad de oportunidades; (f) la accesibilidad;¹⁹ (g) la igualdad entre hombre y mujer; (h) el respeto

¹⁹ El documento de la Oficina Internacional del Trabajo titulado “Fomentado la diversidad y la inclusión mediante ajustes en el lugar de trabajo: una guía práctica” de 2017 propone establecer en los lugares de trabajo la igualdad de oportunidades y de trato como principio fundamental de la justicia social se introduzcan específicamente en los lugares de trabajo los ajustes razonables como componente esencial para promover las diversidad y la inclusión de las personas con discapacidad en estos espacios. La Convención, en su artículo 2o., establece que por ajustes razonables se entenderá: “Las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcional o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o el ejercicio, en

a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

A partir de una lógica basada en los derechos humanos de las personas con discapacidad y en la consideración de su contexto social, más que solamente en su discapacidad, la Convención produce la superación de las políticas relativas a la discapacidad, características del modelo médico-rehabilitador, basadas en formas de asistencialismo, que propone la separación, una sutil discriminación con el resto de los ciudadanos, anulando el principio de igualdad entre los seres humanos. La Convención considera a las personas con discapacidad, ciudadanos como todos los demás, pese a su diversidad; en efecto, la discriminación contra cualquier persona sobre la base de la discapacidad constituye una violación de la dignidad y del valor inherente a la persona humana, como hemos señalado anteriormente.

La Convención ha permitido superar también aquella concepción de la discapacidad que la concebía como un estado natural insuperable y como obstáculo al ejercicio de los derechos: la idea fundamental del texto en análisis es que no es la persona con discapacidad la que no puede integrarse en la sociedad como consecuencia de su “diversidad”, es más bien la sociedad, con sus estructuras e infraestructuras, la que obstaculiza la participación plena en la vida social de las personas cuya situación funcional les impide adaptarse a sus diversas exigencias, originando así la discapacidad, que se constituye en una condición social discriminada, de minoría, que no puede ser enfrentada únicamente con actuaciones en el plano asistencial y sanitario, sino que demanda también cambios profundos en el entorno físico, actitudinal y social.

Escribe Nussbaum:²⁰

Las personas con discapacidad no vienen tratadas como plenamente iguales con respecto a otros ciudadanos... Este problema es aún más grave cuando nos damos cuenta de que muchos factores que excluyen a personas con discapacidades de la participación... son sociales y seguramente no inevitables. No hay entonces ninguna razón de principio por las cuales estás no hubieran podido ser incluidas.

igualdad de condiciones con los demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Los ajustes razonables mitigan los obstáculos, las barreras con la finalidad de facilitar la integración de los trabajadores y de las personas con discapacidad.

²⁰ Nussbaum, Martha, *op. cit.*, p. 36.

De acuerdo con el preámbulo de la CDPD:

e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación en igualdad de condiciones con las demás.

Antes de la Convención la violación de un derecho a las personas con discapacidad venía percibida como un hecho menos grave; muchas veces tal violación ni siquiera se percibía como tal porque se justificaba precisamente por la discapacidad, que se convertía en elemento definitorio del individuo. Desde la perspectiva de la Convención, ya no es una deficiencia o una discapacidad lo que justifica que un determinado derecho sea violado; por el contrario, es el modelo, el paradigma de la discapacidad vigente en un determinado tipo de sociedad lo que hace que la violación de un derecho, consecuencia de modelos culturales en los cuales se escribe el modelo de la discapacidad, quede desapercibida, oculta, o que hasta venga aceptada como normal por el sentido común de una determinada sociedad.

No es una deficiencia física o psíquica la que origina la violencia, la segregación o la violación de un derecho; pero es la que la vuelve, en un contexto social determinado, cultural y moralmente aceptada o tolerada. Como ha sido señalado por Curto y Marquisio:²¹

La Convención es un documento excepcional porque elimina la posibilidad de este tipo de justificación. Afirma que ya no es posible permitir que una disposición, una medida, un trato sean considerados como aceptables cuando están dirigidos a una persona con discapacidad si las mismas son consideradas una violación de un derecho cuando están dirigidas a una persona sin discapacidad.

Con la Convención ya no debemos preguntarnos acerca de cómo ocuparnos de los individuos considerados incapaces para integrarlos a la sociedad; la cuestión central a resolver es más bien cómo hacer que la sociedad sea accesible a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, para que todas puedan realmente gozar de iguales derechos con independencia de sus características personales.

²¹ Curto, Natascia y Marchisio, Maria, *op. cit.*, p. 18.

III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: el derecho internacional de los derechos humanos*

El reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad halla su fundamento teórico en el modelo social de la discapacidad, que puede realizarse, desarrollarse en la práctica a partir del *Human Rights Model*, que se refleja en la estructura y en el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas.

Analizaremos el modelo bajo análisis desde el derecho internacional, cuyo actual objeto de estudio comprende dos dimensiones de la realidad sociopolítica, a saber: el derecho de las relaciones interestatales, por una parte y, por otra, el estatuto fundamental del hombre, es decir los derechos humanos.

El sistema universal de los derechos humanos comprende el conjunto de las convenciones internacionales sobre los derechos humanos y el conjunto de los organismos institucionales encargados de monitorear su respeto por parte de los Estados. La teoría de los derechos humanos propone un conjunto de derechos fundamentales necesarios a todos los seres humanos, sin discriminación alguna, para poder vivir una vida digna, para salvaguardar la dignidad de toda persona. En efecto, los derechos humanos pueden ser garantizados eficazmente únicamente si son garantizados a todos mediante el principio de igualdad: si no se garantizaran a todos los ciudadanos sobre la base del valor de la igualdad, no se respetaría el principio de la igual dignidad de toda persona.

Escribe Nussbaum²² al respecto:

Dar a un grupo de personas derechos de voto no iguales o una libertad religiosa desigual, equivale a ponerlas (a las personas) en una posición de subordinación o

²² Nussbaum, Martha, *op. cit.*, p. 311.

de tratamiento indigno con respecto a las otras: significa no lograr reconocer su igualdad humana.

El enfoque de los derechos humanos, añade la filósofa del derecho:²³

Es una teoría parcial de la justicia humana... se subraya que todo ser humano tiene derechos... y se asigna a la humanidad el deber de realizarlos... Se centra sobre las naciones, recomendando que sea usada internacionalmente por cada sociedad como criterio de justicia social, como una teoría de los derechos constitucionales fundamentales.

Todos los tratados de derechos humanos establecen algunos objetivos que la entera comunidad política internacional debe realizar: la comunidad mundial y los estados nación deberían trabajar juntos para lograr tales objetivos. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos son los estados los únicos sujetos responsables de la implementación y del respeto de los derechos humanos en sus respectivos territorios. La cuestión de la exclusión y de la discriminación social, entendida como una negación, de hecho, de algunos derechos a determinados grupos sociales, puede superarse con la universalidad de tales derechos. La universalidad de los derechos es el objetivo fundamental de esta perspectiva jurídica que podría permitir serias y concretas políticas públicas de inclusión social de los grupos humanos discriminados, excluidos u oprimidos.

La actual teoría de los derechos humanos ha sido posible con la entrada en vigor del *International Bill of Rights* constituido por tres documentos fundamentales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, 1966) y el Pacto Internacional para los Derechos Sociales, Económicos y Culturales (ICESCR, 1966).

El sistema universal de los derechos humanos se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Universal Declaration of Human Rights UDHR),²⁴ aprobada por la Asamblea General de las Nacio-

²³ *Ibidem*, p. 309.

²⁴ Este documento ha sido el modelo para los sucesivos tratados sobre los derechos humanos: es la referencia fundamental cuando se discute acerca de los derechos humanos establecidos por el derecho internacional. Es considerado el punto de llegada del largo proceso de afirmación del cosmopolitismo entendido como la inclusión universalista de toda la humanidad.

nes Unidas el 10 de diciembre de 1947;²⁵ su artículo 1o. asume la antigua fórmula de la Declaración de los Derechos de 1789 (“Los hombres nacen y quedan libres e iguales en los derechos”), y añade que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El preámbulo del texto bajo análisis resalta la idea de una real universalidad de los derechos sin ningún tipo de discriminación. El artículo 2o. de la Declaración Universal especifica ulteriormente: “A cada individuo corresponden todos los derechos y todas las libertades enunciadas en la Declaración, sin distinción alguna, por razones de raza, de color, de sexo, de lengua, de religión, de opinión política o de otro género, de origen nacional o social, de riqueza, nacimiento o de otra condición”.

Con el principio de universalidad de los derechos, todos los hombres, más allá de todas las diferencias entre ellos, son titulares de los derechos humanos. Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales para todos nace un nuevo paradigma del derecho internacional. La Declaración, aceptada por todos los miembros de las Naciones Unidas, no tiene un carácter legal obligatorio, es decir, no es de aplicación directa, pero sus efectos políticos y morales han sido notables. En el ámbito político ha sido la premisa teórica, ideológica, para la elaboración de una serie de convenciones internacionales cuyo objetivo es, como hemos señalado anteriormente, proteger los derechos humanos indicados en el nivel moral, “representa una carta de valores compartidos por la comunidad internacional con respecto a lo que es considerado un orden mundial justo”.²⁶

Finalmente, y esto es el elemento más novedoso para el sistema internacional, crean las obligaciones por parte de los Estados hacia sus propios ciudadanos, de promover y proteger los derechos humanos y prevenir sus violaciones.

El sistema de los derechos humanos universales trae una gran innovación teórica: el individuo ya no es tutelado porque es ciudadano de un Estado,

²⁵ En 1947, la UNESCO creó el *Committee on the Theoretical Bases of Human Rights* para recoger las opiniones de intelectuales, líderes políticos, filósofos, teólogos, científicos, líderes sociales sobre los posibles contenidos de una declaración de un sistema de protección de los derechos humanos. La importancia de esta encuesta se hizo evidente en ocasión de la segunda conferencia general de la UNESCO en Ciudad de México en noviembre de 1947, especialmente después del discurso de Jacques Maritain, quien redactó la Declaración Universal.

²⁶ Doná, Alessia, *op. cit.*, p. 53.

de acuerdo con la lógica tradicional de la protección diplomática; desde el nuevo modelo de los derechos humanos el ciudadano es tutelado en sus derechos fundamentales porque es, en primer lugar, una persona humana, cuya dignidad viene garantizada también y especialmente frente al Estado al cual pertenece.

El derecho internacional de los derechos humanos nace con el fin de proteger a los individuos del propio Estado soberano, y, por tanto, las normas internacionales ya no son modeladas según los intereses económicos y políticos de los Estados. A partir de la Declaración Universal, el sistema internacional se dota de una carta de derechos individuales, que define los límites del poder de los Estados hacia sus respectivos ciudadanos y configura un sistema de monitoreo del comportamiento de los Estados asociados a un sistema de *enforcement* en los casos más graves de violación en masa de los derechos humanos.

El contexto entonces cambia radicalmente: es la persona, el ser humano, quien llega a ser un sujeto dotado de derechos fundamentales que le son reconocidos aun con independencia de la nacionalidad y del Estado de pertenencia. Los derechos humanos universales, por consiguiente, se diferencian de los derechos de ciudadanía, siendo estos últimos reconocidos a los individuos en cuanto pertenecientes a una determinada comunidad política que reside en el interior de los límites territoriales de un Estado. En el primer caso las fuentes del derecho son las normas internacionales; en el caso de los derechos de ciudadanía, por el contrario, las fuentes son las normas constitucionales de cada Estado.

La Declaración Universal de 1948 introduce a la persona humana como sujeto de derecho al interior del derecho y de la política internacional, fundamentando las numerosas convenciones, pactos y proclamas elaborados para realizar los principios de justicia y equidad, reconociendo y tutelando los derechos humanos de las personas.

Cuando pensamos en los derechos humanos pensamos a la persona, al ser humano “como a una criatura caracterizada por la dignidad, o valor moral, y por la socialidad”.²⁷

Como subraya Doná:²⁸

²⁷ Nussbaum, Martha, *op. cit.*, p. 35.

²⁸ Doná, Alessia, *op. cit.*, p. 8.

Según la perspectiva moderna, los derechos pertenecen a los individuos y su fundamento está en una lógica de tipo racional, siendo la racionalidad el recurso del ser humano para emanciparse de la tradición, de la opresión y de la religión. Por tanto, como premisa de la idea moderna de los derechos humanos, hallamos la teorización de un estado natural de igualdad entre los seres humanos “todos los individuos nacen libres e iguales” anterior a la construcción de la comunidad social y política.

El derecho internacional de los derechos humanos retoma este concepto iusnaturalista: el individuo, la persona, no es tutelada en cuanto ciudadano de un Estado, sino que es protegido más bien en sus derechos fundamentales porque es una persona humana, cuya dignidad viene garantizada también y especialmente en relación con el Estado. Con el derecho internacional de los derechos humanos las normas internacionales no son elaboradas únicamente para resguardar los intereses políticos y económicos de los Estados, se producen también para proteger a los individuos de sus respectivos Estados soberanos. En resumidas cuentas, el derecho internacional de los derechos humanos en sus disposiciones resalta el reconocimiento explícito de la universalidad de los derechos humanos, que implica que todos los hombres son dotados de derechos iguales e inalienables, que el valor supremo es la persona humana, fin inviolable y no reductible a medio para los demás; todas las otras realidades políticas y sociales, como la sociedad y el Estado, son medios, instrumentos para realizar la dignidad del hombre, de la persona humana.

2. *El principio de la dignidad*

La centralidad del valor de la persona humana se fundamenta en el concepto de dignidad²⁹ descubierto y usado en el ámbito jurídico y en el derecho internacional de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial: en efecto, está presente en el preámbulo de la Carta de las Nacio-

²⁹ El principio de dignidad de la persona humana es central en el modelo de los derechos humanos. “Dignidad” es un término que deriva de *dignus*, es decir, merecedor, y tiene su raíz en *decet*, indicativo de lo que conviene: el ser humano, la persona es digno porque es un fin en sí mismo; la dignidad es un presupuesto del reconocimiento del valor de la persona.

nes Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 1o. tipifica que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Todas las convenciones sobre derechos humanos que pretenden superar la exclusión y la marginación de grupos humanos enteros que apelan a la dignidad de todos los seres humanos y al principio de igualdad que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

La dignidad de la persona humana es un ineludible principio “que diseña un nuevo estatus de la persona y un nuevo marco de deberes internacionales”.³⁰ Esta concepción de los derechos humanos toma la idea moderna de persona, donde los derechos ya no están asociados a particulares, o a estatus socioeconómicos o una concepción religiosa y trascendente: para caracterizar este proceso de secularización son denominados “derechos humanos” o “libertades fundamentales”.

La dignidad humana como principio es el supuesto axiológico que fundamenta los derechos bajo análisis. Todos los seres humanos poseen igual dignidad, que deriva del hecho de ser humano, y no está sujeta a otras condiciones. La dignidad no depende de específicos desempeños de roles, de determinadas prestaciones: el reconocimiento de la dignidad se traduce en promover las condiciones para que cada persona pueda expresarla en su propia vida. La dignidad pertenece a todas las personas; por consiguiente, son ilegítimas todas las distinciones, las discriminaciones que consideran algunas vidas como no dignas o menos dignas de ser vividas³¹ o que lleguen, por ejemplo, a la misma negación de la capacidad jurídica, típica de las legislaciones raciales que han confinado a millones de seres humanos a la categoría de “no personas”.³²

Como señala Rodotá:³³

³⁰ Rodotá, Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2015, p. 184.

³¹ Afirma Rolla: “no es suficiente que las personas sean tratadas con dignidad deben ser tratadas con igual dignidad y respeto. Es la igual dignidad de los seres humanos que debe ser reconocida” Rolla, Giancarlo, “Profili Costituzionali della dignità umana”, en Ceccherini, Eleonora, *La tutela della dignità dell'uomo*, Scientifica, 2008, p. 68.

³² Escribe Nussbaum: “las personas no sólo tienen derechos a la mera vida, sino a una vida compatible con la dignidad humana... Los seres humanos somos iguales en dignidad: aquí no podemos tolerar la desigualdad, la discriminación. A la idea de dignidad se conecta el respeto de sí y la no humillación”. Nussbaum, Martha, *op. cit.*, p. 310.

³³ Rodotá, Stefano, *op. cit.*, p. 192.

La dignidad se presenta como fundamento concreto de la nueva acepción de ciudadanía, entendida como patrimonio de derechos que pertenecen a la persona cualquiera sea su condición y el lugar en que se halla. La negación de los derechos humanos viola el principio de dignidad.

Asumir el modelo de los derechos humanos supone que la plena tutela de la dignidad humana se realiza únicamente si se logra la máxima expansión de tales derechos, entendidos como un sistema: los Estados son aún el lugar fundamental para el ejercicio de la dignidad de la persona; sin embargo, el derecho internacional, mediante instituciones como la ONU, elabora tratados para proteger los derechos humanos y se compromete para que las naciones del mundo los adopten y los apliquen.

IV. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA CONVENCION SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

1. *El movimiento social de las personas con discapacidad: nacimiento de un nuevo sujeto político*

Como consecuencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tales derechos en el mundo ya no son sólo teorías y normas jurídicas, lenguaje de las instituciones internacionales o normas de algunas Constituciones nacionales, son también reivindicaciones sociales, lenguaje de protesta.

La Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad ha sido indudablemente el resultado de unas luchas que, de acuerdo con Bariffi:³⁴

...vienen llevando a cabo las propias personas con discapacidad desde la década de los años setenta del siglo pasado, quienes reclamaban que se les dejasen de considerar como objetos de políticas asistenciales o paternalistas para pasar a ser sujetos de derecho.

³⁴ Bariffi, Francisco, *op. cit.*, p. 41.

Tradicionalmente las personas con discapacidad no han sido consideradas ciudadanos con iguales derechos que los demás, como señala Nussbaum:³⁵

Hasta hace poco tales personas no eran incluidas en la sociedad: eran excluidas y estigmatizadas, no existía ningún movimiento político que tuviese como objetivo su inclusión... Personas con graves discapacidades tampoco venían instruidas: eran escondidas o dejadas morir por abandono; nunca eran consideradas parte del ámbito público.

Con el derecho internacional de los derechos humanos se produce un cambio en la conciencia colectiva: si todos los seres humanos son portadores de derechos, también los derechos humanos de las personas con discapacidad merecen ser satisfechos de la misma forma que se emplea para todos los demás ciudadanos. Las personas con discapacidad son personas entre las personas; deben garantizársele sus derechos inviolables que corresponden a todos los hombres. La persona con discapacidad no debe ser considerada por lo que la vuelve diversa (la discapacidad), sino al contrario, por lo que la hace igual a todos los otros “garantizando por esta razón a todas las personas con discapacidad una tutela común en razón a su indiferenciada humanidad”.³⁶

El movimiento social de la discapacidad plantea el tratamiento de tales personas: una sociedad justa no puede estigmatizar a la persona con discapacidad, sino que debería, por el contrario, promover su plena participación en la vida social y política.

El movimiento social de la discapacidad parte de la idea de que es necesario realizar serias y concretas políticas de inclusión social de estas personas; esto implica que la sociedad debe modificar las propias reglas de funcionamiento, tomando en consideración a todas las personas, de forma que ninguna resulte excluida. La segregación de las personas con discapacidad, así como el racismo y el sexismo, son formas de opresión social institucionalizadas que son históricamente determinadas, y por lo tanto pueden cambiarse. Escribe Palacios:³⁷

³⁵ Nussbaum, Martha, *op. cit.*, p. 35.

³⁶ Panunzio, Sergio, “Il Cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale”, en *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, Giuffrè, 1988, vol. III, p. 528.

³⁷ Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 174.

La característica definitoria de violencia y hostigamiento en la opresión de las personas con discapacidad es sistemática. Independientemente de que tome la forma de ataques físicos o sexuales, políticos, eugenésicos o ridiculización verbal, la misma se dirige a determinadas personas en razón de que pertenecen a una categoría particular: las personas con discapacidad.

Las promesas normativas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos deberían ser rescatadas en una dimensión realmente igualitaria y antidiscriminatoria: los derechos civiles, los derechos sociales, no deben entenderse de manera paternalista, sino como elementos determinantes de la participación activa y responsable de todos, también de las personas con discapacidad, en la vida pública, social. La Convención es el resultado de las luchas sociales y del papel activo del movimiento de la discapacidad.

Sólo gracias a la conciencia de este nuevo sujeto político ha sido posible proceder a una mayor democratización de la sociedad: el movimiento social de la discapacidad ha sido siempre consciente de su propia condición social y psicológica: dominados, oprimidos, segregados como efecto de una situación ética, social y política injusta e insostenible, pero también históricamente, socialmente modificable. La movilización contra las leyes discriminatorias para lograr la universalización de los derechos, es decir, para extender el principio de igualdad de manera tal que todas las personas pudieran hacer un uso igual y efectivo de los derechos fundamentales, era y es el objetivo fundamental del movimiento y el sentido profundo de su protesta. Se abría así una nueva perspectiva para la transformación de las leyes y de las estructuras de las sociedades. Privar a una parte de la población de la posibilidad de reconocerse en sus derechos de ciudadanía y en su pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos significa minar el mismo proyecto de ciudadanía democrática.

No es este el lugar para reconstruir en profundidad las luchas de este movimiento, que ha sido también un importante laboratorio de ideas críticas y de prácticas novedosas y alternativas, o para esclarecer el sentido del movimiento en el contexto de la fase histórica en que ha operado y actúa. Sólo diremos que el movimiento nace en un contexto sociopolítico anglosajón para reivindicar, en un primer momento, sus derechos civiles. Entre las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX en el contexto sociopolítico estadounidense se empiezan finalmente a reconocer los derechos civiles para las minorías objeto de exclusión y discriminación: con el *Civil Rights*

Act, aprobado en 1964, nace el “Independent living movement” fundado por Ed Roberts, en Berkeley, California.

El movimiento de las personas con discapacidad aborda la cuestión de la discapacidad como un problema de justicia negada: los derechos, en las sociedades democráticas, deben distribuirse entre los ciudadanos sobre bases rigurosamente igualitarias. Afirma al respecto Nussbaum:³⁸

Estas reformas jurídicas, auspiciadas por las personas con discapacidad y su movimiento que lucha por la plena igualdad de los derechos, evidencia la importancia de un enfoque que ve a los individuos con discapacidad como portadores de derechos plenamente iguales y como titulares de un amplio espectro de servicios sociales que le aseguren la oportunidad de ejercer los propios derechos.

El movimiento de personas con discapacidad se inscribe en el largo proceso histórico de democratización de nuestras sociedades, sus luchas por la extensión de la titularidad de los derechos, por los contenidos y la ampliación de los derechos ciudadanos, que apuntan a la plena realización de los derechos para todas y para todos hacen un uso emancipador del derecho contra los poderes que los oprimen. Sus luchas por los derechos, por su plena ciudadanía, son luchas capaces de provocar transformaciones en la sociedad.

El uso emancipador del derecho permite a los ciudadanos con discapacidad, obtener por vía jurídica incrementos de autonomía. El derecho puede ser emancipador si es capaz de crear las condiciones para hacer uso efectivo del estatus activo de ciudadanía. Son luchas por la emancipación y por la afirmación de la propia pertenencia a la sociedad, por el derecho a tener derechos, por la garantía y el pleno goce de los derechos. Escribe Habermas:³⁹

Los derechos se reivindican, se reconocen y se ejercen en una dimensión colectiva. El lenguaje de los derechos es constitutivamente inclusivo y expansivo. Quien es destinatario de normas que le privan de determinados derechos contesta la legitimidad del ordenamiento hasta que haya obtenido la plena titularidad de

³⁸ Nussbaum, Martha, *op. cit.*, p. 216.

³⁹ Habermas, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini Associati, 1996, p. 518.

los derechos negados: ninguno decide voluntariamente ser súbdito o renunciar a los derechos que gozan los demás. Esta lógica universalizante asigna al lenguaje de los derechos una fuerza irresistible en los conflictos de ciudadanía y constituye el eje, el sostén del uso emancipador del derecho.

El movimiento de las personas con discapacidad, constituido por distintos grupos, configuró un conjunto con identidad e intereses unificados, desarrolló un nuevo protagonismo de las personas con discapacidad en su lucha contra toda condición de exclusión, marginalización y discriminación en todos los países del mundo.

A partir de la década de los setenta quienes apoyaban la causa de las personas con discapacidad empezaron una lucha sistemática contra la exclusión, en un primer momento fundamentalmente jurídica y luego conscientemente cultural y sociopolítica. Siguiendo a Pfeiffer,⁴⁰ para abordar el tema de la exclusión y de la opresión de las personas con discapacidad es indispensable que la discapacidad adquiera una dimensión social: los derechos de las personas con discapacidad deben ubicarse en el centro de una movilización colectiva.

Para entender mejor la naturaleza de este tipo de movimiento social asumimos la hipótesis de Habermas y consideramos que este tipo de movimiento, típico de las últimas décadas del siglo pasado, tiene el objetivo de luchar para extender la democracia y para transformar el derecho en sentido emancipador al interior de sus respectivas sociedades. Asumimos como válida la caracterización de Habermas también para describir el movimiento social de las personas con discapacidad: cuando el filósofo alemán teoriza “un modelo post-metafísico de subjetividad transformadora” asigna un rol importante a tales fuerzas sociales (movimientos contra la segregación racial, movimiento feminista, ecologista pacifista, etcétera), como potenciales fuerzas transformadoras del orden social. El derecho, los regímenes constitucionales contemporáneos, sus modelos de soberanía popular y su sistema de derechos y garantías constituyen la base para las luchas cuyo fin es lograr una vida emancipada realizando una verdadera ciudadanía para todas y todos. De acuerdo con Habermas, el conflicto se expresa sobre la cuestión de los límites de la ciudadanía para todas las personas: son luchas

⁴⁰ Pfeiffer, David, “Overview of the Disability Movement: History, Legislative Record and Political Implications”, *Policies Studies Journal*, vol. 21, núm. 4, 1993, pp. 724-734.

para extender la titularidad de los derechos sobre los contenidos y la amplitud de los derechos vinculados al estatus cívico; son luchas para que se realicen los derechos de ciudadanía, es decir, para lograr un nivel efectivo y generalizado de goce de los derechos.

Los conflictos que giran en torno al derecho por parte del movimiento de las personas diversamente hábiles son conflictos para lograr la emancipación del sujeto político que representan, y entonces poder afirmar su plena pertenencia a la vida social, como afirma Habermas⁴¹ “para realizar las condiciones materiales habilitantes al ejercicio autónomo de iguales libertades de acción”. Coincidimos con Habermas cuando argumenta que las luchas de estos movimientos, entre los cuales incluimos el movimiento bajo análisis, son ejemplos de conflictos antiautoritarios para alcanzar la efectiva ciudadanía, que se desarrollan contra un sistema tradicional de valores que imponen una determinada visión de la existencia humana y social asumida como “normal”.

3. *El modelo social de la discapacidad: características generales*

En los mismos años en que el movimiento de las personas con discapacidad estadounidense luchaba por los derechos civiles, en Inglaterra se desarrollaba el “Modelo Social de la Discapacidad”, conceptualizado por Paul Hunt en 1960. El modelo bajo análisis fue profundizado sucesivamente por algunos teóricos y activistas con discapacidad que elaboraron un documento titulado *Union of Physically Impaired against Segregation. Policy Statement*.⁴² Este manifiesto, que propone un nuevo enfoque teórico sociológico, transforma nuestra manera de interpretar la relación entre el individuo con discapacidad y la sociedad a la cual pertenece.

En un debate sobre los principios fundamentales de la discapacidad realizado con la International Disability Alliance, la UPIAS propone y argumenta la tesis muy novedosa de que es la sociedad la que discapacita a las personas portadoras de una deficiencia funcional; es decir se desplazan los términos de la cuestión, de la “patología” del individuo portador de discapacidad a la

⁴¹ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 208.

⁴² Union of the Physically Impaired against Segregation, UPIAS (1976). *UPIAS Aims and Policy Statement*, disponible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-UPIAS.pdf>.

desventaja o limitación producida por la actual organización social que no toma en consideración a las personas con déficit físicos y de este modo las excluye de la participación a las principales actividades sociales. El blanco principal de este enfoque es el modelo médico, rehabilitador, de la discapacidad, que define a la discapacidad como una condición física, biológica y como un problema de naturaleza individual.

Por el contrario, la UPIAS sostiene que el concepto de discapacidad nace “al interior de una construcción social”⁴³ y cultural: mediante este concepto una persona es percibida, definida en relación con una norma.

La discapacidad, como concepto, es el resultado de una operación socio-cultural que establece una frontera entre lo normal y lo patológico; es el resultado de la interacción entre un déficit, una carencia funcional de una persona y el contexto sociocultural en el cual ella opera: el individuo con discapacidad es el “el otro” respecto a una norma que establece socialmente qué debe entenderse por persona normal.

Señalan Curto y Marchisio:⁴⁴ “en nuestra cultura, «normal» quiere decir fundamentalmente dos cosas: universal e ideal. Por consiguiente, «anormal» quiere decir al mismo tiempo diferente y no deseable”.

La persona con discapacidad es, entonces, el otro que está ubicado fuera, en otro lugar, relegado a los márgenes: en todos los discursos, en los distintos imaginarios sociales (literarios, jurídicos, científicos, médicos) los individuos con discapacidad son otros, no normales, anormales, diversos.

La discapacidad es un fenómeno social cuya causa es social, no individual: esto es el planteamiento novedoso del modelo social de la discapacidad.

Lo señala claramente Palacios:⁴⁵

Para que se desencadene la discapacidad debe estar presente la diversidad funcional; la discapacidad es la forma de discriminación específicamente dirigida a las personas que tienen, pueden tener o han tenido una diversidad funcional. Esto no significa que la diversidad funcional genere la discapacidad, sino que aquella es una condición necesaria para que se produzca... opresión. Por otro lado, los factores sociales pueden definir en el plano más fundamental, lo que se perciba como

⁴³ Bogdan, Robert, “Le commerce des monstres”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 104, 1994, pp. 34-46.

⁴⁴ Curto, Natascia y Marchisio, Maria, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁵ Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 190.

diversidad funcional. La percepción de la norma y la diferencia varía cultural e históricamente. Cuando cambian las ideas cambian las definiciones de las personas.

Entonces, la diversidad funcional que padece un individuo es el sustrato material (biológico, fisiológico o psíquico) sobre el cual se construyen las estructuras, las instituciones sociales que discriminan, segregan y oprimen a las personas con tales deficiencias. El modelo social de la discapacidad describe la discapacidad como un hecho social, como una forma específica de opresión social. Es un concepto, es una realidad que se construye a partir de una deficiencia, y a partir de allí las personas con deficiencias funcionales vienen discapacitadas socialmente, es decir, son aisladas, excluidas, discriminadas de la participación en la sociedad.

El modelo bajo análisis, en lugar de concentrar su atención sobre la deficiencia funcional individual, interpreta la cuestión de la discapacidad centrandolo la atención sobre los procesos y las fuerzas sociales que transforman y definen como incapaces o discapaces a las personas afectadas por déficit evidentes. En su libro *Disabled People in Britain and Discrimination*, Colin Barner, citado por Palacios,⁴⁶ señala que este modelo enfatiza

Las barreras económicas, medioambientales y culturales, que encuentran las personas a las que otros consideran con algún tipo de diversidad funcional. Estas barreras incluyen inaccesibilidad en la educación, en los sistemas de comunicación e información, en los entornos de trabajos, sistemas de beneficencia inadecuados para las personas con discapacidad, servicios de apoyo social y sanitarios discriminatorios, transporte, vivienda y edificios públicos y de entrenamiento inaccesibles y la devaluación de las personas etiquetadas como discapacitadas por la imagen y su representación negativa en los medios de comunicación. Desde esta perspectiva las personas con discapacidad son discapacitadas como consecuencia de la negación por parte de la sociedad de acomodar las necesidades individuales y colectivas dentro de la actividad general que supone la vida económica social y cultural.

El texto establece una diferencia entre deficiencia funcional y discapacidad: deficiencia es la pérdida o limitación total o parcial de un órgano o mecanismo del cuerpo; la discapacidad es un concepto sociopolítico, y denota una desventaja, una limitación de las actividades causada por la organización

⁴⁶ *Ibidem*, p. 121.

social, que, de acuerdo con Palacios,⁴⁷ “considera en forma insuficiente a las personas que tienen diversidades funcionales y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad”.

Es a partir de esta diferencia como es posible la elaboración del modelo bajo análisis. Argumenta Jenny Morris citada por Palacios:⁴⁸

Una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia, pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad.

Esta distinción propuesta por el modelo social es muy importante, porque resalta que es desde el ámbito y las instituciones sociales donde puede resolverse la cuestión de la discapacidad, es decir, teniendo muy presente el contexto social en el cual la persona desarrolla su vida; la discapacidad es esencialmente un hecho social resultado de una praxis social y cultural que discrimina a las personas con algunas deficiencias físicas y psíquicas.

Desde la perspectiva teórica del modelo social de la discapacidad, dice Barranco Cuenca:⁴⁹

No son las limitaciones individuales las raíces del fenómeno, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados con los que asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

De acuerdo con el modelo social de la discapacidad, a las personas con discapacidad se les deben garantizar todos los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos. El objetivo fundamental del modelo que estamos analizando es la inclusión real de las personas con discapacidad en la sociedad; esta teoría retoma la premisa fundamental de los derechos

⁴⁷ *Ibidem*, p. 124.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Barranco, María *et al.*, “Capacidad jurídica y discapacidad. El artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, España, vol. 5, 2012, pp. 53-80.

humanos según la cual todas las personas son intrínsecamente iguales en su valor y dignidad, más allá de cualquier diversidad física, sensorial, mental o psíquica.

Afirma Palacios:⁵⁰

Personas etiquetadas con discapacidad gozan del derecho a participar plenamente en todas las actividades: económicas, políticas, sociales y culturales, en definitiva, en la forma de vida de la comunidad, del mismo modo que sus semejantes sin discapacidad. Se reclama una igualdad inclusiva de la diferencia.

Realizar en la práctica social el modelo social de la discapacidad supone “Tratar de eliminar... de nuestra sociedad todas aquellas normas y todas aquellas prácticas sociales que, basándose en la discapacidad de una persona, la discriminan directa o indirectamente colocándolas en situaciones desventajosas contrarias a la dignidad humana”.⁵¹

El modelo social aboga por la inclusión contra todos los sistemas de creencias segregacionistas y todo tipo de exclusión, “a la que se ven sometidas las personas con discapacidad que es el resultado de una discriminación estructural”⁵² de la sociedad.

La sociedad, desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad, establece un sistema de prácticas institucionales con respecto a las personas con discapacidad que funcionan como lugares de construcción de una identidad discriminada, segregada, oprimida: la persona con discapacidad.

Por otra parte, la persona con discapacidad es muy sensible a la definición social de su identidad. Al respecto, expresa Bertolini:⁵³ “Prisionera de un conjunto de definiciones establecidas por la sociedad, contribuirá al proceso social de construcción social de su identidad, confirmando la identidad que socialmente le han atribuido”.

En resumidas cuentas, asumimos la tesis de Blasini y Vidali⁵⁴ cuando argumentan que mientras el modelo médico de la discapacidad está centrado

⁵⁰ Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 43.

⁵¹ Barranco, María *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

⁵² Palacios, Agustina, *op. cit.*, p. 133.

⁵³ Bertolini, Piero, *Educazione e Politica*, Raffaello Cortina, 2003, p. 54.

⁵⁴ Blasini, Andrea y Vivaldi, Elena, *Verso il Codice per la persona con disabilità*, IUS Pisa University Press, 2021, p. 229.

sobre el individuo con discapacidad, sobre el diagnóstico, la gravedad del déficit, identificando a la persona con discapacidad como un enfermo y proponiendo resolver esta cuestión mediante curas médicas, el modelo social sitúa la relación individuo diversamente hábil-sociedad en el contexto sociocultural donde esta persona se integra. El modelo social identifica como causas de la discapacidad las barreras sociales, económicas y los comportamientos sociales, que inducen a la exclusión de las personas con diversidad funcional del contexto social. Este enfoque separa claramente las barreras sociales que nos transforman en personas con discapacidad de las incapacidades funcionales de los individuos; por primera vez en la historia de la discapacidad se elabora una interpretación de ésta, que se concentra y resalta los factores y las dinámicas socioculturales que niegan los derechos humanos a un grupo numeroso e importante de la población mundial.

Este salto teórico, interpretativo, del fenómeno de la discapacidad, ha sido legislado con la Convención de las Personas con Discapacidad, de 2006 que pretende asegurar y promover la plena realización de todos los derechos humanos para todas las personas con discapacidad sin discriminaciones de algún tipo basadas en la discapacidad, no sólo en la legislación, sino en todas las políticas públicas de los Estados firmantes.

El modelo social de la discapacidad ha contribuido y contribuye al proceso social, que lenta, pero ineludiblemente está reconociendo iguales derechos a las personas con discapacidad, transformando radicalmente los sistemas de creencias, el sentido común que interpretaba el lugar de las personas con discapacidad al interior de la sociedad de forma discriminada, segregada, oprimida. El gran valor de estos dos instrumentos interpretativos de la condición humana de las personas con discapacidad —la Convención y el Modelo Social de la Discapacidad— ha sido su comprensión e interpretación de las complejas dinámicas sociales y el impacto que éstas producían y producen como formas de exclusión del grupo discriminado, excluido y oprimido de las personas con discapacidad.

V. CONCLUSIONES

Estimamos que la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, constituida en sus fundamentos teóricos conceptuales por la teoría de los derechos humanos y por el modelo social de la discapaci-

dad, es un instrumento jurídico de emancipación, porque, entre otras consideraciones, nos permite superar las prácticas de “violencia simbólica”.⁵⁵ Nos referimos, de acuerdo con Bourdieu, a aquellas formas de violencia simbólica que vienen ejercidas sobre las personas con discapacidad con su complicidad, es decir, que son prácticas de dominio y sumisión tan naturalizadas socialmente, a través del sentido común y los sistemas de creencias dominantes en las sociedades, que no vienen percibidos como violencia y sujeción ni siquiera de parte de quienes las padecen, en este caso las personas con discapacidad.

Antes de la Convención, resultado jurídico de la teoría de los derechos humanos y del modelo social de la discapacidad, la mayoría de las personas con discapacidad no reconocía el trato que las sociedades le reservaban como discriminatorio, estigmatizador, como violento y opresivo; aceptaban aquellos tratos, las ideologías y los sistemas de creencias discriminatorios que lo justificaban como naturales, normales, aceptando resignadamente tales interpretaciones, tales imaginarios sociales muy hostiles. Con la Convención, la identidad personal de las personas con discapacidad cambia; se les reconoce, se les garantiza internacionalmente el ejercicio de sus derechos humanos. Antes de la Convención y de los dos modelos teóricos que la sustentan, el concepto de discapacidad ha funcionado socialmente como un estigma social, es decir la carencia funcional física o psíquica que posee un determinado individuo viene interpretada como un estigma, que es siempre el resultado de un conjunto de procesos culturales, sociales. A partir de carencias físicas o psíquicas se construye una categoría social que opera una distinción entre sujetos estigmatizados y sujetos no estigmatizados.

La estigmatización es siempre un producto ideológico, es decir, una construcción cultural que produce la discriminación de grupos sociales sobre la base de una específica característica natural que supuestamente debería justificarla.

Con la adopción de la Convención, el fenómeno de la discapacidad ya no se leerá desde el escenario de la marginalidad y de la discriminación, a través de la lente de un imaginario social negativo. Las personas con discapacidad ya no serán tratadas como personas “subhumanas” como se establece en el tercer libro del *Corpus Iuris Civilis* del Código de Justiniano —529-539 d. C—. Tampoco se podrán establecer correlaciones entre discapacidad y

⁵⁵ Bourdieu, Pierre, *Risposte. Per una antropologia rifferiva*, Bollati Boringhieri, 1992, p. 129.

el pecado, o incluso explicar la discapacidad como un indicador de la presencia del diablo en el cuerpo de las personas que la padecen, como se argumentan en los escritos de Martín Lutero. Las personas con diferencias físicas o psíquicas ya no serán recluidas y marginadas al interior de instituciones disciplinarias que producen segregación, represión, exclusión social, como señala Foucault, donde las personas diversamente hábiles son consideradas como objetos, como incapaces.

La marginación no es superada tampoco con el modelo médico y rehabilitador de la discapacidad, precedente al modelo de los derechos humanos y al modelo social de la discapacidad, donde la existencia de la persona con discapacidad se circunscribe en los espacios limitados de las instituciones de asistencia: lugares protegidos, asistidos, pero siempre espacios separados adecuados a tales personas consideradas diversas. Se ha dicho que tales lugares, que garantizan cuidados y protección, sin duda constituyen espacios de salvación con respecto al abandono, a la pobreza; es cierto, pero la discriminación, la estigmatización sigue operando, porque el supuesto del modelo médico no es integrar a la persona con discapacidad en la sociedad, en un mundo social que pertenece a todos, sino más bien ofrecerle un contexto protegido que la segregue del mundo exterior.

La Convención implica el nacimiento de un nuevo paradigma interpretativo del fenómeno de la discapacidad; la ruptura con el pasado, con esquemas interpretativos anteriores, asume características radicales. Los objetivos que plantea este importante tratado internacional antidiscriminatorio son radicalmente distintos de aquellos propuestos en el modelo médico asistencial: no se trata de proteger, otorgar servicios asistenciales y seguir discriminando sutilmente, sino que se trata de otorgar la plena ciudadanía y la titularidad de los derechos humanos también a las personas con discapacidad como a todas las demás personas. El respeto de la dignidad, la igualdad y la autonomía son condiciones que no se pueden abolir en sociedades fundadas en los Estados de derecho y en el respeto de los derechos humanos y fundamentales.

La Convención propone, en su artículo 19, la cuestión de la autodeterminación de las personas con discapacidad. Lo novedoso, lo original, lo revolucionario en este nuevo instrumento jurídico, es el hecho, retomado del modelo social de la discapacidad, de que ésta es una construcción social, ubicada y dependiente del espacio y del tiempo histórico; es una característica que describe el contexto social, no la persona; no es una característica

biomédica del individuo que padece una deficiencia funcional. La discapacidad, como fenómeno interpretado socialmente, describe la naturaleza del contexto social, no concierne a la persona individual que parece una carencia funcional en su organismo biopsíquico.

La concepción que una sociedad tiene con respecto a la naturaleza de la discapacidad condiciona, influye, determina, afecta la naturaleza, la calidad y el estilo de vida de las personas con discapacidad en un determinado contexto social. Con la Convención, fundamentada en la teoría de los derechos humanos y en el modelo social de la discapacidad, se realiza una auténtica revolución copernicana en los sistemas cognitivos, ideológicos, simbólicos de nuestras sociedades.

Con estos tres instrumentos —la teoría de los derechos humanos, el modelo social de la discapacidad y la Convención—, aun cuando sea muy lentamente, se está construyendo una nueva identidad de las personas con discapacidad, en su triple dimensión, a saber: lo que una persona con discapacidad cree ser —¿quién soy? —, cómo quiere ser representada —¿cómo soy? — y cómo la representan los otros, la sociedad donde vive (¿cómo me ven?). También la dimensión jurídica es importante en esta construcción social; en efecto, el derecho codifica los criterios de identificación de cada individuo en el contexto social.

El derecho internacional, mediante la Convención, también ha establecido como objetivo fundamental, desde la perspectiva de los derechos humanos, la protección jurídica de las personas con discapacidad. Este hecho, desde mi punto de vista, como abogado y persona con discapacidad, es un logro cultural, social y jurídico muy importante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASIS ROIG, Rafael de, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, derecho y poder”, en CAMPOY CERVERA, Ignacio (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, España, Dyckinson, 2004.
- BARIFFI, Francisco, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Cinca, 2014.

