

Comité Jurídico Interamericano

**Curso de
Derecho Internacional**

**XLIII
2016**



**Organización de los
Estados Americanos**

Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

Carta de la Organización de los Estados Americanos

Capítulo XIV

El Comité Jurídico Interamericano

Artículo 99

El Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

Artículo 100

El Comité Jurídico Interamericano emprenderá los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas.

Artículo 101

El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados. La Asamblea General hará la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

Las vacantes producidas por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización siguiendo los mismos criterios establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 102

El Comité Jurídico Interamericano representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica.

Artículo 103

El Comité Jurídico Interamericano establecerá relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

Artículo 104

El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General.

El Comité adoptará su propio reglamento.

Artículo 105

El Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Río de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente.

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad de cada uno de los autores y no necesariamente reflejan la postura de la Organización de los Estados Americanos.

ISBN 978-0-8270-6642-7

Esta publicación ha sido preparada y editada por el Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, bajo la supervisión de Jaime Moreno-Valle, abogado consultor. Copyright © 2017. Queda prohibida cualquier reproducción parcial o total, por cualquier medio, sin autorización del Departamento de Derecho Internacional.

Comité Jurídico Interamericano



Curso de Derecho Internacional

**XLIII
2016**

Organización de los Estados Americanos

Secretaría General

Secretaría de Asuntos Jurídicos

Departamento de Derecho Internacional

OAS Cataloging-in-Publication Data

Curso de Derecho Internacional (43th : 2016 : Río de Janeiro, Brasil)

XLIII Curso de Derecho Internacional / organizado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 3 al 21 de octubre de 2016.

p. ; cm. Includes bibliographical references. (OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.Q)

ISBN 978-0-8270-6642-7

1. International law--Study and teaching--Congresses. 2. International relations--Study and teaching--Congresses. 3. Conflict of laws--Study and teaching--Congresses.

4. Pan-Americanism. I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law. II. Inter-American Juridical Committee. III. Title. IV. Series.

JX3091 .C8 2016

OEA/Ser.Q/V.C-43



XLIII Curso de Derecho Internacional
 “La Actual Agenda Jurídica Interamericana”
 Rio de Janeiro, Brasil, 3-21 de octubre de 2016

Tabla de Contenidos

Índice	5
Presentación	9

Parte I	Protección de los Derechos Humanos	11
	Gestación por Sustitución Transfronteriza	13
	María Mercedes Albornoz	
	<i>Profesora de Derecho Internacional Privado,</i>	
	<i>Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)</i>	
	La creación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	37
	Luis Alfonso De Alba	
	<i>Embajador, Representante Permanente de México ante la OEA</i>	
	Movilidad Migratoria en Latinoamérica y Derechos Humanos, Evolución de la Normativa Migratoria en la Región	107
	Catalina Magallanes	
	<i>Experta en migraciones y extranjería</i>	
	Aspectos Jurídicos de la Protección Internacional	123
	Catalina Magallanes	
	<i>Experta en migraciones y extranjería</i>	

Parte II	El Derecho Internacional y los Conflictos Armados	149
	A Plea in Support of Prompt Compliance with the Obligations of Cessation of the Nuclear Arms Race and of Nuclear Disarmament	151
	Antônio Augusto Cançado Trindade	
	<i>Judge, International Court of Justice</i>	
	El Fondo Fiduciario de la Corte Penal Internacional en Beneficio de las Víctimas	287
	Felipe Micheli	
	<i>Miembro, Consejo Directivo del Fondo Fiduciario de la Corte Penal Internacional en Beneficio de las Víctimas</i>	

Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional	303
Pablo César Revilla Montoya <i>Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas</i>	
Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz	323
Pablo César Revilla Montoya <i>Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas</i>	
El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las Nuevas Tecnologías de Guerra	367
Gabriel Pablo Valladares <i>Asesor Jurídico, Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay</i>	

Parte III

El Derecho Internacional y el Desarrollo Económico	409
Contratos Internacionales: Desafíos en Materia de Derecho Aplicable	411
María Mercedes Albornoz <i>Profesora de Derecho Internacional Privado, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)</i>	
Nociones Generales de Arbitraje Internacional	431
Verónica Sandler Obregón <i>Profesora de Derecho Internacional</i>	

Parte IV	Desarrollo del Derecho Internacional	463
	El Derecho Internacional Contemporáneo y la Ciencia Política: entre la Comprensión y la Modulación	465
	Raphael Carvalho De Vasconcelos <i>Profesor de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro y de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro</i>	
	Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales	483
	Christian Perrone <i>Abogado, ex-Secretario del Comité Jurídico Interamericano</i>	
	La Contribución de América al Derecho del Mar	505
	Ana Elizabeth Villalta Vizcarra <i>Miembro, Comité Jurídico Interamericano</i>	
	Anexo I – Programa del Curso	521
	Anexo II – Lista de Participantes	529

María Mercedes
Albornoz Luis
Alfonso De Alba
Catalina Magallanes
Antônio Augusto
Cançado Trindade
Felipe Michellini
Pablo César
Revilla Montoya
Gabriel Pablo
Valladares VERÓNICA
SANDLER OBREGÓN
Raphael Carvalho
De Vasconcelos Christian
Perrone Ana Elizabeth
Villalta Vizcarra

Presentación

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) tiene el honor de presentar esta publicación que recoge, a manera de artículos, las clases impartidas durante el XLIII Curso de Derecho Internacional que tuvo lugar en octubre de 2016 en Rio de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano.

Esta edición del Curso destaca por nuestro esfuerzo de innovar en algunos aspectos tanto programáticos como logísticos, reforzando la vitalidad y el dinamismo con el que durante más de cuatro décadas, el Curso de Derecho Internacional ha ofrecido a los abogados de las Américas un espacio para estudiar y abordar, desde una perspectiva jurídica, los temas más relevantes de la agenda interamericana.

En este sentido, el temario incluyó los temas fundamentales para un curso de esta naturaleza, como la contratación internacional, el derecho humanitario, los derechos humanos y el Sistema Interamericano, pero incorporó también aquellos que hoy por hoy están en el centro del debate jurídico de la región, como el derecho energético, la movilidad migratoria, y el derecho del mar, además de otros tantos que en un mundo cambiante, se posicionan firmemente como las asignaturas pendientes del derecho internacional. Este sería el caso de la gestación por sustitución transfronteriza, la protección de los refugiados, y las patentes de medicamentos, por mencionar algunos.

La plantilla de profesores fue tan diversa como el temario mismo, pues contamos con diplomáticos, funcionarios internacionales, jueces, exministros, académicos, abogados consultores y expertos internacionales, quienes aportaron distintas perspectivas, experiencias, metodologías y conocimientos.

De esta forma, los alumnos tuvieron la oportunidad de ampliar su cultura jurídica, obtener una mejor perspectiva del contexto regional y universal dentro del cual se enmarcan los distintos temas, desarrollar su red de contactos profesionales y forjar nuevas amistades con sus pares.

Mediante la realización de este tipo de actividades, el CJI y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA cumplen con su mandato de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional en la región.

Esperamos que esta publicación merezca un lugar entre los textos de referencia obligada para quienes buscan entender mejor el derecho internacional tanto público como privado y su valioso aporte al desarrollo de las Américas.

Parte I

Protección de los Derechos Humanos



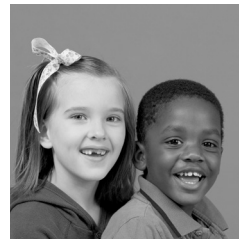
Sumario

Introducción;

I. *Filiación: Cuestiones de Derecho Internacional Privado;*

II. *Gestación por Sustitución: Estatus Jurídico de Dos Niños y de los Padres Intencionales;*

III. *¿Hacia una Regulación Internacional?*



María Mercedes Albornoz

Gestación por sustitución transfronteriza

Introducción

La noción tradicional de *familia nuclear* conformada por un padre, una madre y uno o varios hijos, se ha visto superada por la realidad actual, a más de quince años de comenzado el siglo XXI. La gradual aparición de nuevas estructuras familiares conduce a que ya no sea apropiado referirse a la *familia* como un modelo único¹, y que en lugar de esa denominación se utilice la de *familias*. El empleo del término en plural pretende dar cabida a diferentes esquemas de relaciones familiares que, además, continúan evolucionando permanentemente. Familias monoparentales, familias ensambladas, familias convivenciales, matrimonios entre personas del mismo sexo, adopción de menores, utilización de técnicas de reproducción humana asistida, donación de material genético, conforman un panorama novedoso que pone en jaque el concepto de familia tradicional y reconoce una pluralidad de modelos familiares².

A este escenario se añade el ingrediente de *internacionalidad*, cuya presencia se ha ido volviendo cada vez más frecuente, debido a la facilidad y a la consiguiente intensificación de los desplazamientos transfronterizos de personas y de familias.

En este contexto de un mundo globalizado y de nuevas formas de organización familiar, ha adquirido visibilidad recientemente el fenómeno de la *gestación por sustitución*, también conocido como *alquiler de vientre* o *maternidad subrogada*. En la mayoría de los casos, éste implica el recurso a técnicas de reproducción humana asistida³.

Si se adopta una noción amplia de *gestación por sustitución*, ésta puede definirse como “aquella que surge de un contrato, a título oneroso o gratuito, celebrado entre una persona física o una pareja de padres intencionales y una mujer, a fin de que ésta lleve a cabo la gestación de un embrión y que, cuando haya nacido el bebé, lo

entregue al o a los padres intencionales. El niño nacido en estas circunstancias podría tener un vínculo biológico con uno o con ambos de ellos (o con ninguno, si interviniesen donantes de gametos). Asimismo, podría no tener vínculo biológico alguno con la mujer gestante, o sí (en caso de que ella haya aportado su óvulo)⁴.

Distintos elementos de la gestación por sustitución pueden vincularla con una diversidad de sistemas jurídicos extranjeros. Por ejemplo, si los padres intencionales son nacionales de y residen en el país A y contratan con una mujer gestante residente en el país B, e

interviene un donante de esperma que reside en el país C.