- BARRANCO, María *et al.*, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, España, vol. 5, 2012.
- BERTOLINI, Piero, *Educazione e politica*, Raffaello Cortina, 2003.
- BLASINI, Andrea y VIVALDI, Elena, *Verso il Codice per la persona con disabilità*, IUS Pisa University Press, 2021.
- BOGDAN, Robert, “Le Commerce des monstres”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 104, 1994.
- BOURDIEU, Pierre, *Risposte. Per una antropologia riflessiva*, Bollati Boringhieri, 1992.
- CURTO, Natascia y MARCHISIO, Maria, *I diritti delle persone con disabilità*, Carocci, 2021.
- DEGENER, Theresa, “A Human Rights Model of Disability” en BLANK, Peter y FLYNN, Elionoir (ed.), *Handbook of Disability Law and Human Rights*, Reino Unido, Routledge, 2016.
- DONÁ, Alessia, *La politica dei diritti umani*, Pearson, 2019.
- GOFFMAN, Erving, *L'identità negata*, Laterza, 1969.
- HABERMAS, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini Associati, 1996.
- KANTER, Arlene, *The Development of Disability Rights Under International Law: from Charity to Human Rights*, Routledge 2014.
- KAYNESS, Rosemary y FRENCH, Phillip, “Out of Darkness into Light? In Translating the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law*, Reino Unido, 2008, vol. 8, 2008, núm.1.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 2006, vol. 2515, núm. 44910.
- NUSSBAUM, Martha, *Le nuove frontiere della giustizia*, Il Mulino, 2007.
- OLIVER, Michael, *The Politics of Disablement*, Macmillan, 1990.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo Social de Discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, 2008.
- PANUNZIO, Sergio, *Il Cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale, en Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, Giuffrè, 1988, vol. III.
- PFEIFFER, David, *Overview of the Disability Movement: History, Legislative Record and Political Implications*. *Policies Studies Journal*, vol. 21, núm. 4, 1993.

QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia, *Human Rights and Disability: the Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights instruments in the context of disability*, Ginebra, OHCHR, 2022.

RODOTÁ, Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2015.

ROLLA, Giancarlo, “Perfili Costituzionali della dignità umana”, en CECCHERINI, Eleonora, *La tutela della dignità dell’uomo*, Scientifica, 2008.

SCHIANCHI, Matteo, *Storia della disabilità*, Carocci, 2021.

Union of the Physically Impaired against Segregation, UPIAS (1976). *UPIAS Aims and Policy Statement*, disponible en: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-UPIAS.pdf>.

Union of the Physically Impaired against Segregation, UPIAS, and The Disability Alliance, *Fundamental Principles of Disability*, 1976 disponible en: <https://disabledpeoplesarchive.com/wp-content/uploads/sites/39/2021/01/001-FundamentalPrinciplesOfDisability-UPIAS-DA-22Nov1975.pdf>.

Escisión y anexión de Estados. El caso de la República de Texas (1836-1845)

*Excision and Annexation of States.
The Case of the Republic of Texas (1836-1845)*

*Scission et annexion d'États.
Le cas de la République du Texas (1836-1845)*

Jaime Cárdenas Gracia*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Creación y extinción de Estados.* III. *La sucesión de Estados.* IV. *Sobre la legitimidad y legalidad del derecho de secesión contemporáneo.* V. *El caso de Crimea.* VI. *Los casos de Cataluña y Escocia.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

* Universidad Nacional Autónoma de México, México, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-001-7566-2429>, jaicardenas@aol.com.

Artículo recibido el 11 de abril de 2022
Aprobado para publicación el 8 de octubre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 425-462
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

RESUMEN: A propósito de la República de Texas, en este ensayo se hace un estudio sobre el marco teórico jurídico de la secesión y creación de nuevos Estados, tanto en el derecho internacional del siglo XIX como en el derecho internacional de nuestro tiempo. En el derecho internacional del siglo XIX la secesión era fundamentalmente una cuestión de hecho. Y el aval definitivo era el beneplácito de la comunidad internacional, principalmente de las grandes potencias. Hoy en día es imposible admitir la secesión o anexión cuando interviene un tercer Estado o cuando esta intervención se realiza mediante la fuerza militar. Para que la secesión y anexión de Estados sea válida debe ser en cumplimiento de la legalidad internacional, en donde destaca la aceptación del Estado predecesor, el cumplimiento del principio de integridad territorial, salvo los casos en donde ese Estado vulnere los derechos de una población oprimida, y también se reivindica la garantía plena de los derechos humanos y del derecho humanitario.

Palabras clave: escisión y anexión de Estados, República de Texas, legalidad internacional.

ABSTRACT: About the Republic of Texas in this essay a study is made on the legal theoretical framework of the succession and creation of new States, both in the international law of the 19th century and in the international law of our time. In the 19th century, secession was fundamentally a matter of fact. And the definitive guarantee was the approval of the international community, mainly of the great powers. In time present it is impossible to admit secession or annexation when a third State intervenes or when this intervention is carried out through military force. For the secession and annexation of States to be valid, it must be in compliance with international legality, which highlights the acceptance of the predecessor State, compliance with the principle of territorial integrity, except in cases where that State violates the rights of an oppressed population, and the full guarantee of human rights and humanitarian law is also claimed.

Key words: Secession and annexation of States, Texas Republic, and international legality.

RÉSUMÉ: Concernant la République du Texas, dans cet essai une étude est faite sur le cadre juridique théorique de la sécession et de la création de nouveaux États, tant dans le droit international du XIXe siècle que dans le droit international de notre temps. Dans le droit international du XIXe siècle, sécession était fondamentalement une question de fait. Et la garantie définitive était l'approbation de la communauté internationale, principalement des grandes puissances. Aujourd'hui, il est impossible d'admettre la sécession ou l'annexion lorsqu'un État tiers intervient dans ce processus, ou lorsque l'intervention se fait par la force militaire. Pour que la sécession et l'annexion d'États soient valables, elles doivent résulter du respect de la légalité internationale, qui met en exergue l'acceptation de l'État prédécesseur, du respect du principe d'intégrité territoriale, sauf dans les cas où cet État viole les droits d'une population opprimée, et la pleine garantie des droits de l'homme et du droit humanitaire est également revendiquée.

Mots-clés: Division et annexion d'États, République du Texas, Légalité internationale.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo expone el estado del arte sobre la escisión de los Estados nación, de la anexión de territorios a otros Estados, y las vías para la construcción de nuevos Estados en relación con el caso texano en el periodo 1836-1845. Nuestra tesis propone además que la escisión de Texas respecto de México y su anexión a Estados Unidos es insostenible jurídicamente.

Estimamos que la escisión de Texas de México desde el derecho internacional del siglo XIX y del contemporáneo resulta problemática porque en ese proceso existieron injerencias políticas, diplomáticas y militares indebidas por parte del gobierno de Estados Unidos y de los intereses empresariales de ese país. La escisión fue más una cuestión de hecho que de derecho. En el siglo XIX, para el reconocimiento de nuevos Estados bastaba en la práctica internacional que se demostrara por parte del pretendiente que se contaba con los tres elementos clásicos del Estado, a saber: población, territorio y gobierno (el principio de efectividad del Estado). El elemento definitorio en esa época era el respaldo de las grandes potencias a los procesos de secesión a través de la figura del reconocimiento, lo que se prestaba al rejuego geopolítico. En el caso de la república de Texas de 1836-1845, ésta fue reconocida como Estado en marzo de 1837 por Estados Unidos; Francia reconoció a Texas el 25 de septiembre de 1839; Gran Bretaña reconoció la independencia de Texas en noviembre de 1840, y en septiembre de 1840 la República de Texas celebró con Holanda y Bélgica un tratado de amistad, comercio y navegación, con lo que se consiguió también el reconocimiento.

Aunque el derecho internacional, tal vez más que en otras disciplinas jurídicas, sigue siendo en nuestros días un derecho en formación,¹ ahora las exigencias para la creación de nuevos Estados en sus distintas modalidades o para la anexión son mayores. En el derecho internacional contemporáneo, no puede darse ni la secesión ni la incorporación o anexión de un territorio y de una población a otro Estado sin la voluntad del Estado preexistente. Tampoco esos procesos pueden realizarse jurídicamente si interviene un

¹ Mientras no contemos con una suerte de Estado constitucional mundial, el derecho internacional público seguirá siendo un derecho incompleto. Tal como Ferrajoli lo señala, necesitamos globalizar el constitucionalismo, aunque es una tarea de difícil realización. Ferrajoli, Luigi, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Law and Justice in a global society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 50 y 51.

tercer Estado y hace uso de su poder militar para esos propósitos. Cualquier proceso de secesión e incorporación o anexión en el derecho internacional de nuestro tiempo exige respetar la legalidad internacional, los derechos humanos y el derecho humanitario de las personas que conforman las poblaciones. En algunos casos, las decisiones últimas respecto a la separación e incorporación dependen de la expresión de la soberanía popular de los pueblos involucrados. El derecho internacional actual tutela en mayor medida que en el siglo XIX el derecho a la integridad plena del territorio de los Estados, principalmente con fundamento en la doctrina de la aceptación del Estado preexistente, tanto para la secesión como para la anexión.

Cuando la escisión o separación de Texas la pretendemos comprender desde las herramientas jurídicas del derecho internacional de nuestro tiempo, la tendríamos que calificar como contraria a la legalidad internacional.² En este ensayo se describen los marcos teóricos concernientes a la creación y desaparición de Estados, nos preguntamos cuándo la creación y desaparición de Estados es legal y legítima, damos cuenta de algunos ejemplos contemporáneos sobre la escisión, y los comparamos con los casos de ese tiempo, y con el caso texano.

También, el objetivo del artículo es señalar cómo desde el inicio de la República de Texas se pretendió por parte de la mayoría de los colonos y de sus dirigentes, la anexión a Estados Unidos. La anexión de Texas a Estados Unidos tardó en producirse por las fuertes polémicas que se dieron en el seno de las elites estadounidenses de ese tiempo. Había anexionistas y antianexionistas.³ El origen de las dudas estadounidenses sobre la anexión residía en factores como la diversidad de concepciones sobre la esclavitud —a favor y en contra—, los cambios en la correlación de fuerza política entre los estados del norte y del sur, las distintas visiones imperiales de la clase gobernante que se materializaban en el alcance que debían tener las doctrinas del destino manifiesto y Monroe, el temor geopolítico a que Gran Bretaña o Francia tuvieran más influencia que Estados Unidos en Texas, y desde luego el conflicto diplomático y militar que se suscitaría con México.

² Para una mayor información y bibliografía, tanto del proceso de escisión de Texas respecto de México como de la anexión de Texas como estado vigésimo octavo estado a la Unión Americana, véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La República de Texas (1836-1845). Escisión y anexión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

³ Freehling, William W., *The Road to Disunion. Secessionist at Bay 1776-1854*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, vol. I, pp. 353-451.

Las consecuencias inmediatas de la anexión fueron la primera concreción de la doctrina Monroe, la guerra de 1846-1848 entre México y Estados Unidos, la invasión a México por parte de los ejércitos de Estados Unidos, y la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo, del 2 de febrero de 1848 por el que nuestro país perdió Texas y más de la mitad de su territorio a favor de Estados Unidos. Otras consecuencias de la anexión fueron el mantenimiento de la esclavitud en Texas, el reforzamiento político de los estados del sur frente a los del norte en la Unión americana, y la posterior guerra de secesión en ese país.

La historia de las relaciones México-Estados Unidos ha sido difícil. Después de la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo, de febrero de 1848, hubo todavía intentos por parte de sectores del gobierno de Estados Unidos por anexionarse partes del Estado mexicano, como la península de Baja California, el Istmo de Tehuantepec, y algunas voces llegaron a pedir la anexión de todo el territorio nacional a Estados Unidos. Con apoyo en las doctrinas del destino manifiesto y la Monroe se quería para Estados Unidos el control material de todo el continente americano, desde Canadá a la Patagonia.

En 1888, el representante de México en Washington, Matías Romero, recibió instrucciones de la cancillería mexicana para que con argumentos expusiera al gobierno norteamericano y a los sectores que apoyaban la anexión total de México a Estados Unidos, que se trataba de una idea descabellada. Matías Romero escribió sus ideas en distintos medios de comunicación de Estados Unidos. Las razones de Romero asumían la perspectiva de los Estados Unidos y no la de México para disuadir la pretensión anexionista. Entre los razonamientos que difundió Matías Romero señalaba que de anexarse México a Estados Unidos a fines del siglo XIX implicaba aumentar las dificultades para los estadounidenses, que tendrían que incorporar a una nación de doce millones de habitantes que era muy difícil de asimilar a la sociedad anglosajona tanto por su raza, como por su lengua, su religión y sus costumbres. Además, y fundamentalmente porque esa población tendría representación en el Congreso de Estados Unidos, y ello modificaría la correlación de fuerza política entre los estados del norte y del sur de Estados Unidos.⁴

⁴ Arriola Woog, Enrique, "La anexión de México a los Estados Unidos según Matías Romero, 1888", *Secuencia, Revista de Historia y Ciencias Sociales*, México, núm. 9, septiembre-diciembre de 1987, pp. 138-146.

Ese dato histórico prueba la presión a la que ha estado sometido nuestro país desde siempre. Los intentos de apropiación de territorios y riquezas — los recursos minerales, los hidrocarburos y ahora el litio— de México por parte de los Estados Unidos han estado presentes a lo largo de la historia de la nación. El episodio Matías Romero, que es posterior a la guerra con Estados Unidos de 1846-1848, en la que nuestra nación perdió más de la mitad del territorio de la República, expone el apetito insaciable del imperio estadounidense sobre el territorio patrio.

II. CREACIÓN Y EXTINCIÓN DE ESTADOS

Al inicio del derecho internacional público se reconocía como Estados a los Estados europeos surgidos al final de la Edad Media y a los nacidos a principios del Renacimiento. Más tarde, en el concierto de las naciones se incluyó a Estados Unidos mediante el Tratado de París de 1783, cuando Francia reconoció a esa nueva nación. En el caso de los países iberoamericanas, su reconocimiento fue posterior. Portugal, Estados Unidos, y más tarde España, fueron reconociendo a las nuevas naciones anteriormente parte de Portugal y España. En 1856, algunos países de Europa reconocieron a Turquía como nuevo Estado. Más tarde se reconocerían a naciones de Asia como Estados, entre ellas, Japón, China, Persia y Siam —hoy Tailandia—. Antes de la Primera Guerra Mundial, mediante el reconocimiento de las potencias europeas y Estados Unidos, se fueron incorporando nuevos Estados en el concierto internacional.

En el derecho internacional público del siglo XIX, y aun en el de los primeros años del siglo XX, no se asumía una defensa irrestricta de la integridad territorial de los Estados existentes, y se podían crear nuevos Estados a partir de los existentes cuando se reconocía el estado de beligerancia, el que implicaba que la insurrección de una población fuera de excepcional importancia, y cuya prolongación podía afectar los derechos de los Estados neutrales.⁵ Durante la guerra de secesión en Estados Unidos, los estados de la Unión y de la Confederación fueron estimados por la comunidad internacional como estados beligerantes. La República de Texas entrañó en su

⁵ Gornig, Gilbert y Ribera Neumann, Teodoro, “Creación y extinción de los Estados de acuerdo con derecho internacional”, *Estudios Internacionales*, Chile, núm. 167, 2010, pp. 27-53.

creación actos de insurrección, durante 1836 y los años previos, por parte de los colonos anglosajones en contra de México y sus autoridades, que bien pudieron considerarse como propios de la beligerancia.

Igualmente, en el derecho internacional público tradicional, el principio jurídico de la autodeterminación de los pueblos no era visto con la perspectiva de los matices con el que hoy se analiza y estudia. Ese principio se entendió, en algún momento de su interpretación jurídica, como una norma que tenía como propósito facilitar el proceso de formación de nuevos Estados con motivo de los procesos de descolonización ocurridos en los siglos XIX y XX mediante actos de insurrección. No se distinguía, por ejemplo, y como ahora, entre autodeterminación externa —procesos de descolonización pactados internacionalmente— e interna —la que proviene de sectores de la propia población—.

Sin embargo, se asumió en ese derecho internacional, que un Estado se formaba cuando se cumplían las tres condiciones establecidas en los tres elementos del Estado, según la teoría del Estado de Jellinek, es decir, el territorio, la población y el gobierno, y algunos agregaban un cuarto elemento, denominado independencia, el que significaba ausencia de control o subordinación respecto a otro Estado y, por lo mismo, su capacidad de entrar en relaciones internacionales con los demás Estados.⁶ Esos elementos indispensables para la creación de un nuevo Estado se juridificaron en 1933. La Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de ese año confirmó la necesidad de esas variables para estimar que se estaba en presencia de un nuevo Estado, aunque el artículo 3 de esa Convención precisó que la existencia política del Estado ocurría, aunque no se reconociera por los demás. En esos años aún no se insistía en el respeto a otros principios de derecho internacional para que un Estado pudiera entenderse como tal. Es decir, no era tan importante el respeto y garantía a la legalidad internacional para que el naciera un Estado, y ni el propio reconocimiento de los demás Estados era indispensable. Se decía en aquellos años que la existencia de un Estado comenzaba con la constitución de una entidad independiente, lo que era parte del derecho público, y que el reconocimiento de los Estados preexistentes se relacionaba con el derecho internacional.⁷

⁶ Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 368 y ss.

⁷ Cruchaga, Miguel, *Derecho internacional*, Santiago de Chile, Nacimiento, 1944, t. I, p. 326.

Hoy en día en el derecho internacional público es imposible, desde la validez del derecho internacional, admitir la secesión o anexión cuando interviene un tercer Estado en ese proceso, o cuando la intervención del tercer Estado se realiza mediante la fuerza militar. En nuestro tiempo, para que la secesión y anexión de Estados sea válida, conforme al derecho internacional, ésta debe ser el resultado del cumplimiento de la legalidad internacional en donde destaca la aceptación del Estado predecesor, el cumplimiento del principio de integridad territorial, salvo los casos en donde ese Estado vulnera los derechos de una población oprimida, y en esos procesos —secesión o anexión— se reivindica la garantía plena de los derechos humanos y del derecho humanitario.

La secesión de Estados ha sido históricamente el método de creación de un nuevo Estado que antes eran parte de otro Estado.⁸ En la secesión, el antiguo Estado sigue existiendo, pero con su territorio reducido, junto al recién creado. Ejemplos de secesión son, en el siglo XVII, Suiza y los Países Bajos, que se desprendieron del Sacro Imperio Romano Germánico y como una consecuencia de la Paz de Westfalia de 1648. Los Estados Unidos son una secesión de la Gran Bretaña llevada a cabo por la vía armada en 1776. Los Estados iberoamericanos somos consecuencia de la secesión de España y Portugal acaecida mediante luchas de insurrección durante las dos primeras décadas del siglo XIX. La República de Texas de 1836 fue una secesión de México influida por el gobierno de Estados Unidos y realizada mediante la insurrección de los colonos anglosajones que se habían asentado en el territorio de Texas por las políticas de colonización que favoreció el gobierno mexicano durante los primeros años de la independencia de España. Más tarde en América, Panamá se escindiría de Colombia en 1903 por los intereses geopolíticos y económicos de Estados Unidos en esa región.

No todo surgimiento de un Estado se realiza por la vía de secesión. En el derecho internacional público clásico se alude a la separación. Ésta consiste en la creación de un nuevo Estado porque su territorio y su población se dividen de un conglomerado previo por la decisión de los órganos de autoridad del Estado preexistente. Se suele poner el ejemplo de Irlanda, que fue una separación de la Gran Bretaña por decisión última del Parlamento británico.

⁸ Gornig, Gilbert y Ribera Neumann, Teodoro, *op. cit.*

Otra vía de creación de nuevos Estados es el desmembramiento o disolución que implica que un Estado preexistente se disuelve y sus diferentes partes se convierten en Estados independientes. Los ejemplos más recientes de ello, a finales del siglo XX, fueron los desmembramientos de la URSS, Yugoslavia y Checoslovaquia, que dieron lugar a la aparición de nuevos Estados.

Además de los métodos y caminos anteriores, un Estado puede crearse por fusión o unificación. Esto ocurre cuando varios Estados independientes que ya existen se unen y forman un nuevo Estado. Un ejemplo histórico de ellos serían los Estados italianos que durante el siglo XIX integraron el Estado Italiano o, la unificación, también en el siglo XIX, del Estado alemán en 1871.

Igualmente, terceras potencias han creado nuevos Estados. El Congreso de Viena del 9 de junio de 1815 creó el Estado Libre y Neutral de Cracovia; Bulgaria fue creada por el artículo 1o. del Tratado de Berlín de 1878, y el Estado Vaticano fue consecuencia del artículo 2o. del Tratado de Letrán, del 11 de febrero de 1929. En el caso de Albania, esta se creó en 1913 por decisión de los embajadores de las grandes potencias, a quienes Turquía había concedido el beneplácito. La Ciudad Libre de Danzing se integró según los artículos 100 y siguientes del Tratado de Versalles de 1919.

La ONU ha creado nuevos Estados, es el caso de Libia y Somalia en 1949. El Estado de Israel fue creado el 14 de mayo de 1948, una vez que el último de los soldados británicos abandonó Palestina, y los israelitas hubieran declarado en Tel Aviv la creación del Estado de Israel, de acuerdo con el plan previsto por las Naciones Unidas.

III. LA SUCESIÓN DE ESTADOS

La doctrina clásica del derecho internacional sostiene que un Estado deja de existir cuando pierde alguno de los elementos que expresó la teoría de Jellinek. La extinción de Estados puede originarse por un acto voluntario del Estado, como fue el caso de la República de Texas, que decidió anexarse a Estados Unidos, aunque no se puede obviar el peso que en esa determinación tuvo la voluntad del gobierno de Estados Unidos. También la extinción de Estados puede deberse a la acción de un tercer Estado, como sucedió con los países bálticos en 1940, que desaparecieron por la voluntad de la

Unión Soviética, o como ya indicamos, a la voluntad de algún organismo multilateral o internacional.

Hoy sabemos, como ya lo hemos mencionado, que la extinción de Estados implica más elementos que los que consideró la doctrina clásica y revisite muchas modalidades, tales como la absorción, la creación concertada de un nuevo Estado, la descolonización, el desmembramiento, la disolución, la fusión, la secesión, etcétera.⁹ También se tiene conciencia en nuestro tiempo de que en el proceso de extinción de Estados está prohibido el recurso a la fuerza al igual que la violación de los principios del derecho internacional.¹⁰

Al darse la extinción del Estado, uno de los problemas que se plantean es hasta qué punto, de acuerdo con el derecho internacional, los derechos y obligaciones del Estado predecesor recaen en el Estado sucesor y qué ocurre con las obligaciones y derechos internacionales del Estado predecesor. Las soluciones son distintas, y dependen de la modalidad de sucesión y de los contextos históricos y geopolíticos particulares.

El tema de la transferencia de derechos y obligaciones entre el Estado predecesor y el Estado sucesor se conoce como sucesión de Estados. La idea de sucesión en el derecho internacional proviene de Hugo Grocio, y éste la tomó del derecho privado. La idea era que cuando un poder soberano hacía suyo el territorio y la población de otro poder antes soberano, pero extinto, se comprendiera como análogo a la transmisión de derechos patrimoniales del causante a los causahabientes. La analogía no es del todo adecuada, porque en el derecho internacional no sólo existe la sucesión entre Estados, sino también entre organismos internacionales; por ejemplo, cuando la Corte Internacional de Justicia sustituyó a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

No obstante, el concepto de sucesión de Estados está arraigado en el derecho internacional, y en términos contemporáneos se ha expresado jurídicamente en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados de 1978 y la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas del Estado de 1983, así como la reso-

⁹ Becerra Ramírez, Manuel, “Acerca de la sucesión de Estados en derecho internacional público”, *Indicador Jurídico*, México, vol. 1, núm. 4, febrero de 1997.

¹⁰ García-Corrochano Moyano, Luis, “Sucesión de Estados en materia de tratados”, *Agenda Internacional*, Perú, vol. 3, núm. 7, 1996, pp. 121-132.

lución 55/153 de la Asamblea General sobre la nacionalidad de las personas cuando existe sucesión de Estados. Hoy en día se concibe la sucesión como la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio.

En materia de sucesión, la doctrina tradicional había puesto el acento sobre todo en los derechos y obligaciones del Estado predecesor. Hoy en día los convenios de 1978 y 1983 se han alejado de la doctrina tradicional, y se ha optado por una postura neutral, que debe ver por los derechos y obligaciones de los dos Estados: el predecesor y el nuevo. Las convenciones de 1978 y de 1983 prevén los siguientes supuestos de sucesión: 1) la sucesión respecto a una parte del territorio o cesión; 2) la sucesión en los Estados de reciente creación o sucesión colonial o decolonial; 3) la sucesión para unir dos o más Estados predecesores y crear uno nuevo; 4) la sucesión por separación de parte o partes del territorio de un Estado, dando lugar a la formación de uno o varios Estados sucesores, sea que continúe o no existiendo el Estado predecesor —el caso de Texas en 1836—, y 5) la sucesión por disolución, que da lugar a dos o más Estados sucesores.

La sucesión respecto a una parte del territorio o cesión no afecta la permanencia ni la identidad del Estado predecesor, por lo que éste se mantiene en todos sus derechos y obligaciones internacionales. La parte del territorio tendrá los derechos y obligaciones internacionales que decida adoptar —principio de la *tabula rasa*—.

En la sucesión de Estados de reciente independencia —descolonización— se consagra el principio de la *tabula rasa*, que deja en libertad al Estado de reciente independencia en relación con los tratados celebrados por la antigua metrópoli. Ello no implica que los Estados de reciente independencia no estén obligados a respetar las normas *ius cogens* del derecho internacional. La manera de dar a conocer la voluntad del Estado de reciente independencia de considerarse ligado por cualquier tratado es por declaración unilateral hecha por él sobre el mantenimiento en vigor de un tratado. En los casos de tratados bilaterales generalmente finalizan con la independencia del nuevo Estado. En el régimen de los tratados multilaterales existe un derecho de opción para que el nuevo Estado decida lo que corresponda.

Respecto a la sucesión por unificación para crear un nuevo Estado, el principio es que los tratados siguen la regla de la continuidad. Los tratados se mantienen en vigor, salvo los casos de incompatibilidad con las nuevas

circunstancias. Se busca preservar los derechos y obligaciones que de una manera libre han adquirido los Estados antes de la unión, y al mismo tiempo salvaguardar los derechos de terceros Estados que habían contratado previamente con los Estados que se han unificado.

En el caso de la separación de partes de un Estado, la regla de la continuidad es igualmente válida. La identidad del Estado predecesor no cambia por la separación del territorio separado, pero la identidad del territorio separado sí se modifica, por lo que la continuidad no es válida. Las obligaciones y derechos del Estado sucesor dependerán de sus decisiones soberanas, como ocurrió en la República de Texas de 1836.

Sobre la sucesión por disolución, se aplica en términos generales la regla de la continuidad de derechos y obligaciones internacionales. No existe un régimen especial para los tratados bilaterales y multilaterales como sí en el caso de los Estados de reciente independencia.

La práctica internacional en caso de sucesión de Estados aplica los anteriores principios y reglas de acuerdo con los contextos históricos y geopolíticos. Por ejemplo, en el caso de la reunificación de Alemania, dos Estados se unieron en uno solo, bajo las condiciones constitucionales de la República Federal de Alemania.¹¹ Se empleó una modalidad de adhesión de conformidad con el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn. El acuerdo del 31 de agosto de 1990 implicó que la Ley Fundamental de Bonn tendría vigencia en ambos territorios, se conservó el Estado federal, se determinó que la capital de la República sería Berlín, y se establecieron bases para unificar los ordenamientos jurídicos de ambas Alemanias. Los compromisos internacionales que prevalecieron fueron los de la República Federal de Alemania. Los tratados que había celebrado la República Democrática de Alemania serían examinados a la luz de los compromisos de la República Federal de Alemania.

En el caso de Checoslovaquia, este Estado fue disuelto en un proceso pacífico en donde los parlamentos de la parte checa y eslovaquia decidieron la disolución. Así surgieron dos Estados soberanos: la República Checa y la República Eslovaca. Ambos Estados se comprometieron a dar continuidad a las obligaciones y derechos derivados de los tratados ratificados por el Estado predecesor. Se aludió a la sucesión automática de obligaciones, aun-

¹¹ Frowein, Jochen, "The Reunification of Germany", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 86, enero de 1992, pp. 152-163.

que en el concierto de las naciones cada Estado ha manifestado si asume la sucesión automática o los tratados vuelven a ser renegociados con ambas repúblicas.

Respecto del caso de la URSS, una vez disuelto el Estado soviético, Rusia no fue considerada Estado sucesor, sino continuador de la URSS para ocupar su asiento en el Consejo de Seguridad de la ONU. Los otros Estados distintos a Rusia fueron Estados sucesores de la URSS para los tratados por ella celebrados. En el caso de los Estados bálticos, la situación fue diferente, y a ellos se aplicó el principio de *tabula rasa*, es decir, cada Estado báltico determinó qué obligaciones internacionales mantenía o rechazaba.¹²

Yugoslavia se ubica en un proceso de disolución de un Estado federal. Los nuevos Estados de Croacia, Eslovenia, Macedonia, y Bosnia-Herzegovina se manifestaron sucesores de la ex Yugoslavia en tratados relativos a los derechos humanos; en otros tratados, sus obligaciones y derechos han sido renegociados con libertad. En el caso de Serbia y Montenegro, a esta se le negó su carácter de continuador de la ex Yugoslavia para conservar su asiento en la ONU, y se le pidió que se sometiera al mismo procedimiento de los otros Estados ex yugoslavos para acceder a ese organismo.¹³

En el derecho internacional público contemporáneo existen algunos criterios en materia de sucesión de Estados. Uno de ellos es el principio de la mayor continuidad posible que busca mantener las obligaciones internacionales tanto en el Estado predecesor como en el nuevo. La pretensión es garantizar la seguridad jurídica internacional. Otro principio dice que si el Estado es eliminado, violentándose el derecho internacional, al ser reinstaurado asume las obligaciones internacionales que se tenían como si no hubiera desaparecido, pues el derecho no nace de la injusticia.

El marco jurídico internacional que hoy se tiene para regular los complejos problemas de la sucesión de Estados es del todo insuficiente; por eso, se opta en la realidad por el análisis caso por caso. Hay problemas que no pueden ser resueltos fácilmente debido a que la extinción, creación y permanencia de un Estado no puede comprenderse de manera general; se trata de procesos diferentes en cada caso concreto. Además, la Convención

¹² Ortega Terol, Juan Miguel, *El desmembramiento de Estados en la Europa de fin de siglo*, España, Tirant lo Blanch, 1999.

¹³ Fernández, Antonio, *Derecho internacional público. Casos y materiales*, España, Tirant Lo Blanch, 1997, pp. 51-58.

de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978, y la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado de 1983, son ordenamientos sin gran relevancia porque han sido ratificados por muy pocos países.

IV. SOBRE LA LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DEL DERECHO DE SECESIÓN CONTEMPORÁNEO

En el derecho positivo internacional público de nuestro tiempo se han acuñado, entre otras, categorías como el de “separación de partes de un Estado” o “separación de parte o partes del territorio de un Estado” para hablar de la secesión —Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978, Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983, y Resolución de la Asamblea General 55/153 sobre Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados—. ¹⁴ La doctrina, sin embargo, matiza los conceptos, y así llama “separación” cuando los cambios y el nuevo Estado se realizan con el consentimiento del Estado predecesor y salvaguarda del derecho internacional público, y “secesión”, cuando la desintegración es violenta, sin consentimiento del predecesor, y generalmente por la vía armada, sin respeto a la legalidad internacional.

El que la separación sea violenta afecta su legitimidad y legalidad (es terminológicamente secesión), pues en términos generales en la doctrina de nuestro tiempo no se reconoce el derecho a decidir unilateralmente la secesión. Sin embargo, existen algunas excepciones: la separación jurídicamente está justificada, aun por la vía violenta, lo que empata con el derecho a la libre autodeterminación, cuando los pueblos se encuentran sometidos a la dominación colonial, lo que entraña subyugación, dominación y explotación extranjera. En los demás casos, el principio de libre determinación de los pueblos sólo da a lugar a que éstos decidan su propia organización política y sin discriminación por motivos de raza, credo o color (autodeterminación interna); pero en principio no al derecho a separarse de un Estado para constituir uno o anexarse a otro. ¹⁵ Hoy en día, también se acepta un

¹⁴ 30 de enero de 2001.

¹⁵ Tesón, Fernando R., *The Theory of Self-Determination*, Cambridge, Cambridge University

derecho a la independencia de los pueblos no coloniales cuando el Estado no respeta la autodeterminación interna de algún pueblo que habita en el Estado, sino que oprime y violenta de manera muy grave los derechos de los pueblos. A eso se le conoce como “secesión remedio”, aunque se siguen discutiendo los supuestos, condiciones y los procedimientos para que ese derecho proceda.

La noción de consenso en el derecho internacional público es que, si el Estado respeta los derechos de los pueblos que residen en su territorio, y ello se hace en igualdad y sin discriminación, sin opresión y violencia, entonces cualquier Estado está facultado a la preservación de su integridad territorial. De esta suerte, un pueblo asentado en un territorio tiene derecho a la separación de entrada en tres supuestos:¹⁶ si se cuenta con el consentimiento del Estado predecesor, cuando el derecho interno del Estado predecesor lo permite, o si el Estado predecesor propicia para la población que pretende la separación condiciones muy graves que son oprobiosas y violatorias a los derechos humanos.

Cuando ocurrió la secesión de Texas, una parte de la discusión de la época consistía en si Texas reunía los elementos para ser estimado como Estado, los que en el siglo XX eran, según el reconocimiento del artículo 1o. de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, del 26 de diciembre de 1933, los siguientes: población permanente, territorio determinado, gobierno y capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados. Los reconocimientos de Estados por otros Estados, tanto en el siglo XIX como en el XX, se basaban en analizar si el Estado pretendiente a serlo reunía o no esos elementos, fundamentalmente si se tenía la capacidad para mantenerse como Estado.¹⁷

En cuanto a la anexión de Texas a Estados Unidos, se ha discutido la validez jurídica del Tratado de Guadalupe Hidalgo, del 2 de febrero de 1848, que la avaló. Además, se ha puesto en cuestión en la academia estadounidense la debatible decisión del Congreso de Estados Unidos del 26 de febrero de 1845, que aprobó en contra del derecho constitucional de Estados

Press, 2016, y Perea Unceta, José Antonio, *El derecho internacional de secesión*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

¹⁶ El derecho internacional de nuestro tiempo exige para la separación el respeto a la legalidad internacional.

¹⁷ Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 36.

Unidos que Texas se convirtiera en el vigésimo octavo estado de la Unión Americana, pues de acuerdo con el derecho de Estados Unidos era el Senado de ese país el que debió haber aprobado la anexión.¹⁸

Conforme al derecho constitucional mexicano del siglo XIX, se violaron distintos preceptos, entre otros los artículos 1o. y 2o. del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 que determinaban las partes integrantes del territorio nacional, el principio sobre la independencia de México de cualquier potencia, así como los artículos 2o. y 5o. de la Constitución de 1824, los que precisaban el territorio y las partes integrantes de la Federación mexicana, así como los artículos 27 y 28 del Acta de Reformas de 1847,¹⁹ los que indicaban lo siguiente:

Artículo 27. Las leyes de que hablan los artículos 4o., 5o. y 18 de la presente Acta, la de libertad de imprenta, la orgánica de la Guardia Nacional y todas las que reglamenten las disposiciones generales de la Constitución y de esta Acta, son leyes constitucionales, y no pueden alterarse ni derogarse, sino mediando un espacio de seis meses entre la presentación del dictamen y su discusión en la Cámara de origen.

Artículo 28. En cualquier tiempo podrán reformarse los artículos de la Acta Constitutiva, de la Constitución federal y de la presente Acta, siempre que las reformas se acuerden por los dos tercios de ambas Cámaras o por la mayoría de dos Congresos distintos e inmediatos. Las reformas que en lo sucesivo se propusieren limitando en algún punto la extensión de los Poderes de los Estados, necesitarán además de la aprobación de la mayoría de las legislaturas. En todo proyecto de reformas se observará la dilación establecida en el artículo anterior.

En la aprobación del Tratado de Guadalupe Hidalgo no se siguieron los procedimientos y plazos constitucionales determinados por el ordenamiento jurídico vigente y válido en ese tiempo para modificar la composición territorial de México. Por eso, el 25 de septiembre de 1848 once diputados mexicanos hicieron uso del recurso establecido en el artículo 23 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, con el fin de someter a examen de las legislaturas estatales la validez constitucional del Tratado.²⁰ La Suprema

¹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 145-158.

¹⁹ Sánchez Gracia, Luis Rodrigo, *Análisis histórico-jurídico del Tratado de Guadalupe Hidalgo*, México, Escuela Libre de Derecho, 2001.

²⁰ El artículo 23 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 decía: “Si dentro de un mes

Corte de nuestro país declaró que el Tratado no era una ley ni un decreto, y consideró en consecuencia que no era pertinente el procedimiento de revisión por parte de los Congresos estatales.

Adicionalmente, debe señalarse que el artículo 29 del Acta Constitutiva y de Reformas señalaba cláusulas pétreas respecto a los principios que expresaban la independencia de la nación. El precepto decía: “En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la Nación, su forma de gobierno republicano, representativo, popular, federal y la división, tanto de los poderes generales como de los Estados”. Igualmente, al no haberse discutido en el Congreso mexicano en lo particular —sólo se deliberó en lo general el Tratado Guadalupe Hidalgo—, se vulneró el artículo 43 de la Constitución de 1824 y el artículo 98 del Reglamento Interior del Congreso.²¹

Sin embargo, la consideración jurídica más importante respecto al Tratado Guadalupe Hidalgo del 2 de febrero de 1848, desde el derecho internacional público y desde el constitucional, era que el Tratado fue derivado y resultado de una guerra de conquista, de una guerra injusta, lo que implicaba una simulación jurídica inválida para afectar la integridad territorial del Estado mexicano. De conformidad con el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, hoy en día, un tratado así sería estimado como nulo de pleno derecho,²² pero aún en esa época, con fundamento en el derecho de gentes y la doctrina de Francisco de Vitoria sobre la guerra justa,²³ el tratado sería apreciado como opuesto al derecho internacional público.

de publicada una ley del Congreso General, fuere reclamada como anticonstitucional, o por el presidente, de acuerdo con su ministerio, o por diez diputados, o seis senadores, o por tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley a examen de las legislaturas, las que, dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto. Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las legislaturas”. Véase Villegas Moreno, Gloria y Porrúa Venero, Miguel Ángel (coords.), *Entre el paradigma político y la realidad. La definición del papel de México en el ámbito internacional y los conflictos entre liberales y conservadores*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1997, vol. I, t. 2, pp. 415 y 416.

²¹ Peña y Reyes, Antonio de la, *Algunos documentos sobre el Tratado de Guadalupe y la situación de México durante la invasión americana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1930, p. 257.

²² Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2004.

²³ Vitoria, Francisco de, *Sobre el derecho de la guerra*, Madrid, Tecnos, 1998.

El Congreso mexicano —la mayoría de los legisladores— de 1848 justificó la legitimidad del Tratado de Guadalupe Hidalgo con apoyo en la doctrina de Emer de Vattel sobre las reglas de enajenación de los bienes públicos entre Estados; pero según esa misma doctrina,²⁴ y a pesar de sus deficiencias teóricas, era necesario conforme a ella que la disposición de bienes —territorio— se realizara con la autorización del representante de la nación, esto es, por el Congreso, y observando los procedimientos y plazos que el ordenamiento de esa época establecía, lo que no ocurrió de esa suerte. En los hechos, la pérdida de más de la mitad del territorio nacional y el Tratado de Guadalupe Hidalgo fueron estimados por la mayoría de la clase política de ese tiempo como hechos consumados e irreparables.

En el derecho clásico del derecho internacional público de los siglos XIX y XX, los elementos para juzgar si un Estado debía serlo se vinculaban también con el principio de efectividad. Ese principio implicaba establecer si los elementos del Estado se daban o no en los hechos, y así atribuir consecuencias jurídicas a esas situaciones reales.²⁵ Desde luego, la valoración del principio de efectividad no daba necesariamente lugar a juicios objetivos. La mayor parte de las veces el principio de efectividad se aplicaba subjetiva, discrecional y con gran parcialidad de acuerdo con los intereses de los Estados que pretendían reconocer al nuevo Estado, según su conveniencia. No es casual que nuestro país haya rechazado, posteriormente a la independencia de Texas y a otros hechos históricos, la indebida injerencia en los asuntos internos de México —Tratados de Bucareli— mediante la práctica del reconocimiento de gobiernos. Por esas razones, nuestro país respaldó internacionalmente la doctrina Estrada.²⁶

²⁴ Vattel, Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 3 vols, 1916.

²⁵ Pagliari, Arturo Santiago, “El principio de efectividad en el Derecho Internacional Público”, en Rey Caro, E. y Rodríguez, C. (coord.), *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje a Dra. Zlata Drnas de Clément*, Córdoba, Advocatus, 2014, p. 641.

²⁶ La doctrina Estrada se debe a Genaro Estrada, que fue secretario de Relaciones Exteriores de México durante la presidencia de Pascual Ortiz Rubio —27 de septiembre de 1930—. Es una doctrina que se opone a la práctica de reconocimiento de gobiernos, porque se vulneran los principios de no intervención y de autodeterminación de los pueblos. El fundamento constitucional vigente de esta doctrina se localiza en el artículo 89, fracción X, de nuestra carta magna.

Es importante destacar que, en el marco clásico del derecho internacional público, la declaración de independencia de un Estado no daba necesariamente lugar al nacimiento de un Estado. Para que el Estado fuera tal, se exigía, según los usos de la época, el reconocimiento del Estado, principalmente por parte de las grandes potencias. No existía el Estado de manera automática si éste no era reconocido por otros Estados, fundamentalmente por los más importantes. Esos Estados, cuando ejercían el reconocimiento, cubrían su decisión valorando si el nuevo Estado podía mantener en el tiempo —de manera duradera— el orden interno y era capaz de entablar relaciones internacionales de forma independiente.²⁷ Sin embargo, el reconocimiento de Estados era y es un instrumento político de control de los Estados poderosos a los más débiles.

La doctrina del reconocimiento de Estados no sólo se apoyaba en el éxito inicial del Estado, sino en el éxito último, que se concretaba con la aceptación final del Estado predecesor a la independencia del nuevo Estado. En el caso de Texas, ello ocurriría —impuesto por la fuerza y después de una guerra de conquista— hasta la firma del Tratado de Guadalupe Hidalgo de 1848, y no al inicio —2 de marzo de 1836— en el que se emitió la declaración de independencia. Por eso, la entidad secesionista adquiere plenamente sus características cuando es impensable toda esperanza de retorno al Estado predecesor, pues éste se ha resignado a la pérdida, y es irreversible la situación. La doctrina del éxito último se parece a la figura de la prescripción adquisitiva, en donde además del control del territorio por el gobierno de la entidad naciente se requiere de la aquiescencia del Estado predecesor. Pero en el tiempo de la secesión de Texas respecto a México no existían ni principios ni reglas de derecho internacional para poder determinar si la República de Texas era un nuevo Estado, si ya había surgido a la comunidad de las naciones. Se trató de una cuestión de hecho que se impuso al derecho.

A la par de la necesidad de contar con los presupuestos fácticos que son indispensables para que haya Estado, y de la efectividad del nuevo Estado que se materializa en el reconocimiento del Estado predecesor, es preciso, para que la separación se considere válida jurídicamente, que se satisfaga la legalidad del proceso. Esos requisitos de legalidad son los del derecho internacional público, y hoy en día, no es admisible la creación de un Estado si

²⁷ López Martín, Ana Gema, *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Madrid, McGraw Hill, 1999.

se viola el derecho internacional, pues quien infringe el derecho no puede adquirir el derecho.²⁸

Entre los principios de la legalidad del proceso de creación de Estados se deben mencionar los siguientes: los principios de libre determinación e integridad territorial de los Estados, la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la no intervención en los asuntos internos (incluyendo conflictos armados internos), el respeto de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho humanitario por parte de las entidades implicadas.²⁹ En el derecho internacional público de nuestro tiempo el consenso doctrinal y diplomático no acepta el acceso a la estatalidad unilateralmente; sin el consentimiento del Estado predecesor —con el propósito de garantizar la libre determinación e integridad de los Estados—; si se usó la fuerza para constituir el nuevo Estado; si para separarse se intervino en los asuntos internos del Estado predecesor, ya sea de manera directa o indirecta, y si en la creación del nuevo Estado se violaron los derechos humanos o el derecho humanitario.

Las normas de derecho internacional público del que se derivan los principios de la legalidad internacional para efectos de la creación de un nuevo Estado son los artículos 3o. y 6o. de las convenciones de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, del 23 de agosto de 1978, y sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas, del 8 de abril de 1983. Esos preceptos en su parte conducente indican: “La presente Convención se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas”. El límite legal en el acceso a la estatalidad de las entidades aspirantes a Estado son los principios fundamentales de derecho internacional, recogidos en el artículo 2o. de la Carta de las Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV), así como otros surgidos de la práctica de los Estados, y que han sido reconocidos por la Corte Internacional de Justicia, entre ellos, y para puntualizar, son:

- a) Garantizar la integridad territorial del Estado predecesor.
- b) Prohibición del uso o amenaza de la fuerza.

²⁸ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1976, p. 83.

²⁹ Crawford, James, *The Creation of States in International Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, Appendix 4, pp. 757-759.

- c) Libre determinación de los pueblos.
- d) Protección de los derechos fundamentales de la persona humana y del derecho humanitario.³⁰

Si en el proceso de creación del nuevo Estado no se respeta la legalidad internacional, actos como el de la declaración de independencia del Estado naciente serán nulos, por contrariar el derecho internacional público. Ésta ha sido la posición de la Corte Internacional de Justicia al resolver el caso “*Actividades armadas en el territorio del Congo*” (*República Democrática del Congo vs República de Uganda*), Corte Internacional de Justicia, sentencia del 19 de diciembre de 2005, en donde se expresó que una declaración unilateral de independencia que contravenga una norma *ius cogens* estaría desprovista de validez jurídica. Sin embargo, existen posturas contrarias que señalan que no se puede declarar la nulidad de un acto unilateral de independencia porque no existe un proceso específico para ello ni una norma explícita que obligue a la invalidez jurídica,³¹ situación que para otros implica desconocer la doctrina de las nulidades tácitas en el derecho.³²

La asunción de invalidez jurídica por haberse realizado la creación del nuevo Estado sin respetar el derecho internacional público produce que la declaración de independencia de la entidad naciente adolezca de efectos jurídicos. Esto es, el Estado secesionista carecerá de estatalidad, de soberanía, igualdad e independencia. Lo que significa que ya no es posible, como

³⁰ López Martín, Ana Gema, “Creación de Estados en el derecho internacional contemporáneo en casos de secesión: efectividad/legalidad”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, España, vol. 23, 2017-2018, p. 107.

³¹ Es, por ejemplo, el discutible caso de Kosovo, en donde la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010 sostuvo que las declaraciones unilaterales de independencia no son contrarias al derecho internacional público porque no hay norma explícita que lo prohíba (“*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*”, Advisory Opinion, I.C.J Reports, 2010). Véase Portilla Gómez, Juan Manuel, “El devenir histórico y legal de Kosovo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2012, pp. 65-106; Belli Tagle, Carlos, “¿Existen aún disputas internacionales no-justiciables en virtud de su carácter político? La práctica de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XV, 2015, pp. 93-135; Bermejo García, Romualdo y Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio 2010 y las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Navarra, vol. 26, 2010, pp. 7-59.

³² Stolfi, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 80.

en el siglo XIX y principios del XX, aceptar como Estados a aquellos que exclusivamente cuentan con los elementos fácticos de existencia y poseen el elemento de efectividad que les permite garantizar el orden público de manera permanente en un territorio, sino que es necesario para considerar a una entidad como nuevo Estado, que ésta haya surgido con pleno respeto al derecho internacional público de nuestro tiempo.

En el pasado histórico y en nuestra época ocurren secesiones de hecho, no fundadas en el derecho internacional, en donde no es posible reintegrar la población y el territorio separado al Estado de origen, pues no existe mecanismo en el derecho internacional para hacer cumplir con las consecuencias jurídicas de la posible invalidez de una declaración de independencia de un nuevo Estado. En los hechos, y en aquellos Estados que aceptan aún la figura del reconocimiento de Estados, será por medio de su uso racional y razonable como se rechace o no acepte a la nueva entidad, lo que dependerá desgraciadamente de los intereses geopolíticos de las principales naciones. El reconocimiento de los demás Estados a la entidad naciente es un medio que pretende compurgar los vicios de origen, y que busca legalizar o legitimar las irregularidades iniciales que dieron lugar al nuevo Estado.

Más importante que el reconocimiento o no reconocimiento de los Estados, aunque se trate de grandes potencias, es el reconocimiento o no de los organismos internacionales, es decir, de la comunidad internacional. El reconocimiento de la ONU o de instancias internacionales regionales resulta decisivo a la hora de validar o no al nuevo Estado, aunque aun en estos casos, los reconocimientos o no reconocimientos pasan por el tamiz de los intereses geopolíticos, y pueden ser interesados, injustos y antijurídicos.

En el derecho internacional público contemporáneo se alude —para aquellos Estados que aceptan la doctrina del reconocimiento— a la existencia de una obligación de no reconocimiento de una entidad secesionista si se presenta alguno o más de los tres supuestos siguientes: 1) cuando así se establezca en una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU; 2) cuando la entidad secesionista haya violado una norma imperativa de derecho internacional general al declararse independiente, y 3) si el nuevo Estado es producto de la violación de la prohibición de intervención en los asuntos internos del Estado predecesor.³³

³³ Remiro Brotóns, Antonio *et al.*, *Derecho internacional. Tratados y otros documentos*, Madrid, McGraw-Hill, 2007, pp. 54 y ss.

Existen casos polémicos, como el de Kosovo, que se declaró unilateralmente independiente de Serbia —el 17 de febrero de 2008— sin la aceptación de la República Serbia, lo que algunos consideran implícitamente contrario al principio de integridad territorial de los Estados, pero que la Corte Internacional de Justicia de la ONU lo aceptó en su opinión consultiva del 22 de julio de 2010, cuando avaló esa declaración unilateral de independencia, señalando que no había norma explícita de derecho internacional que prohibiera la declaración unilateral.³⁴ En parte de la doctrina del derecho internacional se estima como política más que jurídica esa opinión de la Corte.³⁵ Serbia sigue sin reconocer definitivamente la independencia de Kosovo; pero el 19 de abril de 2013, Serbia y Kosovo acordaron iniciar relaciones institucionales de Estado a Estado, lo que se piensa como el primer paso para el reconocimiento de Kosovo como Estado independiente por parte de Serbia.

V. EL CASO DE CRIMEA

La secesión de Crimea de Ucrania y su anexión a Rusia pone al descubierto las debilidades del derecho internacional público. El gobierno ruso ha argumentado a favor de la secesión y la anexión el derecho de los pueblos a la libre determinación, lo que para ellos se vio confirmado por el referéndum celebrado en Crimea, en donde la mayoría de la población votó a favor de la anexión a Rusia. El debate académico y político se ha centrado en la distinción entre autodeterminación interna y autodeterminación externa. Según el derecho internacional público contemporáneo sólo es legítima la autodeterminación cuando un pueblo está inmerso en un proceso de descolonización, y podría admitirse como excepción a lo anterior una “secesión

³⁴ La Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010 sostuvo que las declaraciones unilaterales de independencia no son contrarias al derecho internacional público porque no hay norma explícita que lo prohíba (“*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*”, Advisory Opinion, I.C.J Reports, 2010). Véase Portilla Gómez, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 65-106, y Belli Tagle, Carlos, *op. cit.*, pp. 93-135.

³⁵ Actualmente Kosovo es reconocido como Estado soberano por 98 miembros de las Naciones Unidas. Aproximadamente la mitad de los Estados miembros de la ONU no reconocen a Kosovo como soberano ni aceptan la declaración unilateral de independencia como medio jurídicamente válido para que un territorio y su población se escindan de un Estado preexistente. Bermejo García, Romualdo y Gutiérrez Espada, Cesáreo, *op. cit.*, pp. 7-59.

remedio” cuando un sector de la población de un Estado está sometido a la subyugación, a la represión y a la violación grave a los derechos humanos.³⁶

Los paralelismos con la secesión de Texas de México y su anexión a Estados Unidos son evidentes. Los colonos texanos declararon unilateralmente su independencia el 2 de marzo de 1836, y días más tarde —el 17 de marzo de 1836— votaron una Constitución para Texas para constituir una república. La Constitución de la república de Texas fue refrendada por la población. Años más tarde, después del reconocimiento de Texas por las grandes potencias, la república texana fue anexada a Estados Unidos —29 de diciembre de 1845—, lo que el pueblo de Texas también aprobó mediante referéndum. Para argumentar su declaración de independencia, el 2 de marzo de 1836 los colonos texanos expresaron trece agravios provocados por el gobierno mexicano de esa época en contra de sus derechos.

Para los estudiosos rusos, cuando hacen el paralelismo entre Texas y Crimea, las similitudes y diferencias deben ser destacadas. Señalan que en el referéndum para la anexión de Crimea a Rusia se pronunció el 90% de la población, y que en Texas lo hizo tan solo el 10.5% de los habitantes. Indican que Crimea pertenecía a Rusia desde hace más de doscientos años y, que la mayoría abrumadora de su población era y sigue siendo rusa, y que, además, su deseo de retornar a Rusia era perfectamente legítimo, porque en los veintitres años de estadía en Ucrania había existido desconocimiento de los derechos a los habitantes rusos de Crimea. En Texas, la insurgencia separatista fue impulsada por habitantes no oriundos de México, sino por colonos que habían vivido en el territorio de Texas durante menos de veinte años; esos colonos en respuesta a los privilegios que les ofreció el gobierno de México arrebataron esas tierras a favor de Estados Unidos, y finalmente, aducen que la mejor prueba de que la anexión de Texas a Estados Unidos, parte de un plan imperialista fue la guerra injusta de Estados Unidos con México de 1846-1848, en donde nuestro país perdió más de la mitad de su territorio.³⁷

La “secesión remedio” hasta ahora no ha sido asumida totalmente por los Estados que conforman la comunidad internacional —sólo se admite

³⁶ Aguayo Armijo, Francisca, “La situación de Crimea: los fundamentos y los límites del derecho internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 43, núm. 1, abril de 2016, pp. 219-250.

³⁷ Borovkov, Anatoly, N., “Colonización y anexión de Texas”, *Iberoamérica*, Moscú, núm. 4, 2017, pp. 32-47.

la secesión en caso de procesos de descolonización—, y aunque pudiera en casos excepcionales ser procedente, cuando las violaciones graves a los derechos humanos de la población interna son patentes, deben probarse esas infracciones plenamente para que la secesión y la posterior anexión no sea entendida como una injerencia indebida de un Estado poderoso en los asuntos internos de un Estado más débil, sobre todo cuando se emplea la fuerza militar o cualquier otro medio de poder. En el caso de Crimea, esta población y su gobierno contaban al momento de la secesión y posterior anexión a Rusia con un estatuto autónomo dentro del Estado ucraniano. En las etapas previas a la independencia de Texas, el gobierno mexicano había promovido un régimen jurídico de excepción para los colonos en materia de aplicación del derecho británico, el juicio por jurados en materia penal, el empleo del inglés en sus actividades privadas y algunas públicas, cierta autonomía administrativa respecto del estado de Coahuila, y fundamentalmente tolerancia con la esclavitud como medio y motor fundamental de reproducción de la riqueza.

Entre los argumentos de los texanos a favor de la independencia y posterior anexión a Estados Unidos estuvo la ocupación militar de las tropas mexicanas en ese territorio, las atrocidades y daños que causaron a la población, lo que, desde luego, es un argumento que no puede soslayarse. Es evidente que el ejército mexicano comandado por el general Santa Anna no debió emplear la fuerza militar para afectar de manera grave los derechos de los texanos, lo que incluyó la pérdida de vidas de personas inocentes. Esa incursión militar empañó la postura mexicana respecto de Texas. Sin embargo, el militarismo mexicano no daba derecho a que una potencia como Estados Unidos se anexionara ese territorio, y que años más tarde, para confirmar la anexión, esa potencia hubiera iniciado una guerra injusta en contra de México, en donde nuestro país perdió la mitad de su territorio.

Los ejemplos de Crimea y Texas demuestran la gran incertidumbre que existe en el derecho internacional público. No hay precisión suficiente, no existe certeza jurídica en el derecho positivo internacional sobre los alcances de la separación de los territorios de un Estado para anexarse con posterioridad a otro. Doctrinalmente existen posiciones mayoritarias que condenan escisiones y anexiones decididas por la fuerza y con la intervención indebida de potencias extranjeras en los hechos. El derecho internacional público es, sin embargo, y hasta este momento, un derecho que depende de la política y de las relaciones de poder en el concierto interna-

cional. Tanto la secesión y anexión de Crimea y Texas son y fueron decididas por cuestiones de hecho y no de derecho.

Resulta importante en el derecho internacional, como en general en todo el derecho, la armonización entre principios que parecen contrapuestos. El análisis del derecho a la libre determinación de los pueblos debe de inicio obtenerse dentro del marco de los Estados soberanos existentes y en concordancia con el principio de integridad territorial. Cuando ello no es posible, puede justificarse, por vía de excepción, una secesión unilateral como remedio, y siempre que ese proceso se realice sin la intervención de una potencia extranjera, se prueben las violaciones graves a los derechos humanos a la población que pretenda la escisión, y que se demuestre que no existen medios institucionales para garantizar sus derechos —por ejemplo, mediante el diseño de un sistema federal—. No obstante, como no existen absolutos, se debe señalar que en sí mismas las declaraciones unilaterales de independencia y los referéndums para la independencia no son *per se* contrarios al derecho internacional público.³⁸

Además de la procedencia de la separación en casos de descolonización, y por excepción en lo que se denomina la “secesión remedio”, no puede desconocerse que en el derecho internacional está permitida la separación consensuada, la que desde luego no ocurrió en Crimea ni en México, que se verifica en los casos en que no existe conflicto entre las partes, sino que de común acuerdo se decide que una parte del territorio con su población se separe del Estado predecesor. Este proceso consensuado proviene del derecho constitucional interno, y para que sea completamente legítimo se deben cumplir y garantizar los derechos humanos de las poblaciones, y no debe existir injerencia de terceros Estados. En estos supuestos, la comunidad internacional suele dar su beneplácito al proceso.

VI. LOS CASOS DE CATALUÑA Y ESCOCIA

La historia del independentismo catalán es de larga data; se discute si antes de los Reyes católicos ya existía. Los intentos de independencia en la historia moderna y contemporánea toman bríos en los primeros años de la

³⁸ Tamayo Álvarez, Rafael, “La secesión unilateral de Crimea y el derecho internacional”, *Revista Análisis Internacional*, Bogotá, vol. 5, núm. 1, 2014, pp. 97-113.

restauración de los Borbones en España y llegan a nuestros días. Ese proceso ha sido zigzagueante, y ha mostrado la complejidad de una relación muy complicada con el Estado español. Hay en Cataluña quienes luchan por su independencia a partir de los límites geográficos de esa comunidad, y otros que pretenden que Cataluña como nación debe comprender a la Comunidad Valenciana, las Islas Baleares, el Rosellón y la Alta Cerdeña en Francia, y la franja oriental de Aragón.³⁹

El caso de Cataluña presenta particularidades respecto a otros casos en el derecho internacional.⁴⁰ En la historia reciente, el 21 de enero de 2013, el Parlamento catalán aprobó la resolución 5/X, conocida como “Declaración de soberanía”, en la que se invocó el principio democrático para separarse de España y abandonó el entendimiento del derecho a la autodeterminación tal como era concebido en las resoluciones de Naciones Unidas 1514-XV de 1960 y 2625-XXV de 1970 porque, según el Parlamento catalán, ese derecho sólo era aplicable en el caso de constituir un Estado independiente *ex novo*, por secesión en procesos de descolonización, o en supuestos de secesión remedio, y el proceso de Cataluña no cabía en las tres hipótesis anteriores. La declaración del Parlamento catalán fue recurrida por el gobierno de España ante el Tribunal Constitucional de España,⁴¹ el que la declaró inconstitucional y nula en la parte que afirmaba que el pueblo de Cataluña tiene por razones de legitimidad democrática el carácter de sujeto político y jurídico, pero asume que puede existir un derecho a decidir como una aspiración constitucional⁴² siempre que se ajuste a la legalidad constitucional española, y con respeto a los principios de legitimidad democrática, pluralismo, y legalidad.

La sentencia del Tribunal Constitucional español que hemos mencionado determinó que no se podía declarar la existencia de una soberanía del pueblo catalán porque ésta era incompatible con la soberanía que la Constitución

³⁹ Elliott, John H., *Catalanes y Escoceses. Unión y discordia*, Barcelona, Taurus, 2018.

⁴⁰ Ruipérez Alamillo, Javier, “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 31, 2013, pp. 89-135.

⁴¹ Sentencia del 25 de marzo de 2014 del Tribunal Constitucional de España sobre la “Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración soberanista y derecho a decidir del pueblo de Cataluña”. Sentencia 42/2014.

⁴² Sobre el deseo utópico de independencia en Cataluña y el País Vasco puede verse a Linz, Juan, *Nación, Estado y lengua*, Madrid, vol. 2, 2008, pp. 355 y ss.

española predica en el artículo 1.2 del pueblo español, pero en lo tocante al derecho a decidir, dijo el Tribunal que éste es conforme a la Constitución, siempre que no se entienda como un derecho a la autodeterminación, sino como una aspiración política a la que puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional.⁴³ El Tribunal Constitucional explicó en su resolución, que la democracia española no era una democracia militante, y al no serlo, los partidos pueden defender todo tipo de programas, por alejados que estén del ordenamiento constitucional vigente, y que en consecuencia los partidos independentistas catalanes pueden legítimamente propugnar por la secesión, pero en el marco de la Constitución española.

Los catalanes tienen el derecho a decidir para que en todo caso la independencia de Cataluña se lleve a cabo mediante la reforma a la Constitución de España y según el procedimiento del artículo 168 de ese ordenamiento, que exige mayorías calificadas de las Cortes Generales y la celebración de un referéndum de ratificación en la que deben participar todos los españoles. Además, con apoyo en asuntos previamente resueltos, el Tribunal Constitucional indicó que la celebración del referéndum exige la aprobación del Estado español.

Los acontecimientos en Cataluña después de esa decisión del Tribunal Constitucional se precipitaron. Por resolución 1/XI, del 9 de noviembre de 2015, la mayoría del parlamento de Cataluña proclamó el inicio del proceso de creación de un Estado catalán independiente y se declaró que ese proceso no se supeditaría a las decisiones de las instituciones del Estado español, incluyendo al Tribunal Constitucional, al que se consideró carente de legitimidad y competencia, y se instó al gobierno catalán a cumplir exclusivamente las normas y mandatos emanados del Parlamento catalán.⁴⁴

En enero de 2016 fue elegido nuevo presidente de la Generalitat, Carles Puigdemont, apoyado por las fuerzas más duras del ala independentista. En septiembre de 2017, el Parlamento de Cataluña aprobó dos leyes para convocar a referéndum vinculante y regular la transitoriedad jurídica que iría desde la desconexión de España hasta el funcionamiento pleno de una nueva república. En el proceso, las mayorías independentistas se impusieron a los

⁴³ Perea Unceta, José Antonio, "El secesionismo catalán en el contexto del derecho internacional", *Foro*, Madrid, núm. 2, 2014, pp. 117-155.

⁴⁴ Ferreres Comella, Víctor, "Cataluña y el derecho a decidir", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 461-475.

no independentistas, en violación a procedimientos del propio parlamento de Cataluña y desoyendo al Tribunal Constitucional español, que suspendió ambas leyes.

El 1 de octubre de 2017 se celebró el referéndum en Cataluña, con una participación del 42% de los ciudadanos catalanes y una aprobación de los intervinientes de más del 90% a favor de la independencia. El referéndum fue considerado ilegal por las autoridades españolas, y el día de las votaciones hubo gran represión de las fuerzas de seguridad del Estado en contra de los catalanes que participaron en él. Los días posteriores al referéndum estuvieron marcados por una profunda y grave tensión política y económica en todo el territorio de Cataluña.

En cuanto al gobierno español, éste aplicó el 27 de octubre de 2017 el artículo 155 de la Constitución española —mecanismo de injerencia “federal”— para intervenir el autogobierno catalán, cesar al gobierno de Cataluña, y convocar desde la capital de España a nuevas elecciones autonómicas. Los dirigentes responsables del referéndum y del sector independentista de Cataluña fueron acusados por distintos delitos, entre ellos por el de rebelión. Algunos líderes del gobierno de Cataluña huyeron de su territorio, incluyendo a su presidente, y otros permanecieron en él, en donde fueron detenidos y procesados penalmente.

Las elecciones se celebraron el 21 de diciembre de 2017. El partido ganador fue Ciudadanos —antiindependentista—, aunque la mayoría de los partidos independentistas obtuvieron una mayoría de escaños sin mayoría absoluta de votos —50% más uno—. El conflicto catalán no ha concluido, aunque en el concierto de la Unión Europea y mundial no existe un apoyo abierto a la secesión de Cataluña.

Del proceso de secesión en Cataluña podemos decir que aunque éste se encuentra en *impasse* y algunos lo dan por muerto, lo cierto es que la sociedad catalana sigue dividida y polarizada entre los que se consideran sólo catalanes y los que se aprecian como catalanes y españoles. Los sectores independentistas no han renunciado a sus aspiraciones; el otro sector, llamado “constitucionalista”, busca rediseñar las instituciones catalanas para reducir el impacto político del separatismo. El gobierno central español no cuenta con una estrategia uniforme ni de consenso para responder al problema de Cataluña. Las voces más progresistas en España opinan que con una reforma constitucional que establezca con mayor profundidad el Estado federal podrían atenuarse las aristas más preocupantes del indepen-

dentismo. Adicionalmente, sería deseable que el gobierno español negociara con el gobierno catalán mayores niveles de autogobierno para Cataluña sobre cuestiones de fondo y simbólicas —reforma del Senado, del Tribunal Constitucional, transferencias de mayores recursos, incremento de fondos de redistribución territorial, y más presencia de la lengua catalana— y que buscara alguna vía jurídica para absolver o amnistiar a los líderes independentistas, aunque esto último se vea muy difícil de conseguir.⁴⁵

Las bases históricas de las pretensiones de independencia de Escocia tienen su origen en 1603, al unirse ese territorio que eran parte de un reino independiente a la Gran Bretaña, y con la incorporación formal del mismo a la Gran Bretaña en 1707 —Union Act—. La incorporación al Reino Unido ha significado para Escocia durante siglos un proceso paralelo de exigencia de autogobierno. En el siglo XX, ese proceso de lucha por más competencias hasta el planteamiento de independencia se inició en la década de los setenta del siglo pasado. En el informe Killbrandon de 1973 se proponía la devolución competencial y la elección de un parlamento y gobierno propios sin separarse de Inglaterra. En 1977 se votó en referéndum, sin éxito, la recuperación del parlamento escocés y el incremento de competencias fiscales. Se lograría el autogobierno y la erección del Parlamento escocés hasta 1997. A partir de 2011 algunos partidos y grupos escoceses exigieron la proclamación de la independencia, la que tendría que decidirse mediante referéndum. El gobierno británico accedió a un acuerdo con el gobierno escocés para celebrar el referéndum de 2014.

El caso escocés presenta diferencias importantes con el catalán. Son cuatro las distinciones más sobresalientes: 1) el proceso que llevó al referéndum en Escocia en 2014 fue negociado con el gobierno inglés, en contraste con el unilateralismo catalán; 2) el caso escocés se manifestó siempre respetuoso con el derecho británico; en cambio, en Cataluña se optó por conducir el proceso al margen o en contra del derecho español y sus instituciones; 3) en España, la soberanía reside en todo el pueblo español, según su Constitución; en cambio, en Gran Bretaña la soberanía tiene un carácter compuesto, y 4) sin Cataluña, el proyecto nacional español fracasaría —algo parecido a lo que ocurre en Canadá en relación con Quebec—, en

⁴⁵ El 22 de junio de 2021, el gobierno español indultó a nueve líderes independentistas, pero el indulto los inhabilita para ocupar cargos públicos. Los separatistas consideraron la decisión de indulto como incompleta e insuficiente, e insisten en la amnistía.

cambio, en Gran Bretaña el peso económico y en otros órdenes de Escocia no reviste una esencialidad imprescindible.⁴⁶

Tanto el caso catalán como el escocés son de trascendencia en el derecho internacional contemporáneo, porque el Tratado de la Unión Europea no contiene previsión relativa a la secesión al interior de sus Estados miembros, por lo que en Europa se suele considerar, en general, cualquier proceso de esta naturaleza, una cuestión de derecho constitucional interno.⁴⁷ Lo anterior es así porque en el proceso de integración europea los Estados no tenían previsto el tema de la secesión, y mucho menos que de producirse un fenómeno de este tipo, la Unión Europea tuviera que aceptar automáticamente las consecuencias de la secesión. Sin embargo, algunos consideran que la ausencia de normas implica que la secesión no está prohibida en Europa, y que debe considerarse una opción legítima, y que si se crea un nuevo Estado desmembrado de otro éste debe entrar en automático a la Unión Europea. La realidad de Europa, y los casos de secesión ocurridos en Checoslovaquia o en la antigua Yugoslavia, por citar algunos, demuestran que en la Unión Europea cada hipótesis tiene un tratamiento específico, y que la incorporación del Estado secesionista no se realiza en forma automática a la Unión Europea.⁴⁸ Es decir, los procesos de secesión en la Unión Europea se analizan con gran pragmatismo por las autoridades europeas y por los involucrados en los respectivos procesos.

El caso escocés es ilustrativo, porque el último proceso de secesión planteado se pactó entre Inglaterra y el gobierno escocés, y porque las autoridades escocesas y las fuerzas políticas relevantes en ese territorio pretendían que en caso de votarse la separación se adherirían en automático a la Unión Europea. Como sabemos, el 18 de septiembre de 2014 se celebró el último referéndum para decidir si Escocia debía ser un país independiente del Reino Unido.⁴⁹ El ejercicio de democracia participativa tuvo como pregunta la

⁴⁶ Real Instituto Elcano, *El conflicto independentista en Cataluña*, Madrid, 2019, pp. 31 y 32.

⁴⁷ López Basaguren, Alberto, “La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y derecho”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 69-98.

⁴⁸ Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D.J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2016.

⁴⁹ Crawford, James y Boyle, A., “Scotland Analysis: Devolution and the Implications of Scottish Independence”, UK Government, February 2013, disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/scotland-analysis-devolution-and-the-implications-of-scottish-independence>.

siguiente: “¿Debería Escocia ser un país independiente? Sí o No”—. El resultado del referéndum fue negativo para la secesión, ya que un 53.3% votó en contra de la independencia, habiendo participado el 84.59% de la población escocesa,⁵⁰ por lo que el segundo tema, la incorporación automática de Escocia, posible país independiente, a la Unión Europea, quedó sin materia.

Como el resultado del referéndum de 2014 fue negativo a la separación, no hubo posibilidad para que las autoridades de la Unión Europea se pronunciaran sobre el ingreso automático de Escocia o no a la Unión, y hoy en día, después del Brexit, tal asunto carece de importancia. Para muchos, de haberse dado la independencia de Escocia el procedimiento para ingresar a la Unión Europea no era automático, pues tendría que haberse satisfecho por la vía del artículo 49 del Tratado de la Unión Europea.⁵¹

En Escocia siguen existiendo posturas independentistas que abogan por un nuevo referéndum para plantear la separación de Escocia de Gran Bretaña. Es verdad que con posterioridad al Brexit se ha perdido en buena medida el atractivo del ingreso en automático a la Unión Europea. No obstante, la independencia de Escocia seguirá dependiendo de la actitud de los británicos, de las ventajas o desventajas que los escoceses piensan obtener con esa independencia, y de la voluntad de los ciudadanos de Escocia. Es decir, más allá de razones históricas y del nacionalismo escocés, siempre estará por delante, para cualquier decisión en torno a la separación, la prueba o justificación de conveniencia económico-política que reclamen los escoceses de sus representantes políticos.

Desde la perspectiva del derecho, lo que se puede recomendar es que los procesos de separación se realicen con el beneplácito del Estado predecesor, se decidan democráticamente mediante referéndum, y que se funden en el marco de la legalidad internacional. Ninguna secesión por la fuerza contraria a los derechos humanos o al derecho humanitario debe estar permitida.

⁵⁰ Todos los ciudadanos de la Unión Europea o de la Commonwealth residentes en Escocia de dieciséis años o más podían votar. En total podían votar 4.3 millones de personas. Los escoceses no residentes en Escocia no tenían derecho al voto.

⁵¹ El artículo 49 del Tratado de la Unión Europea regula expresamente el procedimiento de reforma de los tratados exigido para la adhesión a la Unión Europea de un nuevo Estado miembro —procedimiento extraordinario que requiere de aprobación unánime—, mientras que el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea regula los procedimientos de reforma de los tratados en sí mismos, es decir, los procedimientos internos de revisión de los tratados —procedimiento ordinario que reclama aprobación unánime—.

Las lecciones de los casos de Crimea, Cataluña y Escocia nos indican que en el derecho internacional público y en el derecho interno de los Estados hace falta gran claridad sobre la regulación de la secesión y de la autodeterminación de los pueblos. El estado del arte en el que nos encontramos en estas materias estimula que las soluciones que plantea la realidad se decidan caso por caso, y no siempre a través de razones jurídicas, sino por medio de los instrumentos pragmáticos, o más grave aún, basados en el poder, aunque, sin lugar a duda, hemos avanzado en la construcción de un orden jurídico para la secesión respecto a las normas y prácticas del siglo XIX cuando Texas se escindió de México y años después se anexó a los Estados Unidos.

VII. CONCLUSIONES

La secesión de Texas de México y su posterior anexión a Estados Unidos fueron fundamentalmente acontecimientos de hecho, basados tanto en la fuerza militar, como en el poderío económico y diplomático de nuestro vecino del norte. Los cálculos que hicieron las grandes potencias como Estados Unidos, Francia o Gran Bretaña para reconocer a la República de Texas de 1836-1845 fueron geopolíticos y comerciales. Como ya hemos señalado, en el siglo XIX, para el reconocimiento de nuevos Estados bastaba en la práctica internacional, que se demostrara que se contaba con los tres elementos clásicos del Estado, a saber: población, territorio y gobierno. En algunos casos se pedía demostrar eficacia gubernamental y capacidad para entablar relaciones internacionales con otros Estados. El elemento definitorio, tanto para la secesión como para la incorporación a otro Estado, era el respaldo de las grandes potencias a esos procesos a través de la figura del reconocimiento.

En el derecho internacional contemporáneo, por el contrario, no puede darse ni la secesión ni la incorporación a otro Estado sin la voluntad del Estado preexistente. Tampoco esos procesos pueden realizarse jurídicamente si interviene un tercer Estado y hace uso de su poder militar para esos propósitos. Cualquier proceso de secesión e incorporación en el derecho internacional de nuestro tiempo exige respetar la legalidad internacional, los derechos humanos y el derecho humanitario de las personas que conforman las poblaciones. En algunos casos, las decisiones últimas respecto a la separación e incorporación dependen de la expresión de la soberanía popular

de los pueblos involucrados. El derecho internacional tutela el derecho a la integridad plena del territorio de los Estados.

Si juzgamos todo el proceso del establecimiento de la República de Texas y su posterior incorporación a Estados Unidos con los ojos del siglo XIX, el resultado no es positivo, pues esos acontecimientos fueron promovidos ilegítimamente por un tercer Estado —Estados Unidos— para cumplir sus ambiciones territoriales mediante el apoyo de las doctrinas del destino manifiesto y Monroe —la anexión, en palabras de Ulysses Grant, fue producto de una guerra de conquista—. ⁵² Es verdad que los gobiernos mexicanos de la época tuvieron graves responsabilidades históricas, tanto por sus desacertadas políticas de colonización como por el abandono de ese territorio, y por el carácter represivo que ejercieron mediante la intervención militar para sofocar la beligerancia de los colonos anglosajones en Texas.

Con los ojos de ahora —tal como expongo en *La República de Texas (1836-1845). Escisión y anexión*⁵³ de acuerdo con el marco teórico del derecho internacional público de nuestro tiempo, el proceso de secesión y anexión de Texas a Estados Unidos es insostenible, es decir, inválido. Las razones son las siguientes: 1) intervino un tercer Estado mediante el apoyo económico y político a los beligerantes y después militarmente (caso Crimea); 2) no hubo consentimiento del Estado predecesor hasta la firma del Tratado Guadalupe Hidalgo de 1848, y se trató de una aceptación impuesta después de una terrible guerra de conquista; 3) los derechos humanos de la población en Texas no se garantizaron, principalmente respecto de los afrodescendientes, indígenas y la población mexicana —la secesión de México fue en gran parte motivada para salvaguardar la esclavitud en Texas—; 4) no se respetó el principio de integridad del territorio a favor de México; 5) no se cumplieron los extremos de la secesión remedio, puesto que la población texana no era oprimida por el gobierno mexicano; 6) no se trató de una secesión motivada por un proceso de descolonización; 7) pudieron arbitrarse cambios institucionales por parte de México que hubieran impedido la secesión y después la anexión —por ejemplo, reforzar el Estado federal o conceder un estatuto jurídico especial a los colonos anglosajones, en donde por cierto se había ya avanzado por parte de México—; 8) Texas pudo tener

⁵² Grant, Ulysses, *Personal Memoirs*, Charles L. Webster & Company, 1885, vol. I, pp. 54 y 55, 119 y 120.

⁵³ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*

derecho a crear una entidad federativa separada de Coahuila —la secesión y anexión no respetó el derecho interno de México (casos de Cataluña y Escocia)—; 9) la separación no fue consensuada entre México y Texas —caso de Escocia—, y 10) en los procesos de referéndum para la secesión y anexión de Texas no participaron las mujeres ni las personas de origen africano —esclavos y “negros libres”—, e indios.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO ARMIJO, Francisca, “La situación de Crimea: los fundamentos y los límites del derecho internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 43, núm. 1, abril de 2016.
- ARRIOLA WOOG, Enrique, “La anexión de México a los Estados Unidos según Matías Romero, 1888”, *Secuencia. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, México, núm. 9, septiembre-diciembre de 1987.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Acerca de la sucesión de Estados en derecho internacional público”, *Indicador Jurídico*, México, vol. 1, núm. 4, febrero de 1997.
- BELLI TAGLE, Carlos, “¿Existen aún disputas internacionales no-justiciables en virtud de su carácter político? La práctica de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XV, 2015.
- BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La declaración unilateral de independencia de Kosovo a la luz de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 julio 2010 y las declaraciones, opiniones individuales y disidentes a la misma”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Navarra, vol. 26, 2010.
- BOROVKOV, Anatoly, N., “Colonización y anexión de Texas”, *Iberoamérica*, Moscú, núm. 4, 2017.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La República de Texas (1836-1845). Escisión y anexión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.
- CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979. (2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.)

- CRAWFORD, James y BOYLE, A., “Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish Independence”, UK Government, February 2013, disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/scotland-analysis-devolution-and-the-implications-of-scottish-independence>.
- CRUCHAGA, Miguel, *Derecho internacional*, Santiago de Chile, Nacimiento, 1944, t. I.
- ELLIOTT, John H., *Catalanes y escoceses. Unión y discordia*, Barcelona, Taurus, 2018.
- FERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho internacional público. Casos y materiales*, España, Tirant lo Blanch, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo jurídico*, Madrid, Trotta, 2004.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “Cataluña y el derecho a decidir”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016.
- FREEHLING, William W., *The Road to Disunion. Secessionist at Bay 1776-1854*, New York, Oxford University Press, 1990, vol. I.
- FROMEIN, Jochen, “The Reunification of Germany”, *American Journal of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 86, enero de 1992.
- GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis, “Sucesión de Estados en materia de tratados”, *Agenda Internacional*, Perú, vol. 3, núm. 7, 1996.
- GORNIG, Gilbert y RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Creación y extinción de los Estados de acuerdo con derecho internacional”, *Estudios Internacionales*, Chile, núm. 167, 2010.
- GRANT, Ulysses, *Personal Memoirs*, Charles L. Webster & Company, 1885, vol. I.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- LINZ, Juan, *Nación, Estado y lengua*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008 vol. 2.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, “La independencia de Escocia en la Unión Europea. Los efectos de la secesión de territorios en la UE entre política y derecho”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014.

- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gema, “Creación de Estados en el derecho internacional contemporáneo en casos de secesión: efectividad/legalidad”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, España, vol. 23, 2017-2018.
- LÓPEZ MARTÍN, Ana Gema, *El territorio estatal en discusión: la prueba del título*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- ORTEGA TEROL, Juan Miguel, *El desmembramiento de Estados en la Europa de fin de siglo*, España, Tirant lo Blanch, 1999.
- PAGLIARI, Arturo Santiago, “El principio de efectividad en el derecho internacional público”, en REY CARO, E. y RODRÍGUEZ, C. (coords.), *Estudios de derecho Internacional en homenaje a Dra. Zlata Drnas de Clément*, Advocatus, Córdoba, 2014.
- PEÑA Y REYES, Antonio de la, *Algunos documentos sobre el Tratado de Guadalupe y la situación de México durante la invasión americana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1930.
- PEREA UNCETA, José Antonio, *El derecho internacional de secesión*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- PEREA UNCETA, José Antonio, “El secesionismo catalán en el contexto del derecho internacional”, *Foro*, Madrid, núm. 2, 2014.
- PORTILLA GÓMEZ, Juan Manuel, “El devenir histórico y legal de Kosovo”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2012.
- REAL Instituto Elcano, *El conflicto independentista en Cataluña*, Madrid, 2019.
- REMIRO BROTONS, Antonio, y otros, *Derecho Internacional. Tratados y otros documentos*, Madrid, McGraw Hill, 2007.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 31, 2013.
- SÁNCHEZ GRACIA, Luis Rodrigo, *Análisis histórico-jurídico del Tratado de Guadalupe Hidalgo*, México, Escuela Libre de Derecho, 2001.
- STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- TAMAYO ÁLVAREZ, Rafael, “La secesión unilateral de Crimea y el derecho internacional”, *Revista Análisis Internacional*, Bogotá, vol. 5, núm. 1, 2014.

- TESÓN, Fernando, R., *The Theory of Self-Determination*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- VATTEL, Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 3 vols, 1916.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1976.
- VILLEGAS MORENO, Gloria y PORRÚA VENERO, Miguel Ángel (coords.), *Entre el paradigma político y la realidad. La definición del papel de México en el ámbito internacional y los conflictos entre liberales y conservadores*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1997, vol. I, t. 2.
- VITORIA, Francisco de, *Sobre el derecho de la guerra*, Madrid, Tecnos, 1998.

Implicaciones jurídicas de la interrelación entre competencia económica y comercio internacional en Norteamérica

*Legal Implications of the Interrelationship Between Antitrust
and International Trade in North America*

*Implications juridiques de l'interrelation entre le commerce
et la concurrence économique en Amérique du Nord*

Rubén Leal Buenfil*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis de Canadá*. III. *Análisis de Estados Unidos*. IV. *Análisis de México*. V. *Interrelación entre comercio y competencia*. VI. *Discusión de implicaciones jurídicas*. VII. *Bibliografía*.

* Universidad de Monterrey, México, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5355-0098, ruben.lealb@udem.edu.

Artículo recibido el 27 de enero de 2022

Aprobado para publicación el 26 de septiembre de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 463-493
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

RESUMEN: Realizamos un análisis comparativo de las regulaciones de competencia económica y comercio internacional entre México, Estados Unidos y Canadá. Observamos una correlación cuantitativa positiva entre el volumen de comercio regional y la entrada en vigor de legislación de competencia y comercio en Norteamérica. Adicionalmente, utilizamos el método deductivo para identificar las implicaciones jurídicas de la interrelación de las materias en estudio. Concluimos que la regulación comercial debería adoptar un enfoque transversal de competencia para maximizar el bienestar social tanto nacional como regional, en el marco del T-MEC. Además, se sugiere homologar criterios administrativos y judiciales en materia de competencia para hacer de Norteamérica una región económica más predecible en términos legales, reformando legislaciones potenciales distorsionadoras de eficiencias productivas, como la Webb-Pomerene Act de Estados Unidos.

Palabras clave: competencia económica, comercio internacional, Norteamérica, T-MEC.

ABSTRACT: A comparative analysis was used to assess the antitrust and international trade rules between Mexico, the United States and Canada. We observed a positive quantitative correlation between the volume of regional trade and the entry into force of competition and trade legislation in North America. Additionally, we use the deductive method to identify the legal implications of the interrelation of the subjects under study. We conclude that the commercial regulation should adopt a transversal approach to competition to maximize both national and regional social welfare, within the framework of the USMCA. In addition, it is suggested to standardize administrative and judicial criteria in matters of competition to make North America a more predictable economic region in legal terms, reforming potentially distorting legislation of productive efficiencies, such as the Webb-Pomerene Act of the United States.

Key words: North America, antitrust, international trade, USMCA.

RESUME: Nous effectuons une analyse comparative des réglementations de la concurrence économique et du commerce international entre le Mexique, les États-Unis et le Canada. Nous observons une corrélation quantitative positive entre le volume du commerce régional et l'entrée en vigueur de la législation sur la concurrence et le commerce en Amérique du Nord. De plus, nous utilisons la méthode déductive pour identifier les implications juridiques de l'interrelation des sujets à l'étude. Nous concluons que la réglementation commerciale devrait adopter une approche de concurrence croisée pour maximiser le bien-être social national et régional, dans le cadre du T-MEC. En outre, il est suggéré d'uniformiser les critères administratifs et judiciaires en matière de concurrence pour faire de l'Amérique du Nord une région économique plus prévisible sur le plan juridique, en réformant la législation potentiellement faussée de l'efficacité productive, telle que la *Webb-Pomerene Act* des États-Unis.

Mots-clés: Amérique du Nord, concurrence économique, commerce, CUSMA.

I. INTRODUCCIÓN

El marco jurídico que regula las relaciones internacionales en materia de competencia económica y comercio entre los tres países que conforman la región de Norteamérica es el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).¹ Más allá de ser únicamente un tratado comercial, el acuerdo exige que los tres países apliquen regulaciones muy concretas en materia de competencia económica.² Adicionalmente aborda otras materias que no son objeto del presente documento, como la laboral, la ambiental, la energética y la anticorrupción.

Comenzaremos por resaltar que en ambas materias que analizaremos en el presente documento (derecho de la competencia económica y marco jurídico del comercio internacional) el bien jurídico tutelado es el mismo: la defensa de la eficiencia en los mercados. Esto se persigue con el fin de incrementar el bienestar social mediante la reducción de precios al consumidor, mejora en la calidad de los bienes y servicios, mayor inversión y generación de empleos, todo en un marco de competencia efectiva.

El mencionado tratado reconoce la soberanía de cada país para establecer leyes y mecanismos de combate contra las prácticas anticompetitivas, pero también se permite a cada país, aplicar su legislación interna a conductas realizadas en otro país, siempre que se pueda determinar un vínculo de jurisdicción sobre la conducta o sobre quienes las realizan. Sin embargo, existen excepciones que cada país puede interponer a la aplicación de la legislación de competencia. De acuerdo con el T-MEC, estas excepciones deben ser legislativas y tener un fundamento de interés nacional o de política pública.

A cada país se le impone la obligación de, además de contar con su legislación de competencia económica, habilitar agencias gubernamentales encargadas de aplicarla. En este sentido, el tratado requiere a las autoridades domésticas de competencia que brinden un trato no menos favorable a los agentes económicos extranjeros que a los nacionales. México, Estados

¹ Vigente desde 1 de junio de 2020. *USMCA* por sus siglas en inglés en Estados Unidos, y *CUSMA* por sus siglas en inglés en Canadá. Texto completo del T-MEC, disponible en: <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730?state=published>.

² *Ibidem*, p. 21.

Unidos y Canadá se comprometieron a respetar jurisdicciones y atraer casos sólo cuando exista un daño dentro de la actividad económica de su país. De hecho, de manera análoga al principio de comercio internacional “Trato de Nación Más Favorecida”,³ el T-MEC exige equidad procesal en la aplicación de las leyes locales de competencia.

El capítulo 21 del T-MEC tiene como eje rector la protección del consumidor, así como el mantenimiento de mercados eficientes y competitivos en Norteamérica. Con ello, se pretende mejorar el bienestar de los ciudadanos de los países firmantes. Para lograr este objetivo, adicionalmente a las leyes de competencia, cada país se obliga a contar con legislación vigente de protección al consumidor, para evitar y sancionar prácticas comerciales fraudulentas o que induzcan al error.