Los sistemas jurídicos nacionales adoptan actitudes muy variadas con respecto a la gestación por sustitución, comenzando por la prohibición a secas, pasando luego por el silencio y llegando finalmente hasta la regulación, con más o con menos restricciones⁵. Esta circunstancia ha favorecido el surgimiento del *turismo reproductivo*⁶ desde países con regímenes prohibitivos o restrictivos hacia países donde, expresa o implícitamente, la regulación es más liberal. Quien reside en un país donde la gestación por sustitución está prohibida y cuenta con recursos económicos suficientes, puede conseguir una mujer gestante en un *paraíso reproductivo*. Dicha práctica se ha visto ampliamente facilitada por el uso de internet para la búsqueda de información y la oferta de estos servicios⁷.

El alcance geográfico de la gestación por sustitución internacional trasciende continentes. Aunque es difícil obtener datos oficiales que permitan tomar una fotografía completa, se puede contar con algunas instantáneas⁸ que reflejan porciones de la realidad. Entre los principales Estados *de nacimiento* se destacan Estados Unidos, India, Tailandia, Ucrania, Rusia y Canadá.

“Los sistemas jurídicos nacionales adoptan actitudes muy variadas con respecto a la gestación por sustitución, comenzando por la prohibición a secas, pasando luego por el silencio y llegando finalmente hasta la regulación, con más o con menos restricciones. Esta circunstancia ha favorecido el surgimiento del turismo reproductivo.”



También, aunque en menor medida, Australia, China, Grecia, Israel, México y Nepal. Nótese, sin embargo, que algunos de ellos –India, Tailandia, México, Nepal- recientemente han modificado la normativa vigente para prohibir la gestación por sustitución onerosa, o por extranjeros. Como Estados *de recepción* se encuentran, por ejemplo, Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, España, Estados Unidos, Japón, Reino Unido, Suiza y Uruguay.

En el plano internacional, no existe aún un instrumento normativo que aborde aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución⁹. Si tal instrumento llegase a ser elaborado, sería importante que gozara de amplia aceptación entre los Estados, para lograr la protección efectiva de los sujetos involucrados y, de manera especial, la de los niños que nacen como consecuencia de contratos internacionales de gestación por sustitución. Claro está que se trata de un tema sensible y que

conciliar intereses encontrados para lograr consenso no es una labor fácil. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH) comparte la preocupación por la falta de regulación de fuente internacional y desde hace seis años ha venido trabajando para explorar la factibilidad de elaborar un instrumento en materia de filiación y de gestación por sustitución internacionales¹⁰.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el estatus de los niños nacidos por gestación por sustitución se encuadra dentro de un tema más amplio: *la filiación*. Si a la ausencia de normas específicas de derecho internacional privado para determinar la filiación en caso de gestación por sustitución cuya fuente sea internacional, se suma la ausencia de normas análogas de fuente interna, ante un caso resultante de un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución, habrá que recurrir a las que regulan la filiación.

II. Filiación: Cuestiones de Derecho Internacional Privado

En esta sección se hará referencia, de manera escueta, a varias de las cuestiones de derecho internacional privado que se presentan en materia de filiación.

A. Reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero

A fin de analizar bajo qué circunstancias se reconoce en un determinado país la filiación establecida en otro, se debe considerar la naturaleza del documento expedido por el Estado extranjero. Así, puede tratarse de un acta de nacimiento, de un instrumento de reconocimiento voluntario de la filiación, o de una sentencia judicial que determine el vínculo filiatorio. Ahora bien, en muchos casos, el reconocimiento voluntario se anota en el acta de nacimiento¹¹.

Si la filiación fue establecida judicialmente, constará en una sentencia. Y el reconocimiento de la filiación establecida en esa sentencia extranjera tendrá lugar o será denegado, en virtud de la aplicación del régimen general de reconocimiento de sentencias extranjeras

vigente en el Estado en el cual se pretende que la filiación sea reconocida.

En cuanto al acta de nacimiento, cabe hacer la salvedad de que en algunos países, como en Suecia, dicho documento no prueba la relación jurídica de filiación, sino únicamente deja constancia de un hecho. Sin embargo, en una gran cantidad de países, el acta de nacimiento es el documento público más utilizado para probar la filiación. Estos últimos son los casos a tomar en cuenta en este momento, al preguntarse cómo, o en qué condiciones, se reconocería en un Estado un acta de nacimiento expedida en el extranjero.

Ante todo, se requiere que dicha acta sea un documento auténtico y que, si está redactada en un idioma diferente al idioma oficial del Estado de destino, venga traducida. En lo atinente a las condiciones requeridas para reconocer un acta de nacimiento extranjera, auténtica y (de ser necesario) traducida, lamentablemente no existe un régimen uniforme. Algunos Estados efectuarán el reconocimiento si se cumplen ciertas condiciones procesales¹². Otros Estados receptores reconocerán el acta de nacimiento si la misma es válida según ley aplicable determinada por el derecho internacional privado del mismo Estado receptor (en algunos países la



ley aplicable será, invariablemente, la *lex fori*¹³. Y otros Estados receptores pueden tomar en cuenta y reconocer un documento público que es válido en su Estado de origen¹⁴. Por lo tanto, reconocerán un acta de nacimiento expedida por un Estado extranjero y la filiación que de ella se desprende. Obsérvese que, de manera general, se denegará el reconocimiento si hubo fraude a la ley o violación del orden público internacional del Estado receptor.