Resulta importante remarcar la importancia que recíprocamente tienen los tres países entre ellos. Desde febrero de 2021, México recuperó el puesto de principal socio comercial de Estados Unidos, posición que había perdido frente a China. Del total del comercio exterior estadounidense en dicho mes, México tuvo una participación del 15.3%, y China, del 13.7%. Adicionalmente, en marzo de 2021 el comercio exterior total entre México y Estados Unidos llegó a su mayor nivel histórico, con 56,908 millones de dólares americanos.⁴

Asimismo, la relación comercial entre México y Canadá ha crecido de manera constante desde la década de los noventa. En 2021 el comercio bilateral de mercancías superó los 30,000 millones de dólares americanos. México es el tercer socio comercial más importante para Canadá, después de Estados Unidos y China. La inversión extranjera directa canadiense en México superó los 18,000 millones de dólares americanos durante 2021.⁵ Por su parte, Canadá ha sido tradicionalmente el principal mercado donde Estados Unidos coloca sus exportaciones. El comercio de mercancías entre

³ Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), p. 306, enero de 1995, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf.

⁴ Departamento de Comercio de Estados Unidos, 2021, “*Economic indicators: Data and reports*”, disponible en: <https://www.commerce.gov/data-and-reports/economic-indicators>.

⁵ Gobierno de Canadá. Relaciones México-Canadá. Consultado el 24 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.international.gc.ca/country-pays/mexico-mexique/relations.aspx?lang=spa#a2>.

Estados Unidos y Canadá totalizó 763 billones de dólares americanos en 2021.⁶

Como hemos mencionado, en el T-MEC, México, Estados Unidos y Canadá acordaron, además de reglas para el intercambio comercial, cooperar en materia de protección a la competencia. Adicionalmente a ello, existen correlaciones entre la regulación comercial y de competencia, que se pueden deducir de las regulaciones, políticas, sanciones y flujos comerciales entre ambos países. El presente documento de investigación busca identificar las interrelaciones existentes entre la actividad comercial y de competencia entre ambos países. Tras estudiar dichas interrelaciones y sus alcances, se discutirán sus implicaciones jurídicas, a fin de robustecer las capacidades institucionales de los gobiernos nacionales, en beneficio de sus ciudadanos.

A continuación, analizaremos los antecedentes de la competencia en la región de América del Norte, analizando particularmente los casos mexicano, estadounidense y canadiense. Posteriormente, utilizaremos el método deductivo con enfoque cualitativo para puntualizar las interrelaciones que existen entre la regulación de competencia y comercial entre ambos países. Establecer estas correspondencias nos permitirá, en la última sección del documento, realizar una discusión de las implicaciones jurídicas y su alineación con el bienestar social.

II. ANÁLISIS DE CANADÁ

Con objeto de comprender las interrelaciones regulatorias en materia de competencia económica y comercio en Norteamérica, necesitamos primero establecer las corrientes conceptuales y aplicaciones jurídicas recientes en cada país. Para efectos del presente documento, no abordaremos los fundamentos económicos que justifican las normas jurídicas en materia de competencia ni la necesidad de la actividad reguladora del Estado en la

⁶ Departamento de Comercio de Estados Unidos. Administración de Comercio Internacional. Consultado el 24 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.trade.gov/knowledge-product/canada-market-overview>.

economía, pues este marco teórico sobrepasa los alcances de la presente investigación.⁷

En 1889, Canadá fue el primer país del mundo que prohibió los acuerdos colusorios dentro de su economía, mediante la promulgación de restricciones en materia de competencia económica.⁸ Un año después, Estados Unidos reguló la competencia mediante la Sherman Antitrust Act,⁹ que aún se encuentra vigente. Estos países norteamericanos fueron los primeros en sancionar los monopolios y las limitaciones a los flujos comerciales, en el entendido del daño que hacen no sólo al libre mercado, sino a la sociedad en su conjunto.¹⁰

Actualmente la competencia económica en Canadá se rige por cuatro leyes: Competition Act, Consumer Packaging and Labelling Act (con excepción de los productos comestibles), Textile Labelling Act y la Precious Metals Marking Act.¹¹ La primera de ellas contiene provisiones criminales y civiles encaminadas a prevenir las conductas anticompetitivas en los mercados, similares a las aplicadas en México y Estados Unidos. La segunda, la tercera y la cuarta ley requieren que los productos empaquetados al consumidor, los textiles y los metales contengan información verídica y significativa sobre su contenido, de forma que permitan tomar decisiones de compra bien informadas.

Por su parte, el Buró de Competencia de Canadá¹² es una agencia gubernamental que promueve el cumplimiento de las leyes antes mencionadas, con el propósito de proteger a los consumidores y trabajadores canadienses, así como promover mercados competitivos e innovadores. En contraposición con Estados Unidos y México, que tienen autoridades especializadas en

⁷ Para revisar los fundamentos económicos de las normas en materia de competencia, tanto en México como en Estados Unidos, se sugiere ver Leal, Rubén, *Competencia económica y comercio internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2021.

⁸ Formalmente denominada *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, pero era más comúnmente denominada *Anti-Combines Act*.

⁹ Sherman Anti-Trust Act. 1890, 15 USC §1, Portal del gobierno de Estados Unidos, disponible en: <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=51>.

¹⁰ Stanford, J. S., "The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad", *Cornell International Law Journal*, vol. 11, 1978.

¹¹ Gobierno de Canadá, *Competition Bureau Canadá*, Nuestro mandato, disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/00020.html>.

¹² Buró de Competencia de Canadá, nuestra organización, cómo fomentamos la competencia, disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00125.html.

normas de etiquetado y publicidad engañosa,¹³ el Buró de Competencia de Canadá se encarga de investigar y sancionar la publicidad engañosa, los acuerdos ilegales que limitan la competencia, el abuso de la posición dominante de mercado. Además, revisa las solicitudes de concentraciones de mercado entre agentes económicos para autorizar o negar su fusión. Esto lo hace la Cofece en México y la FTC en Estados Unidos.

Estados Unidos y Canadá sirvieron de inspiración o, en opinión del autor de este documento, presión, para que México redactara el artículo 28 constitucional en 1917. Sin embargo, ésta fue una disposición legal sin aplicación práctica hasta 1992, ante la ausencia de legislación secundaria que le diera vida jurídica a instituciones que procuraran la libre competencia. A principios de la década de 1990, no es que estuviera en la agenda del Estado mexicano la promoción de legislación, instituciones y política de competencia; más bien, dentro de las negociaciones del extinto Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), uno de los requisitos que se sostuvieron fue que los tres países, antes de abrir mutuamente sus mercados, tuvieran protecciones a la inversión extranjera y vigilancia de una efectiva competencia económica.

Con la intención de tener una regulación simétrica con Canadá y Estados Unidos, en 1993 se promulgó en México la primera ley en materia de competencia económica, más por presión internacional para la firma del TLCAN que por el impulso del legislador mexicano. Era necesario, en aquel entonces, que Estados Unidos y Canadá protegieran a sus mercados y connacionales de las amenazas monopólicas extranjeras. El único mecanismo que tenían era demandar que existieran leyes e instituciones que los protegieran en los países donde colocarían sus productos y servicios libres de aranceles, además de que, en sentido inverso, los monopolios extranjeros podrían entrar a sus mercados domésticos sin restricciones al abrir el comercio internacional.

De acuerdo con Pérez Motta,¹⁴ el marco legal mexicano en materia de competencia, influenciado por sus vecinos del norte, ha evolucionado

¹³ En México, la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) y en Estados Unidos la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés).

¹⁴ “Competencia: Motor de crecimiento económico incluyente”, Cofece, 2018, p. 7, disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/Memoria-Competencia-Motor-de-crecimiento-incluyente-.pdf#pdf>.

de manera orgánica para adaptarse a un entorno económico en constante cambio. Esta evolución la podemos dividir en tres etapas: la primera fueron los primeros diez años, considerada una etapa de aprendizaje; la segunda fueron los siguientes diez años, donde se fortaleció la política de competencia, y, finalmente, una tercera etapa, correspondiente a los años posteriores a la reforma constitucional de 2013, donde se consolidó la política de competencia como una política del Estado mexicano.

A continuación, analizaremos, primero de manera aislada y luego de forma interrelacionada, los casos estadounidense y mexicano, conforme a su aparición cronológica. Extraeremos conclusiones lógicas de las proposiciones que iremos estableciendo en los siguientes dos apartados para cada país en contraste con los otros bajo análisis. Partiremos de tratados internacionales, leyes nacionales, políticas domésticas, autoridades legales y casos recientes, para llegar a deducir las interrelaciones particulares.

III. ANÁLISIS DE ESTADOS UNIDOS

El país donde mayor discusión académica y actividad antimonopolio ha habido en el mundo es Estados Unidos. Siguiendo a Ten Kate en su repaso histórico, es posible percatarnos de la riqueza académica de los debates y discusiones estadounidenses.¹⁵ Inician en 1890, con la promulgación de la Sherman Anti-Trust Act. En ella, se combatían los fideicomisos¹⁶ que tenían como finalidad unir agentes económicos que eran competidores entre sí, para después dividir las utilidades entre los tenedores de acciones. Asimismo, esta legislación declaró ilegal la figura de monopolio y toda restricción al comercio dentro de Estados Unidos.

Las normas de competencia estadounidenses están redactadas de manera muy concisa y general, para que sean los jueces quienes las interpreten. Esto les da relativamente poca certeza a las empresas para poder cumplir con la regulación. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la Sherman Antitrust Act fue criticada debido a que, según su redacción, prácticamente

¹⁵ Ten Kate, Adriaan, “La eficiencia económica en el análisis de competencia”, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, 2004.

¹⁶ De ahí el término *anti-trust* para denotar actividad antimonopolios o anticompetitiva, que se puede traducir literalmente como antifideicomiso.

todos los contratos comerciales restringían de alguna manera el comercio.¹⁷ Es decir, cuando una empresa intentaba legítimamente prevalecer sobre su competencia, al mismo tiempo podía infringir la norma genérica.

Sin embargo, la interpretación judicial evitó que la legislación prohibiera también los contratos que tuvieran la capacidad de crear eficiencias económicas que benefician al consumidor y a la sociedad en su conjunto.¹⁸ Los ministros de la Suprema Corte argumentaron que algunos contratos eran necesarios para darle viabilidad al comercio, aun cuando eliminaran una parte de la competencia entre los involucrados. De acuerdo con Hazlett, prohibir todos los contratos que restringieran el comercio equivaldría a establecer que no debería haber comercio.¹⁹ De hecho, la Sherman Antitrust Act permite a las personas o empresas que sufrieran pérdidas derivadas de las prácticas competitivas, reclamar daños y perjuicios ante los tribunales federales.

En 1899, en el caso *Addyston*²⁰ la Suprema Corte de Estados Unidos estableció una distinción entre restricciones abiertas (acuerdos que únicamente tienen como objetivo restringir la competencia) y restricciones colaterales (acuerdos donde la restricción a la competencia es un objetivo subordinado a otros objetivos legítimos de negocio). Las resoluciones de la Suprema Corte reconocen que los contratos que restringen el comercio al mismo tiempo pueden crear eficiencias por economías de escala.

La conclusión de la Suprema Corte fue que el propósito de la Sherman Antitrust Act no era prohibir todos los contratos que restringieran el comercio *per se*, sino solamente prohibir los que tenían como único propósito la restricción del comercio en términos de la libre competencia. Sin embargo, como no siempre se podían cuantificar las eficiencias que derivaban de las restricciones al comercio o concentraciones, la política de competencia de Estados Unidos se fue endureciendo desde 1898 hasta 1968, cuando la División *Antitrust* del Departamento de Justicia de Estados Unidos emitió

¹⁷ Berge, Wendell, "Problems of Enforcement and Interpretation of the Sherman Act", *The American Economic Review*, vol. 38, núm. 2, 1948, pp. 172-181.

¹⁸ Véase caso *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 1898, Librería del Congreso de Estados Unidos, disponible en: <https://www.loc.gov/item/usrep171505/>.

¹⁹ Thomas, "The Legislative History of the Sherman Act Re-Examined", *Economic inquiry*, vol. 30, núm. 2, 1992, pp. 263-276.

²⁰ *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/211/>.

un esquema teórico para evaluar los efectos de eficiencia en las concentraciones de mercado.

En 1914, el Congreso de Estados Unidos emitió la denominada Clayton Act²¹ para robustecer la legislación antimonopólica de la Sherman Act. Mientras esta última prohibía cualquier práctica colusoria que restringiera el comercio, prohibiendo la fijación de precios y los cárteles económicos, la Clayton Act restringía las conductas que “sustancialmente disminuyeran la competencia”²² como las concentraciones vía fusiones o adquisiciones, para quienes fijó un sistema de notificación previo, similar al que prevalece hoy en México según el capítulo VI de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).²³

Décadas más tarde, desde la Universidad de Chicago, Robert Bork publicó un libro severamente crítico de la política de competencia estadounidense hasta ese momento. El libro, que propició un intenso debate entre académicos y autoridades, describe cómo la política de competencia de Estados Unidos, en su afán de proteger rigurosamente la competencia, se había convertido con el paso del tiempo en un obstáculo para el crecimiento económico y un enemigo de los consumidores.²⁴ Lo anterior, dado que inhibía la actividad económica y no se permitía que se alcanzaran economías de escala mediante las fusiones de empresas.

Como una solución para facilitar que se considere la generación de eficiencias dentro del marco de interpretación de la legislación estadounidense vigente, Bork propuso abandonar la interpretación de la competencia como un proceso de rivalidad, y en su lugar definirlo como un escenario en que el bienestar del consumidor es el principal objetivo de la política pública.²⁵ En otras palabras, liga los conceptos de competencia y maximización del bienestar del consumidor. Ya no se debía procurar la competencia en sí misma, sino que se debe procurar el bienestar del consumidor.

²¹ *Clayton Act*, 1914, 15 USC §12 (Estados Unidos), disponible en: <https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/clayton-act>.

²² *Idem*.

²³ Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 2014, México, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_270117.pdf.

²⁴ Bork, Robert, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, Basic Books, 1978.

²⁵ *Idem*.

Este debate académico, que inició con Williamson (1969), terminó por denominarse la Escuela de Chicago y fue la semilla para que la política de competencia en Estados Unidos diera un giro a partir de la década de los ochenta,²⁶ cuando fue mucho más permisiva de las operaciones mercantiles que restringen la competencia, si es que generaban eficiencias económicas.²⁷ De hecho, prácticamente todas las concentraciones verticales (es decir, dentro de la cadena productiva y no entre competidores) fueron aprobadas en la década de los ochenta.²⁸

Según este nuevo paradigma en la política *antitrust* estadounidense, las restricciones al comercio en los contratos regularmente eran incompatibles con el objetivo primordial de todas las empresas: la maximización de sus utilidades. Es decir, que las restricciones al comercio se realizaban por consideraciones de eficiencia económica y no para dañar el ambiente de competencia. Esta nueva actitud permisiva de la autoridad reguladora suponía que el daño ocasionado por intervenir en los mercados cuando no era necesario es mayor que el daño que resultaría por no intervenir cuando sí fuera necesario.²⁹

Sin embargo, esta tendencia duró muy poco. En la década de los noventa, la rigurosidad de la política de competencia en Estados Unidos resurgió, de la mano de la escuela de pensamiento denominada “Post-Chicago”.³⁰ Esta escuela sostenía, al contrario de la Escuela de Chicago, en que se fundamentó la política de la década de los ochenta, que las intenciones anticompetitivas en los contratos restrictivos del comercio podían ser racionales bajo ciertas circunstancias. Es decir, que sí existe materia para reputar cierto tipo

²⁶ Stucke, Maurice y Ezechiel, Ariel, “The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement”, *Harvard Business Review*, 15 de diciembre de 2017, disponible en: <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>.

²⁷ Sawyer, Laura, “US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective”, *Harvard Business School*, 2019, pp. 19-110.

²⁸ Audretsch, David, “Antitrust Policy in the 1980s and Beyond”, *Review of Industrial Organization*, vol. 5, núm. 2, 1990, pp. 155-158.

²⁹ Hovenkamp, Herbert y Scott, Fiona, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 168, núm. 7, 2020, pp. 1843-1877; p. 1865.

³⁰ Hovenkamp, Herbert, “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 84, núm. 2, 1985, pp. 213-284.

de contratos de anticompetitivos cuando no puedan demostrar eficiencias explícitas.³¹

En resumen, antes de la Escuela de Chicago los contratos con algún aspecto anticompetitivo se sancionaban prácticamente en automático. Durante la década de los ochenta, bajo los postulados de la Escuela de Chicago, se permitieron ampliamente las concentraciones verticales. Pero desde la década de los noventa, siguiendo la filosofía de la Escuela Post-Chicago, ahora se analizan particularmente las eficiencias involucradas que los contratos generan, y se investiga su efecto en el bienestar social, el cual se entiende como la suma del bienestar del consumidor y del productor.³²

Este nuevo estándar de medición dio origen a lo que hoy conocemos como la “regla de la razón”. Mientras que anteriormente, la prohibición de una conducta la volvía ilegal por la conducta misma, ahora, bajo la regla de la razón, una conducta no es ilegal por lo que se hace, sino por los efectos que tiene.³³ Esto contrasta con la legislación mexicana, donde las prácticas monopólicas absolutas están prohibidas *per se*. Es decir, el simple hecho de que se incurra en la conducta es suficiente para su ilegalidad, No así las prácticas monopólicas relativas, que se sancionan según los efectos que causan en el mercado, igual que sucede en la legislación canadiense.

Administrar una prohibición *per se* es mucho más sencillo que la regla de la razón. Para aplicar la prohibición *per se* únicamente hay que probar la comisión de la conducta, pero para aplicar la regla de la razón es necesario calcular los efectos de la conducta, y estos cálculos siempre son debatibles. Bajo la regla de la razón, una conducta se evalúa por sus efectos en favor y en contra de la competencia. Cuando los efectos a favor de la competencia son mayores que los efectos en su contra, la conducta se considera legal.³⁴

La siguiente discusión se centró en la definición del indicador de referencia de bienestar, que habría que tener claro para diferenciar los efectos

³¹ Hovenkamp, Herbert, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *Columbia Business Law Review*, Columbia, vol. 257, 2001, pp. 257-336.

³² Cucinotta, Antonio *et al.*, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Elgar Publishing, 2002.

³³ Loevinger, Lee, “The Rule of Reason in Antitrust Law”, *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 50, núm. 1, 1964, pp. 23-46.

³⁴ Yvon, Anne-Marie, “Settlements between Brand and Generic Pharmaceutical Companies: A Reasonable Antitrust Analysis of Reverse Payments”, *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007, pp. 1883-1897.

anticompetitivos de los efectos que generan eficiencias. En este debate académico, identificaron tres grupos: los partidarios del bienestar-consumidor (que sólo toma el excedente de consumidor como referencia en el análisis), los del bienestar-precio (que sólo autoriza las conductas que tengan como resultado una disminución en los precios), y los del bienestar-social (que utiliza la suma del excedente del consumidor y del productor).³⁵ La Escuela de Chicago sostenía el paradigma de bienestar-consumidor, mientras la Escuela Post Chicago postulaba el paradigma de bienestar social.³⁶

El estándar de bienestar que imperó, y sigue vigente hasta 2022, es el de bienestar social. De hecho, es el estándar que se aplica también en México y Canadá. Dicho estándar toma las utilidades de los productores como una parte igual de importante que el beneficio otorgado a los consumidores. Los efectos anticompetitivos, como mayores precios, y los efectos competitivos, como los ahorros en costos, en teoría, pueden contabilizarse directamente en este estándar de bienestar social.

Hovenkamp hace un análisis de los temas de interés recientes en Estados Unidos. Adicionalmente, es importante notar que durante los últimos diez años la persecución de las infracciones a la regulación de competencia en Estados Unidos ha tenido altibajos importantes.³⁷ Según datos del Departamento de Justicia de Estados Unidos, División *Antitrust*, desde 2015 ha habido un relajamiento de la política de combate a los monopolios y prácticas anticompetitivas en Estados Unidos. En promedio, tanto el total de casos judicializados como el monto de las multas impuestas se desplomaron a partir de 2016, en coincidencia con una política comercial más restrictiva aplicada por la administración de Donald Trump. El promedio de casos judicializados y multas totales entre 2012 y 2014 es superior a tres veces al registrado entre 2016 y 2018.³⁸

³⁵ Kobayashi, Bruce y Muris, Timothy, “Chicago, Post-Chicago, and beyond: Time to Let Go of the 20th Century”, *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012, pp. 505-526.

³⁶ Hovenkamp, Herbert, “Antitrust Policy...”, *cit.*

³⁷ Hovenkamp, Herbert, “The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond”, *Iowa Law Review Bulletin*, Iowa, vol. 95, 2010, pp. 55-66; véase pp. 55-64.

³⁸ Departamento de Justicia de Estados Unidos, División *Antitrust*. Consultado en enero de 2022, disponible en: <https://www.justice.gov/atr/antitrust-case-filings-alpha>.

IV. ANÁLISIS DE MÉXICO

En México, el origen y desarrollo de las leyes y políticas de competencia ha estado profundamente relacionado con la evolución de la política de comercio exterior. No fue el estudio de los afectos adversos que tienen las conductas anticompetitivas sobre la eficiencia o el bienestar de la sociedad, como ocurrió en Canadá y Estados Unidos, lo que le dio origen. Tampoco fue la búsqueda de mecanismos para evitar un conflicto bélico, como lo fue en Europa. En México fue la política comercial la que influyó, por presión externa, para iniciar las regulaciones en materia de competencia.³⁹

Con anterioridad a la década de los ochenta, la economía mexicana se distinguió por estar aislada del comercio internacional, implementando una política de industrialización vía sustitución de importaciones. Según explica Romero, este esquema buscaba evitar la entrada de productos de otros países para fomentar la producción nacional de los mismos.⁴⁰ Con ello, según la lógica de esta política de sustitución de importaciones, se industrializaría el país y se crearía riqueza. Si en México se podían hacer bicicletas, entonces no se debían importar bicicletas, y, de esta forma, fomentar el desarrollo de la industria nacional de bicicletas. Éste era el argumento de los partidarios de este modelo.

Este proteccionismo comercial, de acuerdo con Anaya, condujo a un periodo de muy escasa competencia económica en México.⁴¹ Las empresas nacionales tenían un enfoque local. No tenían incentivos para exportar ni competir con el exterior, dado que el mercado nacional lo tenían cautivo en exclusiva. De manera simultánea, las empresas propiedad del gobierno crecieron en cantidad y tamaño, pues se buscaba, como política nacional, una mayor participación gubernamental en la economía para regularla. Estas políticas comerciales sacrificaron la eficiencia productiva con fines indus-

³⁹ Leal, Rubén, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ Romero, José, “Sustitución de importaciones y apertura comercial: Resultados para México”, en Puyana, Alicia (coord.), *La integración económica y la globalización: nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano*, Flasco, 2003.

⁴¹ Anaya Jorge et al., “Evolución del derecho de la competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 126, 2009, pp. 1169-1200.

trializadores⁴² y fueron caldo de cultivo para el desarrollo de la “economía del compadrazgo”.⁴³

Fue en la década de los ochenta cuando el modelo económico cambió, con la llegada al gobierno federal de políticas liberales, y se comenzó a migrar hacia el libre mercado,⁴⁴ convergiendo con el modelo económico liberal de Estados Unidos y Canadá. Primero hubo cambios en el marco legal, privatizando empresas públicas y fortaleciendo las capacidades supervisoras del gobierno en la economía, en sustitución de las capacidades participativas.⁴⁵ Los ejemplos más representativos fueron las privatizaciones de la banca y telefonía, pero no fueron los únicos. Las privatizaciones de empresas públicas y las adecuaciones normativas a favor del libre mercado fueron la regla en la década de los ochenta y noventa.⁴⁶

Desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917, en su artículo 28 ya se prohibían los monopolios. Sin embargo, ésta fue letra muerta durante 75 años.⁴⁷ En general, este artículo, además de prohibir los monopolios, creaba excepciones monopólicas en favor de las actividades del Estado en ciertas áreas que consideraba estratégicas. No fue sino hasta 1983, cuando una reforma constitucional al artículo 28 extendió la prohibición también a las conductas monopólicas de particulares. Pero el primer gran salto cuantitativo hacia la competencia ocurrió en 1993 con la promulgación de la Ley Federal de Competencia y posteriormente en 2014 con la LFCE.

En los tratados internacionales, México ha acordado mecanismos de cooperación y asistencia en procedimientos relativos a la materia de competencia.⁴⁸ Sin embargo, hasta ahora en Norteamérica no se ha acordado

⁴² Leal, Rubén, *op. cit.*, p. 67.

⁴³ Haber, Stephen, *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America: Theory and Evidence*, Stanford, Hoover Institute Press, Stanford University, 2002, p. 127.

⁴⁴ Witker, Jorge y Varela, Angelica, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

⁴⁵ Sacristán, Emilio, “Las privatizaciones en México”, *Economía UNAM*, vol. 3, núm. 9, 2006, p. 56.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁷ Leal, Rubén, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸ Véase el artículo 21-3 del T-MEC, y sus implicaciones en materia comercial y de competencia, disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465803/21ESPPoliticaDeCompetencia.pdf>.

crear una autoridad supranacional que pueda emitir recomendaciones o sanciones, como lo es la Comisión Europea en aquel continente. Con ello, la región norteamericana se ha limitado a tener cooperación asistencial en la materia, y, en pocas ocasiones, coordinación de posturas aisladas. Actualmente, México tiene disposiciones referentes a competencia en los tratados celebrados tanto con la Unión Europea como con Japón, Corea del Sur y Chile,⁴⁹ además del T-MEC.

México adoptó parcialmente, desde su legislación y jurisprudencia, la regla de la razón para evaluar y sancionar conductas anticompetitivas.⁵⁰ Sin embargo, la regla de la razón no es un concepto bien establecido ni totalmente delimitado. Mas bien se encuentra en una continua evolución tanto en Estados Unidos y Canadá, como en México. Conforme se van solucionando casos cada vez más complejos, se va afinando la regla y los criterios con que se evalúan los efectos de las conductas en cada país. Los alcances de esta discusión llegaron hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵¹ en México, donde se clarificó cómo la regla de la razón aplica para las prácticas monopólicas relativas, pero no se extiende hasta las prácticas monopólicas absolutas, donde se aplica la regla *per se* y no la regla de la razón.

PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LAS PROHÍBE NO SÓLO CUANDO ESA CONDUCTA TENGA POR OBJETO EL ALZA DE PRECIOS. [AMPARO EN REVISIÓN 839/2014].

Bajo la conceptualización moderna de la regla de la razón, la eficiencia generada por una conducta se toma como una justificación para su realización. Desde esta óptica, las eficiencias favorecen la legalidad de la conducta. Existen estudios que argumentan a favor de contabilizar las eficiencias

⁴⁹ Gobierno de México, “Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México”, 2015, disponible en: <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico>.

⁵⁰ García, Luis Gerardo *et al.*, “Mexico: New Antitrust Authorities and a New Federal Economic Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, 2015, pp. 42-47.

⁵¹ Tesis [A.]: 2a. X/2016, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2016. Reg. digital: 26493.

de mercado para justificar la legalidad de ciertas prácticas monopólicas.⁵² Estos criterios no son homogéneos entre Estados Unidos, Canadá y México porque, en principio, sus legislaciones tienen diferentes concepciones, principalmente por la diferencia entre el derecho civil mexicano y el *common law* estadounidense y canadiense.⁵³

Particularmente, en México se utiliza una mezcla de criterios: las prácticas monopólicas absolutas, como se tipifican en el Código Penal Federal (CPF)⁵⁴ vigente y en la en la LFCE,⁵⁵ se sancionan por su mera comisión, mientras que para las prácticas monopólicas relativas y las concentraciones ilícitas se utiliza una especie de regla de la razón, adecuada al caso mexicano, como se puede observar en el artículo 55 de la LFCE.⁵⁶

Uno de esos criterios, que se replicó en México del caso estadounidense, es el análisis de prácticas monopólicas relativas, a partir de su poder de mercado. En general, cuando una empresa que no tiene poder de mercado incurre en alguna práctica anticompetitiva, es poco probable que esa conducta tenga efectos anticompetitivos considerables. La tradición mexicana de competencia económica es relativamente reciente, comparada con la precursora Canadá, pero con una profunda evolución en los últimos años.⁵⁷ Las intersecciones del derecho de la competencia económica con el marco jurídico del comercio internacional se analizarán con detenimiento en el siguiente apartado.

⁵² Ross, Tomas y Winter, Ralph, "The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, núm. 2, 2005, pp. 471-503, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40843631>. Ver también: Renckens, An, "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense", *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 3, núm. 2, 2007, pp. 149-179.

⁵³ El Banco Mundial, "Características Claves entre los Sistemas de *Common Law* y Derecho Civil", 2021, disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/caracteristicas-claves-entre-los-sistemas-de-common-law-y-derecho-civil>, Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, ¿"What is the Difference Between Common Law and Civil Law?", 2014, disponible en: <https://onlinelaw.wustl.edu/blog/common-law-vs-civil-law/>.

⁵⁴ Código Penal Federal, artículo 254 bis, p. 97.

⁵⁵ Ley Federal de Competencia Económica, artículo 53, p. 25.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 26

⁵⁷ López-Velarde, Alejandro, "The Application of the Antitrust Law Under the New Rules of the Oil and Gas Industry in Mexico", *Energy Law Journal*, vol. 38, núm. 1, 2017, pp. 95-113.

V. INTERRELACIÓN ENTRE COMERCIO Y COMPETENCIA

Como revisamos en las secciones anteriores, las regulaciones, políticas e interpretaciones del derecho de la competencia económica entre México, Estados Unidos y Canadá se encuentran relacionadas las unas con las otras. Esta correlación no estriba únicamente en su desarrollo vinculado desde la década de los noventa, a partir del extinto TLCAN, sino que va más allá, y parte de su espíritu y conceptualización como política de Estado.

En determinadas ocasiones, las regulaciones y políticas gubernamentales generan barreras a la competencia económica.⁵⁸ De manera análoga, las barreras al libre comercio también surgen de la legislación y políticas de Estado. Tanto las barreras a la libre competencia como las restricciones al libre comercio distorsionan la eficiencia en los mercados y reducen el bienestar social en los países involucrados, según hemos argumentado en este documento de investigación.

Las ineficiencias de mercado comúnmente aumentan precios y limitan la producción, disminuyendo el bienestar de los consumidores y provocando pérdidas sociales.⁵⁹ Estas ineficiencias pueden originarse de dos fuentes: 1) conductas realizadas en el mercado interno perseguidas por la autoridad de competencia económica o 2) conductas realizadas en los mercados internacionales que, por la integración productiva, permiten el ingreso de mercancías al mercado nacional.

Desde esta perspectiva, y ante economías nacionales cada vez más integradas y vinculadas por el T-MEC, debemos considerar en paralelo tanto la política comercial como la política de competencia para defender el bienestar social. Esto es válido tanto para los tres países en lo individual, cuanto más en su conjunto para la región norteamericana, dada su vinculación e interdependencia económica. De acuerdo con la Organización Mundial del Comercio (OMC), el principal destino de las exportaciones mexicanas es Estados Unidos, y el principal destino de las exportaciones estadounidenses

⁵⁸ Bhattacharyya Anjana *et al.*, “Government Interventions, Market Imperfections, and Technical Inefficiency in a Mixed Economy: A Case Study of Indian Agriculture”, *Journal of Comparative Economics*, vol. 22, núm. 3, 1996, pp. 219-241.

⁵⁹ Stout, Lynn, “The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance”, *Journal of Corporation Law*, vol. 28, núm. 4, 2003, p. 627.

es Canadá. De hecho, el 78% del comercio de mercancías entre estos países se integra a la cadena productiva de sus vecinos.⁶⁰

Existe evidencia que señala que son los mismos productores con poder sustancial de mercado en su país de origen los que pueden ejercer tácticas depredadoras de precios en los mercados extranjeros cuando exportan sus productos.⁶¹ Tal es el caso de la sosa cáustica estadounidense, que fue sancionada por *dumping* en México, resultando en la imposición de cuotas compensatorias.⁶² En principio, el exportador de sosa cáustica tenía una posición dominante, casi monopólica, en el mercado nacional de Estados Unidos, de tal forma que su poder de mercado en ese país le permitió también distorsionar el mercado mexicano.

La interrelación entre las regulaciones y las políticas de competencia entre ambos países queda explícita en el artículo 86 de la Ley de Comercio Exterior⁶³ (LCE) de México, donde al hablar de los procedimientos para el establecimiento de medidas de salvaguarda, establece que si la Secretaría de Economía: “considera que existen elementos que le permitan suponer que alguna de las partes realizó prácticas monopólicas sancionadas en los términos de la ley de la materia [LFCE], dará vista a la autoridad competente”.

Es decir, se vinculan las medidas de protección comercial con las medidas correctivas en materia de competencia para el mercado local. Lo interesante es que esta vinculación se realiza desde la legislación comercial y no desde la regulación de competencia económica. Sin embargo, los capítulos 21 y 27 del T-MEC dan una visión más clara de la correlación entre comercio y competencia. A continuación, utilizaremos el método analítico para comprender los alcances de esta interrelación.

El desempeño comercial histórico puede analizarse de manera cuantitativa, enmarcándolo en los hitos de la regulación de competencia econó-

⁶⁰ Organización Mundial del Comercio, “World Trade Organization data for 2019”, 2020, disponible en: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2020_e/wts20_toc_e.htm.

⁶¹ Sokol, Daniel, “Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age”, *Berkeley Business Law Journal*, vol. 4, núm. 1, 2007, pp. 37-64.

⁶² Secretaría de Economía (2020). Resolución de vigencia de la cuota compensatoria impuesta a las importaciones de sosa cáustica líquida originarias de los Estados Unidos de América, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de julio de 2020, Expediente administrativo E. C. 16/20 (México).

⁶³ Ley de Comercio Exterior (LCE), *Diario Oficial de la Federación*, 27 de junio de 1993, México, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/28.pdf>.

mica. A partir de 1993, cuando México promulgó su primera legislación secundaria en materia de competencia económica, y que, paralelamente, entró en vigor el TLCAN, se pueden observar cambios significativos en sus indicadores cuantitativos de comercio exterior con Estados Unidos, como se puede apreciar en la tabla 1.

TABLA 1. EVOLUCIÓN DEL COMERCIO ENTRE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TLCAN Y LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA MEXICANA

	1993	2000	2005	2010	2015	2020
	Inicia TLCAN	Posibles efectos	Posibles efectos	Posibles efectos	Nueva LFCE	Inicia T-MEC
Exportaciones de México a Estados Unidos	42,912	147,400	183,563	238,684	308,870	338,701
Importaciones de México desde Estados Unidos	45,295	127,534	118,547	145,007	186,812	167,762
Balanza comercial	-2,383	19,866	65,016	93,677	122,057	170,939

FUENTE: elaboración propia con datos de la Secretaría de Economía y del Banco de México.

En la tabla 1 se puede apreciar de manera cuantitativa que el comercio entre México y Estados Unidos ha crecido de manera sostenida desde que se firmaron los acuerdos de libre comercio, con sus aparejadas normas en materia de competencia. Asimismo, en la balanza comercial binacional se puede apreciar que México exporta una cantidad sustancialmente mayor a la que importa desde Estados Unidos, pasando de números rojos en 1993 a tener una balanza superavitaria cada vez más amplia. De manera análoga, el comercio entre Estados Unidos y Canadá ha aumentado en un 205% de 1993 a 2022.⁶⁴

⁶⁴ Buró del Censo de Estados Unidos, “Comercio de mercancías Estados Unidos-Canadá”, disponible en: <https://www.census.gov/foreign-trade/balance/c1220.html>.

Tanto en México como en Estados Unidos y Canadá, las prácticas o conductas que disminuyen el bienestar económico de la sociedad se denominan “prácticas monopólicas”. Estas conductas ilícitas tienen como finalidad mantener ganancias artificialmente altas para los productores, depredando los mercados donde se cometen, incluso dañando mercados relacionados vertical u horizontalmente.⁶⁵ Su denominación, tipificación y apreciación son muy similares entre los tres países.

Independientemente de en qué país se cometan estas conductas ilícitas, una vez que existe apertura e intercambio comercial, éstas tienen repercusiones en el mercado nacional del otro país socio comercial,⁶⁶ distorsionando los resultados económicos óptimos que debería tener una economía de libre mercado.⁶⁷ De esta forma, la interrelación de la regulación comercial y de competencia entre ambos países ha quedado documentada. En los siguientes párrafos abordaremos los alcances de esta interrelación.

La aplicación de la legislación de competencia es afectada por consideraciones de política pública, como lo puede ser la estrategia comercial o de seguridad nacional.⁶⁸ En este sentido, durante la mayor parte del siglo XX, México mantuvo una política comercial de sustitución de importaciones, con el objetivo de industrializar al país. Posteriormente, a finales de ese mismo siglo, se cambió el enfoque a uno de apertura y liberalización comercial, lo que requirió adaptar la legislación mexicana.

El modelo de industrialización vía sustitución de importaciones tuvo como efecto secundario, o daño colateral, la concentración en los mercados nacionales y la creación de empresas estatales. Sin embargo, no sólo en México existió una correspondencia perniciosa entre política comercial y política de competencia. En Estados Unidos se promulgó la *Webb-Pomerene Act*,⁶⁹ que permite los cárteles económicos cuando se dediquen

⁶⁵ Witker, Jorge y Varela, Angelica, *op. cit.*

⁶⁶ Choi, Jay y Gerlach, Heiko, “Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, núm. 6, 2012, pp. 528-540.

⁶⁷ Sokol, Daniel, *op. cit.*

⁶⁸ Motta, Massimo, *Política de competencia: teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

⁶⁹ *Webb-Pomerene Act*, Cámara de Representantes de Estados Unidos, 1918, ch. 50, §6, disponible en: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-chapter2-subchapter2&edition=prelim>.

exclusivamente al comercio exterior mientras no restrinjan la competencia dentro de los Estados Unidos ni las exportaciones de los competidores estadounidenses. Esta regulación legaliza las conductas anticompetitivas cuando afectan a terceros países. El problema estriba en que los países con un potencial más alto de ser víctimas de esta legislación son México y Canadá por su interrelación comercial.

De esta forma, queda en evidencia que se puede utilizar la política nacional de competencia para lograr objetivos de política comercial; por ejemplo, el proteccionismo general o sectorial. La herramienta que sirve de antídoto en estos casos son las políticas *antidumping*. El objetivo de estas políticas es evitar que las empresas extranjeras vendan en territorio nacional por debajo de sus costos de producción, o bien, por debajo del precio al que venden en su país de origen.⁷⁰ La justificación es que esta conducta puede eliminar a las empresas nacionales, imponiendo a empresas extranjeras de manera desleal en el mercado interno. Sin embargo, se pueden utilizar también las regulaciones de *antidumping* de manera perversa para ilegalmente proteger a las empresas nacionales de competidores extranjeros más eficientes.

Lo mismo que ocurre con la política comercial, ocurre con la política industrial. En México se permite constitucionalmente al Estado la orientación del desarrollo nacional.⁷¹ Con ello, se legaliza el apoyo gubernamental a las industrias que se consideren estratégicas. Bajo este supuesto, la política industrial podría encaminarse a beneficiar a ciertos sectores considerados trascendentales. Sin embargo, Motta sugiere que la política de competencia es la mejor política industrial posible.⁷² Cuando se protege a las empresas de la competencia, o se les entregan subsidios, lo más probable es que se hagan menos eficientes con el paso del tiempo. Durante muchos años esto permitió en México la limitación de la competencia y que se propiciaran prácticas anticompetitivas entre agentes económicos.

En este sentido, la entrega de subsidios gubernamentales a empresas nacionales, con el objetivo de fortalecerlas frente a las empresas extranjeras, se puede considerar una política comercial que atenta contra la libre competencia económica. Esto distorsiona la asignación eficiente de recursos

⁷⁰ Organización Mundial del Comercio, “Temas comerciales. Las medidas *antidumping*”, 2021, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm.

⁷¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27.

⁷² Motta, Massimo, *op. cit.*

en los mercados, pues permite a las empresas menos eficientes, sobrevivir a costa de las empresas más eficientes, que pagan los impuestos con los que se entregan los subsidios. Dentro del régimen jurídico internacional de comercio exterior existe una regulación de los subsidios en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.⁷³ Sin embargo, éstos no están prohibidos, y tienen el potencial de afectar tanto a la libre competencia como al libre comercio, si se abusa de su utilización.

De acuerdo con la Cofece,⁷⁴ en México la política comercial afecta la libre competencia y la competencia en los mercados nacionales cuando genera barreras o requisitos injustificados para entrar a participar en algún mercado. Asimismo, cuando dentro de una cadena de producción se limitan las opciones de suministro, se perjudica tanto a empresas como a consumidores. En general, la política comercial puede distorsionar la asignación eficiente de recursos y reducir la capacidad de ciertas empresas de competir y generar riqueza en Norteamérica.

Por ello, es necesario delimitar las particularidades de la política comercial que tienen la capacidad de restringir la competencia económica. Los efectos de esta política pueden afectar la productividad y la posición de mercado de algunos agentes económicos, y disminuir el bienestar total de la sociedad en los tres países en cuestión. Una vez identificadas estas particularidades, se pueden adecuar las regulaciones nacionales para procurar el funcionamiento eficiente de los mercados, asignar recursos de manera óptima, y fomentar el desarrollo económico.

Siguiendo las directrices de la Cofece⁷⁵ en materia de política comercial, podemos establecer que el proceso de apertura comercial que inició en la década de los noventa ha tenido un impacto notable en el crecimiento del sector exportador mexicano y en las condiciones de competencia interna. Ahora el mercado mexicano tiene una oferta mucho más amplia de productos y servicios, en beneficio de los consumidores. Esto ha contribuido a

⁷³ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC), publicado en agosto de 2008, Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf.

⁷⁴ Cofece, “Política comercial con visión de competencia. Cuadernos de promoción de principios de competencia”, publicado en 2017, disponible en: <https://www.cofece.mx/cofeca/images/Promocion/Estudios-y-Publicaciones/Cuaderno-de%20Promocion-1-Politica-comercial-con- vision-de-competencia-VF.pdf>.

⁷⁵ *Idem*.

que los precios en México hayan tenido un comportamiento estable desde entonces, comparados con décadas anteriores. Asimismo, les ha permitido a las empresas estadounidenses y canadienses ampliar su mercado y sus posibilidades de inversión.

La mencionada estabilidad de precios beneficia tanto a los consumidores finales como a las empresas que pueden tomar mejores decisiones de inversión. Colateralmente, las empresas mexicanas han visto reducido su poder de mercado, y ahora tienen un menor margen para abusar de una posición dominante, pues sus productos pueden ser sustituidos por importaciones.⁷⁶ Pero de forma paralela, las empresas que son eficientes y productivas ganan acceso a nuevos mercados para competir en igualdad de circunstancias, colocando sus productos o teniendo acceso a insumos a mejores condiciones en cualquiera de los tres países. Lo anterior, sin perder de vista que la apertura comercial minimiza el peligro de colusión entre competidores al haber más agentes participando en el mercado.

En línea con la literatura científica revisada, cuando existen barreras comerciales que limitan la entrada de bienes y servicios del exterior al mercado doméstico, se generan incentivos a que las empresas nacionales protegidas dejen de innovar y se vuelvan ineficientes.⁷⁷ Un daño similar ocurre a las empresas nacionales cuando, por barreras comerciales, se les limita el acceso a insumos extranjeros, con los que pudieran producir de una manera más eficiente, o bien ahorrar costos que pueden trasladar eventualmente con reducciones de precios a los consumidores.

En resumen, la regulación comercial y de competencia económica en Norteamérica se entrelazan y complementan entre sí. Hemos argumentado repetidamente que el propósito de ambas materias es procurar el bien común, al cuidar el óptimo funcionamiento de los mercados en condiciones de equidad, resultando en menores precios y mayor abasto, calidad, innovación, inversión y crecimiento económico. Partiendo de lo anterior, concluiremos discutiendo las implicaciones jurídicas de la interrelación de ambas materias tanto en los tres países bajo estudio en el marco del T-MEC.

⁷⁶ López Noria, Gabriela, “El efecto de la liberalización comercial sobre los márgenes de precios del sector manufacturero”, *El Trimestre Económico*, México, vol. 82, núm. 327, 2015, pp. 583-616.

⁷⁷ Loecker, Jan de y Biesebroeck, Johannes van, “Effect of International Competition on Firm Productivity and Market Power”, NBER Working Paper 21994, National Bureau of Economic Research, 2016.