B. Competencia internacional directa para impugnación de la filiación

En la mayoría de los Estados, la competencia internacional directa para conocer y resolver asuntos de impugnación de la filiación les corresponde a las autoridades judiciales y no a las autoridades administrativas. Pero en otros países, excepcionalmente, es posible ventilar la impugnación en sede administrativa¹⁵.

Las normas de atribución de competencia internacional varían de un Estado a otro, tanto en cuanto a su alcance como en cuanto al punto de conexión que escogen. En algunos sistemas jurídicos existen normas de competencia internacional directa *específicas* para acciones de impugnación de filiación. Pero en otros, corresponde aplicar normas de competencia internacional para el estado civil de las personas físicas. Adicionalmente, en otros sistemas jurídicos no se cuenta con normas específicas para impugnar la filiación ni con normas particulares para acciones del estado civil, por lo que se debe recurrir a las normas generales de competencia internacional directa en materia civil.

Para determinar cuál es el juez competente para conocer y resolver una acción de impugnación de filiación cuando los hechos están vinculados con una diversidad de sistemas jurídicos nacionales, las normas de competencia internacional que pueden resultar

aplicables adoptan distintos puntos de conexión. A título ejemplificativo se hace mención de los siguientes:¹⁶

- residencia habitual del niño (a veces condicionada a que el nacimiento haya sido registrado en el Estado del foro);
- nacionalidad del niño;
- residencia habitual o nacionalidad de un padre putativo que impugna la filiación, o bien de un padre putativo contra quien se entabla la acción;
- domicilio del niño o de uno de sus progenitores;
- Estado de nacimiento del niño;
- residencia habitual o domicilio del demandado;
- residencia habitual o domicilio de la madre; y
- existencia de una conexión importante probada con el Estado del foro.

Los puntos de conexión mencionados, y eventualmente otros que pudiera prever en una norma de competencia internacional el legislador de cada país,

pueden operar de distintas maneras. En este sentido, pueden ser puntos de conexión únicos o múltiples. A su vez, estos últimos, que contribuyen a ampliar el acceso a la justicia¹⁷, podrían operar como puntos de conexión alternativos o subsidiarios.

C. Ley aplicable a la filiación y a su impugnación

Para determinar la ley aplicable al establecimiento de la filiación, así como a su impugnación, en derecho comparado es posible distinguir dos grupos de Estados:¹⁸

- Estados que aplican sistemáticamente su derecho interno (la *lex fori*) a los casos iusprivatistas internacionales de filiación y a la impugnación de dicha filiación; y
- Estados que cuentan con normas de conflicto que permiten la aplicación del derecho extranjero en tales supuestos. Claro está que, en este grupo de países, la aplicación del derecho sustantivo del foro o extranjero dependerá de los elementos fácticos de cada caso concreto.

A su vez, entre los Estados del segundo grupo, donde las normas de conflicto de leyes permiten la aplicación del

derecho extranjero, hay diversidad de criterios en cuanto al punto de conexión o a los puntos de conexión adoptados. En muchos de ellos, el punto de conexión primordial es la nacionalidad del niño al momento de nacer, aunque también suele considerarse la nacionalidad de los padres putativos. En otros de estos países se prevé la aplicación del derecho del país de residencia habitual del menor. En algunos otros Estados, las normas de conflicto contienen puntos de conexión alternativos y la elección de uno de ellos se funda en el interés superior del menor¹⁹.

D. Ley aplicable a los efectos jurídicos del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero

Una vez que un Estado decide reconocer efectos jurídicos a la filiación establecida en el extranjero, cabe preguntarse qué ley será la que rija esos efectos. Piénsese por ejemplo en algunos efectos derivados de la relación filial, tales como la atribución de responsabilidad parental, las consecuencias de la existencia o inexistencia de un vínculo filiatorio en caso de sucesión *mortis causa*, las obligaciones alimentarias de los progenitores hacia los hijos, o las licencias por maternidad y –por qué no– también las licencias por paternidad²⁰.

Tal como surge del estudio llevado a cabo en 2014 por la HCCH²¹, en la mayoría de los Estados, los efectos jurídicos de la filiación son regidos por la *lex fori*. En otros Estados, no obstante, la situación es diferente. Algunos cuentan con una norma de conflicto especial para los efectos de la filiación jurídica, cuyo punto de conexión es el domicilio del niño. En algún otro, los efectos caen en el ámbito de aplicación de la norma de conflicto general para la filiación jurídica.