VI. DISCUSIÓN DE IMPLICACIONES JURÍDICAS

El grado de integración de las cadenas productivas en Norteamérica, que se ha ido robusteciendo desde 1993 con la entrada en vigor del TLCAN, y fortaleciendo desde 2020 con la entrada en vigor del T-MEC, así como con la irrupción de la pandemia de la COVID-19, que ha restringido las cadenas de suministro globales,⁷⁸ incentivando a las empresas a reacomodar lo más cercano posible su producción y proveedurías *nearshoring* para asegurar su abasto continuo,⁷⁹ provoca que la aplicación de regulaciones comerciales y de competencia, ya sea en México, Estados Unidos o Canadá, tenga efectos colaterales significativos en los demás países firmantes del T-MEC.

El andamiaje jurídico de cada país bajo estudio, y los tratados internacionales que han signado, permiten utilizar mecanismos legales de protección comercial como los aranceles, los cupos y las medidas *antidumping*. Estos mecanismos pueden tener una justificación de eficiencia, o pueden simplemente restringir el libre comercio y la libre competencia. En este sentido, la política comercial de los tres países debería considerar un enfoque transversal de competencia económica para maximizar el beneficio social nacional y regional. De esta forma, se aseguraría que el bienestar de los consumidores, el excedente de los productores y la eficiencia en el mercado se tomen en cuenta al momento de implementar políticas públicas en Norteamérica.

Las reformas a las leyes vigentes en cada país deben considerar una perspectiva transversal en las políticas públicas en materia de competencia y comercio internacional. El espacio jurídico idóneo para realizar estas reformas serían la Ley Federal de Competencia Económica y la Ley de Comercio Exterior en México, las legislaciones Sherman Antitrust Act y Clayton Act en Estados Unidos y la Competition Act en Canadá. El objetivo de estas reformas debería ser el establecimiento de una visión programática y transversal para las políticas de competencia y comercial, a fin de coordinar a las

⁷⁸ Van Hassel, Edwin *et al.*, “Reconsidering Nearshoring to Avoid Global Crisis Impacts: Application and Calculation of the Total Cost of Ownership for Specific Scenarios”, *Research in Transportation Economics*, vol. 93, 2022.

⁷⁹ Leal, Ruben y Rudenko, Slavomir, “COVID-19 impact on economic regulations and foreign trade between China, Europe and North America”, *Journal of Zhejiang Wanli University*, vol. 34, núm. 4, 2021, pp. 7-21.

entidades gubernamentales en la materia (Cofece⁸⁰ en México, Comisión Federal de Comercio⁸¹ en Estados Unidos, y el Buró de Competencia⁸² de Canadá). Lo anterior, a fin de homologar criterios para hacer de la región de Norteamérica una más predecible en términos legales, facilitar el cumplimiento de las regulaciones y reducir costos para los productores.

El T-MEC reconoce la soberanía de cada país para establecer leyes y mecanismos de protección contra las prácticas anticompetitivas diferenciados según los criterios del legislador nacional. Sin embargo, esto provoca discrepancias que complican a las empresas integrar de manera eficiente sus cadenas de producción a lo largo de Norteamérica. Por ello, se deberían limitar al mínimo las excepciones que se pueden hacer valer en el T-MEC para restringir la aplicación de la legislación doméstica de competencia económica.

Particularmente para el caso de México, implicaría reconsiderar la contrarreforma energética de 2021, adoptando un criterio de eficiencia por encima de criterios nacionalistas. Para el caso de Estados Unidos, implicaría revisar el proteccionismo a la agricultura, pues cualquier liberalización en esta materia traería mejoras de eficiencia global en favor de sus ciudadanos que se beneficiarían con menores precios, y en favor de sus contribuyentes, pues se evitaría el pago de subsidios mediante el gasto fiscal. En el mismo sentido, los resultados de este estudio sugieren que Canadá se abstenga de repetir políticas proteccionistas como las aplicadas y sancionadas respecto a la leche y a los productos lácteos.⁸³

En este sentido, México tiene reservado, tanto en la CPEUM como en el capítulo 8 del T-MEC, titulado “Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado mexicano sobre hidrocarburos”, el derecho de aislar de la competencia ciertas actividades económicas relativas

⁸⁰ Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), disponible en: <https://www.cofece.mx/>.

⁸¹ Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés), “*The Antitrust Laws*” (Estados Unidos), disponible en: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>.

⁸² Gobierno de Canadá. *Competition Bureau Canada* (CBC), disponible en: <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04267.html>.

⁸³ Organización Mundial del Comercio, “DS103: Canadá, Medidas que afectan la importación de leche y la exportación de productos lácteos”, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds103_e.htm.

a los combustibles fósiles. Ello permite generar un monopolio legal en ciertos sectores económicos, lo que le impide alcanzar eficiencias de mercado al no tener presiones competitivas, ni domésticas ni de comercio internacional. Adicionalmente, esto permite que estas actividades económicas sean más vulnerables a actividades ligadas con la corrupción, considerando la debilidad institucional que impera en México.⁸⁴

Por su parte, Estados Unidos y Canadá mantienen políticas proteccionistas de su agricultura y ganadería nacional, disfrazadas de medidas técnicas de protección a la salud o al medio ambiente. Amparados en lo que los legisladores y el Poder Ejecutivo establecen como prioridades nacionales, han entregado subsidios a los agricultores estadounidenses y productores lácteos canadienses, con dinero de los contribuyentes de estos países. De esta forma, han protegido a sus productores nacionales de los bienes extranjeros, mediante mecanismos de contención de las importaciones mediante normas técnicas y reclamos de índole medioambiental y de salubridad, que ya han sido controvertidas en la OMC, como los casos del algodón⁸⁵ y los lácteos.⁸⁶

En sintonía con la escuela de pensamiento “Post-Chicago”,⁸⁷ que analizamos en el presente documento, para sancionar conductas anticompetitivas se deben analizar las eficiencias que se generan y su efecto en el bienestar social, entendido como la suma del excedente del consumidor y del productor. Esto implica que se requieren criterios objetivos y consistentes en Norteamérica para dar certidumbre a la actividad económica. Por ello, además de la coordinación entre las autoridades de competencia de los tres países, también se deben coordinar sus instituciones judiciales, para transitar hacia la eventual homologación de criterios en la aplicación de la “regla de la razón” que describimos en este documento.

Esto permitiría dar certeza jurídica a las inversiones y a los planes de negocios entre ambos países, y fomentar un mercado norteamericano más integrado y consistente. Además, la homologación de criterios en México, Estados Unidos y Canadá, sobre la forma de evaluar la legalidad de las prác-

⁸⁴ Aguirre, Jerjes y Gomez, Mario, “Debilidad institucional y experiencia anticrimen en México”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, vol. 29, 2021, pp. 45-57.

⁸⁵ Véase caso Subvenciones al algodón americano. Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds267_s.htm.

⁸⁶ Organización Mundial del Comercio, “DS103: Canadá, Medidas que...”, *cit.*

⁸⁷ Hovenkamp, Herbert, “Antitrust Policy...”, *op. cit.*

ticas comerciales bajo un mismo paradigma técnico, permitiría a los agentes económicos realizar decisiones de inversión de largo plazo dentro de la región. Las reglas comerciales y de competencia pueden converger a un punto de beneficio mutuo para el desarrollo libre y eficiente de los mercados.

Finalmente, lo analizado en el presente documento sugiere que la Webb-Pomerene Act de Estados Unidos, que legaliza las conductas anticompetitivas de las empresas estadounidenses cuando no afecten su territorio, abre la puerta a distorsiones en materia comercial y de competencia en todo Norteamérica. Una legislación cuyo propósito original es el de fomentar el sector exportador estadounidense bien puede terminar por tener efectos nocivos sobre la región. En lugar de que esto genere medidas retaliatorias por parte de México y Canadá, que lastimarían aún más la eficiencia regional, se deberían explorar soluciones alternativas que pongan a la eficiencia y el bienestar social como objetivo prioritario. A partir de lo anteriormente analizado, se abre esta línea de investigación para futuros estudios.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Jerjes y GÓMEZ, Mario, “Debilidad institucional y experiencia anticrimen en México”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, vol. 29, 2021.
- ANAYA, Jorge *et al.*, “Evolución del derecho de la competencia en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 126, 2009.
- AUDRETSCH, David, “Antitrust policy in the 1980s and beyond”, *Review of Industrial Organization*, vol. 5, núm. 2, 1990.
- BERGE, Wendell, “Problems of Enforcement and Interpretation of the Sherman Act”, *The American Economic Review*, vol. 38, núm. 2, 1948.
- BHATTACHARYYA, Anjana *et al.*, “Government Interventions, Market Imperfections, and Technical Inefficiency in a Mixed Economy: A Case Study of Indian Agriculture”, *Journal of Comparative Economics*, vol. 22, núm. 3, 1996.
- BORK, Robert, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, Basic Books, 1978.
- CHOI, Jay y GERLACH, Heiko, “Global Cartels, Leniency Programs and International Antitrust Cooperation”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, núm. 6, 2012.

- “Competencia: Motor de crecimiento económico incluyente”, COFECE, 2018, disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/12/Memoria-Competencia-Motor-de-crecimiento-incluyente-pdf#pdf>.
- CUCINOTTA, Antonio *et al.*, *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Elgar Publishing, 2002.
- GARCÍA, Luis Gerardo *et al.*, “Mexico: New Antitrust Authorities and a New Federal Economic Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, 2015.
- HABER, Stephen, *Crony Capitalism and Economic Growth in Latin America: Theory and Evidence*, Stanford, Hoover Institute Press, Stanford University, 2002.
- HAZLETT, Thomas, “The Legislative History of the Sherman Act Re-Examined”, *Economic Inquiry*, vol. 30, núm. 2, 1992.
- HOVENKAMP, Herbert, “Antitrust Policy after Chicago”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 84, núm. 2, 1985.
- HOVENKAMP, Herbert, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, *Columbia Business Law Review*, Columbia, vol. 257, 2001.
- HOVENKAMP, Herbert, “The Pleading Problem in Antitrust Cases and Beyond”, *Iowa Law Review Bulletin*, Iowa, vol. 95, 2010.
- HOVENKAMP, Herbert y SCOTT, Fiona, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 168, núm. 7, 2020.
- KOBAYASHI, Bruce y MURIS, Timothy, “Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century”, *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012.
- LEAL, Ruben, *Competencia económica y comercio internacional*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- LEAL, Ruben y RUDENKO, Slavomir, “COVID-19 Impact on Economic Regulations and Foreign Trade Between China, Europe and North America”, *Journal of Zhejiang Wanli University*, vol. 34, núm. 4, 2021.
- LOECKER, Jan de y BIESEBROECK, Johannes van, “Effect of International Competition on Firm Productivity and Market Power”, *NBER Working Paper 21994*, National Bureau of Economic Research, 2016.
- LOEVINGER, Lee, “The Rule of Reason in Antitrust Law”, *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 50, núm. 1, 1964.
- LÓPEZ, Gabriela, “El efecto de la liberalización comercial sobre los márgenes de precios del sector manufacturero”, *El Trimestre Económico*, México, vol. 82, núm. 3, 2015.

- LÓPEZ-VELARDE, Alejandro, “The Application of the Antitrust Law Under the New Rules of the Oil and Gas Industry in Mexico”, *Energy Law Journal*, vol. 38, núm. 1, 2017.
- MOTTA, Massimo, *Política de competencia: teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- RENCKENS, An, “Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense”, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 3, núm. 2, 2007.
- ROMERO, José, “Sustitución de importaciones y apertura comercial: Resultados para México”, en Puyana, Alicia (coord.), *La Integración Económica y la Globalización: Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano*, FLACSO, 2003.
- ROSS, Tomas y WINTER, Ralph, “The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, núm. 2, 2005, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40843631>.
- SACRISTÁN, Emilio, “Las privatizaciones en México”, *Economía UNAM*, vol. 3, núm. 9, 2006.
- SOKOL, Daniel, “Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age”, *Berkeley Business Law Journal*, vol. 4, núm. 1, 2007.
- STANFORD, J. S., “The Application of the Sherman Act to Conduct Outside the United States: A View from Abroad”, *Cornell International Law Journal*, núm. 11, 1978.
- STOUT, Lynn, “The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance”, *Journal of Corporation Law*, vol. 28, núm. 4, 2003.
- STUCKE, Maurice y EZRACHI, Ariel, “The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement”, *Harvard Business Review*, 2017.
- SAWYER, Laura, “US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective”, *Harvard Business School*, 2019.
- TEN KATE, Adriaan, “La eficiencia económica en el análisis de competencia”, *Competencia Económica en México*, Comisión Federal de Competencia, 2004.
- VAN HASSEL, Edwin, *et al.*, “Reconsidering Nearshoring to Avoid Global Crisis Impacts: Application and Calculation of the Total Cost of Ownership for Specific Scenarios”, *Research in Transportation Economics*, vol. 93, 2022.

- WILLIAMSON, Oliver, “Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust”, *The American Economic Review*, vol. 59, núm. 2, 1969.
- WITKER, Jorge y VARELA, Angelica, *Derecho de la competencia económica en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- YVON, Anne-Marie, “Settlements between Brand and Generic Pharmaceutical Companies: A Reasonable Antitrust Analysis of Reverse Payments”, *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007.

The Ecological Disaster of the COVID-19 Pandemic: the Care for our Common Home from the Perspective of the UN and Indigenous Peoples

*El desastre ecológico de la pandemia COVID-19:
el cuidado de nuestra casa común desde la perspectiva
de la ONU y los pueblos indígenas*

*La catastrophe écologique de la pandémie de COVID-19:
le soin de notre maison commune du point de vue de l'ONU
et des peuples autochtones*

Tânia Alves Martins*
Deilton Ribeiro Brasil**

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *The COVID-19 Biological Disaster: a Risk to Human Life*. III. *Indigenous Peoples' Ancestral Knowledge of the Care for Nature*. IV. *Uncertainties About the Environment in Which Humanity Lives*. V. *Conclusion*. VI. *References*.

* University of Itaúna, Brazil, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7734-6400>, correo electrónico: talvesmartins@yahoo.com.br.

** University of Itaúna, Brazil, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7268-8009>, correo electrónico: deilton.ribeiro@terra.com.br.

Artículo recibido el 13 de julio de 2022
Aprobado para publicación el 10 de agosto de 2022

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 495-532
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

ABSTRACT: This paper aims to reflect on indigenous peoples' knowledge of nature and the way it may contribute to sustainability in the context of the ecological disaster of the COVID-19 pandemic. This study is justified given the current situation in which humanity finds itself, as the UN's assessment regarding the need to take care of nature, our "common home", and the ancestral knowledge of indigenous peoples stands out. It is realized that the values preserved by the native peoples of the Americas, by contributing to the sustainability of the planet, could also help to improve the living conditions of present and future generations.

Key words: sustainability, disaster law, ecological disaster, COVID-19 pandemic, indigenous peoples.

RESUMEN: Este artículo tiene por objetivo reflexionar sobre cómo el conocimiento de los pueblos indígenas con respecto a la naturaleza puede contribuir a la sostenibilidad en el contexto del desastre ecológico de la pandemia COVID-19. Este estudio se justifica dada la situación actual en la que se encuentra la humanidad, pues se destaca la valoración de la ONU respecto a la necesidad de cuidar la naturaleza, nuestra "casa común", y los saberes ancestrales de los pueblos indígenas. Se comprende que los valores preservados por los pueblos originarios de las Américas, al contribuir a la sustentabilidad del planeta, también podrían ayudar a mejorar las condiciones de vida de las presentes y futuras generaciones.

Palabras clave: sostenibilidad, Ley de Desastres, desastre ecológico, pandemia de COVID-19, gente indígena.

RESUMÉ: Cet article vise à réfléchir sur les connaissances des peuples autochtones sur la nature et sur la manière dont elles peuvent contribuer à la durabilité dans le contexte de la catastrophe écologique de la pandémie de COVID-19. Cette étude est justifiée compte tenu de la situation actuelle dans laquelle se trouve l'humanité, car l'évaluation de l'ONU concernant la nécessité de prendre soin de la nature, notre "maison commune", et des savoirs ancestraux des peuples autochtones se démarque. On se rend compte que les valeurs préservées par les peuples autochtones des Amériques, en contribuant à la pérennité de la planète, pourraient aussi contribuer à améliorer les conditions de vie des générations présentes et futures.

Mots-clés: Durabilité, Loi sur les catastrophes, Désastre écologique, Pandémie de COVID-19, Populations indigènes.

I. INTRODUCTION

The COVID-19 Pandemic is a global reality that has ravaged the Brazilian population since the beginning of 2020. When analyzed from the perspective of different conceptual legal conceptions, it is classified as an environmental disaster. The seriousness of this disaster is directly related to the degree of vulnerability of the affected society and the capacity of the community to quickly return to its original state.

By affecting the most vulnerable largely, disasters worsen physical, social and informational vulnerabilities in a context of inequalities. Disaster Law lies within this context and has the function of activating the attention of other areas of law in order to reduce vulnerabilities.

When considering that individuals and society are in the cyclical processes of nature — in the web of life — anthropocentric reductionism reduces and dehumanizes the human being. At the same time, indigenous peoples value the balance and connection between men and nature, by proposing *Teko Porã*. These peoples consider that the meaning of life is in the balance between men and nature, as if it were a web, to which all living organisms are connected. This paper is about the values and ancestral knowledge preserved over centuries by the original peoples, the way in which these peoples live in harmony with nature and constitute sustainable human communities and the attention of the United Nations (UN) to the care for the “common home”.

Once the theme is presented, there is the problem that permeates this paper, namely: whether the knowledge of nature accumulated by indigenous peoples may contribute to the sustainability of the planet, and, consequently, prevent new pandemics from arising.

The study hypothesizes that to be “ecoliterate”, that is, to be a person who tries to live life ecologically and sustainably, through observation and learning from natural systems, one needs to have the wisdom of nature. Therefore, it is necessary to understand the principles that govern the organization of ecosystems, knowledge acquired by native peoples over the centuries, in an intimate relationship with nature.

As for the methodology of this study, theoretical-bibliographic research was utilized. The author made use of books, texts, and scientific articles, in addition to laws that have a direct or indirect relationship with the theme of

sustainability, environmental disasters and indigenous peoples' knowledge of nature.

With regard to the methodological procedure, the deductive method was chosen, as it starts from a macro conception to a micro analytical conception, allowing, therefore, the delimitation of the theoretical problem.

Finally, in the technical procedure, interpretive, comparative, thematic and historical data analyzes were adopted, to enable a discussion based on the point of view of scientific criticism.

Structurally, this study is divided into three thematic sections, in addition to this introduction and conclusion. In the first section, entitled '*The Covid-19 Biological Disaster: A Risk to Human Life*', there is the analysis of the perspective of three concepts of disaster, classifying the Covid-19 Pandemic as a biological disaster of a physical nature, whose consequences were announced by the World Health Organization - WHO, as well as the risks and liabilities related to the environmental disaster.

In the following section, '*Indigenous peoples' ancestral knowledge of the care for nature*', indigenous knowledge of biodiversity — located on the other side of the abyssal line — is emphasized, among which the *Teko Porā* stands out. It is an ancient educational system for well living in harmony with nature for the common good. In addition, in this section, the lessons of the Yanomami people about the Amazon Forest are stressed.

In the last thematic section, entitled '*Uncertainties about the environment in which humanity lives*', there is the proposal for a change from the anthropocentric paradigm to environmental rationality based on the UN's concerns about the care for the "common home" in the search for fraternity and social friendship.

With regard to approaching the problem, the research is qualitative, aimed at deepening the understanding of the object of the study. The overall objective is to highlight indigenous peoples' knowledge of biodiversity and the contribution these peoples have as to a sustainable future. In turn, the specific objectives are to study the impacts of nature degradation and the responsibilities inherent to it; to analyze the uncertainties about the environment and how the care for the "common home" contributes to a fraternal life and social friendship. Thus, the research deals with Disaster Law, Human Rights, Indigenous Peoples and, above all, Sustainability.

II. THE COVID-19 BIOLOGICAL DISASTER: A RISK TO HUMAN LIFE

In December 2019, the new Sars-Cov-2 virus was identified in China. It is responsible for COVID-19, which on March 11, 2020, was declared a Pandemic by the World Health Organization — WHO. During the writing of this paper, COVID-19 has infected more than 175 million people and killed 3,780,000 people worldwide. The first case diagnosed in Brazil was on February 26, 2020, and currently, Brazil has more than 17.2 million infected and 482,000 deaths.¹

Delton Winter de Carvalho² clarifies the legal nature of the COVID-19 pandemic well, when analyzing it from the perspective of three main conceptual legal conceptions of what a disaster is.

When analyzing the legal nature of a disaster from the causes, disasters are classified as natural, mixed or anthropogenic. Natural ones can be called physical, as they have human contribution and social factors that favor the occurrence and worsening of the magnitude of the phenomenon. These disasters result from natural phenomena, and are classified as geophysical, meteorological, hydrological, climatological, and biological.

Thus, the COVID-19 pandemic is conceptualized as a biological disaster of a physical nature — a real disaster to the world public health system — because, as the WHO assures, coronaviruses are zoonotic, transmitted from animals to humans.

The second analysis that is carried out concerns the second constitutive dimension of the sense of disaster — from the consequences. Emphasis is placed on the concept of disaster based on seriousness, that is, disaster is analyzed in a social sense, as it is described as an event that causes loss of human life. In this context, the Center for Research on the Epidemiology of Disasters — CRED, defines a disaster as “a situation or event that exceeds

¹ Consórcio de Veículos de Imprensa, “Brasil chega a 331,5 mil mortes por Covid e se aproxima de 13 milhões de casos. 2021”, *G1 Coronavírus*, 4 de abril de 2021, disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/04/brasil-chega-a-3315-mortes-por-covid-e-se-aproxima-de-13-milhoes-de-casos.ghtml>.

² Carvalho, Délton Winter de “A natureza jurídica da COVID-19 como um desastre biológico: Um ponto de partida necessário para o Direito”, *Consultor Jurídico*, 13 de abril de 2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>.

local capacity, requiring a request for external assistance at a national or international level, as well as an unforeseen and often sudden event that causes great damage, destruction and human suffering”.³ According to the aforementioned research center, the criteria for an event to be classified as a disaster are “ten or more human deaths; at least one hundred people affected; a state of emergency declared; request for international help”.⁴ For the World Report Disaster 2010: Urban Risk Disaster is an “event capable of seriously damaging people and property, reaching a certain number of deaths or injuries, usually in excess of ten thousand deaths or one million injuries”.⁵

COVID-19, in Brazil alone, caused more than 460,000 deaths, which proves that this Pandemic also largely surpasses the conceptual scenarios presented and it is as a true disaster.

Finally, when analyzing the concept of disaster by the third conception, which describes a phenomenon as a disaster from the loss of social stability, a criterion commonly used internationally, Carvalho⁶ considers that the formation of the meaning of disaster is directly related to causes and consequences of such magnitude that they jeopardize social stability.

The COVID-19 pandemic was declared a constitutional state of exceptionality, by acts such as the Constitutional State of Defense, by the Union. In addition, states and municipalities declared an Emergency Situation or State of Public Calamity. Therefore, the generalized loss of social stability is attested, and, in this conception, the new Coronavirus Pandemic remains confirmed as a disaster.

Thus, regardless of the scenario chosen from any of the three conceptual scenarios, this Pandemic is classified as a disaster for legal purposes.

Disaster Law provides a congruence for the other areas of Law to act in the stabilization of chaos and activates the other legal areas to regain a new normality, based on structuring concepts such as risk and vulnerability management.

³ Carvalho, Carvalho, Délton Winter de and Damacena, Fernanda Dalla Libera, *Direito dos Desastres*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 28.

⁴ Carvalho, Délton Winter de. “A natureza jurídica da COVID-19...”, *cit.*

⁵ Cities Alliance, “*The World Disasters Report 2010: Focus on Urban Risk*”, 2010, available at: <https://www.citiesalliance.org/resources/publications/cities-alliance-knowledge/world-disasters-report-2010-focus-urban-risk>.

⁶ Carvalho, Délton Winter de, “A natureza jurídica da COVID-19...”, *cit.*

As stated in the 2016 United Nations Environment Program, the presence of plastic in the aquatic environment is growing, which leads the scientific community to seek “to understand the level of exposure and physiological impacts of micro plastic contaminants on various organisms, as well as the risk to human health from the consumption of contaminated food”.⁷

In 2016, the United Nations Environment Program, warned about emerging global environmental problems, considering the worldwide increase in the emergence of diseases and epidemics, especially zoonoses. It is estimated that 60% of infectious diseases in humans are zoonotic in origin. The program report analyzes how the emergence and re-emergence of these diseases, such as AIDS, Ebola, avian flu, MERS, SARS and Zika viruses are directly related to the health of ecosystems.

Délton Winter de Carvalho⁸ asserts that zoonotic diseases are constantly associated with ecological disturbances, and bring about social consequences for all people, especially for those from the most vulnerable social groups.

1. *The Social Consequences of the COVID-19 Disaster According to WHO*

Disasters lie within the context of a contemporary society that causes risks and confronts side effects arising from the transposition of the industrial paradigm to the post-industrial paradigm. Thus, Carvalho⁹ emphasizes that in the post-industrial paradigm, risks take on new features, they are not always predictable by science, and they can cross borders and become catastrophic.¹⁰

To the author, the severity of a disaster depends on two factors: the degree of vulnerability of the society impacted by the disaster and the community’s ability to quickly return to its original state. By vulnerability, the International Strategy for Disaster Reduction (UIM/ISDR) understands it

⁷ UNEP. *Emerging Issues of Environmental Concern*, Frontiers Report, Nairobi, 2016, p. 4, available at: <https://www.unep.org/resources/frontiers-2016-emerging-issues-environmental-concern>.

⁸ Carvalho, Délton Winter de, “Desastres ambientais e sua Regulação Jurídica”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 2, núm. 2, 2020.

⁹ Carvalho, Délton Winter de and Damacena, Fernanda Dalla Libera, *op. cit.*

¹⁰ *Idem.*

is a number of conditions established through physical, social, economic or environmental factors that increase the fragility of a community to the impact of risks.

In the face of the COVID-19 pandemic disaster, Carvalho¹¹ (2021) considers that everyone is at risk, however, some are more exposed to risk than others, as vulnerabilities are noted. One kind of vulnerability that stands out, in the case of COVID-19, is physical vulnerability, which refers to people over 60 years of age or those with comorbidities such as obesity and heart disease.

Another kind of vulnerability that stands out is social vulnerability. In the conception of disaster as a social phenomenon, characteristics such as social class, income, race, and ethnicity influence the degree of exposure to risk a community suffers. Social factors can also occur through the omissions of certain agents that can produce vulnerabilities. Structural inequalities, accumulated over time, demonstrate that Coronavirus is more lethal in people in situations of greater social vulnerability, argues Carvalho.¹²

Finally, the third type of vulnerability is the technological or informational vulnerability, as the lower the level of information and adequate circulation of information, the more vulnerable communities and entities are. The lack of information regarding the best available techniques in science is what produces informational vulnerability. Thus, presidential pronouncements against social distancing, as well as against science, encouraging inappropriate behavior in the fight against the pandemic, in total disagreement with the recommendations of the WHO and the Ministry of Health, are demonstrations of the informational vulnerability to which Brazilians in general are exposed. These attitudes cause total confusion in the Brazilian population, who do not have a clear idea of the measures to be adopted to fight the pandemic, creating a false sense of safety, which has led to a greater spread of the virus. This posture is considered by Carvalho¹³ as the cause of the dangerous disarticulation of the emergency response to COVID-19 in Brazil. Brazil, with great social and physical vulnerabilities of a large portion of the population, combined with the informational vulnerability formed by the lack of clarity in the information transmitted to the Brazilian

¹¹ Carvalho, Délton Winter de, “Desastres ambientais...”, *cit.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

population, the denial of science and the lack of testing of the population that does not allow for social control of the pandemic, occupies a prominent place. There is also a real blindness regarding the identification of the most vulnerable people to implement emergency aid policies.

Furthermore, Daniel A. Farber¹⁴ points out that the relationship between disasters and social disadvantages deserves special attention, as sparse current research clearly indicates that factors such as race and poverty, in addition to age and gender, make a significant difference when it comes to the social consequences of a disaster. Thus, the author asserts that: “Those who already suffer from societal disadvantage are more likely to be in harm’s way, and they are less likely to be able to take defensive action or to reconstruct their lives after a disaster”.¹⁵ Law must manage and mitigate risks, in order to contain the worsening of the situation, in addition to reducing vulnerabilities by guaranteeing fundamental rights and providing answers when provoked in court.

In this sense, the World Health Organization - WHO considers that: Social processes that result in greater or lesser vulnerability to disasters in societies or communities involve driving forces and pressures that are related to prevailing economic and social development models.¹⁶

Driving forces are the factors that, on a large scale, influence environmental processes that can affect human health, such as economic development. This development results in increased pressures related to the most diverse human activities done in a given area. Examples of these are population growth, and forms of land use and occupation, which when not adequate for sustainable development, directly contribute to the increase in environmental damage.

The UN highlights the “increasing disparities” in the way Covid-19 has affected racial and ethnic minorities, including indigenous peoples. Brazil’s economic and social inequalities, overcrowded housing, unavailability of access to health care for all are factors that contribute to the greater vulnerability of Brazilians. Santos¹⁷ considers that when a pandemic breaks out,

¹⁴ Farber, Daniel, “Disaster Law and Inequality”, *Law & Inequality*, Minnesota, vol. 25, núm. 2, 2007, pp. 297-322, available at: <https://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol25/iss2/1/>.

¹⁵ *Ibidem*, p. 302.

¹⁶ PAHO, *Desastres naturales e saúde no Brasil*, Brasília, 2014, p. 13, available at: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/7678>.

¹⁷ Santos, Boaventura de Sousa, *A cruel pedagogia do Vírus*, Coimbra, Almedina, 2020.

vulnerability increases, as individuals are more exposed to the virus and far from health care, in slums and the outskirts or in remote villages, in the case of indigenous peoples.

UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet said Sars-cov-2 exposes long-ignored endemic inequalities. When referring to Brazil, Bachelet highlighted that much is said about the impact of COVID-19 on racial and ethnic minorities, including indigenous communities, which, due to their particularities, are more vulnerable to the risks arising from the pandemic, but the proposals and actions to solve the problem are not yet clear. COVID-19 exposes the obvious — that inequality in the protection of health and life makes our societies unstable, insecure and vulnerable.¹⁸

In this context of inequalities, Delton Winter de Carvalho¹⁹ understands that Disaster Law has the function of activating, in the other areas of Law, special attention in order to reduce the identified vulnerabilities. These vulnerabilities and the responsibilities inherent to them may predate the COVID-19 Pandemic disaster, and are factors that worsen the pandemic, whose impacts tend to affect the most vulnerable largely.

2. COVID-19: Risks and Liabilities Related to the Biological Disaster

When analyzing the risk of biological disaster, the first issue that one analyzes is to assess the measure of knowledge related to the ability to quantify the probability of risk. The high degree of uncertainty about the risks of the COVID-19 Pandemic is one of the problems related to risk management, as there is a lack of scientific knowledge and an inability to predict the global impact to be caused by the new Coronavirus.

Some of the factors cited by Carvalho²⁰ depend on the implementation of planned government policies, in addition to legal measures prohibiting the movement of people and guiding collective behavior through scientific information to the entire population. These factors will be fundamental for the control of the pandemic, many of which will not depend on individual

¹⁸ Fiocruz, “ONU: Covid-19 escancarou discriminação racial ‘endêmica’ no Brasil e nos EUA”, *Informe Fiocruz*, 2020, disponível em: <http://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/49105>.

¹⁹ Carvalho, Délton Winter de, “Desastres ambientais...”, *cit.*

²⁰ *Idem.*

behavior, but on extraordinary norms that lead the whole society to effective and precautionary behavior against the virus. However, exposure to risk depends, to a greater extent, on the behavior of each person.

Within this context, Carvalho and Damacena²¹ consider that Disaster Law has the principles: “‘being green’, ‘being fair’, and ‘maintaining safety’, which is possible from the efficiency of the risk management circle and the concrete applicability of the notions of prevention, participation, and division of responsibilities”. They also stress that the protection of people and ecosystems from disasters requires public and private commitment to preserve the environment, in addition to “efforts toward reducing levels of vulnerability and human and ecosystem exposure and, finally, the acceptance that the Law must take a preventive and systemic precautionary approach to risk management”.²²

On March 23, 2021, the Brazilian Medical Association — BMA released the Bulletin 02/2021 of CEM COVID_AMB, in which the current reality remains evident, when it is verified that there is a lack of beds in Intensive Care Units — ICU, medicines to intubate patients and there is no effective vaccination schedule. To make matters worse, patients and other Brazilians are bewildered by the fake news that disorients everyone. Doctors, nurses and other health professionals are exhausted and insufficient in number.

In the face of such seriousness and in the midst of so many other challenges, such as the new strains of Coronavirus, BMA guides all Brazilians on prevention measures, such as social distancing, how to wear masks correctly, keeping ventilated and sanitized environments, among others measures as important weapons against the virus.

As for the responsibilities of the State, the BMA points out that political efforts and the use of exceptional normative measures are urgent, in order to solve the lack of medicines, beds, Personal Protective Equipment — PPE’s, hospitals and qualified doctors. The BMA considers that “an Intensive Care Unit — ICU is composed of physical space, equipment, medicines, materials and human resources. The lack of any of these elements renders the execution of the procedures unfeasible”.²³

²¹ Carvalho, Délton Winter de. e Fernanda Dalla Libera Damacena, *op. cit.*

²² *Ibidem.*, p. 144.

²³ Associação Médica Brasileira, Boletim 02/2021, Comitê Extraordinário de Monitoramento Covid-19 (CEM COVID_AMB), 23 de abril de 2021, disponível em: <https://amb.org>.

In view of the drama experienced in Brazil, it is also the responsibility of the Judiciary to exercise its power to guard constitutionally guaranteed rights, among which are the rights to life and health. To this end, the courts should also speak out, so that the norms of social isolation are faithfully followed.

Carvalho²⁴ highlights a recent study published by science, carried out in China, which shows that, without social distancing, the growth of contagion is represented by an exponential curve. On the other hand, it was only by adopting more restrictive measures of social distancing that there was a considerable reduction in the spread of the virus.

In March 2021, more severe distancing measures were adopted, such as the suspension of non-essential activities and the “curfew” decreed by Brazilian cities and states. People were legally prevented from leaving their homes after a certain established time, being able to leave only to carry out certain previously established activities classified as essential, under penalty of administrative or criminal sanctions. However, even in the most restrictive cases of social isolation, essential public services must continue to be guaranteed through government actions adopted by the Contingency Plans.

In this sense, if the vulnerability of certain individuals or groups is accentuated by certain factors, there may be the accountability of public and private actors, in view of the anticipated knowledge of risk, competence, the duty to act and the omission of the Public Administration, because one of its functions is to protect citizens. The lack of guarantee of social rights, such as well-being, housing, education and public health, results in a greater vulnerability of a given community. Lack of balance and environmental health also increases social, physical, and informational vulnerabilities. Factors related to employment and its conditions also directly affect vulnerability. Thus, Constitutional, Environmental and Labor Law may be activated in order to reduce vulnerabilities.

With regard to the vulnerabilities exposed during the pandemic, it was evident that indigenous communities experienced many challenges. From the monitoring platform of the indigenous situation in the COVID-19 pandemic in Brazil, it can be seen that the “evolution of the new coronavirus among indigenous populations represents a great challenge. Although the

br/noticias/boletim-02-2021-comite-extraordinario-de-monitoramento-covid-19-cem-covid_amb/.

²⁴ Carvalho, Délton Winter de, “Desastres ambientais...”, *cit.*

official numbers inform about the dynamics of notification, they do not necessarily reflect the extent of the pandemic”.²⁵ There are factors that make it difficult to recognize and disclose which communities and indigenous peoples are most affected, such as the lack of data about indigenous people whose lands have not yet been demarcated. The Articulation of the Indigenous Peoples of Brazil (Apib) and the “Brasil.io” initiative have been releasing more real data about the pandemic, through which the omission of the Brazilian government in the indigenous tragedy can be seen, since the authorities have not only failed to act to protect the indigenous communities, but have also been agents of contamination.

According to the National Committee for Indigenous Life and Memory, as of August 07, 2022, there are 72,367 confirmed cases of COVID-19 in indigenous people, distributed among 162 peoples, and the number of deaths is 1,315.

Given this context, the fight against the virus will not be won if government officials deny the flagrant inequalities that the virus is only exposing to everyone, especially in relation to the most vulnerable. The rights to life and health need to be protected, without discrimination. Additionally, the environment needs to be cared for and valued, as all humanity depends on it, which is why the knowledge of indigenous peoples related to the care for nature deserves to be highlighted.

In Ailton Krenak’s understanding, with the arrival of technology and modernity, science and knowledge have been placed in “secret places” and this knowledge has become the exclusive preserve of scientists. In this way, all the knowledge accumulated by the indigenous peoples over thousands of years regarding the environment and the care of “Mother Earth” was placed on the fringes of science. It is clear that indigenous communities manage the environment more wisely, and with a different look at nature. Hence, what can be noticed is that this forgotten knowledge may contribute so that ecological disasters such as the Covid-19 Pandemic may be avoided.

²⁵ Oviedo, Antonio *et al.*, “Plataforma de monitoramento da situação indígena na pandemia do novo coronavírus (Covid-19) no Brasil”, *Covid-19 e os Povos Indígenas*, disponible em: <https://covid19.socioambiental.org/>.

III. INDIGENOUS PEOPLES' ANCESTRAL KNOWLEDGE OF THE CARE FOR NATURE

Boaventura de Sousa Santos²⁶ alerts us to the system of visible and invisible distinctions created by the abyssal interdependent and global lines of modernity. For the author, the invisible distinctions, foundations of the visible ones, are established through “radical lines that divide social reality into two distinct universes: the ‘on this side of the line’ and the ‘on the other side of the line’”.²⁷ Therefore, the other end of the line is a non-existent reality and was made to be that way: non-existent, irrelevant, and excluded. Modern Western thought uses abyssal lines that separate the human world from the subhuman world. The abyssal thought proposed by Santos²⁸ is characterized by not admitting the coexistence of both sides of the line. Thus, the author understands that: “beyond the line there is only non-existence, invisibility and non-dialectical absence.... The intensely visible distinctions that structure social reality on this side of the line are based on the invisibility of the distinctions between this and the other side of the line”.²⁹

Hence, for the author, modern knowledge and law are representatives of the most specific manifestations of abyssal thought. The tensions between science, philosophy and theology are examples of manifestations of the abyssal thought, which gradually became visible, but only exist on this side of the line. The visibility of these tensions is based on the invisibility of other forms of knowledge that do not fit into the modalities proposed on this side of the line, such as: popular, lay, peasant and indigenous knowledge that exist on the other side of the line, and that have disappeared as relevant knowledge. In this understanding, on the other side of the line there is no knowledge, what exists — for those on this side of the line — are beliefs, opinions, magic, idolatry, which are known, at best, to be possible objects of scientific investigation. Thus, there is a visible line separating science from philosophy and theology; and there is an invisible abyssal line that separates science, philosophy, and theology on one side, and on the

²⁶ Santos, Boaventura de Sousa, “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, *Novos Estudos*, num. 79, 2007, p. 71.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

²⁹ *Idem*.

other, incomprehensible knowledge that does not obey scientific criteria, nor philosophical or theological criteria.

In this context, on the other side of the abyssal line, the ancestral knowledge and wisdom of indigenous peoples are inserted, which are conceived as “beliefs, opinions, magic, idolatry, intuitive or subjective understandings, which at best may become the object or raw material of scientific investigations.”³⁰

Therefore, the other side of the line reaches wasted experiences, considered invisible, as well as the authors who are there. These wasted experiences do not have a fixed territorial location, which originally existed as a colonial territory. For Santos³¹, what happens in the colonial zone is what cannot be thought of, nor categorized as true or false, nor legal or illegal.

In this regard, in Western modernity civil society and the state of nature coexist, separated by an abyssal line that allows civil society to have a hegemonic look that does not see and declares the state of nature to be non-existent, denying everything that derives from it. All constructions that exist on the other side of the line then become invisible and seen as the past with no possibility of return on this side of the line. The colonial zone is the space of incomprehensible beliefs and behavior, not considered as knowledge, and which do not fit the conception of true or false, as they are beyond the acceptable conception of this side of the line.

In this area, the humanists of the 15th and 16th centuries, based on conceptions of humanity and human dignity, concluded that savages were sub-human and even questioned whether the Indians had a soul. The occupation and invasion of indigenous territories was justified through the concept of a legal vacuum. Santos³² understands that, in view of these abysmal conceptions, the existing tension between regulation and emancipation — used on this side of the line — does not contradict the existing tension between appropriation and violence — experienced on the other side of the line.

Indigenous knowledge of biodiversity, as it is located on the other side of the line, is of no importance to those on this side of the line. Indigenous peoples are ignored by neoliberal society, which acts with violence against these peoples, by prohibiting the use of their own languages in public spaces.

³⁰ *Ibidem*, p. 73.

³¹ *Idem*.

³² *Ibidem*, pp. 71 y 72.

es, in addition to destroying symbols and places of worship, discriminating them culturally and racially.

Nonetheless, little by little, Western civilization is becoming aware of the fact that assumptions that underpin society are causing an unsustainable situation regarding issues related to the survival of the human species, especially those concerning environmental conditions.

In this context, it is possible to highlight the indigenous peoples' knowledge of biodiversity - in particular, the Guarani peoples - and of their way of conceiving the relationship between man and nature, by building a differentiated connection between humanity and the rest of the cosmos. Indigenous peoples live in harmony with nature and, therefore, are not concerned with accumulating goods. Therefore, they live sustainably and do not jeopardize opportunities for future generations.

This way, considering all the knowledge accumulated by indigenous communities over time, as well as the concern of these peoples in caring for and preserving nature, the contribution they bring to the sustainability of the planet can be seen, which provides a greater balance of biodiversity, environmental control and, consequently, a reduction of ecological disasters, diseases and epidemics, mainly zoonoses. This different way of living in harmony with nature, they named *Teko Porã*. It is upon this "beautiful path" and this way of "living well" that we should reflect.

1. *Teko Porã: an Instructive Ancient System in Harmony with Nature*

A new worldview or ecological view is announced by Capra³³ in "A teia da vida" [The web of life], which emphasizes the interdependence of all phenomena, by highlighting the fact that individuals and society are all embedded in nature's cyclical processes. Francisco (2015) also believes that everything is interconnected, that all living species form an incomprehensible web. When talking about the environment, reference is also made to the relationship between nature and the society that inhabits it. In this understanding, Hans Jonas (2006) prescribes that human beings were generated by nature and they owe loyalty to it through creation. For the author,

³³ Capra, Fritjof, *A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, 11 ed., São Paulo, Cultrix, 1996.

“anthropocentric reductionism, which sets us apart and differentiates us from all the rest of nature, only means reducing and dehumanizing man”.³⁴

Indigenous peoples consider that the meaning of life is directly related to nature; they value the balance between men and nature, as if it were a web, to which all living organisms are connected. Likewise, Capra³⁵ points to a new way of perceiving living systems, which despite being in an unbalanced situation are capable of self-organization.

From the increase in diversity and richness of human relationships, the humanity of human beings also developed through their capacity for cooperation. Over time, due to the increase in the diversity of human relationships, humanity has developed into thinking. As the inner world became more and more diversified, the human being began to lose connection and contact with nature and, from then on, man became an increasingly fragmented being.

In this perspective, the changes caused by man in nature, little by little, may lead to what Capra³⁶ calls the butterfly effect, which in chaos theory would be the minimum changes in the initial state of the system, which, with the passage of time, will have unpredictable consequences on a large scale and may lead to chaotic situations.

The natural environment is regarded as the web of life. This abstract way of thinking of man makes him treat the natural environment as if it had separate parts, to be exploited economically, for his own benefit, by different interest groups, which made human beings diminish and lose their humanity. The author also considers that man extended this fragmented vision to society, which he divided into nations, races, political and religious groups. This belief in fragmentation alienated man from nature and from his fellow human beings, and, with that, diminished everyone. To recover humanity, one must recover the previously existing connection with the web of life. This reconnection is the essence of the spiritual foundation of deep ecology, as reconnecting means: “building, nurturing and educating sustainable communities, in which we can satisfy our aspirations and our needs without

³⁴ Jonas, Hans, *O princípio responsabilidade*, Rio de Janeiro, PUC-Rio, 2006, p. 229.

³⁵ Capra, Fritjof, *op. cit.*

³⁶ *Idem.*

diminishing the chances of future generations. To accomplish this task, we can learn valuable lessons from the study of ecosystems...”³⁷

In order to be “ecoliterate” it is necessary to have the wisdom of nature. Therefore, it is essential to understand the principles that govern the organization of ecosystems and through them constitute sustainable human communities. Interdependence, cyclical flow of resources, cooperation and partnership are ecological principles governed by the same standard, aiming at sustainability. In the construction of new sustainable human communities, Capra³⁸ considers that it is required to give new vigor to the current educational, commercial, and political communities so that the principles that govern ecology may be expressed in human communities as principles of education, administration and politics.

It is true that there are many differences between ecosystems and human beings. In ecosystems, there is no language, conscience, culture, democracy, or justice; however, there is neither greed nor dishonesty. The lesson that needs to be learned from ecosystems is how humanity can live sustainably, without jeopardizing the future of next generations.

In this perspective, the original peoples of the Americas, known as indigenous peoples, have a philosophy, based on principles such as spirituality, which allows them to live and act in relation to nature, quite differently from most men.

Thus, if the thoughts and actions of most men, with regard to nature, were in the same sense of the philosophy of life of the indigenous peoples, and if this knowledge were, in fact, culturally and politically valued, the sustainability of the planet would be a real possibility, and, consequently, ecological disasters, the emergence of new zoonotic diseases, and epidemics like COVID-19 would be avoided.

In this perspective, it is understood that ecological disasters could be avoided if the indigenous communities’ culture were in fact valued, because, for indigenous peoples, the singing of birds, the sounds of nature, the shapes of clouds, the wind, are signs of nature, which with wisdom and delicacy guide and teach all human beings how to live well. Well living, translated from the Guarani language, is *Teko Porã*. In the words of Acosta:

³⁷ Capra, Fritjof, *op. cit.*, p. 218.

³⁸ *Idem*.

Buen Vivir [Well living], in fact, presents itself as an opportunity to collectively build new ways of life. Buen Vivir is neither an originality nor a novelty in the political processes of the beginning of the 21st century in the Andean countries. Nor is it some kind of superstition or magic potion for all the ills of the world. Buen Vivir is part of a great search for life alternatives forged in the heat of humanity's struggles for emancipation and for life.³⁹

For indigenous peoples, the idea of land ownership is inconceivable, as for them, it is the land that holds all things, including man himself. It is, therefore, a philosophical, political, spiritual, and social concept through which the Guarani peoples live in nature, with nature and off nature, and pass on everything they know, from generation to generation, without any hierarchy. The indigenous science of healing through nature and its medicine is an example of an ancient elaboration built on the indigenous knowledge of the land and its fruits, through which the values preserved by the Guarani peoples may contribute to the improvement of living conditions of a conflictive society such as the Western one.

Thus, in a study of the Achuar people in the Ecuadorian Amazon Forest, Philippe Descola⁴⁰ confirmed that their “well living” is a way of relating to nature, a practice of living and cultivating nature, upon which “domestic peace” depends:

[E]l vivir bien es una suerte de horizonte normativo de la vida doméstica... uno de los criterios del bien vivir es lograr asegurar el equilibrio de la reproducción doméstica explotando sólo una escasa fracción de los factores de la producción disponibles... y reservando un amplio margen de seguridad en su subexplotación del potencial productivo.⁴¹

Descola understands that well living reflects the projection of the practices of a social norm of coexistence and the cultural meanings that the peoples of the Amazon give to nature. In this sense, in addition to the ways

³⁹ Acosta, Alberto, “O Buen Vivir: Uma oportunidade de imaginar outro mundo”, in Sousa, Cidival Moraes de (coord.), *Um convite à utopia*, Campina Grande, EDUEPB, 2014, p. 208.

⁴⁰ Descola, Phillippe, *La selva culta. Simbolismo y praxis en la ecología de los Achuar*, Quito, Abya Yala, 1996.

⁴¹ *Ibidem.*, pp. 416, 421, 428.

of thinking of indigenous peoples, it is necessary to highlight the values on which these peoples base their practices of coexistence with nature.

Leff⁴² considers that the manifestation of *Buen Vivir* shows the world that other ways of life are possible and that everyone is an intrinsic part of their ways of being and living. The author holds that:

Reivindicar el “vivir bien” no sólo significa un reclamo de justicia histórica frente al sometimiento de las formas de vida de los pueblos que sufrieron por la imposición de la racionalidad moderna; el imaginario del “vivir bien” también propone otra comprensión del mundo y se ofrece como muestra de cómo podría revincularse la vida humana con el orden natural; lo cual es una solución que va más allá de los alcances de una modernidad reflexiva, de los ajustes de la economía y los potenciales de la tecnología para controlar la degradación socio-ambiental y el cambio climático.⁴³

According to Capra,⁴⁴ there needs to be a change not only in perceptions and ways of thinking, but also in values. Therefore, a dynamic balance between human beings’ thoughts and their values is necessary, since both may be seen as changes toward greater integration with nature. The Yanomami peoples lie within this context, as examples of integration with nature, community life and solidarity.

2. *Lessons from the Yanomami Indigenous People on the Amazon Forest*

Pope Francis, in his encyclical *Laudato Si’*, values the planet’s lungs full of biodiversity, among which the Amazon stands out, warning that the importance of this forest for planet Earth and for the future of humanity cannot be ignored. The complex ecosystems of tropical forests and their biodiversity, when burned or cut down, lose countless species or turn into arid deserts, when a delicate balance between international economic interests and national sovereignty emerges. For the Pope, proposals for the inter-

⁴² Leff, Enrique, “Imaginarios Sociales y Sustentabilidad”, *Cultura y representaciones sociales*, México, vol. 5, num. 9, September 2010, p. 47.

⁴³ *Ibidem.*, p. 19.

⁴⁴ Capra, Fritjof, *op. cit.*

nationalization of the Amazon Forest only serve the economic interests of large international corporations.

The Amazon's biodiversity and its complexity are well known by the Yanomami, one of the largest isolated tribes in South America, who stand out as the best guardians of tropical forests, due to their importance for their preservation. For the Yanomami, *urihi*, the land-forest, nature is a living entity; it is not just a space for economic exploitation. These people consider the Amazon Forest as a living entity, inserted in the dynamics of the cosmos of exchanges between humans and non-humans, threatened by white predators. These peoples have a history of deep traumas occurred in contacts with the white man - whom the Yanomami call "commodity people" - and epidemics. Indigenous leader Davi Kopenawa Yanomami believes that "The land-forest can only die if it is destroyed by whites... The *xapiripë* spirits, who live in the mountains and play in the forest, will end up running away. Shamans will no longer be able to stop the smoke-epidemics and the evil beings that make us sick. Therefore, everyone will die."⁴⁵

In this regard, it is still time for the white man to learn a little from the Yanomami about all the scientific, shamanic and mythological knowledge that these people have on how to deal with life and nature. Krenak⁴⁶ asserts that it is necessary for the white man to realize that human beings are not the only and most interesting beings in the world and that many other beings also have a perspective on existence.

The Yanomami live in large communal houses called *yanos* or *shabonos*, which accommodate up to four hundred people. Each family has a fire in which food is cooked during the day. At night, hammocks are hung near the fire. Decisions are taken consensually, and everyone has the right to have a say in solving problems, in assembly, as they believe in equality among people.

Among the Yanomami there is a peculiarity: a hunter does not eat the meat of the animal he has killed. Instead, he shares the meat with his friends and family. In exchange, he receives the meat hunted by another hunter:

⁴⁵ Hutukara. *História dos Yanomami*, available at: <http://www.hutukara.org/index.php/hay/historia-dos-yanomami>.

⁴⁶ Krenak, Ailton, *Ideias para adiar o fim do mundo*, 1st. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2019.

an example of sharing, solidarity, and care for others.⁴⁷ On the Yanomami peoples, Hamilton Krenak gave his testimony:

...how is it possible that a set of cultures and peoples is still capable of inhabiting a Cosmo vision, inhabiting a place on this planet that we share in such a special way, in which everything gains meaning? People can live with the spirit of the forest, live with the forest, be in the forest. I'm not talking about the movie Avatar, but about the lives of twenty or so thousand people — and I know some of them — who inhabit the Yanomami territory, on the border of Brazil and Venezuela. This territory is being ravaged by prospecting, threatened by mining, by the same perverse corporations that I have already mentioned and that do not tolerate this kind of cosmos, the kind of imaginative capacity and existence that an original people like the Yanomami is capable of producing.⁴⁸

The Yanomami have great botanical knowledge and use approximately five hundred species of plants as food, medicine, as well as for the construction of houses and other artifacts. Because the Amazon rainforest soil is not very fertile, the Yanomami plant a new garden every two or three years. For them, the world is a soul *plenum*, as they believe that “a true culture and effective technology consist in establishing an attentive and caring relationship with the mythical nature of things — a quality that, precisely, Whites completely lack”.⁴⁹

In this sense, according to the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) Report,⁵⁰ recognized indigenous territories are those with the most preserved areas, intact with vegetation, as well as the lowest rates of deforestation.

The urgency of protecting tribal populations in Brazil comes from previously known cultural, political, economic, and geographic issues that were aggravated by the Covid-19 pandemic. The increased demand for food, en-

⁴⁷ Survival. *Os Yanomami*, disponível em: <https://www.survivalbrasil.org/povos/yanomami>.

⁴⁸ Krenak, Ailton, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁴⁹ Kopenawa, Davi and Albert, Bruce, *A queda do céu: palavras de um xamã Yanomami*, São Paulo, Cia. das Letras, 2015, p. 14.

⁵⁰ Pontes, Nádia, “Indígenas são peça-chave contra crise climática, diz FAO”, *Deutsche Welle*, 03.25.2021, disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/indigenas-sao-peca-chave-contracrise-climatica-diz-fao/a-56983183>.

ergy, minerals and wood and the greed for the control and exploitation of natural resources have put pressure on indigenous peoples and their territories, and this threat has disastrous environmental and social impacts. At the same time, we are facing the environmental and climate crisis, problems that the indigenous people are part of the solution to, says the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) report.

Given the problems listed, indigenous peoples are influential in nature conservation — in Yanomami, *hutukara* —, they understand the Amazon Forest as “the machine of the world” that is guarded by the *xapiri* — spirits who present themselves to the shamans,⁵¹ and may contribute to the biodiversity, to the rainfall regime and to moisture transportation. A FAO report finds that the loss of carbon dioxide, which causes the greenhouse effect, is much smaller in indigenous reserves in the Amazon. In this context, FAO still considers that the preservation of forests by indigenous peoples becomes a viable solution that needs to be supported internationally and widely disseminated throughout the Brazilian territory. However, last year, illegal invasions aimed at logging and prospecting led to an increase in this rate. For these reasons, the UN report proposes concrete actions to strengthen indigenous organizations.

In view of so many uncertainties brought by the pandemic for all of humanity — especially for the most vulnerable — and the advance of climate change, the world is looking for ways to recover. One of the ways to recover would be to give more voice to the indigenous peoples and their wisdom. A transformation is needed in the ways of thinking and managing nature and the abundant resources it makes available to all people on the planet. Ulrich Beck⁵² considers that climate change is a moment of metamorphosis, where there is an agglutination between nature, society, and politics, which means that nature cannot be understood without society, nor does society exist outside of nature. Thus, the author considers that: “Global risk is not a global catastrophe. It is the prediction of the catastrophe. This implies that it is time to act — to rip people out of their ruts and pull politicians out of the ‘limitations’ that supposedly surround them”.⁵³ In a risk society, a metamorphosis is characterized by the end of the distinction between

⁵¹ Kopenawa, Davi and Albert, Bruce, *op. cit.*, p. 13.

⁵² Beck, Ulrich, *A metamorfose do mundo*, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

⁵³ *Ibidem*, p. 63.

nature and society. In the wake of this thought, Slavoj Žižek⁵⁴ points out that environmental issues should not be dealt with as lost causes, but that they should be addressed as political issues. In his words, “the only way to confront the threat of ecological catastrophe is by means of large-scale collective decisions”.⁵⁵

Bauman⁵⁶ understands that “vulnerability and uncertainty are the two qualities of the human condition, from which ‘official fear’ is molded: the fear of human power, of power created and manipulated by man. This ‘official fear’ is constructed according to the pattern of inhuman power reflected by ‘cosmic fear’”.⁵⁷ When people are vulnerable and insecure about what will happen the next day, survival and safety seem more distant, as they live in times of uncertainty.

IV. UNCERTAINTIES ABOUT THE ENVIRONMENT IN WHICH HUMANITY LIVES

In the middle of an era of globalization, the environmental crisis is not the only problem around the world. Leff (2011) highlights that along with ecological risks and environmental degradation, new and old social problems can be found, among which the following stand out:

[E]l choque entre culturas, el fundamentalismo ideológico-político, la violencia social y el terrorismo; la inseguridad alimentaria, la desigualdad social y la pobreza; la corrupción de la sociedad y la narcotización de la economía y la política; la equidad de género, los nuevos derechos humanos, el pensamiento ecológico y complejo.⁵⁸

For the author, what is at stake is not only the growth and stability of the economy supported by scientific-technological progress, but various

⁵⁴ Žižek, Slavoj, *In defense of lost causes*, London-New York, Verso, 2008.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 461.

⁵⁶ Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdichadas*, Rio de Janeiro, Zahar, 2005.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁸ Leff, Enrique. “Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia ‘outro’ programa de sociología ambiental”, *Revista mexicana de sociología*, México, vol. 73, num. 1, 2011, p. 10.

problems related to communication, energy, risk, traditions, family, as well as the Rule of Law itself.

In this understanding, Leff⁵⁹ asserts that socio-environmental degradation is a global problem. It is not about the transition from the era of progress to the ecological era, but rather a crisis of civilization, which is nothing more than a crisis of knowledge in the face of which, it is necessary to understand the world that lies in the environmental crisis. In addition, it is required to reorient behavior so that humanity may act today thinking about a sustainable future for the next generations. For Leff,⁶⁰ the epistemological bases of science did not include sustainability.

Thus, the author proposes an environmental rationality, a real change in thinking in order to understand the world inserted in the environmental crisis. Therefore, it is necessary to deconstruct paradigms and guide knowledge and wisdom toward sustainability and the resolution of socio-environmental problems, in addition to questioning the conceptions and ways of thinking, knowing, perceiving, being and living in the world. Moreover, at the same time, one need contest the current society's lifestyles, modes of production, power relations, social actions and the ethical values of this society, so that there is a primarily environmental sociology that recognizes the environmentally situated man.

Consequently, there must be a change in the anthropocentric paradigm, which defends the environment simply because human civilization depends on it, to reach a change in rationality, which Leff calls environmental rationality, as he understands:

Partimos de una constatación: que la crisis ambiental es una crisis de las formas de racionalidad y de los procesos de racionalización instaurados en el planeta que, fundados en las formas de conocimiento de la ciencia moderna, han invadido e intervenido al mundo, desencadenando un proceso de degradación socioambiental que desemboca en la destrucción de las bases de sustentabilidad de la vida.⁶¹

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁶¹ Leff, Enrique, "Imaginario Sociales...", *cit.*, p. 47.

Leff⁶² proposes an environmental sociology, based on a sociological deconstruction permeated by cultural, social, ethical, and cognitive changes, which impacts ways of life and develops power strategies. For him, this is a true deconstruction and reconstruction with sociology as a strategic proposal for action, with the objective of halting environmental deterioration and reversing ecological destruction.

Daniel A. Farber⁶³ also holds that the environmental crisis is a knowledge crisis. It is necessary to assess the intergenerational effects, which is one of the great challenges of environmental regulation toward sustainable development. Hence, it will only be possible to balance the obligations to future generations and the sacrifices to be made by today's society if there is a change in rationality. Nevertheless, there is a difficulty in analyzing and considering the present costs and future benefits, as it is difficult to understand the future possibility of damage. Therefore, this is an exercise in faith, ethics, fullness and certainty that sacrifices are necessary. It is an act of impoverishment of one generation for the benefit of others. It is like planting dates to be harvested by future generations. In this sense, Enrique Leff asserts:

Más allá de la necesidad de diagnosticar sus causas —las formas en que del pensamiento metafísico a la ciencia moderna y a la globalización económica se construyó un mundo insustentable—, esta crisis requiere una respuesta teórica, ética y estratégica. Ello implica un cambio de pensamiento para comprender el mundo inscrito en la crisis ambiental y la necesidad de una nueva racionalidad social que permita reorientar los comportamientos individuales y sociales ante las leyes límite de la naturaleza y las condiciones ecológicas de la vida humana. La crisis ambiental atrae así al pensamiento sociológico hacia una reflexión sobre las perspectivas de un futuro sustentable.⁶⁴

The author criticizes the commodification of nature and proposes a “propective environmental sociology”, considering that environmental decisions go through a process of credibility and legitimacy. It is a true reconstruction of a sustainable future, as there is today an environmental and/or

⁶² *Idem.*

⁶³ Farber, Daniel, *op. cit.*

⁶⁴ Leff, Enrique. “Sustentabilidad y racionalidad ambiental...”, *cit.*, p. 10.

ecological crisis, of anthropogenic origin, as it results from human action in the environment that intervenes in it irrationally when it comes to sustainable development.

In the wake of Leff's⁶⁵ thinking, in order to reach environmental rationality, Klaus Bosselmann⁶⁶ defends the Ecological Rule of Law, which provides for the interdependence between biotic and abiotic elements, and which allows the construction of the Rule of Law based on ecological ethics through ecocentrism, which recognizes an intrinsic value of all beings that make up ecosystems. Environmental ethics may influence the ecological justice discourse in order to determine the relationship between intragenerational and intergenerational issues, as there are competing claims and priorities. Thus, the author emphasizes that the mere integration of economic, environmental, and social policies should not be confused with sustainable development, whose scope goes beyond this integration, as it is a change in rationality, thought, and, consequently, in conduct. In order to have a legal system that protects the environment there must be a social rationality that encourages behavior. For the author, sustainable development is "the duty to protect and restore the integrity of the Earth's ecological systems".⁶⁷

In this context, Pope Francis⁶⁸ considers that the reality of humanity and the planet and its continuous accelerated changes, together with the intense pace of life and work, contrast with "the natural slowness of biological evolution. Added to this is the problem that the objectives of this rapid and constant change are not necessarily oriented toward the common good and toward sustainable and integral human development".⁶⁹

Change is necessary; however, today there is a concern, because change cannot destroy the world and the quality of life of its inhabitants. After a time of confidence in progress and in man, a part of humanity is more aware of and sensitive to the environment and to the care for nature. Therefore, it is necessary for each human being to recognize the contributions that each one can make to the environment. In this sense, the indigenous

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Bosselmann, Klaus, "O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2015.

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 78.

⁶⁸ Pope Francis, *Carta Encíclica Laudato Si' sobre o cuidado da casa comum*, São Paulo, Paulinas, 2015, pp. 17 y 18.

⁶⁹ *Idem*.

peoples may contribute with their accumulated knowledge, in the search for the planet's sustainability, for quality of life, so that ecological disasters and future pandemics are avoided.

In relation to climate change, Pope Francis⁷⁰ regards it as one of the greatest current challenges facing humanity, a global problem with major environmental, social, economic, distributive, and political consequences. He makes an appeal to humanity, a call to be aware of the necessary change in behavior, ways of life, production, and consumption, in order to combat the human causes that produce global warming.

Still in relation to the great challenges facing humanity, there is the depletion of natural resources and the issue of water. There is an impossibility of maintaining the current level of consumption of the richest people in society and in the most developed countries, as the habits of waste and disposal are extremely high. The quality of the water available to the poor causes the death of many lives every day. Access to clean water, despite being a fundamental right, is not the reality of poor people in the country.

In this regard, Pope Francis asserts that the world owes a great social debt to the poorest who do not have access to safe drinking water, as they are being denied the right to life and dignity; and calls upon all humanity to the need to care for our common home. This is also a concern of the UN, which since 1972 has officially discussed issues related to the environment and sustainability.

1. *On Care for our Common Home: a UN Concern for 50Years*

Never has man mistreated and harmed the “common home” as in the last two centuries. Therefore, rights and interests of future generations were incorporated into national legislation and international agreements. The issue of the environment began to be officially addressed by the UN in 1972, at the United Nations Conference on the Human Environment, when issues related to the impacts of human actions on the planet were discussed for the first time. Also discussed were issues related to the global environment, which affect indigenous peoples. At that conference, the protection of the

⁷⁰ *Idem.*

environment for current and future generations was considered a fundamental goal for all of humanity.

This was also a concern of RIO-92, when debating the environmental theme and establishing a set of political agreements with goals and objectives to be achieved in the following decades by all signatory countries of the final document of that conference.

Breskow and Mattei⁷¹ consider that from Rio-92 on, the theme of sustainable development has begun to be dealt with differently. Since the conference, talking about development has “presupposed to establish the necessary mediations between the economic and social and environmental spheres, making it clear that a sustainable development model could not do without the perfect articulation between these three spheres”.⁷²

Within the scope of the protection of indigenous rights, Eco-92 recognized and strengthened the role of indigenous populations and their communities for the sustainable development of the environment, in addition to the historical importance of indigenous peoples and their lands, who descend from the first inhabitants of these lands. It also recognizes that these peoples must enjoy all human rights and fundamental freedoms, without any hindrance.

Rio-92 acknowledged “the interdependent and integral nature of the Earth, our home” and in proclaiming the Rio Declaration on Environment and Development, in Principle 22 it emphasizes the vital role of indigenous peoples in environmental management and development. Thus, the Declaration considers that indigenous peoples and their local communities have a unique, historical and valuable relationship with their lands, which, for the most part, are descendants of the first inhabitants of these lands; the term “lands” should be understood here as the environment in which these peoples traditionally live.

In view of the dramas of global environmental degradation, both the International Conference on the Human Environment and the United Nations Conference on Environment and Development included the right of access to a healthy, balanced environment in the list of fundamental guarantees for

⁷¹ Beskow, Eduardo and Mattei, Lauro, “Notas sobre a trajetória da questão ambiental e principais temas em debate na Conferência Rio + 20”, *Revista NECAT*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 4-12.

⁷² *Ibidem*, p.1.

all human beings. The main theme of Rio +20 was sustainable development, in which the global, social, and environmental problems were recognized.

In this context of international debates and agreements, all human beings are called to cooperate in the care for creation, as instruments of the Creator, each in their own way, according to their culture, experiences, and abilities. Boaventura de Sousa Santos⁷³ considers that the pandemic and quarantine reveal alternatives for adapting to new ways of life aiming at the common good. It is necessary to think about new possible ways of living well, producing, and consuming in society.

Pope Francis⁷⁴ highlights that “an integral ecology requires an opening to categories that transcend the language of the exact sciences or biology and put us in contact with the essence of the human being”.⁷⁵ In this sense, he argues that there is a great deterioration of our “common home” and launches the urgent challenge to protect it and this includes a concern to unite the human family in favor of sustainable and integral development, because changes are possible. In his words, “The Creator does not abandon us; he never backs down from his project of love”.⁷⁶

Deilton Ribeiro Brasil⁷⁷ argues that: “There is no sustainable development without respect for human and fundamental rights, in other words, human and fundamental rights are intimately linked to sustainable development”.⁷⁸ In this context, human beings may contribute to the construction of the common home by building a space of intra- and inter-generational concerns, where respect for human rights, fraternity, and social friendship among all men and women of this world prevail.

2. On Fraternity and Social Friendship

All social groups and minorities discriminated against by the current socioeconomic system are included in the concern for the poor, in the ex-

⁷³ Santos, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia...*, cit.

⁷⁴ Pope Francis, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 13.

⁷⁷ Brasil, Deilton Ribeiro, “Prefácio”, in Calgaro, Cleide (coord.), *Constitucionalismo e Meio Ambiente*, Porto Alegre, Fi, 2020, t. III, pp. 15 y 16.

⁷⁸ *Idem.*

isting conflicts between rich and poor, between whites and non-whites, between communities with Western lifestyles and indigenous peoples, and between North and South. Thus, the concern for social justice symbolizes the social dimension of ecological justice, also called intra-generational justice. Therefore, an ecological approach will always be a social approach, which integrates justice into environmental debates, so that both the cry of nature and the cry of the poor are heard.

Boaventura de Sousa Santos⁷⁹ advocates that social injustice is directly related to cognitive injustice, in such a way that the fight for global social justice is also necessarily a fight for global cognitive justice.

The abyssal lines proposed by Santos⁸⁰ have not remained fixed over time. Thus it is possible see that the other side of the line seems to be expanding while this side of the line is shrinking. In general, the author understands that: “it seems that Western modernity can only expand globally to the extent that it violates all the principles which underpin the historical legitimacy of the regulation/emancipation paradigm on this side of the line”.⁸¹ This way, he considers that human rights are constantly violated so that they can be defended; just as democracy is destroyed to be saved and life is extinguished to be preserved.

In this context of inequalities, social exclusion is a product of the inequality established between power relations. Thus, post-abyssal thinking emerges, which radically breaks with the forms of thought and action of Western modernity, which proposes an ecology of wisdoms, which recognizes the existence of a plurality of heterogeneous and sustainable types of knowledge, in addition to scientific knowledge. There are different forms of knowledge of life and spirit, society and matter in the world, composing an enormous sociocultural diversity, which favors the recognition of epistemological plurality. In this way, indigenous peoples are the best representatives of post-abyssal thinking.

Pope Francis⁸² warns that there are not two crises — one environmental and the other social — but a single complex socio-environmental crisis, so he considers it essential to seek solutions that interact with natural and

⁷⁹ Santos, Boaventura de Sousa, “Para além do pensamento abissal...”, *cit.*

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Ibidem*, p. 79.

⁸² Pope Francis, *op. cit.*,

social systems. The solutions to these problems require considering them in their entirety, in order to fight poverty and exclusion, restoring human dignity to human beings and, at the same time, taking care of nature. Thus, social ecology is also institutional and multidimensional, as it reaches dimensions from the family to international life, through the community to the nation.

In this understanding, the disappearance of a culture is as serious or more serious than the disappearance of a plant or animal species. “The imposition of a hegemonic lifestyle linked to a mode of production can be as harmful as the alteration of ecosystems”.⁸³

Therefore, it is necessary and urgent to pay attention to the communities of indigenous peoples and their culture, which the Guarani peoples call *Nhandereko*. However, *nhandereko* for these peoples is more than what the white man understands as a culture, it can only be understood if lived. It is all way of being, of living, of raising children, of seeing the world, of relating spiritually.⁸⁴ Indigenous peoples are the main interlocutors, especially when it comes to projects that affect spaces occupied by their communities. They consider that the land — *Pachamama* - has not only economic value, but also sacred value as a gift from God and from their ancestors who rest in it, and with it, they need to interact to maintain their identity and their values, for this reason, they are the best caretakers of their territories.

This care for nature is embedded in a lifestyle based on gratuitous brotherly love for brothers and sisters and in communion with fellow human beings. This gratuity leads human beings to love nature — which they cannot control — to love their brothers and sisters, and to experience a true universal brotherhood, because as human beings we are all brothers and sisters.

In this sense, Pope Francis understands that for a community to develop and practice fraternity from human beings and nations living in social friendship, a better policy aimed at the common good is necessary. However, what is seen, most of the time, is the politics expressed in forms that hinder the way for the world to be different. Thus, to develop solidarity habits and to put oneself in the other’s shoes and think about human life in

⁸³ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁴ Comissão Guarani Yvyrupa, “Nhandereko – Nosso modo de viver”, CGY, 2015, disponível em: <http://videos.yvyrupa.org.br/nhandereko-nosso-modo-de-viver/>.

its entirety are necessary to give quality to the relationships between men and women; so that society itself is driven to react to the injustices it practices and the abuses of power.

VI. CONCLUSION

Disasters demonstrate the collapse of governmental and non-governmental structures in society, which, for various reasons, are forced to pay a high price. Considering that every human being is also a creature of this world, who has rights such as being happy and living with dignity and in harmony with nature, one cannot fail to recognize the effects of environmental degradation and the disposal culture on the lives of the men and women who inhabit this planet.

From three conceptual scenarios, the legal nature of the COVID-19 Pandemic has been proven a physical disaster of a biological nature. In this scenario, Disaster Law plays an important role, as it is responsible for risk management, in order to achieve a new stabilized normality. The emergency of public health issues provokes a serious social destabilization, caused by the increased physical, social, and informational vulnerability of citizens and communities, which has a devastating impact on the most vulnerable, especially indigenous peoples. These cumulative and intertwined vulnerabilities are part of the configuration of the Pandemic as a disaster, which allows the concepts of risk and vulnerability, structuring the Disaster Law, to trigger in each branch of the Law the concern about decisions that reach prevention, mitigation, compensation, and reconstruction, by means of emergency responses.

In this sense, responsibilities, especially of a civil nature, of public and private actors are identified, in view of the anticipated knowledge of risk, competence, the duty to act and the omission of the Public Administration. In the face of the COVID-19 pandemic disaster, although everyone is at risk, some are more unprotected than others are because they are more vulnerable physically, socially, or technologically. Those over 60 or those with comorbidities, such as obesity, respiratory diseases, and heart disease, represent physical vulnerability. Characteristics such as social class, income, race, and ethnicity influence the degree of exposure to risk of a

community, by evidencing social vulnerability. Finally, technological or informational vulnerability stands out due to the lack of clarity in the information presented to the Brazilian population. This makes the planning of adequate actions to combat vulnerability more difficult and highlights the lack of identification of the most vulnerable people in order to implement emergency aid policies that really reach the physically and socially needy.

Thus, denialist presidential pronouncements, which oppose social distancing and science, encouraging inappropriate behavior in the face of fighting the pandemic, in total disagreement with the recommendations of the WHO and the Ministry of Health, and the lack of testing of the population, are demonstrations of the informational vulnerability to which Brazilians are exposed. These cause confusion in the Brazilian population, and create a false sense of safety, propitiating further spread of the virus.

When analyzing the current situation of humanity, both in relation to the wounds of planet Earth and the human causes of environmental degradation, it is clear that there is a need to change course so that humanity can leave the spiral of self-destruction through which it is sinking. We live in a world in which the prevailing culture produces misery, hunger, and disasters, caused by man himself, a culture that disregards ecosystems, either for economic advantage or for ignorance.

In this context, the indigenous peoples — who are on the other side of the abyssal line — and their ancestral knowledge and wisdom, may be part of the solution to the problems, by teaching other people their *Teko Porã*, well living in harmony with nature. It is time to learn from the indigenous peoples, especially the Yanomami about all the scientific, shamanic, and mythological knowledge they have on how to deal with life and with nature, in order to realize that humans are not unique and the most interesting beings in the world, and that many other beings have a perspective on existence. Indigenous peoples value the balance between humans and nature, as if it were a web, to which all living organisms are connected. They have a philosophy based on spiritual principles, which allows them to live and act in relation to nature in a way that is quite different from most humans. Their science of healing through nature and their medicine are examples of conserved values that can contribute to the improvement of living conditions in a conflicted society such as the West.

In the wake of this reasoning, everyone needs to perceive living systems in a new way, because as their inner world became more diverse, the human

being began to lose their connection with nature and therefore became a fragmented being.

For there to be an effective change in attitudes toward nature, it is necessary for man to be aware and use his autonomy to promote his own good, and for the good of organisms, natural systems, and ecosystems. Furthermore, a change in the perception of living systems is necessary, based on the assumption that nothing can be seen in isolation, but interconnected, as if it were a web: the web of life. By remembering that everything is interconnected, the human being has become an absolute dominator, and therefore, his existential base collapses, because, instead of collaborating with God in the work of creation, the human being replaces God, and in this way provokes the revolt of nature. The new eco-complex ecological issues, in which disasters are included, clash with anthropocentrism and man's certainties about life on Earth. Therefore, to recover humanity, one must recover the previously existing connection to the web of life, that is, to be "ecoliterate" it is necessary to have the wisdom of nature.

Disasters should be seen as an opportunity to overcome the disrespect for the limits of nature and as the beginning of the construction of a better world, with social practices for building sustainability, based on fraternity and social friendship, and concerned about the care for our common home.

Climate change is a moment of metamorphosis, an amalgamation of nature, society, and politics, which means that nature cannot be understood without society, nor does society exist outside of nature. In this metamorphosis, the distinction between nature and society ends. On the other hand, it is not about the transition from the progress era to the ecological era, but rather a crisis of civilization or a crisis of knowledge, through which it is necessary to understand the world and redirect human behavior, thinking about a sustainable future for the next generations. Therefore, it is essential to seek solutions that consider the problems integrally, in order to fight poverty and exclusion, giving back to human beings their dignity and taking care of nature, through an environmental rationality that recognizes the environmentally situated man.

Within the scope of the Environmental Rule of Law, the development of public educational and inspection policies are examples of actions to achieve the ideal of ecosystem protection and compliance with environmental legislation. This is hard work, which cannot be done overnight and

therefore needs solid foundations that allow risk management and the reduction of vulnerabilities.

Human beings need to reinvigorate the awareness that they are part of a single human family, without any political or social barriers, with no room for indifference in this context. Although people no longer believe in a happy future or trust in a better world to come, human beings need to rediscover their true place in the “common home” and be willing to change with a view to fraternity and social friendship.

In this endeavor, the *nhnadereko* of the indigenous peoples is a model to be followed as a culture of life in harmony with nature, so that the *Teko Porã* may be a new way of living present in all nations of the world, always protected by the *Pachamama*, Mother Earth.

VI. REFERENCES

- ACOSTA, Alberto, “O Buen Vivir: Uma oportunidade de imaginar outro mundo”, in SOUSA, Cidoval Moraes de (coord.), *Um convite à utopia*, Campina Grande, EDUEPB, 2014.
- Associação Médica Brasileira, Boletim 02/2021, Comitê Extraordinário de Monitoramento Covid-19 (CEM COVID_AMB), 23 de marzo de 2021, disponível em: https://amb.org.br/noticias/boletim-02-2021-comite-extraordinario-de-monitoramento-covid-19-cem-covid_amb/.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiçadas*, Rio de Janeiro, Zahar, 2005.
- BECK, Ulrich, *A metamorfose do mundo*, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.
- BESKOW, Eduardo and MATTEI, Lauro, “Notas sobre a trajetória da questão ambiental e principais temas em debate na Conferência Rio + 20”, *Revista NECAT*, vol. 1, num. 2, 2012.
- BOSELDMANN, Klaus, “O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2015.
- BRASIL, Deilton Ribeiro, “Prefácio”, in CALGARO, Cleide (coord.), *Constitucionalismo e Meio Ambiente*, Porto Alegre, Fi, 2020, t. III.
- CAPRA, Fritjof, *A teia da vida: Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*, 11 ed., São Paulo, Cultrix, 1996.
- CARVALHO, Délton, Winter de “A natureza jurídica da COVID-19 como um desastre biológico: Um ponto de partida necessário para o Direito”,

- Consultor Jurídico*, 13 de abril de 2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>.
- CARVALHO, Délton. “Desastres ambientais e sua Regulação Jurídica”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 2, núm. 2, 2020.
- CARVALHO, Délton and DAMACENA, Fernanda Dalla Libera, *Direito dos Desastres*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.
- Cities Alliance, “The World Disasters Report 2010: Focus on Urban Risk”, 2010, available at: <https://www.citiesalliance.org/resources/publications/cities-alliance-knowledge/world-disasters-report-2010-focus-urban-risk>.
- Comissão Guarani Yvyrupa, “Nhandereko – Nosso modo de viver”, CGY, 2015, disponível em: <http://videos.yvyrupa.org.br/nhandereko-nosso-modo-de-viver/>.
- Consórcio de Veículos de Imprensa, “Brasil chega a 331,5 mil mortes por Covid e se aproxima de 13 milhões de casos. 2021”, *G1 Coronavírus*, 4 de abril de 2021, disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/04/brasil-chega-a-3315-mortes-por-covid-e-se-aproxima-de-13-milhoes-de-casos.ghtml>.
- DESCOLA, Phillippe, *La selva culta. Simbolismo y praxis en la ecología de los Achuar*, Quito, Abya Yala, 1996.
- FARBER, Daniel, “Disaster Law and Inequality”, *Law & Inequality*, Minnesota, vol. 25, núm. 2, 2007, available at: <https://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol25/iss2/1/>.
- FIOCRUZ, “ONU: Covid-19 escancarou discriminação racial ‘endêmica’ no Brasil e nos EUA”, *Informe Fiocruz*, 2020, disponível em: <http://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/49105>.
- HUTUKARA, “História dos Yanomami”, disponível em: <http://www.hutukara.org/index.php/hay/historia-dos-yanomami>.
- JONAS, Hans, *O princípio responsabilidade*, Rio de Janeiro, PUC-Rio, 2006.
- KOPENAWA, Davi and ALBERT, Bruce, *A queda do céu: palavras de um xamã Yanomami*, São Paulo, Cia. das Letras, 2015.
- KRENAK, Ailton, *Ideias para adiar o fim do mundo*, 1st ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2019.
- LEFF, Enrique. “Imaginario Sociales y Sustentabilidad”, *Cultura y representaciones sociales*, México, vol. 5, núm. 9, September 2010.

- LEFF, Enrique. “Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia ‘outro’ programa de sociología ambiental”, *Revista mexicana de sociología*, México, vol. 73, núm. 1, 2011.
- OVIDEO, Antonio *et al.* “Plataforma de monitoramento da situação indígena na pandemia do novo coronavírus (Covid-19) no Brasil”, *Covid-19 e os Povos Indígenas*, disponible em: <https://covid19.socioambiental.org/>.
- PAHO, *Desastres naturais e saúde no Brasil*, Brasília, 2014, disponible em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/7678>.
- POPE FRANCIS, *Carta Encíclica Laudato Si’ sobre o cuidado da casa comum*, São Paulo, Paulinas, 2015.
- PONTES, Nádia. “Indígenas são peça-chave contra crise climática, diz FAO”, *Deutsche Welle*, 03.25.2021, disponible em: <https://www.dw.com/pt-br/indigenas-sao-peca-chave-contr-a-crise-climatica-diz-fao/a-56983183>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, *Novos Estudos*, num. 79, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do Vírus*, Coimbra, Almedina, 2020.
- SURVIVAL, *Os Yanomami*, disponible em: <https://www.survivalbrasil.org/povos/yanomami>.
- UNEP, *Emerging Issues of Environmental Concern*, Frontiers Report, Nairobi, 2016, available at: <https://www.unep.org/resources/frontiers-2016-emerging-issues-environmental-concern>.
- WHO, “Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)”, February 2020, available at: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>.
- ŽIŽEK, Slavoj, *In defense of lost causes*, London-New York, Verso, 2008.

Práctica internacional mexicana

Iniciativa de paz de México

Manuel **Becerra Ramírez***

A partir de 2021, México, por quinta ocasión, llegó a ser miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la ONU (la primera ocasión fue en 1946; después en 1980-81; 2001-2002; 2009-2010). La designación de miembro no permanente, por supuesto, es un gran prestigio para México, y al mismo tiempo una gran responsabilidad, puesto que debe reaccionar ante los graves conflictos que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales. En esta ocasión, dos conflictos graves se produjeron durante su membresía, que ponen en jaque la paz y la seguridad internacionales. El primero, la pandemia de COVID-19, y el segundo, la ominosa guerra de Rusia contra Ucrania, que estalló el 24 de febrero de 2022, y que es el resultado de un conflicto que se inició en 2014. Actualmente este conflicto ha traído un rompimiento de la paz y la seguridad internacionales con repercusiones impredecibles en el mundo.

Como sabemos, el Consejo de Seguridad (CS) es el órgano de Naciones Unidas, que de acuerdo con la Carta de San Francisco, y concretamente de su capítulo VII, es el órgano que tiene responsabilidad de actuar, en términos de dicho capítulo, ante una crisis como la que vivimos. Desafortunadamente, Rusia, miembro permanente del CS, con facultad de veto, y parte en el conflicto con Ucrania, hace imposible la toma de decisiones ejecutivas. Así es que México ocupa un lugar de miembro no permanente en un momento de gran tensión mundial.

* Universidad Nacional Autónoma de México, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3957-9446>, correo electrónico: manuelbramirez5@hotmail.com.

México, con una política exterior principista, fundamentada en los principios de política exterior contenidos en el artículo 89-X de la Constitución mexicana, ha tomado una posición pacifista, hasta cierto punto neutral, en cuanto que privilegia la solución de controversias antes que la condena, pero reconociendo la ilegalidad de la invasión de Rusia contra Ucrania.

México reconoce la parálisis del CS; sin embargo, ha participado en varias iniciativas:

La Declaración Presidencial S/PRST/2022/3¹ del 6 de mayo de 2022, en coautoría con México y Noruega, en la que el Consejo expresó su firme apoyo a los esfuerzos del secretario general António Guterres en la búsqueda de una solución pacífica.

Francia y México promovieron la resolución A/RES/ES-11/2² de la Asamblea General, titulada “Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania”, adoptada el 24 de marzo con un apoyo abrumador.

México, en su declaración del 25 de febrero³ en el Consejo de Seguridad, fijó su posición, expresada en los siguientes seis puntos.

1. Estamos ante la invasión de un país soberano por otro, lo que representa una violación flagrante del artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas y constituye, además, una agresión en los términos de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, aprobada por todos los miembros de las Naciones Unidas.

2. México ha sufrido cuatro invasiones durante su historia como estado independiente: dos por Francia (1838 y 1862-67) y dos por Estados Unidos (1846-48 y 1914). La primera intervención estadounidense en 1846 resultó en la pérdida de casi la mitad de nuestro territorio nacional en ese momento.

¹ S/PRST/2022/3, “Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad”, Naciones Unidas, 6 de mayo de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/342/00/PDF/N2234200.pdf?OpenElement>.

² A/RES/ES-11/2, Asamblea General de Naciones Unidas, 24 de marzo de 2022, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/301/67/pdf/N2230167.pdf?OpenElement>.

³ “Explanation of Vote Before Consideration of the Draft Resolution Relating to the Situation in Ukraine”, Misión Permanente de México ante la ONU, 25 de febrero de 2022, disponible en: <https://mision.sre.gob.mx/onu/index.php/intervencionesconu/1623-25-february-2022-explanation-of-vote-delivered-by-amb-juan-ramon-de-la-fuente-before-the-consideration-of-the-resolution-project-regarding-ukraine>.

3. México siempre ha condenado todos los actos de agresión, como lo demuestra nuestra protesta ante la Sociedad de Naciones contra la anexión de Etiopía y Albania por parte de Italia (1935-36) y la anexión de Austria por Alemania (1938).

4. Nuestro rechazo al uso de la fuerza nos llevó a convocar, en 1945, a la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de paz y guerra en la Ciudad de México, con el fin de llegar a la Conferencia de San Francisco con una posición regional clara y definida sobre este tema.

5. La política exterior de México es pacifista. Desde la fundación de las Naciones Unidas, ha defendido y seguirá defendiendo, en esta organización y en todos los demás foros, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

6. En 1988, inscribimos en nuestra Constitución (art. 89, X) los principios de la Carta de las Naciones Unidas como principios normativos de nuestra política exterior.⁴

Ahora bien, México promovió ante el CS y la AG de la ONU un plan de paz, que en esencia establece:

La propuesta de México sobre el establecimiento de un Grupo de Alto Nivel para el Diálogo y la Paz en Ucrania tiene como objetivo impulsar los esfuerzos de mediación del secretario general Guterres y, por lo tanto, funcionaría bajo su liderazgo, en asociación con otros jefes de Estado y de Gobierno. Dado su alto carácter moral, se espera que el primer ministro de la India, S. E. Narendra Modi, y Su Alteza el Papa Francisco apoyen a Guterres en este esfuerzo.

El objetivo de este grupo sería servir de canal diplomático para colaborar tanto con la Federación de Rusia como con Ucrania, con miras a adoptar medidas de fomento de la confianza, reducir las tensiones y negociar un alto el fuego que pudiera conducir a una tregua, abriendo así un camino para el diálogo hacia el objetivo final de lograr un acuerdo de paz sostenible.⁵

⁴ Fuente, Juan Ramon de la y Arrocha Olabuenaga, Pablo, "Mexico's Initiative for Dialogue and Peace in Ukraine", *Just Security*, 23 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.justsecurity.org/83205/mexicos-initiative-for-dialogue-and-peace-in-ukraine/> (fecha de consulta: 17 de octubre de 2022).

⁵ *Idem*.

Independientemente de la acogida que pueda darse a esta iniciativa, lo importante es que fija la posición de México y lo protege de posibles presiones que las partes en conflicto y sus aliados pudieran hacer a los miembros del CS. Además, es relevante, pues cuando no hay ningún intento de pacificación, en donde al parecer se apuesta a la guerra y al armamentismo, escuchar una voz que llama a la paz es de una gran sensatez.