III. Gestación por Sustitución: Estatus Jurídico de Dos Niños y de los Padres Intencionales

Los acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución pueden derivar en situaciones de *filiación claudicante*, en las cuales la relación jurídica de filiación entre los padres intencionales y el niño nacido bajo esta práctica es válida en algunos Estados y sin embargo no es reconocida en otros Estados²². En efecto, el problema de la ausencia de continuidad del estado civil de los menores que nacen como consecuencia de acuerdos internacionales de gestación por sustitución (bastante frecuente en este tipo de casos) es susceptible de presentarse cuando entran en conflicto los criterios

adoptados en materia de filiación por el derecho internacional privado *del Estado de nacimiento* con los que sigue el derecho internacional privado *del Estado de recepción*, así como los enfoques de dichos Estados en lo atinente a la nacionalidad y el estatus migratorio de las personas físicas.

En esta sección se hará hincapié en algunos aspectos relevantes de los Estados involucrados en el flujo transfronterizo en materia de gestación por sustitución (A) y se procurará responder a la pregunta de quiénes son los padres de los niños nacidos como consecuencia de acuerdos internacionales de gestación por sustitución (B), desde diversas tradiciones jurídicas y tendencias, en los Estados de recepción.

A. El flujo transfronterizo en materia de gestación por sustitución: Estados de nacimiento y Estados de recepción

En el flujo transfronterizo en materia de gestación por sustitución están involucrados los ordenamientos jurídicos de un Estado *de nacimiento* y de un Estado *de recepción*.

1. Estado de nacimiento

El Estado de nacimiento es aquél donde nace el niño cuya gestación y

alumbramiento fueron buscados mediante esta técnica de reproducción humana asistida. Además, usualmente los padres intencionales recurren a ese Estado para celebrar el acuerdo de gestación por sustitución.

En la práctica, es común que la misma tenga lugar en el Estado donde se pretende que el niño nazca; sin embargo, también podría suceder (sobre todo si interviniesen agencias de intermediación) que quienes deseen convertirse en padres por esta vía firmen el contrato en el país donde están domiciliados. Asimismo, en cuanto al cumplimiento del acuerdo, si bien lo más importante es el nacimiento en sí, generalmente en el mismo país donde éste se produce tienen lugar la gestación, el pago de gastos de atención médica de la mujer gestante, los cuidados médicos y, eventualmente, el pago de la contraprestación económica a la gestante (en los Estados donde está permitida la modalidad onerosa).

En los Estados de nacimiento que, debido a su régimen liberal en esta materia, se han ido volviendo populares entre quienes desean ser padres intencionales, habitualmente existen procedimientos para atribuirles la filiación *jurídica*²³. En algunos sistemas, como el del estado de California, en

los Estados Unidos de América, tal atribución puede tener lugar antes del nacimiento del niño²⁴. En otros, como Rusia y Ucrania, esto sucede después de que el menor ha nacido.

A fin de determinar cuál es la autoridad competente para registrar al niño, el punto de conexión ampliamente acogido en derecho comparado es lugar de nacimiento²⁵. Por consiguiente, son las autoridades del Estado en cuyo territorio se produce el nacimiento del menor las que tienen competencia para inscribirlo en el registro correspondiente.

Para establecer la filiación, muchos países aplican su propia ley, incluso a pesar de que los padres intencionales tengan residencia en el extranjero²⁶. En otros términos, a pesar de la existencia de un elemento de extranjería que podría llegar a tener cierto peso, como el lugar de residencia de los padres intencionales, una gran cantidad de Estados aplica la *lex fori* para decidir si hay vínculo filiatorio entre tales personas y el niño.

En cuanto a la adquisición de la nacionalidad del Estado de nacimiento por parte del niño, en general, debido a la amplia aceptación del principio *ius sanguinis*, no adquirirá la nacionalidad del

“En los Estados de nacimiento que, debido a su régimen liberal en esta materia, se han ido volviendo populares entre quienes desean ser padres intencionales, habitualmente existen procedimientos para atribuirles la filiación jurídica.”

Estado en el que nació. Sin embargo, en algunos países como por ejemplo Estados Unidos y Canadá se sigue el principio *ius soli* para atribuir la nacionalidad a quienes nacen allí. De modo que si un niño con padres intencionales españoles nace en California, será estadounidense.

2. Estado de recepción

El Estado de recepción es aquél donde desea instalarse y residir la familia compuesta por el o los padres intencionales y el niño que nació en el extranjero, como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. En la mayoría de los casos, será también el Estado en el que están domiciliados los padres, o donde residían habitualmente antes de trasladarse al exterior para dar cumplimiento a lo pactado con la mujer gestante.

“Si el Estado de recepción es un estado federal, normalmente habrá una disociación de competencias, ya que mientras todo lo relativo a la nacionalidad les corresponde a las autoridades y a los legisladores federales, lo atinente a la filiación y su registro es competencia de las entidades federativas. En consecuencia, las decisiones que las autoridades del Estado de recepción tomen acerca de la nacionalidad y de la filiación, no necesariamente irán de la mano.”

Es muy importante que los padres intencionales, con anterioridad al inicio del desplazamiento desde el Estado de nacimiento hacia el Estado de recepción, obtengan información exhaustiva acerca de los requisitos migratorios del país de destino que resulten aplicables al niño²⁷. Esto servirá para prevenir inconvenientes en la frontera, al momento de intentar ingresar al Estado de recepción.