La creación de la Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio

Gabriel Ferrer Ortega*
Azucena Sahagún Segoviano**

Al margen de la VI Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), que se llevó a cabo en la Ciudad de México el 18 de septiembre de 2021, dieciocho países de la región firmaron *ad referendum* el Convenio Constitutivo de la Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio (ALCE),¹ organismo internacional regional que se enfocará en la cooperación, en la exploración, investigación, tecnología espacial y sus aplicaciones, que contribuyan y fortalezcan el desarrollo integral y sustentable en el ámbito espacial, de lo que es dable destacar el liderazgo de diversos países para crear este mecanismo de cooperación dentro de este importante foro regional.

Debe señalarse que la presidencia pro-tempore mexicana de 2020 y 2021 de la CELAC enfrentó retos mayúsculos marcados por las diferentes posturas de los países y el alejamiento de Brasil de la propia CELAC. A pesar de estas dificultades, el liderazgo y posición incluyente hicieron llegar a buen término iniciativas como la creación de la ALCE, el “Plan Integral de Autosuficiencia Sanitaria”, el Fondo CELAC para la Respuesta Integral a Desastres y la producción y envasado de vacunas AstraZeneca, en la que

* Servicio Exterior Mexicano, México; ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0034-0104>, correo electrónico: gaboferrer@gmail.com.

** Secretaría de Relaciones Exteriores, México, correo electrónico: azucenamsase@gmail.com.

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no representan la posición oficial de las instituciones a las que pertenecen.

¹ Disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/alce.pdf>.

participaron activamente Argentina y México, todo ello reflejado en la Declaración Política de la Ciudad de México del 18 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Entre otros antecedentes, puede mencionarse que, en el marco de la V Conferencia Espacial de las Américas, celebrada del 24 al 28 de julio de 2006, se adoptó la Declaración de San Francisco de Quito “Concertación Regional Espacial para la seguridad y el desarrollo humano. Perspectivas a futuro” y su *Plan de Acción*, que resaltó la ventaja de crear mecanismos de cooperación y coordinación eficaces, con miras al establecimiento de una agencia regional latinoamericana sobre el espacio.²

La idea resurgió con fuerza durante el 67o. Congreso Internacional de Astronáutica, celebrado en Guadalajara, México, del 26 al 30 de septiembre de 2016, evento en el cual líderes de la región vislumbraron la posibilidad de crear lo que podría ser una agencia espacial regional de América Latina, con el fin de reforzar el intercambio de datos de telecomunicaciones y reducir la brecha digital.³

Más adelante, el 1o. de noviembre de 2018, en Buenos Aires, Argentina, se llevó a cabo el Tercer Foro Internacional del Espacio, capítulo Latinoamericano y del Caribe, evento que reunió a representantes de agencias espaciales, funcionarios públicos, instituciones académicas y miembros de organizaciones espaciales internacionales, en el que abiertamente el director ejecutivo y técnico de la Comisión Nacional de Actividades Espaciales de la República Argentina apuntó que “este foro puede ser el puntapié inicial para la creación de una agencia espacial regional”.⁴

² Barberis Martínez, Jaime, “Presente y futuro de la Conferencia Espacial de las Américas”, *Revista AFESE*, núm. 50, Quito, 2009, p. 92.

³ “América Latina necesita cooperación espacial para desarrollo regional”, *Notimex*, Guadalajara, Jalisco, 23 de septiembre de 2016, disponible en <https://aem.gob.mx/iac2016-NOTIMEX/notas/243962.html>. Convenio Espacial México-Argentina, paso para crear agencia regional”, *Notimex*, Guadalajara, Jalisco, 30 de septiembre de 2016, disponible en: <https://aem.gob.mx/iac2016-NOTIMEX/notas/247148.html>.

⁴ Tercer Foro Internacional del Espacio, 2 de noviembre de 2018, Ministerio de Educación de la República Argentina, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/tercer-foro-internacional-del-espacio>.

Aunado a ello, en el marco de la sesión ministerial de la CELAC, efectuada el 10 de enero de 2020, se presentó el Plan de Trabajo de la Presidencia Pro Témprore de México, cuyo primer punto trata sobre la “cooperación aeroespacial y aeronáutica”, con el objetivo de “vincular a las agencias aeroespaciales de los países de CELAC para fomentar la cooperación tecnológica y científica”.⁵

Más adelante, en el plano bilateral, el 9 de octubre de 2020, Argentina y México firmarían una declaración en la que reiterarían el compromiso de ambos países por encaminar sus esfuerzos para constituir la ALCE.

II. NEGOCIACIÓN DEL TEXTO

Convencidos los países de la región acerca de la importancia de la creación de un organismo internacional de cooperación espacial, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Paraguay formaron un grupo de trabajo *ad hoc* en junio de 2021 para redactar una propuesta de Convenio Constitutivo de la ALCE. Este proyecto fue sometido a la consideración de los demás Estados de la región al finalizar la XXI Reunión de Cancilleres de la CELAC, del 24 de julio de 2021, para sus comentarios y observaciones, con miras a dotar a la ALCE de una membresía amplia y plural. Este primer esfuerzo se vio traducido en la Declaración Conjunta sobre la Creación de la Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio, firmada en la misma fecha.

Con un espíritu de cooperación y beneficio para la región, las modalidades virtuales ante la pandemia fueron aprovechadas para llevar a cabo las negociaciones del texto del Convenio Constitutivo de la ALCE en seis jornadas abiertas, en las que pudieron participar diecinueve países para finalizar un texto el 26 de agosto de 2021, con miras a que se abriera a firma en la VI Cumbre de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC, un plazo para concluir un tratado regional sin precedentes que, sin duda, fue logrado por la muy atinada presidencia mexicana de la conferencia negociadora y el espíritu de cooperación y flexibilidad de las partes negociantes.

Ese esfuerzo se vio recompensado con la firma del Convenio Constitutivo de la ALCE por parte de dieciocho de los treinta y tres países integrantes

⁵ Plan de Trabajo 2020, CELAC, disponible en: <https://portales.sre.gob.mx/ppt-celac/es/component/phocadownload/category/8-planes-de-trabajo?download=15:plan-de-trabajo-2020>.

de la CELAC: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Venezuela. A esta lista se sumó la República Dominicana, que suscribió el tratado el 8 de febrero de 2022.

Ahora bien, ¿a qué podría atribuirse el primer éxito en la firma del Convenio Constitutivo de la ALCE? Primeramente debe señalarse que este mecanismo de cooperación regional tendrá una incidencia mayúscula en la región por lo que toca, entre otros puntos, a: *i)* cooperación en la exploración e investigación del espacio ultraterrestre con miras a potenciar los beneficios para la población de la región; *ii)* combate al cambio climático, al facilitar el acceso a la tecnología espacial en favor de la agricultura, la detección temprana de fenómenos meteorológicos, incendios, sequías, cartografía, entre otros puntos, y *iii)* el beneficio económico para la industria espacial regional y la vinculación entre empresarios y científicos.

En segundo término, la estrategia mexicana fue impecable. Se compartió un texto inicial con países aliados, la conferencia negociadora fue presidida por México. La delegación mexicana incluyó personas expertas de la Agencia Espacial Mexicana y de la Cancillería, además de ofrecerse como país sede con posibilidad de contar con oficinas de representación alternas y fungir como depositario, lo cual fue aceptado por las demás delegaciones.

Como un tercer punto, virtudes como la total apertura a los 33 países de la región, la mirada apuntada a la cooperación, un formato de conferencia virtual ante los retos impuestos por la pandemia, la flexibilidad y ánimo de las delegaciones, una visión hacia el futuro del texto del Convenio Constitutivo de la ALCE y la exclusión de señalamientos políticos, lograron que se consolidara el tratado con rapidez y solidez.

III. CONTENIDO DEL CONVENIO CONSTITUTIVO Y FUNCIONAMIENTO DE LA ALCE

La ALCE gozará de personalidad y capacidad jurídica propias, para cumplir con la encomienda fundamental de impulsar la exploración, investigación y tecnología espacial, con fines pacíficos, coadyuvando así al fortalecimiento del desarrollo integral y sustentable de la región.

Los objetivos fundamentales de la ALCE comprenden:

— La promoción, consolidación, fomento y fortalecimiento de los vínculos y la coordinación entre sus Estados miembros, así como la colaboración con instituciones nacionales y organismos (regionales e internacionales);

— La puesta en marcha de actividades concernientes a la exploración y utilización pacífica del espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes;

— La construcción de capacidades espaciales mediante actividades científicas, académicas, tecnológicas, de investigación, desarrollo, innovación, emprendimiento y de capacitación continua;

— La cooperación en materia de transferencia de tecnología;

— El desarrollo de tecnología satelital propia para la región;

— La cooperación en la utilización de la infraestructura espacial y terrestre, así como la colaboración a partir de la información derivada de la observación de la Tierra;

— El impulso a la igualdad de género y a la participación de la mujer en el ámbito espacial;

— El intercambio de información espacial relacionada con el cambio climático, y la coordinación de esfuerzos para la prevención, mitigación, reestructuración y adaptación en caso de emergencias y desastres causados por fenómenos naturales y antrópicos;

— El intercambio académico, científico, tecnológico, de innovación, técnico, así como de experiencias y buenas prácticas en el ámbito espacial;

— La obtención de financiamiento internacional con el propósito de alcanzar sus propósitos, y

— El fomento a la participación, vinculación y/o coordinación con el sector público y privado espacial.

Para tal fin, la ALCE podrá desempeñar actividades como programas, proyectos, iniciativas, investigaciones, estudios, inventarios, diagnósticos de capacidades, mapas regionales de fortalezas, oportunidades, amenazas, riesgos y vulnerabilidades, capacitaciones conjuntas, intercambio de datos satelitales para adoptar metodologías y herramientas comunes, así como participar en foros internacionales.

La estructura de la ALCE se integra por una asamblea —principal órgano para la adopción de decisiones— y una Secretaría encargada de la

gestión administrativa. Además, la ALCE disfrutará de privilegios e inmunidades en el territorio de sus Estados miembros, para facilitar el ejercicio de sus funciones.

La ALCE tendrá su sede en México y podrá establecer oficinas o representaciones en el territorio de sus Estados miembros.

Es importante enfatizar que, con miras a impulsar la vinculación de un mayor número de países al Convenio Constitutivo de la ALCE, en términos del artículo 20, es viable la formulación de reservas o declaraciones, siempre y cuando no sean incompatibles con el objeto y fin de este tratado.

IV. ENTRADA EN VIGOR DEL CONVENIO CONSTITUTIVO

Para que el Convenio Constitutivo de la ALCE inicie sus efectos, es necesario el depósito de once instrumentos de ratificación. La definición de esta cantidad de vinculaciones durante el proceso de negociación fue crucial, e implicó una evaluación cuidadosa, hasta llegar a la determinación de este número, como una muestra evidente del interés de los países de la región en colaborar en el ámbito espacial.

Hasta el 24 de octubre de 2022, México, como depositario del Convenio Constitutivo de la ALCE, ha recibido las ratificaciones de Dominicana, Santa Lucía, Antigua y Barbuda, así como San Vicente y las Granadinas. A ellos se sumará eventualmente el depósito del instrumento de ratificación mexicano tras la publicación, el 5 de abril de 2022, del decreto aprobatorio respectivo en el *Diario Oficial de la Federación*.

Cabe precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, párrafo 1, el Convenio Constitutivo de la ALCE permanecerá abierto a firma hasta la fecha de su entrada en vigor, que en términos del artículo 17, párrafo 1, se producirá treinta días después del depósito del undécimo instrumento de ratificación.

In Memoriam

In memoriam. Antônio Augusto Cançado Trindade

El 29 de mayo de 2022 la comunidad académica jurídica se quedó huérfana ante la noticia del fallecimiento del profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, todavía en el apogeo de su producción académica, de incansable e intensa actividad intelectual, con la publicación de libros y artículos, conferencias, ponencias, con las que dividiera el ejercicio jurisdiccional de sus votos como juez de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

El hombre, el profesor, el maestro, se ha ido, pero sus ideas y su legado permanecen para toda una generación de juristas, que, en un entorno impregnado por la doctrina de la soberanía del Estado, encontró aliento en una voz disidente expresada a través de la autoridad del argumento de un jurista valiente que trató de ver, antes que todos los demás, la humanización del derecho internacional desde el rescate de la *reta ratio* que justificaría la construcción de un derecho para la humanidad.

El legado de Cançado Trindade seguirá teniendo gran repercusión en el ámbito jurídico en los próximos años, pero es cierto que ya podemos calibrar concretamente su contribución intelectual, caracterizada por su inquietud creativa, en muchos niveles y en diferentes espacios de discusión académica donde supo hacerlo como nadie; ocupó esos espacios para exponer sus ideas y construir su teoría, su escuela de pensamiento.

Antes de hacer un análisis reflexivo de su contribución en los más variados niveles de representación académica, es importante atestiguar sobre la persona del profesor Antônio Augusto, extremadamente elegante, amable, comunicativo, combativo, soñador, que recibía pacientemente a estudiantes y juristas en su gabinete de la Corte de La Haya, y que siempre se quedaba para hacerse fotos después de sus concurridas y celebradas conferencias. Todos querían un libro autografiado y tener una foto con Cançado Trindade para guardarla como recuerdo.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 547-553
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Por haber construido una creciente carrera académica en el campo del derecho internacional, es posible encontrar diferentes niveles de contribución de Antonio Augusto Cançado Trindade a la academia, un análisis que, para fines pedagógicos y didácticos, puede ser subdividido en niveles: nacional, regional y universal.

En Brasil, a lo largo de su trayectoria docente, Cançado Trindade ha estado en tres importantes instituciones. Nacido en Belo Horizonte, estado brasileño de Minas Gerais, se graduó en la Universidad Federal de Minas Gerais en 1969, donde recibió el título de “Doctor Honoris Causa” en 2018.

Tras realizar sus cursos de maestría y doctorado en la Universidad de Cambridge entre 1973 y 1978, donde tuvo un paso distinguido por su tesis doctoral, se instaló en la capital de Brasil, en Brasilia, donde comenzó su carrera docente en 1978 en la Universidad de Brasilia —donde ocupó diferentes cargos académicos y fue profesor emérito—, y en el Instituto Río Branco, entre 1979 y 2009, entidad de formación de diplomáticos brasileños.

Como consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, entre 1985 y 1990, tuvo una actuación distinguida. Sus profundas opiniones guiaron la política exterior brasileña en uno de los momentos más complejos, especialmente con el proceso de redemocratización del país y la apertura de la política exterior en el contexto del proceso de globalización que se iniciaba. Sus memorias y opiniones están registradas en el sitio web de la Fundación Alexandre de Gusmão (www.gov.br/funag), con acceso virtual gratuito, en la colección “Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty”. También participó en importantes conferencias como delegado brasileño.

Por cierto, un hecho relevante es que la Constitución brasileña promulgada en 1988, conocida como la Constitución Ciudadana, y por abrir el país al mundo, reconoce en su estructura un artículo que incorpora los principios de las Naciones Unidas y establece un fuerte compromiso con la primacía normativa de los derechos humanos, contó con el trabajo decisivo y la gran influencia del profesor Antonio Augusto Cançado Trindade, que como consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores actuó de forma decisiva en la propuesta de temas para la asamblea constituyente. Seguramente su presencia marcó un cambio de rumbo en la conducta del Estado brasileño y una modificación del sentido principiológico de la norma fundamental que guía a la sociedad y a su sistema jurídico.

En la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional, entidad fundada en 1914, fue miembro activo junto con el profesor Antonio Celso Pereira, y coordinó como editor la publicación del *Boletín de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional*, una revista jurídica que figura entre las más antiguas de Brasil. Su producción científica de libros y artículos en portugués publicados en Brasil son expresivos, destacan, entre otros: *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Universidade de Brasília, 1981; *Direito das Organizações Internacionais*, Brasília, Escopo, 1990; *O direito internacional em um mundo em transformação*, Río de Janeiro, Renovar, 2002; *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Fabris, 2003, y *A Humanização do Direito Internacional*, Editora Del Rey, 2006.

Con el fallecimiento del profesor Cançado Trindade, Brasil perdió a uno de los más brillantes juristas de nuestro tiempo, el cual hizo una contribución fundamental al perfeccionamiento del sistema jurídico normativo y redimensionó la interpretación del derecho. En una nota, la Suprema Corte de Brasil reconoció que “las lecciones e inspiraciones dejadas por el profesor y jurista son un valioso legado para Brasil, para el Tribunal Supremo y para el derecho brasileño” (<https://portal.stf.jus.br/noticias/>).

En el ámbito regional, en América Latina, Cançado Trindade es ciertamente una referencia absoluta, con una actividad robusta, que recordó y reprodujo la determinación de Simón Bolívar cuando propuso el Tratado de Liga de Unión y Confederación Perpetua en 1826, y del profesor chileno Alejandro Álvarez, cuando, en 1910, defendió la idea de un derecho internacional americano. Ciertamente, en el contexto de la producción doctrinal que puede identificar una doctrina y escuela latinoamericana de derecho internacional en la época contemporánea, se presuponen sus escritos, sus votos y sus tesis.

Cançado Trindade ha impartido clases en las más importantes universidades latinoamericanas, habiendo recibido el título de “Doctor Honoris Causa” por la Universidad de Chile en 2003, por la Universidad Católica de Perú, por la Universidad de Paraguay, por la Universidad de La Plata en Argentina. En México se hizo un análisis reflexivo de sus votos entre 1991 y 2006 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudio realizado por el profesor Manuel Becerra Ramírez, y publicado en 2008 por el *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen VIII. Ha visitado varias veces Perú, Argentina, Colombia, Uruguay; siempre lo han recibido

con el trato que se da a las grandes autoridades académicas y ha recibido condecoraciones.

Durante su estancia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre 1994 y 2008, donde también fue presidente de la Corte entre 1999 y 2004, emitió más de noventa votos, que se consolidaron en publicaciones y fortalecieron la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de su gestión, la Corte flexibilizó los mecanismos procesales que permitían una mayor participación de los individuos y las organizaciones en los casos que se presentaban ante ella. De hecho, ésta fue una de las ideas más fuertes de Cançado Trindade: el acceso de los individuos a la Corte como mecanismo de acceso a la justicia, y que representaba la humanización del derecho internacional con el fortalecimiento de su subjetividad.

En el contexto institucional, y actuando conjuntamente con el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, dirigido por su amigo Jean-Michel Arrighi, no dejó de contribuir a los cursos de derecho internacional del Comité Jurídico Interamericano enseñando, entre 1981 y 2015, a profesores y diplomáticos de todos los países de la región, lo que contribuyó a la afirmación de su escuela doctrinal. Sus conferencias eran siempre celebradas, después de las cuales se formaban largas filas para tomar fotos y firmar autógrafos. El maestro siempre asistía a ellas con su contumaz amabilidad, la sonrisa en su rostro y el genuino interés por la trayectoria académica de los jóvenes estudiantes y diplomáticos con los que dialogaba alegremente.

Cançado Trindade fue presidente de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional entre 2012 y 2014, con el profesor Marcelo Kohen como director ejecutivo, y me dio el honor de haber sido secretario ejecutivo de la entidad, habiendo en su gestión ampliado los eventos académicos regionalizados y democratizado la entidad con la adhesión de nuevos miembros y redefinido su identidad visual, su estatuto y su organización administrativa, y posibilitado la publicación de trabajos académicos.

Así, la dimensión de sus obras traspasó los límites del Estado brasileño, y sus ideas corrieron por las venas de América Latina, destacando las siguientes obras publicadas en español: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001; *Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: para fortalecer su mecanismo de protección*, San José de Costa Rica, Corte

Interamericana de Derechos Humanos, 2003; *Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003; *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2003; *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004; *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2004.

De la misma manera que actuó con valentía para consolidar un entendimiento latinoamericano original y doctrinario, creció el respeto internacional por sus ideas y reflexiones; por ello, cuando era miembro de la Corte Permanente de Arbitraje fue propuesto por el gobierno brasileño para ser candidato a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, para la que fue elegido para un primer mandato en 2008 y reelegido para un segundo mandato en 2017.

En la Corte, sus votos disidentes fueron tan celebrados y estudiados como los de la mayoría del pleno, debido a sus firmes posiciones y a su continua defensa de la humanización del derecho internacional, cuando recibió injustas críticas silenciosas de que quería transformar la Corte Internacional de Justicia en una Corte Internacional de Derechos Humanos, cuando en realidad supo ver con antelación a su tiempo y a sus compañeros, un proceso mucho más profundo de humanización del propio derecho, al que el derecho internacional y los Estados no pueden permanecer inmunes o insensibles.

Además de haber grabado varios cursos temáticos en diferentes idiomas para la Audiovisual Library of International Law de las Naciones Unidas, que están disponibles virtualmente (www.legal.un.org), participó activamente, como miembro, de las dos instituciones más importantes para la promoción y el estudio del derecho internacional en el mundo. Fue miembro, desde 1997, del Instituto de Derecho Internacional de Ginebra (Institut de Droit International), entidad que reúne a los nombres más notables en el estudio del derecho internacional, fundada en 1873, habiendo participado en sus comisiones sobre la administración territorial por parte de las Naciones Unidas; las medidas provisionales en el derecho internacional y los límites de la interpretación dinámica de las Constituciones y estatutos de las organizaciones internacionales. Como miembro del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya desde 2004, era una presencia

constante en los tradicionales cursos de verano, en los que recibía a estudiantes y profesores en su gabinete de la Corte Internacional de Justicia.

Por cierto que fue en su Curso General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, un espacio reservado sólo a los grandes doctrinarios, publicado en la tradicional colección del *Recueil des Cours*, intitulado *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haya*, 2005, e *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II*, 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haya*, 2005, donde el profesor Antonio Augusto Cançado Trindade estableció de forma sistematizada y definitiva todo su pensamiento sobre el derecho internacional.

En las obras de Cançado Trindade, cuyos estudios aún darán frutos y reflexiones para otras generaciones, es posible encontrar un pensamiento humanista, con una perspectiva universalista del derecho internacional; en ella no sólo se dibuja un pensamiento sobre la conformación de un derecho *jusnaturalista* basado en la *recta ratio* y en la centralidad del individuo en las relaciones internacionales, sino esencialmente una propuesta de fundamentación del derecho internacional, que trasciende la figura referencial de los Estados y la doctrina voluntarista tradicional, pero que encuentra en el humanismo su verdadero sentido.

Al final de su fructífera carrera, abruptamente interrumpida, Cançado Trindade dejó 56 libros publicados y más de 720 trabajos entre artículos y monografías publicadas en diferentes idiomas, y toda una legión de admiradores, lectores y discípulos en la Academia, guiados por la fuerza de sus ideas, que siguen profundizando en la consolidación de una escuela latinoamericana que pueda ser plural, decolonizadora, universalista, diversa y centrada en el ser humano como valor de referencia del sistema jurídico internacional.

En las distintas dimensiones de la vida académica de Cançado Trindade que aquí se relatan, queda el ejemplo y el legado de un magisterio movido por la pasión, la convicción de la renovación doctrinal a través de las ideas y la valentía decidida de defenderlas sin importar el foro, pero utilizando el poder transformador del ideal y la primacía del derecho y la justicia sobre la fuerza y la hegemonía como mecanismo para construir la paz entre los pueblos.

El pensamiento de Antonio Augusto Cançado Trindade consolida así una escuela doctrinal brasileña, latinoamericana y mundial de derecho internacional, y la fuerza de su teoría seguirá viva, contribuyendo a la construcción de un derecho internacional guiado por la comprensión de la fuerza primaria de los principios elementales en la base de la existencia del propio derecho como conductores de un marco de civilidad de la humanidad en su recorrido histórico, en su aventura cósmica.

Wagner Menezes*

* Universidad de São Paulo, Brazil; ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5850-9032>, correo electrónico: wmenezes@usp.br.

Reseñas

KOSKENNIEMI, Martti, *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power 1300-1870*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 1107 pp.

And the end of all our exploring / Will be to arrive where we started / And know the place for the first time.

T. S. Eliot, IV. Little Gidding

Una historia, no del derecho internacional, sino de la “imaginación legal”. Así define Martti Koskenniemi el contenido de su última gran empresa: *To the Uttermost Parts of the Earth*, un libro de proporciones delirantes que se inscribe al llamado giro histórico en el estudio del derecho internacional como un subgiro de pretensiones narrativas, tendiente a instaurar un espacio¹ en espera de ser habitado por las más diversas y deformantes lecturas —eximiéndose entonces de ese recurso culpable a la exageración que, como ha admitido Hofstadter, se vuelve necesario al presentar ideas heterodoxas en un trabajo histórico interpretativo—. ² El mismo Koskenniemi ha aceptado sin reservas dicha caracterización, ³ un tanto inapropiada, de *To the Uttermost...* como “storytelling”. ⁴ Valéry lamentaba que hoy en día sólo se esfuerce aquello que puede abreviarse, y es cierto en ese sentido que Koskenniemi evoca el actuar paciente de los narradores de antaño, que asimila el lento asentamiento de causas sucesivas y semejantes en la naturaleza. ⁵ Narrar es, sin embargo, todo menos referir un hecho histórico en sí, por su valor en datos. En Heródoto, por ejemplo, es inteligible la unidad de intención que asume el narrador al reconocer en el destino al guía de

¹ D’Aspremont, Jean, “Legal Imagination as Resistance”, *Rechtsgeschichte*, vol. 29, 2021, pp. 265 y 266, disponible en: <http://dx.doi.org/10.12946/rq29/265-266>.

² “[A] certain measure of exaggeration, especially among writers who have a new and heterodox thesis, is almost a necessity of interpretative historical argumentation”. Hofstadter, Richard, *The Progressive Historians*, Londres, Jonathan Cape, 1969.

³ Koskenniemi, Martti, “Storytelling”, *Völkerrechtsblog*, 27 de agosto de 2021, disponible en: <http://dx.doi.org/10.17176/20210827-112551-0>.

⁴ Ranganathan, Surabhi, “Dastan-e Western Civ: Martti Koskenniemi as Storyteller”, *Völkerrechtsblog*, 26 de agosto de 2021, disponible en: <http://dx.doi.org/10.17176/20210826-112553-0>.

⁵ Valéry, Paul, “Les broderies de Marie Monnier”, *Pièces sur l’art*, Paris, Gallimard, 1934, p. 14.

sus historias.⁶ Y lo que narra el cronista en el medievo evoca así el cauce inescrutable del tiempo escatológico por virtud del cual cobra sentido su relato. Incluso el narrador profano haría exégesis del acontecimiento desde su concepto del progreso natural y del curso de la historia.⁷

El aspecto ingenuo de la memoria que es el recuerdo, la reminiscencia; cumple en la narrativa una función eternizante⁸ de aquello que podría perecer sin más. Es decir, se olvida —pues *mnemosyne* se compone también de olvido— aquello que daría sentido al fin de algo si no fuera presa del disimulo novelesco. Ello es crucial para entender, no tanto el método que ordena *To the Uttermost...*, sino, en su lugar, las estrategias de lectura que han permitido a los “hombres ambiciosos” que pueblan sus más de mil páginas, escapar de la inmanencia normativa, al tiempo que aseguraban las bases conceptuales para la solidificación del moderno carácter de imperio en que se consuman las estructuras de propiedad y soberanía, identificadas por el autor como el “yin y el yang” del pensamiento político en Occidente.

En aparente oposición a un método estrictamente contextual,⁹ una crítica del derecho internacional históricamente consciente se ha concebido viable únicamente en el atrevimiento de tender anacronismos,¹⁰ de reconocer, como célebremente hacía Reinhart Koselleck, *la contemporaneidad de lo no contemporáneo*. Las bondades de este punto de partida son muy evidentes, y puede vincularse incluso con el más amplio proyecto de deslegitimar el

⁶ Segura Ramos, Bartolomé, “De la unidad de la obra literaria”, *Estudios Clásicos*, Madrid, vol. 26, núm. 88, 1984, pp. 151-158.

⁷ Benjamin, Walter, “El narrador”, *Obras*, Madrid, Abada, libro II, vol. 2, 2009, pp. 41-67.

⁸ *Idem*.

⁹ Para conocer la discusión en torno al método en el estudio histórico del derecho internacional, véase Wheatley, Natalia, “Law and the Time of Angels: International Law’s Method Wars and the Affective Life of Disciplines”, *History and Theory*, vol. 60, núm. 2, junio de 2021, pp. 311-330. Atender también el reciente llamado por la tregua: “Make love not war—or save war for when it is worth the fight”, en Moyn, Samuel, “International Law and the Politics of History. By Anne Orford. Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2021”, *American Journal of International Law*, vol. 116, núm. 4, 2022, pp. 895-900, DOI:10.1017/ajil.2022.47.

¹⁰ En favor de un modelo de representación *caleidoscópico* (Veyne) de la causalidad, se señala: “Cette réflexion est fondamentale puisqu’elle introduit la possibilité de reconnaître des discordances temporelles, des décalages, des formes d’anachronisme entre des phénomènes pourtant synchroniques, mais pas vraiment contemporains”. Schmitt, Jean-Claude, “Le Temps «Impensé» de l’histoire ou double objet de l’historien?”, *Cahiers de Civilisation Médiévale*, Poitiers, vol. 48, núm. 189, 2005, pp. 31-52.

presente, inteligible en la historia conceptual realizada a lo largo del siglo XX por los críticos de la modernidad secular y su teología inmanente, como han sido, en distintos sentidos, Carl Schmitt, Karl Löwith y el propio Koselleck.

Pero lejos de cualquier elaboración historiográfica posterior, se encuentra, indeleble, una escisión original entre historia y normatividad, por la cual la forma legal misma se afirma cada momento en la negación del cambio histórico. Que *nomos* y *chronos* se excluyan recíprocamente,¹¹ sin embargo, no supone que los juristas se hayan desentendido alguna vez de ejercer la memoria histórica. Es difícil discernir el carácter distintivamente jurídico en lo que Koskenniemi llama “imaginación legal”. En la consciencia medieval, de donde emerge el discurso de los protagonistas de *To the Uttermost...*, no cabe la noción de *innovación* ligada a la idea contemporánea de imaginación como fuerza superior del intelecto, sino que el genio se atribuye siempre a una memoria prodigiosa.¹² No hay nada nuevo bajo el sol.¹³ En el medievo, decir el derecho suponía recordarlo. La ley natural, como apunta Gurievich, “no podía ser objeto de innovación: existía desde el comienzo... no se le elaboraba *ex novo*, sino que se le «buscaba» y se le «encontraba»”.¹⁴ Y desde una concepción del tiempo distintivamente normativa, la esencia misma del presente es de una imperfección incurable.¹⁵ El presente es siempre insuficiente y, por tanto, denota injusticia. El jurista buscaba entonces actualizar el orden jurídico según los dictados de la razón, que en el pasado se han acercado a remedar un modelo justo de leyes. Pero

¹¹ “[Q]uanto più il diritto ha sviluppato la sua funzione di macchina disciplinatrice e calcolante, capace di una completa formalizzazione della vita in tutto il suo dispiegarsi... tanto più esso ha teso ad allontanare da sé la dimensione della storia, della metamorfosi, del cambiamento.” Schiavone, Aldo, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Turin, Einaudi, 2017.

¹² Carruthers, Mary, *The Book of Memory. A Study of Memory in Medieval Culture*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

¹³ De acuerdo con esta máxima del Eclesiastés, Cassirer apuntaba a la necesidad de buscar, no *sustancias*, pues “[t]he same ideas are always appearing again and again, and are maintained for centuries”; sino la *función* de las ideas y sus *dinámicas* en el tiempo. Cassirer, Ernst, “Some Remarks on the Question of the Originality of the Renaissance”, *Journal of the History of Ideas*, Pennsylvania, vol. 4, núm. 1, enero de 1943, pp. 49-56.

¹⁴ Gurievich, Aron, *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, Taurus, 1990, p. 189.

¹⁵ Tomando prestado el sintagma proustiano en *Les Plaisirs et les Jours*: “dans l'essence même du présent une imperfection incurable”.

esta labor, como práctica social efectiva, estaba lejos de ser una indagación puramente jurídica.

La misma “imaginación legal” disimulaba cualquier inconsistencia en esa variedad indiferenciada de acontecimientos que es dominio de objetos de la historia; con un relato de continuidad que elabora una “mitología de origen” (*Ursprungsmithologie*)¹⁶ al servicio del poder temporal que busca reproducirse.

La atrofia del concepto de eternidad que marca el fin del modo de narrar antes descrito¹⁷ fue más bien oportuna para consolidar el artificio narrativo que colapsa el “tiempo del universo” (*Der Zeit des Universums*) con el “tiempo de la ciudad” (*der Zeit der Stadt*);¹⁸ que racionaliza la violencia ejercida en el pasado mediante el recurso selectivo al olvido.¹⁹ Son las facultades eternizantes de la memoria al servicio del continuo genealógico que reviste incesantemente al presente con la “sacralidad del origen” (*Heiligkeit des Ursprünge*), como una temporalidad que se encuentra ya en curso, que siempre ha comenzado ya.²⁰

Paradójicamente, la modernidad se justifica después en simultáneamente producir y destruir las imágenes de la tradición de las cuales busca diferenciarse. En articular el pasado a conveniencia: sea ocultando la variación que demuestra la posibilidad de disrupción o de ruptura; pero también exagerando su diferencia con el periodo que le antecede, y en cuya superación

¹⁶ Giorgi, Raffaele de, “Rom als Gedächtnis der Evolution”, *Rechtsgeschichte*, vol. 4, 2004, pp. 142-161, disponible en: <http://dx.doi.org/10.12946/Irg04/142-161>.

¹⁷ Benjamin, Walter, *op. cit.*

¹⁸ Giorgi, Raffaele de, *op. cit.* También véase lo señalado por Karl Löwith en *El sentido de la historia*, en cuanto a la confusión del tiempo de la salvación (*Heilsgeschehen*) con el de la historia mundana (*Weltgeschichte*). Como destaca Griffioen: “Contrary to Christianity, the modern historical consciousness projects its hope on history itself and expects a fulfillment to occur within history. [Secularization means then] the gradual conflation of sacred and profane history through the adoption of the theological scheme and the simultaneous rejection of the theological content... the modern idea of progress came to be through a substantive discontinuity and functional continuity with the Christian hope for a future fulfillment”. Griffioen, Sjoel, “Secularization between Faith and Reason”, *New German Critique*, vol. 46, núm. 1, 2019, pp. 83, 84 y 90, disponible en: <https://doi.org/10.1215/0094033X-7214681>.

¹⁹ En la medida en que oculta la violencia con que un orden se funda: “L’oubli, et je dirai même l’erreur historique, sont un facteur essentiel de la création d’une nation”; Renan, Ernest, *Qu’est-ce qu’une nation?*, conferencia dictada en La Sorbona, París, 1882.

²⁰ Giorgi, Raffaele de, *op. cit.*

pretende legitimarse, como la conciencia civilizatoria, que inclusive sitúa lo premoderno en sincronía con las categorías de la barbarie que definen el presente no occidental.

[T]ime only becomes truly historical through a political-theological tear that inaugurates a new “age” —a tear that thereby defines the relation of world and time—, and that paradoxically occupies a transcendent position by virtue of banishing transcendence. In this way, periodization becomes its own logic, a self-identity that, through rupture rather than through presence, supplies the necessary platform for a claim to sovereignty.²¹

El derecho moderno se define así en el gradual desprestigio de toda condición normativa trascendental, más allá de lo estrictamente social. Los protagonistas de *To the uttermost...* idearon un artificio de sustitución que opera al interior de *nomos* como simulacro de normatividad trascendente. Quiero entender por *simulacro* el artificio de una imagen interpuesta que, como doble, media (casi frustrando) toda remisión al fenómeno real que imita: pienso en el *ius gentium* de la segunda escolástica, como simulacro de normatividad trascendental que se experimenta como verdad recibida de Dios. No es precisamente simulacro el complejo institucional en que el derecho *cobra vida* materialmente, sino el poder simbólico que evoca como imagen mental. Este concepto se justifica así en la posibilidad de concebir el artificio de sustitución, que reestructuró la conciencia católica del medioevo tardío con respecto a lo jurídico. Desde esta perspectiva, la violencia aparece por fin enteramente racionalizada bajo el orden temporal de la *civitas terrena*.

Ya en Roma el *ius gentium* significó no sólo un orden sucesivo al natural (*après la nature*), sino la negación definitiva de la naturaleza como condición trascendente de su fuerza, dictada por la necesidad contingente de la guerra, la toma de la tierra, la abolición de lo común y de la libertad, etcétera.²² Y acaso la operación más determinante ideada entonces por los juristas

²¹ Davis, Kathleen, *Periodization and Sovereignty. How ideas of Feudalism and Secularization Govern the Politics of Time*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2008, p. 18.

²² Thomas, Yan, “L’institution juridique de la nature”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 1988.

romanos haya sido la inversión artificial que inscribió en el estrecho ámbito del derecho a la naturaleza misma, incluso como un orden posterior.²³

Así, en Suárez, por ejemplo, hay nuevamente una oposición radical entre la realidad del derecho natural, ahistórica, objetiva e inmutable, y el reino de la contingencia que es, propiamente, la historia del mundo temporal, con sus situaciones extralegales y su economía de necesidades.²⁴ El *ius gentium* salamanqués se sitúa entonces en el medio de ambos planos, como un dúctil simulacro del derecho natural que permanecerá entre paréntesis mientras sea inaplicable.

La ley de Dios, aparentemente invencible en la consciencia cristiana, fue puesta a dormir bajo el siguiente razonamiento, que por demás hace cierto sentido desde su propia teológica. El derecho natural es invariable. Sin embargo, como destaca Koskenniemi, de ser *praeceptio*, después de La Caída ha pasado a ser *concessio*. El derecho natural rige entonces negativamente, en no prohibir su contrario. De ello se desprende, por ejemplo, que el común dominio de la Tierra, pues por principio *todo era común* (*a principio mundi omnia erant communia*), no implique ya la prohibición de la propiedad privada.

El *ius gentium*, pragmático como es, se vuelve así la condición finita de su propia posibilidad, que vincula por ser provisionalmente necesario en un mundo devastado por el pecado y la toma de la tierra. Y ello así en detrimento de la proyección teleológica y de los contramodelos que el derecho natural opone a una realidad dada, en este caso, configurados en la visión cristiana de un paraíso trascendente, en donde, reitero, *todo es común*. Como canta la *Pasión según San Mateo* de Bach: “¡Jesús mío, buenas noches!”.

Es así que una de las mayores virtudes de la obra —que descubro en su estructura espirante y por momentos, incluso, repetitiva— es la aprehensión del proceso inacabado y reiterativo en que el momento constitutivo del derecho se renueva sin culminar plenamente, permitiendo al autor reiniciar en cada nuevo capítulo un relato cuasi-mítico en ocasión de una fisura histórico jurídica en que el orden es notablemente inestable.²⁵ Alguno de sus de-

²³ *Ibidem*, p. 34.

²⁴ Bauer, Dominique, “Natural Law, Contingency and History in the Legal Thought of Francisco Suárez”, en Blom, Hans (ed.), *Sacred Politics, Natural Law and the Law of Nations in the 16th-17th Centuries*, Leiden, Brill, 2022.

²⁵ A propósito de la crítica del derecho hecha por Walter Benjamin, que es de sumo interés por cuanto acerta, en síntesis de Abbott, “that law can never be fully constituted; that the

fectos tiene que ver, por otro lado, con esa incapacidad de adiestrar el arte de la lýtote, el arte de omitir: pues el silencio es poco sugestivo, los blancos no cobran fuerza.²⁶ ¿Qué quiero decir? Que nuevamente fracasamos (tal vez intencionalmente) en capturar el genio de la Europa precolombina y luego de Occidente a la luz del momento decisivo de su historia, en que la ciudad, que siempre superpone su propia imagen como retrato del mundo, se encuentra con un reflejo donde no logra verse y por tanto reconoce la presencia de algo más: al interior de sí, un mundo, quizás en verdad inabarcable.

José Emiliano **Márquez García***

process of legitimation can never reach an end; that every new legal event or legal decision works not just to preserve law but engages each time in a renewal of the inaugural lawmaking moment”; Abbott, Mathew, “The Creature Before the Law”, *Colloquy*, Melbourne, vol. 16, diciembre de 2008, p. 83.

²⁶ Como sucede con Godot. O con Monsieur Wu: por quien todos preguntan en una pieza teatral y en el acto final, después de tres cuartos de hora sin que se dignara a dar la cara, aparece por fin: los demás actores y el público lo aclaman, cae el telón y la gente exclama: “Quel formidable acteur!”. Leys, Simon, “En attendant Monsieur Wu”, *Le bonheur des petits poissons*, París, Jean-Claude Lattés, 2008.

* Universidad Nacional Autónoma de México, México, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5547-2548>, correo electrónico: emilianomarquezg@hotmail.com.

JIMÉNEZ MORÁN SOTOMAYOR, Fabiola, *Beneficios potenciales para México derivados de la relación con la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, 208 pp.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM publicó en 2021 el libro intitulado *Beneficios potenciales para México derivados de la relación con la Autoridad Internacional de los fondos marinos*, de la doctora Fabiola Jiménez Morán Sotomayor, especialista en derecho del mar y diplomática mexicana, que tiene la virtud de ser una excelente contribución académica a este campo del derecho internacional y una obra práctica que puede servir como guía para las autoridades en la toma de decisiones frente a las oportunidades de nuestro país en la exploración y explotación de los fondos marinos, particularmente en la Zona de la Fractura Clarión-Clipperton, cercana a la costa mexicana.

Del texto, la primera inmersión que tendrá el lector será hacia el régimen jurídico de la zona, entendida como los “fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”, así como a sus recursos minerales, que son considerados “patrimonio común de la humanidad” (PCH), idea que consiste en la máxima expresión de cooperación y desarrollo de la comunidad internacional, y que fue enarbolada por los redactores de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convemar) el 10 de diciembre de 1982.

Debe advertirse, como lo hace en detalle Fabiola Jiménez y con el crédito debido a sus predecesores, que la paternidad del término PCH se atribuye al entonces embajador de Malta ante la ONU, Arvid Pardo, quien propuso el 17 de agosto de 1967, que el lecho y el subsuelo marinos fuera de la jurisdicción nacional formaran parte del PCH y que se rigieran, en términos generales, por lo siguiente: *i*) no apropiación nacional; *ii*) uso acorde a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y *iii*) exploración y explotación con fines pacíficos en interés de toda la humanidad, teniendo en cuenta sobre todo las necesidades de los países en vías de desarrollo.

Siguiendo ese derrotero, la obra de Fabiola Jiménez recuenta la evolución del concepto o principio del PCH. Así, podrá reconocer el lector que los principios plasmados en distintas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, incluida la resolución 2749 (XXV), del 17 de diciem-

bre de 1970, y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, fueron consolidados en la Convemar, que dispuso en su artículo 136, que “La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad”, y que bajo este término comprende a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (artículo 1o.).

Con una mayor profundidad, la obra reseñada detalla que la Convemar estableció para la Zona: *i)* el principio de no apropiación; *ii)* la pertenencia de los recursos a la humanidad; *iii)* la actuación de la Autoridad de los Fondos Marinos a nombre de la humanidad; *iv)* la aplicación de la Carta de Naciones Unidas y el derecho internacional; *v)* las actividades en beneficio de toda la humanidad, incluida la investigación científica marina; *vi)* la utilización pacífica; *vii)* la adopción de medidas para la protección del medio marino y la vida humana.

La Convemar establece un régimen y un órgano representativo de la humanidad: “[l]as actividades en la Zona serán organizadas, realizadas y controladas por la autoridad en nombre de toda la humanidad”, por lo menos en lo que atañe a ese espacio.

Sin embargo, la orientación original de los redactores de la Convemar, sin perder el norte, fue modificada por el Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI, que acerca un tanto el régimen al interés de países desarrollados de lo que da un recuento la obra en comentario.

El texto de Fabiola Jiménez, después de navegar por la historia del concepto o principio del PCH en relación con la Zona, arriba a la operación práctica que de él hace la autoridad internacional de los fondos marinos, cuya labor es descrita de manera estructurada y concisa, no sin ello dejar de expresar los retos que se avizoran en su horizonte, particularmente por lo que toca a la preservación del medio marino, la diversificación de actores en las actividades y la distribución de beneficios, así como una posible evolución del término de PCH.