Claramente, no es lo mismo que el menor se interne en el territorio de este último Estado como extranjero, a que tenga la posibilidad de hacerlo como nacional si el consulado de dicho Estado en el país donde nació le otorgó documentación que así lo permita²⁸.

Si el Estado de recepción es un estado federal, normalmente habrá una disociación de competencias, ya que mientras todo lo relativo a la nacionalidad les corresponde a las autoridades y a los legisladores federales, lo atinente a la filiación y su registro es competencia de las entidades federativas. En consecuencia, las decisiones que las autoridades del Estado de recepción tomen acerca de la nacionalidad y de la filiación, no necesariamente irán de la mano²⁹.

Así, podría suceder que el Estado de recepción atribuyera su nacionalidad al niño nacido en el extranjero luego de una gestación por sustitución; pero que no reconociera ni estableciera su filiación con respecto a uno o a ninguno de los padres intencionales. También sería factible que ocurriera el supuesto contrario: que el Estado de recepción reconociera la filiación de tal niño y que, no obstante ello, no le confiriera su nacionalidad.

¿Quiénes son los padres de los niños nacidos como consecuencia de acuerdos internacionales de gestación por sustitución?

La indagación acerca de quiénes son los padres de los niños que han nacido como resultado de la gestación por sustitución supone procurar resolver una tensión entre el vínculo biológico y la voluntad procreacional³⁰. ¿Cuál de ellos debe prevalecer?

Les corresponde a los Estados, a través de sus respectivos sistemas jurídicos, dar respuesta a este interrogante. Pero cuando el acuerdo de gestación por sustitución es *transfronterizo*, el problema adquiere tintes más complejos aún, debido a la diversidad de tradiciones jurídicas y tendencias, y a la ausencia de instrumentos de fuente internacional que indiquen cómo elegir el derecho aplicable, o que brinden una solución material pronunciándose por la prevalencia de la voluntad procreacional o del vínculo biológico como factor clave para el establecimiento de la filiación.

El objetivo de este apartado es examinar qué criterios se utilizan para decidir si se reconoce o no la filiación de los niños nacidos como consecuencia de

acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución establecida en el extranjero, en Estados de recepción de tradición anglosajona (1), de tradición civilista (2) y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (3), que ya ha tenido varias oportunidades de pronunciarse sobre el tema.

1. Países de tradición anglosajona

En algunos Estados de tradición anglosajona, la filiación de un niño nacido en el extranjero en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución se establece aplicando la *lex fori*³¹. Esto significa que se aplica el derecho interno del Estado de recepción. El Estudio de la HCCH añade que, aparentemente, se aplica la *lex fori* del Estado de recepción, sin importar qué documentos extranjeros se presenten para probar la filiación ya establecida en el Estado de nacimiento del niño³². Si de conformidad con el derecho interno del Estado de recepción se determina que el menor tiene un padre jurídico nacional de ese Estado, adquirirá la nacionalidad del mismo, de pleno derecho. Esto sería posible si la mujer gestante fuese extranjera y el padre intencional fuese nacional del Estado de recepción y además tuviera un vínculo genético con el niño³³. En tales circunstancias, el padre intencional

podría ser considerado padre jurídico por aplicación del derecho interno del Estado de recepción.

En otros Estados de la misma tradición jurídica, en cambio, los padres intencionales de un niño nacido en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución nunca serán considerados padres jurídicos en virtud del derecho interno. Una posible solución a esta situación sería que ambos o al menos uno de los padres intencionales adoptasen al niño, cuando ya se hallara en el Estado de recepción³⁴. Generalmente, la filiación adoptiva establecida con respecto a un adulto nacional de dicho Estado, será suficiente para que el menor también adquiera esa nacionalidad.

2. Países de tradición civilista

Muchos Estados de tradición civilista determinan si un niño nacido en el extranjero luego de un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución puede, de pleno derecho, adquirir la nacionalidad del Estado de recepción por filiación, verificando si tiene un padre jurídico nacional de ese Estado. Pero en una buena parte de tales países, la filiación no se determinará aplicando las normas sustantivas de derecho interno (*lex fori*), sino normas de derecho internacional privado³⁵. Contrástese

este criterio con la aplicación sistemática de la *lex fori*, propia de los países de tradición jurídica anglosajona.

En los países romano-germánicos o civilistas, no existe un criterio uniforme para establecer quiénes son los padres de los niños que han nacido en el extranjero, en el marco del cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, el Estudio de la HCCH³⁶ ha logrado identificar varias tendencias.

Primera: la paternidad jurídica de un padre intencional que sea nacional del Estado de recepción y que tenga un lazo genético con el niño, puede ser reconocida o establecida *de novo* en el Estado de recepción; pero la madre intencional o el segundo padre intencional deberán adoptar al menor³⁷. No obstante, algunos Estados prohíben la adopción si la gestación por sustitución transfronteriza tuvo fines de lucro, si los padres intencionales no están casados y si son del mismo sexo.