De igual manera, el libro de Fabiola Jiménez hace un análisis minucioso de la opinión consultiva emitida el 1o. de febrero de 2011 por la Sala de Controversias del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en relación con las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona. Ello da muestra de la participación de México, desde su posicionamiento en la membresía que detentaba en el Consejo de la Autoridad para que se ampliara la solici-

tud de opinión de Narau, hasta su intervención en la argumentación oral y escrita en la que participaron catorce Estados miembros de la Convemar.

En su opinión consultiva, la Sala habría estimado que correspondería a un Estado patrocinador en actividades de la Zona: *i*) una obligación de conducta o de debida diligencia; *id est*, garantizar el cumplimiento por parte de su ente patrocinado, tanto de la convención y sus instrumentos relacionados como del contrato celebrado con la autoridad, y *ii*) como parte de esta obligación, el Estado debe instrumentar en su sistema jurídico interno, medidas legislativas, reglamentarias y administrativas, razonablemente adecuadas, para garantizar que las actividades que su patrocinado lleve a cabo en la zona sean realizadas de conformidad con la Convención.

Una vez discutido el régimen de la zona y la estructura de la autoridad, la obra de Fabiola Jiménez apunta a la relación que tiene México con la autoridad desde un punto de vista institucional, y lo que lleva un valor agregado al libro: las oportunidades de México derivados de su participación con la autoridad y una potencial actividad en la Zona.

En el orden señalado, prosigue la obra con miras a los requisitos normativos necesarios para una eventual participación mexicana en las actividades de exploración y explotación en la zona, no solamente con señalamientos a requisitos, sino con un verdadero proyecto de legislación necesaria para ello.

Previo a presentar este proyecto de legislación, la autora lleva a cabo un ejercicio de derecho comparado de las trece legislaciones nacionales hasta ahora desarrolladas por Estados parte de la Convemar, para regular la realización de actividades en la zona bajo su patrocinio.

Con lo que hasta ahora hemos señalado, puede reconocerse como un beneficio del trabajo de la doctora Fabiola Jiménez, constituir una obra monográfica sobre derecho del mar como las hay pocas en México, eso sí, de grandes juristas, como Alfonso García Robles, Jorge Castañeda y Álvarez de la Rosa, el juez Alonso Gómez-Robledo Verduzco, Alberto Székely, Jorge Vargas y Ricardo Méndez Silva, entre otros. Con este simple atributo, el libro reseñado, por su profundidad y calidad académica, es valioso, y debe ocupar un espacio en la biblioteca de los interesados en derecho del mar y del derecho internacional en general.

Más allá de ello, la obra pretende ser un oriente para las autoridades hacia una eventual participación en actividades de exploración y explotación en la zona, particularmente en la zona de la fractura Clarion-Clipperton,

cuyo subsuelo es considerado el más abundante del planeta en nódulos polimetálicos.

Con los señalamientos mencionados, ¿acaso no parece natural y beneficioso para México la participación en las actividades de dicha Zona? Dicho espacio, cuya área equivale a aproximadamente dos veces el tamaño de México, tiene un valor inmenso por los recursos mineros, los avances que puedan derivar de la investigación científica y el uso que se haga de ella de manera sustentable. Será ésta una decisión de las autoridades competentes, acompañada de otros estudios científicos y económicos, y para ello es recomendable el trabajo de Fabiola Jiménez.

El texto, entonces, se entiende que redundante en una lectura beneficiosa para interesados en derecho del mar, internacionalistas, autoridades, científicos y público en general que busque una aproximación a los temas expuestos.

Queda pues el texto de Fabiola Jiménez como un capítulo que cumple con el estudio de las tareas pendientes en materia de derecho del mar, lo que da pie para que investigadoras e investigadores talentosos, como la doctora Jiménez, completen la obra en otras áreas en beneficio de México y de las generaciones presentes y futuras.

Gabriel Ferrer Ortega*

* Servicio Exterior Mexicano, México, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0034-0104>, correo electrónico: gaboferrer@gmail.com.

BENEYTO, José María y JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (coord.), *Concepto y fuentes del derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 692 pp.

Concepto y fuentes del derecho internacional (2022) es el primer volumen de un tratado completo (que constará de doce tomos) sobre derecho internacional público, codirigido por los profesores José María Beneyto y Carlos Jiménez Piernas. Publicado por la editorial Tirant lo Blanch en colaboración con el Real Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo de Madrid, en él se da cita a un reputado grupo de especialistas españoles y americanos para conformar una obra totalmente inédita en lengua española.

A lo largo de sus once capítulos, este primer volumen realiza una cuidada y minuciosa aproximación, no sólo a las fuentes, sino también al concepto mismo de esta rama del derecho desde una gran riqueza bibliográfica multidisciplinar, que permite al lector, encontrar las respuestas a un sinnúmero de dudas habituales relacionadas con esta disciplina científica.

Partiendo de la concepción moderna del derecho internacional gracias a las aportaciones de Francisco Suárez y de Hugo Grocio, a lo largo de todo el primer capítulo el catedrático José María Beneyto realiza de manera magistral una aproximación histórica que abarca cronológicamente hasta el momento presente. Con el paso de las páginas, el lector irá descubriendo el desarrollo doctrinal del derecho natural y del *ius gentium* a lo largo de los siglos XVII y XVIII a través de las dos escuelas de pensamiento a las que dieron origen Hugo Grocio y Thomas Hobbes (la “grociana” o “eclectica” y la “naturalista”, respectivamente); el triunfo del positivismo y sus diversas escuelas en el siglo XIX; la emergencia del liberalismo, el nacionalismo y el solidarismo; la apertura al mundo no occidental; la transformación del derecho internacional tras la Primera Guerra Mundial; la proliferación de organizaciones internacionales de nuevo cuño tras la Segunda Guerra Mundial; la descolonización; la caída del muro de Berlín, así como los numerosos desafíos que emergieron tras el fin de la Guerra Fría y el colapso de la Unión Soviética.

Tomando en consideración la producción científica española y europea, la catedrática Esther Barbé aborda, a continuación, el sistema internacional desde un punto de vista ontológico, mediante un repaso sucinto de las tres tradiciones de pensamiento características de las relaciones internacionales:

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XXIII, 2023, pp. 569-572
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

la realista (también conocida como “hobbesiana” o “maquiaveliana”); la racionalista o “grociana”, y la revolucionista o “kantiana”. Con estos mimbres, Barbé pasa a desarrollar la sociedad internacional en su extraordinaria complejidad de un modo sumamente interesante.

En tercer lugar, la profesora Zlata Drnas de Clément aborda el desafío de sintetizar el sistema internacional contemporáneo desde de su dimensión normativa y diferenciando, con una ordenación exquisita, cada una de las teorías según su desplazamiento en el eje que va desde el normativismo hacia las visiones más políticas y sociológicas, incluyendo, incluso, aquellas que sostienen en último término la negación misma del derecho. Constitucionalismo, derecho administrativo global, pluralismo jurídico, pluralismo interpretativo, progresismo transnacional y pluralismo radical, no son teorías abordadas por parte de la autora desde su consideración como compartimentos estancos las unas de las otras, sino desde su solapamiento y mutua interconexión, lo que acrecienta la riqueza de su exposición.

Tras los análisis de las profesoras Barbé y Drnas de Clément, acerca de las dimensiones sociohistórica o material y formal o normativa, a lo largo de los capítulos 2 y 3, respectivamente, el catedrático Jiménez Piernas se encarga de proveer, entrados ya en el cuarto capítulo de este tomo, una aproximación a los fundamentos y al concepto del derecho internacional público contemporáneo, atendiendo a las realidades del ordenamiento jurídico en vigor. Para ello, propone una definición tan particular como interesante del derecho internacional antes de pasar a abordar el papel de los postulados axiológicos, los caracteres y el contenido de esta disciplina, su naturaleza normativa, sus postulados epistemológicos y la práctica internacional.

Seguidamente, el catedrático Rafael Casado Raigón aborda de forma categórica la contraposición entre derecho dispositivo y derecho imperativo, desde la clasificación de las normas jurídicas internacionales hasta la formulación de un catálogo de normas imperativas pasando por las obligaciones *erga omnes*, el carácter jerárquico en ordenamientos de naturaleza dispositiva, la existencia de normas imperativas en el ámbito del derecho internacional o las cuestiones relativas a las normas de *ius cogens* y el papel que ha venido desempeñado en este sentido la Corte Internacional de Justicia.

Llegados al capítulo VI de la obra, el profesor Ángel Rodrigo muestra tanto el origen como las funciones de la ciencia del derecho internacional. Con relación al origen, el lector podrá sumergirse en una aproximación

conceptual caracterizada por el positivismo jurídico en sus diferentes vertientes, identificándose no sólo algunas de sus funciones más destacadas, sino también, y de manera muy especial, el carácter jurídico y la autonomía de las normas internacionales. Acto seguido, pasa a contemplar la praxis de esta disciplina tomando como punto de inicio lo que el propio autor denomina como la “caja de herramientas metodológicas”, esto es, el conjunto de métodos y fuentes que han propiciado, en último término, un aumento del pluralismo tanto en las profesiones vinculadas al derecho internacional como en los propios iusinternacionalistas.

A continuación, el catedrático Xavier Pons Rafols se ocupa en desarrollar el capítulo correspondiente a los principios estructurales del derecho internacional, procediendo a su delimitación e identificación antes de formular, desde un punto de vista analítico muy preciso, el alcance y el contenido de cada uno de ellos, agrupándolos en tres categorías diferenciadas: los consustanciales o inherentes a la propia existencia del derecho internacional, los emanados de las transformaciones más recientes y de la institucionalización de esta disciplina del derecho, y, por último, los derivados de la llamada “humanización” del derecho internacional.

En el capítulo VIII, el investigador Manuel Becerra Ramírez nos deleita con una introducción general a las fuentes del derecho internacional y a sus medios auxiliares. A lo largo de las diferentes páginas, el autor ofrece un análisis pormenorizado de las cuestiones vinculadas con la jurisprudencia y la doctrina, en particular de aquellas que se refieren a las medidas cautelares, las opiniones consultivas, las decisiones de los tribunales internos y su relación con otras fuentes de derecho internacional, la indeterminación de las reglas de *ius cogens* y su labor jurisprudencial, o la fragmentación de éstas, por citar solamente algunas de ellas.

Conforme uno se aproxima a los últimos capítulos de la obra, continuando con el sistema de fuentes, el capítulo del catedrático Santiago Ripol Carulla se adentra en los principios generales del derecho. Para ello, toma como punto de partida los debates del Comité Asesor de Jurisconsultos (también conocido como “Comité de los Diez”) encargado de elaborar un proyecto de Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI). Continúa centrándose en los ámbitos a los que, tanto dicho Tribunal como la Corte Internacional de Justicia han recurrido a la hora de desarrollar los principios generales, concluyendo con los elementos más novedosos e innovadores.

En el décimo capítulo, la catedrática emérita Rosario Huesa Vinaixa valora de manera extraordinaria todas y cada una de las apreciaciones acerca de la costumbre internacional: desde su aproximación conceptual y metodológica, hasta la aplicación de las normas consuetudinarias, incluyendo la determinación de su vigencia, contenido, aplicabilidad y oponibilidad, y pasando por su configuración misma, su formación, su evolución, la mutación de la norma consuetudinaria o el alcance normativo de la costumbre.

Finalmente, la profesora María Isabel Torres Cazorla examina la cuestión de los actos unilaterales, a los que califica, utilizando la terminología utilizada por la propia autora, como “ese gran olvidado” del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, debido a su ausencia en el catálogo de normas a las que puede acudir la Corte Internacional de Justicia. El objetivo que con ello se propone es intentar concretizar y sintetizar qué son y qué debe entenderse por “actos unilaterales”, una tarea ardua y nada sencilla dado el carácter difuso de esta figura, pero que la autora sabe resolver con una solvencia más que manifiesta.

En líneas generales, este primer volumen, caracterizado por una redacción y sintaxis exquisita, una dinámica minuciosa y un rigor tan exhaustivo como brillante, permite ya adivinar la calidad del ambicioso proyecto emprendido por los profesores Beneyto y Jiménez Piernas en la elaboración de un tratado completo de esta magnitud sobre el derecho internacional público, que, sin lugar a duda, está llamado a emerger como una contribución académica de referencia en lengua española.

En pocas palabras, esta obra innovadora y práctica nace con vocación de ser utilizada como recurso metodológico para profesionales de esta disciplina del derecho, pero, al mismo tiempo, también como un recurso de excepcional valor al que puedan acudir las nuevas generaciones de internacionalistas desde los primeros años de su formación universitaria.

Luis Rodrigo de Castro*

* Universidad CEU San Pablo, España, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7523-7705>, correo electrónico: luis.rodriago1@ceu.es.

LAJOUSVARGAS, Roberta, *Historia mínima de las relaciones exteriores de México*, 2a. ed., México, El Colegio de México, 2022, 374 pp.

En 1973, El Colegio de México publicó, con la participación de Ignacio Bernal, Alejandra Moreno Toscano, Luis González, Daniel Cosío Villegas y Eduardo Blanquel, la obra intitulada *Historia mínima de México*.

Una de las premisas de dicha obra, en palabras de Cosío Villegas, fue la de presentar “con un lenguaje claro y sencillo” la historia de México, iniciando desde los primeros años de los pobladores hasta 1972, como se puede observar en su índice: “I. El tiempo prehispánico”; “II. La era virreinal”; “III. El periodo formativo”; “IV. El tramo moderno”; “V. La Revolución mexicana”, y “VI. El momento actual”.

Años posteriores, El Colegio de México emprendió la labor de publicar una serie de obras que conforman la colección “Historias Mínimas”, y, en este sentido, en 2012 la embajadora Roberta Lajous Vargas presentó su obra intitulada *Historia mínima de las relaciones exteriores de México*, dando cuenta, con maestría, de la historia de las relaciones internacionales de México y su política exterior, de 1821 a 2000, desde el surgimiento de la nación hasta su vida independiente, con el siguiente capitulado: “1. El reconocimiento internacional de México, 1821-1836”; “2. La pérdida del territorio mexicano a favor de Estados Unidos, 1836-1853”; “3. La Reforma, la Intervención y la República restaurada, 1854-1876”; “4. El porfiriato, 1877-1911”; “5. La Revolución mexicana y la Primera Guerra Mundial, 1911-1920”; “6. La era del nacionalismo, 1920-1940”; “7. La Segunda Guerra Mundial, 1941-1945”; “8. La Guerra Fría, 1947-1969”; “9. La *Détente* y el fin de la Guerra Fría, 1969-1989”, y “10. La integración a la economía mundial, 1990-2000”.

Ya en 2022, la embajadora Lajous presentaría una segunda edición, de la obra, en la que extendería sus estudios hasta 2020, ampliando así veinte años más su obra original en el capítulo “10. La globalización, 1990-2020”, en el que, como se puede observar en los capítulos previos, su desarrollo consta de tres análisis: contexto internacional, contexto nacional, y respuesta del Estado mexicano.

La obra en concreto es un admirable trabajo de síntesis en el que se da cuenta de la historia de las relaciones internacionales de México y su política exterior, desde el surgimiento de la nación hasta la actualidad, llegando a

convertirse, tanto en las universidades del país como en el servicio exterior mexicano, incluso en el extranjero, en un importante referente para quienes se aproximan, ya sea por primera vez o no, al estudio de las relaciones exteriores de México, siendo no sólo un ejercicio bibliográfico que refleja la formación académica de la embajadora Lajous, sino que es una obra enriquecida con su experiencia como diplomática egresada del servicio exterior mexicano, del que es parte desde 1979.

Iniciada la lectura, durante los primeros años de vida independiente de México es patente la ausencia de una política exterior; sin embargo, tal situación cambia ante las amenazas de intentos de reconquista, el expansionismo territorial de Estados Unidos en detrimento del territorio mexicano, y las ambiciones de Francia en América, adoptando así una política exterior basada en el derecho como lo es la Doctrina Juárez: “Entre los individuos como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”.

Sobre esto, es de destacar la importancia que tiene el derecho internacional para México y su política exterior como una política defensiva, al sustentarse en principios de las relaciones internacionales que son parte fundamental de la Carta de Naciones Unidas, y que actualmente se expresan en el artículo 89, fracción X, de la Constitución general, siendo estos: autodeterminación de los pueblos, no intervención, solución pacífica de controversias, proscripción de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales, igualdad jurídica de los Estados, cooperación internacional para el desarrollo, entre otros.

En esta tónica, a través de la política exterior las naciones persiguen y defienden sus intereses, y en tal sentido, los dos objetivos de la política exterior de México —señala la embajadora Lajous—, han sido, por un lado, afirmar su soberanía e identidad, y, por otro, buscar los recursos económicos y humanos para acelerar su desarrollo.

Dicho esto, y si bien las relaciones exteriores de México son complejas y diversas, es inevitable no hacer referencia a Estados Unidos en las relaciones internacionales de México, y la evolución de su política exterior.

En este sentido, la obra en comentario no se centra en exclusiva en analizar las relaciones exteriores de México con su par Estados Unidos; sin embargo, como destaca la embajadora Lajous, la historia de las relaciones internacionales de México es única, dadas las condiciones geográficas que mantiene con la mayor potencia del mundo, y que han estado marcadas por la alternancia entre el acercamiento a su poderoso vecino y su distancia-

miento, como se puede observar a través de las doctrinas Juárez y Carranza, que con *expertise* aborda y desarrolla la embajadora en su obra.

Por otro lado, a lo largo de la obra se observa la transformación que han tenido dichas relaciones, pasando por etapas o momentos de confrontaciones y dificultades, hasta su integración económica, que, junto con Canadá, hacen de América del Norte una de las regiones del mundo con mayor dinamismo comercial, esto, tras la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN, hoy Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, T-MEC.

Dicho lo anterior, la lectura de la obra en comento, a la que hay que sumar *Embajadores de Estados Unidos en México. Diplomacia de crisis y oportunidades*, obra coordinada por la embajadora Roberta Lajous, Erika Pani, Paolo Riguzzi y María Celia Toro, bajo el sello de El Colegio de México y la Secretaría de Relaciones Exteriores, llega en un momento en el que, en 2022, se cumplieron doscientos años de relaciones diplomáticas entre México y Estados Unidos, siendo esta una oportuna invitación para estudiar la historia y el devenir de las relaciones internacionales entre ambas naciones.

Por otro lado, la obra *Historia mínima de las relaciones exteriores de México* muestra cómo se han transformado las relaciones internacionales, y en particular cómo se ha conducido México en su política exterior, tras importantes acontecimientos globales como la Primera y la Segunda Guerra Mundial, la Guerra Fría y la globalización.

En una lectura de importantes acontecimientos recientes, Lajous Vargas aborda al mismo tiempo los retos diplomáticos actuales, que invitan a reflexionar en torno a la política exterior de México en las relaciones internacionales contemporáneas, como son, en clave internacional: los riesgos a la paz y seguridad internacionales; el combate al terrorismo; las crisis financieras desde 2008 hasta las más recientes; las emergencias sanitarias, como COVID-19, que han venido a acrecentar los retos presentes y motivado el apareamiento de otros llegando a evidenciar los límites de la cooperación internacional, y el papel de los organismos internacionales, como las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial de Comercio, entre otros; el surgimiento de nuevos actores no estatales internacionales y su papel en el concierto internacional, así como el surgimiento de nuevas potencias, como China; el combate al cambio climático; el debilitamiento del orden mundial liberal instaurado tras la Segunda Guerra Mundial.

En lo que atañe a la agenda de México, la embajadora Lajous invita a reflexionar en torno los retos que imponen la diversificación del mercado de la economía nacional y su relación comercial con América del Norte, las relaciones con América Latina, Asia-Pacífico, Europa, África y Medio Oriente, así como el papel y liderazgo de México en los foros multilaterales.

En su obra, la embajadora Roberta Lajous Vargas realiza una completa presentación de las relaciones exteriores de México hasta la actualidad.

No obstante ser una obra íntegra, la autora agrega al final de cada capítulo una serie de lecturas recomendadas, que vienen a fortalecer y nutrir aún más el texto.

Raúl Eugenio Martínez*

* Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8931-4203>, correo electrónico: 520018163@derecho.unam.mx.

ORTEGA, Elisa, *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, 272 pp.

Este libro ofrece una mirada actual y crítica al estudio del asilo, las problemáticas que lo envuelven y lo “vacían de contenido”, pero con plena conciencia del alcance de sus raíces. La obra supera la discusión un tanto infértil y superficial que permea los estudios convencionales sobre migración y asilo en México, los cuales establecen como causa de la situación en que esta institución jurídica se encuentra, la insuficiencia presupuestaria para una eficaz gestión de las migraciones y solicitudes de asilo o la emisión de políticas públicas inadecuadas y/o mal ejecutadas, y a partir de ello anuncian una “crisis migratoria y de refugiados” dejando de lado la importancia del derecho como bisagra que abre y cierra las relaciones de poder con base en la raza, la clase y el género.

La caracterización que la autora hace del derecho explica la precariedad del régimen jurídico de extranjería que ha existido desde el siglo XIX, y con ello, se inscribe en discusiones mucho más amplias, y que indudablemente contribuirán al debate impostergable de la variedad de desafíos que enfrentan hoy en día México, la región y el mundo en la materia, justo porque los hace visibles y comprensibles.

Desde la enunciación del título, Elisa Ortega nos sitúa en una discrepancia: otorgar o no la protección internacional a quienes lo requieren ante las apremiantes condiciones globales que generan y mantienen grandes desplazamientos de personas. Cotidianamente escuchamos, leemos, observamos y constatamos de primera mano el incesante incremento de personas que —por diversas causas— abandonan el territorio del Estado del cual son nacionales o residentes, con la intención de internarse en otros territorios y lograr sobrevivir, ejercitando así el derecho al asilo que todo ser humano posee, y con ello obtener refugio, protección y auxilio.

A la par, los Estados han hecho suya la consigna de impedir, o al menos dificultar, el acceso de las personas al asilo; esta obstrucción es sofisticada y efectiva al construir a las personas extranjeras con necesidades de protección internacional como amenazas al orden, la seguridad y la identidad nacional; haciendo patente la vigencia de una matriz estatal de exclusión

que, paradójicamente, coexiste con las fórmulas constitucionales y convencionales de inclusión universal en materia de derechos humanos.

La política migratoria mexicana representa la lógica de exclusión que el Estado impone a quienes no gozan de su nacionalidad, lógica que relega a segundo término la obligación de protección que le imponen los marcos jurídicos nacionales e internacionales. Con ello, ha despojado de contenido al asilo, o como la autora señala, “lo ha dejado vacío”.

A lo largo de la obra, la jurista mexicana demuestra que la situación real del asilo en México es compleja no sólo por la opacidad y multiplicidad del marco jurídico relativo, o la errática aplicación burocrática del mismo, sino también por la persistencia de prácticas racistas y clasistas, cuya función ha sido filtrar de algún modo las solicitudes que serán favorablemente resueltas y que están presentes en el país desde su nacimiento como nación independiente hasta la actualidad.

La autora brinda a la comunidad jurídica —al igual que a la academia interesada en la institución del asilo— una obra que adopta perspectivas teóricas novedosas en el área: los estudios críticos del derecho, los estudios críticos de las migraciones y la teoría biopolítica. Al mismo tiempo, proporciona una mirada de largo alcance al incorporar un análisis historiográfico preciso y ampliamente documentado —basado en el método genealógico del pensador francés Michel Foucault— que funciona eficazmente como soporte a la caracterización crítica que hace del régimen jurídico mexicano del asilo, desafiando así la narrativa hegemónica que existe sobre México como un país generoso y hospitalario con las personas refugiadas. De este modo, Elisa Ortega desenmascara prácticas propias de un racismo de Estado frente a las personas extranjeras que a lo largo de la historia del país han resultado “indeseables” con base en la raza y la clase. Esto, como bien acota la autora, no deja de ser peculiar y paradójico, considerando el pasado colonial de México y su perfil tradicional como tierra de emigrantes.

El libro descansa sobre un marco teórico-metodológico innovador, bien fundamentado y estructurado a partir del diálogo entre los estudios críticos del derecho y los estudios críticos de las migraciones, así como de la teoría biopolítica de Michel Foucault. Además, se nutre de las contribuciones contemporáneas a la teoría biopolítica foucaultiana de la escuela italiana, especialmente de Giorgio Agamben y su teoría del estado de excepción como paradigma biopolítico contemporáneo en materia de migraciones y asilo, y de Roberto Esposito con sus trabajos en materia de *inmunidad* del

dispositivo de regulación migratoria y, en especial, del régimen internacional de asilo como vacuna ante virus raciales. Adicionalmente, encontramos referencias teóricas en materia de securitización y el régimen de fronteras, que ayudan a la autora a redondear el marco teórico-analítico de esta obra, el cual se ve presente en los cinco capítulos que la conforman.

La literatura que sustenta la perspectiva teórica en la obra es abundante, lo que permite apreciar la importante labor de investigación que realizó la autora, y da cuenta también del uso de un aparato crítico actual, profundo y pertinente para el objeto de estudio, pues incluye también a autoras/es contemporáneas, especializadas en el caso de mexicano. En este sentido, es de destacarse la aportación de la obra a la literatura mexicana, puesto que *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión* es el tercer libro que trata el asilo en la literatura contemporánea mexicana de manera exhaustiva y el primero que aborda la institución del asilo en el país desde sus inicios como nación independiente hasta la actualidad (fines de 2020), incluyendo la pandemia por COVID-19, además de que estudia el desarrollo del asilo en México desde sus distintas vertientes: el asilo político (territorial y diplomático) y el asilo bajo el régimen internacional de los refugiados.¹

La investigación parte de la pregunta sobre si en México a lo largo de su historia se han utilizado los dispositivos de raza y clase para excluir a migrantes y refugiados considerados como indeseables, a través de prácticas propias de un racismo de Estado y de qué forma dichos dispositivos han moldeado el derecho humano al asilo hasta dejarlo en la actualidad sin contenido: vacío. A partir de semejante cuestionamiento, la obra articula una serie de hipótesis, cuyo propósito es demostrar a nivel global, regional y nacional la vacuidad del derecho al asilo precisamente por la utilización de la raza y la clase como dispositivos de exclusión, y, por ende, de prácticas de discriminación, xenofobia y violencia, que han ido constituyendo espacios de excepción permanentes y derechos humanos vacíos en México.

¹ En México, el tema del derecho de asilo no ha sido estudiado de manera abundante ni suficiente por la literatura. Previos a la obra *El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión* (México, UNAM, 2022, p. 272) de Elisa Ortega, únicamente existen dos libros que tratan el tema de manera específica: *La práctica del asilo y del refugio en México*, de Cecilia Imaz B. (México, Potrerillos, 1995, p. 142) y *El asilo político en México* (México, Porrúa, 1998, p. 224), de Fernando Serrano Migallón, que se limita a estudiar el desarrollo del asilo político en México y deja de lado el asilo bajo el régimen de refugiados.

El libro que se comenta consta de cinco capítulos, el primero da cuenta del marco teórico-analítico y su lejanía con las teorías hegemónicas y propias de la ciencia jurídica. La autora —fiel a su formación jurídica— orienta su argumentación a partir de teorías y herramientas hermenéuticas que logran hibridar exitosamente la filosofía política con la filosofía jurídica a través de claridad y orden en la exposición de ideas, que permiten al lector/a una lectura ágil e interesada de un marco teórico-analítico complejo y no usual en los estudios jurídicos. La afinidad entre ambas disciplinas se cristaliza en el estudio genealógico que la autora realiza en los capítulos segundo y tercero del régimen internacional de los refugiados y de la política migratoria y de asilo en México en los siglos XIX y XX, respectivamente, capítulos que, sin duda, son una importante aportación doctrinal del trabajo.

El tercer capítulo estudia las vicisitudes que dieron origen al régimen migratorio y de asilo actual en México: desmenuza en etapas los complejos procesos que configuraron los mitos del mestizaje y de la identidad nacional, pero también las prácticas y políticas racistas —como los intentos de blanqueamiento de la población durante el porfiriato o la exclusión de los no mestizos— que permearon la legislación migratoria —siempre escasa y precaria— y, al mismo tiempo, configuraron la práctica del asilo en el país como estrategia política durante el siglo XX. Un aporte importante de la obra se encuentra aquí al demostrar la autora la perdurabilidad que ha tenido en la era independiente del país el dispositivo racial que sostuvo el sistema colonial de castas. Con este recuento es dable identificar la *aparente transformación* que México sufrió de *santuario a campo*, al observar la desproporción en el trato e interés a personas con afinidad racial y cultural (como los españoles exiliados durante el franquismo y los sudamericanos en las dictaduras de los años setenta) a personas indígenas, de raza no blanca, pobres y de escasa educación (como los guatemaltecos y salvadoreños de inicios de la década de los ochenta).

A propósito de procesos históricos, es innegable la influencia que Estados Unidos —querámoslo o no— ejerce sobre todos los aspectos de la vida nacional: la gestión migratoria no es la excepción, sino todo lo contrario, ya que la brutal política de contención contemporánea mexicana ha sido perfilada por esta influencia. El cuarto capítulo del libro nos guía con precisión a lo largo de tres décadas durante las cuales México ha adoptado la misión de contener a los migrantes indeseados para Estados Unidos. Esta política de contención ha construido al migrante y al solicitante de asilo

como narcotraficante, terrorista, invasor y, por último, como riesgo biológico y amenaza a la salud en el marco de la pandemia ocasionada por el virus SARS-COV2.

El capítulo final ofrece un análisis jurídico técnico y acucioso de los procedimientos estatales de control migratorio y de determinación de la condición de refugiado en México: expone con claridad la multiplicidad de normas e instancias que tornan nugatorio el derecho al asilo y, en consecuencia, demuestra el vacío que afecta al derecho humano al asilo, y, con ello, la proclividad del régimen de constituir un dispositivo productor de espacios de excepción.

El asilo como derecho en disputa en México: la raza y la clase como dispositivos de exclusión debe, sin lugar a duda, ocupar un lugar en la biblioteca de toda persona interesada en el estudio de las migraciones, el régimen de asilo, la historia demográfica y migratoria de México, los derechos humanos y la teoría biopolítica en su intersección con las migraciones y el derecho. Desde mi punto de vista, la obra provee de recursos para analizar críticamente este régimen jurídico con base en aspectos propios del clasismo y la racialización, pero podría verse enriquecido al incluir una perspectiva crítica de género, pues a partir de las premisas que expone la diferencia sexual y las identidades de género divergentes de la heteronorma, también son objeto de exclusión por los mecanismos estatales.

Luisa Gabriela **Morales Vega***¹

* Universidad Autónoma del Estado de México, México; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2584-4974>, correo electrónico: lgmoralesv@uaemex.mx.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y SILVA, Jorge Alberto (coords.), *Lecciones de derecho internacional privado*, México, Dikaia, 2022, 280 pp.

La disciplina del derecho internacional privado mexicano comprende el estudio de los diversos medios o métodos para resolver problemas de tráfico jurídico internacional. Esta obra es resultado de un trabajo de gran responsabilidad, que requirió de personal especializado, y ello con un objetivo muy puntual, porque la obra que se presenta va dirigida a estudiantes de licenciatura en derecho, aunque ello no impide, sin lugar a duda, la inclusión de todas aquellas personas, legas o no legas en la materia, interesadas en un área tan necesaria como compleja. Los autores están conscientes de que los estudiantes apenas cuentan con una formación del derecho sustantivo interno del Estado mexicano, pero ignoran la relación entre los ordenamientos jurídicos de la comunidad internacional y la forma de solucionar los problemas de tráfico jurídico internacional. El libro comprende la parte central de la disciplina, la de mayor importancia, la propiamente internacional. Se asienta, principalmente, sobre el derecho conflictual, el apartado quizá más complicado del Derecho Internacional Privado (DIPr).

La obra ha sido elaborada por diversos autores, que han cuidado delicadamente la temática que han abordado. Todos son altamente especializados en la disciplina, profesoras/es y catedráticas/os en diversas universidades, quienes combinan la experiencia teórica y práctica, binomio indisoluble cuando queremos impartir una materia jurídica de manera coherente y completa.

Sin duda alguna, es una obra enriquecedora dada la diversidad de temas, contenido y planta investigadora que aquí presentan cada capítulo. Así, encontramos opiniones diversas, que en lo general coinciden.

A diferencia de otras obras, la presente incluye ejemplos que enriquecen la exposición, así como la toma en consideración de los más actuales criterios judiciales mexicanos sobre la misma. Presenta los elementos básicos y generales para acceder al conocimiento del DIPr, especialmente el mexicano.

De esta manera, la estructura comprende catorce capítulos y un apéndice. El profesor Jorge Alberto Silva inicia con la introducción presentando el contenido de la disciplina y los métodos a seguir para resolver un problema de tráfico jurídico internacional, incluyendo la explicación del denominado

sistema tradicional, acogido en México y diferenciándolo del surgido de la llamada revolución conflictual estadounidense.

El autor parte de la relación entre conjuntos normativos, exponiendo una clasificación de éstos. Presenta la función del DIPr, lo que identifica la disciplina, y explica con detalle lo que es un problema de tráfico jurídico internacional, la importancia del derecho extranjero, así como las razones para admitirlo o rechazarlo (capítulo primero).

El mismo autor continúa describiendo el sistema conflictual tradicional, presentando un concepto de la norma de conflicto y una amplia explicación de cada uno de sus elementos. Se explaya con los casos de bilateralización de la norma y los llamados falsos conflictos. Explica con claridad los diversos métodos para resolver los problemas de tráfico jurídico internacional; entre otros, las normas materiales, las de conflicto y, como algo nuevo en la literatura mexicana, las normas de extensión (capítulo segundo).

La maestra Rosa Elvira Vargas presenta una explicación de las fuentes del DIPr. Un tema de gran trascendencia, al tratarse de problemas internacionales, destaca que además del derecho de fuente interna existen otras fuentes.

Resalta la dispersión de la normatividad dentro del sistema mexicano; pero mediante su explicación logra una integración de la temática. Atiende a la legislación, los precedentes judiciales, la costumbre, los principios generales del derecho, así como la doctrina de los juristas.

Destaca las conferencias diplomáticas, los tratados, los precedentes internacionales y otras fuentes externas, como les llama (capítulo tercero).

La misma especialista explica, en forma sencilla, los foros internacionales que aun parecen estar desconocidos en la profesión jurídica mexicana. En forma didáctica expone el funcionamiento de la Conferencia de La Haya, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado y las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado.

Termina su capítulo con lo que también denomina “foros nacionales”, donde destaca los seminarios nacionales de DIPr, así como los talleres que se imparten en el país para los encargados del Poder Judicial (capítulo cuarto).

El profesor Mario de la Madrid continúa explicando el fenómeno de la calificación, un mecanismo en el que trata de definir el encuadre del supuesto normativo de una norma de conflicto. Sin este proceso calificadorio,

no se sabría cuál es el orden jurídico designado, de ahí que el autor se detenga en los diversos medios o formas para realizar la calificación.

Como elemento preliminar, proporciona un concepto de calificación y se detiene en el apartado de mayor importancia para el DIPr: los llamados “conflictos de calificaciones”. Aquí explica los diversos métodos o formas argumentativas empleados en el ámbito internacional para lograr una calificación razonable, propia del derecho (capítulo quinto).

Magistralmente, la obra continúa con las profesoras Ligia González y Nuria González Martín, con uno de los grandes problemas que aquejan al juez y al jurista que se enfrenta con una norma de conflicto. Abordan la hipótesis en que al juez se le presentan dos o más supuestos normativos a resolver, pero que se encuentran vinculados.

Comprende lo que tradicionalmente se denomina “cuestión previa”, y que una de las autoras le llama “cuestión adyacente”. En un caso como estos, se preguntan si se trata de dos o más situaciones dentro de un proceso, cómo deslindar cada cuestión y resolver, a la vez, cuál es el orden jurídico que regula a cada una, o, en su caso, si uno solo regula las diversas cuestiones en presencia.

La importancia del tema resulta destacada, ya que la forma argumentativa para resolver no parece tan fácil, aunque las autoras la convierten en fácil. Toman en cuenta el orden jurídico que ha de regular cada cuestión; pero de manera clara van presentando las tesis de la independencia de cada cuestión, las de absorción de una dentro de otra, y la que alude a lo armonizable entre ambas. Para cada una, a diferencia de otras obras mexicanas, va presentando ejemplos claros (capítulo sexto).

Continúa el profesor Francisco Contreras Vaca con el tema del reenvío. Plantea la cuestión, abordada por leyes y tribunales, en la que se ha tenido que decidir si sólo ha de tomarse la respuesta directa o sustantiva establecida en el orden jurídico extranjero o también incluir sus normas de conflicto. Lo interesante es que la experiencia ha llamado (prácticamente todos los ordenamientos) a tomar en cuenta la norma de conflicto, lo que reconduce a un orden jurídico diverso al designado en un primer paso, produciéndose lo que conocemos como “reenvío”.

El autor recuerda ocasiones en que el reenvío puede retornar al propio orden jurídico o reconducir a un tercer Estado. Aunque el orden jurídico mexicano acepta el tercer Estado, el autor es reticente a esta remisión, y explica sus razones (capítulo séptimo).

Eli Rodríguez Martínez reformula las excepciones a la toma en consideración del derecho extranjero, e inicia con el orden público. El autor comienza reconociendo que es un tema difícil y hasta confuso, lo cual se traduce en la articulación de una serie de válvulas de seguridad destinadas a proteger los principios básicos del sistema jurídico del foro.

Para proporcionar el significado de orden público, el autor va perfilando sus elementos a partir de diversos autores y diferenciándolo de otros conceptos, lo que resulta de gran importancia para su comprensión. Su meta es lograr un concepto del orden público internacional, incluidos sus efectos, para luego rechazar aquellas normas extranjeras que lo afecten (capítulo octavo).

Desde Alemania, el profesor Karl August Prinz von Sachsen aborda otra de las polémicas excepciones al derecho extranjero, como es el de las instituciones desconocidas a las del foro.

Para un jurista, al igual que para un filósofo, es sabido que para conocer una cosa es posible recurrir a una definición ostensiva, es decir, que sin usar muchas palabras sólo se designe con el dedo lo que se quiere decir. Señalar, por ejemplo, la luz roja del semáforo significa alto. Pero eso no es fácil en todos los conceptos del derecho, como en el caso de la institución desconocida. El autor, astutamente, va mostrando esa institución por medio de una gran cantidad de ejemplos, con lo que inteligentemente lleva al lector al conocimiento de su concepto, luego de ir resaltando las notas que caracterizan al concepto (capítulo noveno).

De nueva cuenta, la doctora Nuria González Martín enriquece la obra con otra de las excepciones al derecho extranjero de mayor importancia en el DIPr. Nos referimos al fraude a la ley. De manera cuidadosa, va caminando sobre el concepto a partir de diversos argumentos, que van de lo fácil a lo más complicado.

Recuerda que el punto de contacto, tan destacado en una norma de conflicto, puede ser manipulado para alcanzar un resultado mañoso que no era el que el orden jurídico deseaba en principio. Si la manipulación logra producir un efecto, el hecho es que éste será efímero, pues tal cambio o manipulación no será reconocido.

Como en casi todos los conceptos que cada autor va perfilando a lo largo de la obra, la autora destaca los actos de que se vale el manipulador, así como los argumentos que empleará el juez para rechazar la conducta fraudulenta. Destaca cada uno de los elementos que lo definen, uno a uno, y no

sólo los menciona, sino que los describe, lo que no ocurre en otras obras dedicadas a la enseñanza del derecho en México (capítulo décimo).

Jorge Cicero Fernández nos presenta un tema de gran importancia en la disciplina. De hecho, es bastante inusual en la literatura internacional privatista mexicana, y así, aborda el tema de los derechos humanos, un tema que tradicionalmente ha sido estudiado desde el derecho internacional público o el derecho internacional de los derechos humanos, pero que aquí, debido a su destacada importancia, forma parte de una obra de DIPr.

Los derechos humanos valen y se destacan en el DIPr por dos sencillas razones: primero, la supremacía de éstos, que obliga a tomarlos en cuenta, y segundo, que ante un acto o una ley extranjera que pugne con los derechos humanos, lo extranjero debe ser rechazado. El autor va desarrollando su lección a partir de diversos convenios, propios del DIPr. Una estrategia inteligente.

Destaca el doctor Rolando Tamayo y Salmorán con una gran aportación, aborda lo que la ley denomina “aplicación armónica de ordenamientos en contradicción”. El reformulador introduce un medio o argumento propio de la filosofía del derecho y propio de la interpretación jurídica no visto en otro tipo de doctrinas. Se pregunta: ¿qué hacer cuando se presenta un fraccionamiento en la regulación de una relación internacional?, especialmente ¿qué hacer cuando concurren normas contradictorias (un balance de razones para la acción en el sentido de Joseph Raz)? Éste es un problema que los juristas tratan de resolver por medio de lo que llaman “armonización o coordinación de órdenes jurídicos”.

Recurrir a un enfoque enanteotélico y a una interpretación equitativa es su solución. Aunque no le gusta la expresión “armonización”, empleada en la ley, el autor preferiría expresiones como “avenir”, “conciliar”, “proporcionar”, elementos que auxilian a la atribución de significados. En definitiva, destaca que el juez crea una solución *ad hoc* al momento de ir plasmando su razonamiento, el elemento de mayor importancia para un estudiante (capítulo décimo segundo).

Cierra la parte explicativa de la obra una exposición de Jorge Alberto Silva, quien afirma que es necesario concluir con algunas reflexiones. La temática desarrollada en los capítulos precedentes —dice el autor—, no debe ser tomada al pie de la letra. En su prosa, va alentando al lector estudiante a superarse.

El autor les muestra a los lectores las dificultades del lenguaje objeto (propio de la dogmática), y demuestra que en cada caso está presente un caso difícil. Afirma que no estamos ante interpretaciones deductivas o arisototélicas, sino ante casos difíciles que requieren de argumentos; esto es, de razonamientos adecuados, sobre todo que tomen en cuenta la realidad social y los valores imperantes. Aunque la lección parece de filosofía, ésta va expresada en un sentido sencillo, que llamará la atención a los lectores (capítulo décimo tercero).

La obra cierra con dos apartados de importancia destacada, que complementan o robustecen lo dicho por cada uno de los autores de la obra; el primero, elaborado por la profesora Nuria González (capítulo XIV y último), presenta una exégesis de los tratados o convenios internacionales relacionados con la parte general del DIPr.

En el tema de los convenios, en forma por demás sencilla, se va retratando el tema central de cada convenio, lo que sin duda alguna, auxiliará al estudiante para reforzarlo en la temática que ha venido estudiando en este libro.

El cierre de la obra deleitará al lector (un apéndice), pues el profesor Contreras Vaca llama la atención en torno a un caso, tal vez el más polémico que se hubiera resuelto en México en una época de gran territorialismo. Paso a paso, el autor va sentando los argumentos sobre los que se apoyó la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver este asunto: *caso Antenor Patiño vs. María Cristina de Borbón*.

La presentación de un caso como éste, seguramente llamará la atención al estudiante, para que observe la problemática en que se inserta la interpretación y aplicación de una normatividad internacional o la ausencia de ésta.

En definitiva, la obra presenta temas novedosos y, generalmente, desconocidos en la doctrina mexicana, como son la diferenciación entre orden jurídico identificado y orden jurídico a aplicar; presenta una explicación acerca de las normas de extensión; hace la diferencia entre las normas de conflicto y normas incorporantes; precisa el concepto de *lex loci factum*; explica, con mayor detalle, las fuentes del DIPr y los foros internacionales. En torno a la aplicación del derecho extranjero, se adicionan temas como su aplicación armónica y la importancia de los derechos humanos.

Con la idea clara de sumar textos actuales, pergeñados desde el conocimiento, compromiso y responsabilidad que entraña la enseñanza y aprendi-

zaje de una materia tan compleja como necesaria, los autores ponen a disposición de todos los interlocutores que participan en un supuesto jurídico que regula las relaciones entre particulares, o privados. Confían en que las y los lectores disfruten de un material de referencia tanto como los integrantes de este lo hicieron en la elaboración por escrito de la obra.

Sin duda alguna, recomendamos altamente la obra, pues la temática de obras clásicas anteriores data de hace más de cuarenta años, y esta es una materia que amerita una constante actualización en donde visualizar los pasos que los diferentes interlocutores, ya sea los que derivan de los foros de codificación universales o regionales, así como instrumentos de *hard law* o *soft law*, son una encomienda fundamental que requiere, como expresamos, de seriedad y compromiso.

Wendolyne **Nava González***

* Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, ORCID ID: 0000-0003-0711-0598.