Una sentencia del Tribunal Supremo español³⁸, tomada por cinco votos contra cuatro, denegó el registro de las actas de nacimiento expedidas en California, que correspondían a menores nacidos como consecuencia de un acuerdo transfronterizo de gestación

por sustitución. La mayoría fundó su decisión en dichas actas eran contrarias al orden público internacional español, del que forma parte el artículo 10 de la *Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*³⁹. Señaló que si bien era necesario tomar en cuenta el interés superior del menor, se lo debía ponderar “con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”⁴⁰. Por su parte, la disidencia subrayó la necesidad de valorar el orden público caso por caso, negó que en este caso concreto se vulnerase el orden público internacional español y pugnó por que se distinguiera la ilegalidad de la gestación por sustitución en España, del reconocimiento de efectos de una gestación por sustitución extranjera.

Segunda: a diferencia de la primera, postula que se debe reconocer el estatus de madre *jurídica* de la madre intencional⁴¹. Como se advierte, esta tendencia respeta la voluntad procreacional. El fundamento invocado es el interés superior del menor y, asimismo, la intención de procurar evitar las

consecuencias que tendría para el niño el hecho de no reconocer su relación de filiación con la madre intencional.

Se enmarcan dentro de esta tendencia dos sentencias de la Corte Constitucional de Austria⁴² sobre la adquisición de la nacionalidad austriaca por parte de unos niños nacidos en el extranjero como consecuencia de sendos acuerdos de gestación por sustitución. En ambos casos se reconoció la filiación jurídica de los padres de intención austriacos, permitiéndose así que los menores adquirieran la nacionalidad por filiación, a pesar de que en Austria está prohibida la gestación por sustitución.

En el primer caso, la Corte destacó que la ley que prohíbe la gestación por sustitución en Austria no es de orden público y que el no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero afectaría el interés superior del menor, al imponerle a la portadora la calidad de madre jurídica, a pesar de no ser la madre genética y ni siquiera ser madre del niño según la ley del Estado de nacimiento. En el segundo caso, la decisión se fundó en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴³.

Tercera: Esta tendencia, la más restrictiva de las tres, consiste en no permitir inscribir en el registro civil del Estado

de recepción un acta de nacimiento extranjera que designa a los padres de intención como padres jurídicos de un niño nacido en el extranjero luego de un acuerdo de gestación por sustitución⁴⁴. Esta postura fue asumida, por ejemplo, por la Corte de Casación francesa, en varios casos resueltos en 2011⁴⁵, algunos de los cuales llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ya ha tenido oportunidad, desde hace algunos años, de pronunciarse en casos de gestación por sustitución internacional. En este apartado serán destacados los aspectos esenciales de las sentencias pronunciadas en las causas *Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia*, el 26 de junio de 2014 (a), y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, el 27 de enero de 2015 (b).

a. *Mennesson*⁴⁶ c. *Francia y Labassee c. Francia*⁴⁷

Adoptando la tercera de las tendencias referidas en el apartado precedente, que puede ser caracterizada como muy restrictiva, Francia había rechazado reconocer que existía un vínculo jurídico de filiación entre los niños nacidos en Estados Unidos como consecuencia

de un contrato de gestación por sustitución y sus respectivos padres intencionales, heterosexuales, con quienes había lazos genéticos. Ante estas circunstancias, la quinta sección del TEDH condenó a Francia por haber violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸ sobre el derecho de al respeto de la vida privada que, por supuesto, corresponde también a los niños. El TEDH destacó que:

1. el derecho francés *impedía absolutamente* el establecimiento de un vínculo jurídico entre niño y padre intencional en Francia, así como transcribir el acta extranjera en el registro francés;
2. el padre intencional, en ambos casos, era padre *genético*;
3. el derecho al respeto de la vida privada “exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad de ser humano, lo que incluye su filiación”;
4. el respeto al interés superior de los menores debe guiar toda decisión acerca de ellos.

Cabe enfatizar que en esta decisión pesó mucho la existencia de un vínculo

biológico entre padres intencionales e hijos. Sería interesante ver qué criterio adoptaría el tribunal sobre el fondo de la cuestión (reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero con respecto a un niño nacido en el exterior luego de un acuerdo de gestación por sustitución) en un supuesto de ausencia de lazo genético.

b. *Paradiso y Campanelli c. Italia*⁴⁹

El caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* fue resuelto poco después que los casos contra Francia a los que se acaba de hacer referencia, por la segunda sección del TEDH⁵⁰, que condenó a Italia por haber violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵¹. Sin embargo, posteriormente el caso llegó a la Gran Cámara del TEDH que, en sentencia definitiva⁵², entendió que no había habido violación de dicha norma.

Los hechos del caso son complejos; pero vale la pena reseñarlos. Una pareja heterosexual italiana, celebró un acuerdo de gestación por sustitución, por medio de una agencia, con una gestante rusa. El Estado de nacimiento del niño es Rusia y en el acta de nacimiento figuran como padre y madre los padres intencionales. El consulado de Italia en Moscú les proveyó

los documentos de viaje. Cuando ya habían llegado a Italia, solicitaron que se transcribiera el acta de nacimiento extranjera en el registro civil local, lo que les fue denegado, aduciendo que la documentación era falsa. Fueron acusados de tergiversación del estado civil y de haber violado la ley italiana sobre adopción, por haber llevado al niño al país, sin haber respetado las exigencias legales. Si bien ambos padres intencionales creían tener vínculos biológicos con el niño, se probó que ni ellos⁵³ ni la mujer gestante rusa habían aportado su propio material genético. Como los padres biológicos eran desconocidos y los intencionales no podían ser considerados padres, las autoridades italianas removieron al niño de su hogar cuando tenía nueve meses de edad y luego lo dieron en adopción, sin que a los padres intencionales se les informara el paradero del niño.

La segunda sección del TEDH condenó a Italia⁵⁴, pues entendió que había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁵, a partir de la remoción del niño de su familia. Estimó que hubo vida familiar entre el niño y los padres intencionales y vida privada entre ellos, ya que convivieron durante al menos seis meses. El tribunal consideró también

que el Estado debe tener en cuenta el interés superior del menor, independientemente de que la relación parental sea genética o no, y que no se debe permitir que un niño se encuentre en una situación de desventaja, por el solo hecho de haber nacido de una mujer portadora.

Sin embargo, dos años después de aquella decisión, la Gran Cámara del TEDH la revirtió⁵⁶ declarando que Italia no había violado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁷. El tribunal consideró, en su sentencia definitiva, que no hubo vida familiar entre los padres intencionales y el niño. Llegó a esa conclusión tomando en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre ellos, la corta duración de la relación que tuvieron y la precariedad o incertidumbre jurídica de los vínculos entre ellos, a pesar de que había un proyecto parental y de la calidad de los lazos afectivos.

En cuanto al derecho a la vida privada, la Gran Cámara del TEDH entendió que las medidas litigiosas afectaban la vida privada de las partes. Pero, considerando que el objetivo de tales medidas era prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades de los demás, decidió que era legítima la voluntad de las autoridades italianas

de reafirmar la competencia exclusiva del Estado para, con la finalidad de proteger a los niños, reconocer un vínculo filiatorio únicamente en caso de que hubiera un vínculo biológico o bien una adopción regular.

Finalmente, la Gran Cámara del TEHD admitió que los tribunales italianos, al haber concluido que el niño no sufriría un perjuicio grave o irreparable como consecuencia de la separación, lograron un equilibrio razonable entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro de los límites del margen de apreciación del que disponía.

Dadas las características especiales de este caso, en el que el TEDH se concentró en la remoción del niño de su hogar y en su posterior entrega en adopción a personas que no eran los padres intencionales, habrá que continuar esperando para poder conocer el criterio del tribunal con respecto al reconocimiento (en el Estado de recepción) de la filiación establecida en el extranjero luego de un acuerdo de gestación por sustitución, cuando no existe vínculo genético entre el niño y los padres intencionales. ¿Será posible que baste con la sola voluntad procreacional...?

IV. ¿Hacia una Regulación Internacional?

Los acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución son, hoy por hoy, una realidad ante la cual no cabe cerrar los ojos o mantenerse indiferente. Más allá de cuál sea la postura que cada Estado elija adoptar al respecto, se requiere un involucramiento estatal activo para introducir cierto orden en la práctica y proteger los derechos de todas las personas involucradas. Pero además de normas de derecho internacional privado de fuente interna, se estima que sería muy positivo poder contar con un instrumento internacional⁵⁸ (de preferencia, vinculante) que propendiera a lograr la protección efectiva del interés superior del menor y la continuidad de su estado civil en el Estado de recepción.

La principal dificultad para avanzar en los estudios de factibilidad y en la eventual negociación y firma de un instrumento internacional en materia de gestación por sustitución transfronteriza, susceptible de ser aceptado por un buen número de Estados, reside en la diversidad de enfoques, muchas veces contrapuestos, sobre el tema. Los trabajos que ha venido llevando a cabo el Grupo de Expertos de filiación y gestación por sustitución de la

“Más allá de cuál sea la postura que cada Estado elija adoptar al respecto, se requiere un involucramiento estatal activo para introducir cierto orden en la práctica y proteger los derechos de todas las personas involucradas. Pero además de normas de derecho internacional privado de fuente interna, se estima que sería muy positivo poder contar con un instrumento internacional que propendiera a lograr la protección efectiva del interés superior del menor y la continuidad de su estado civil en el Estado de recepción.”

HCCH⁵⁹ son una muestra de que la tarea no es sencilla, aunque tampoco parece ser de realización imposible.

En efecto, en la segunda reunión de dicho Grupo de Expertos, que tuvo lugar del 31 de enero al 3 de febrero de 2017, se acordó lo siguiente:

i. que, en principio, es factible desarrollar un instrumento multilateral vinculante

sobre reconocimiento que aborde el reconocimiento de sentencias extranjeras sobre filiación jurídica. Se necesita más reflexión y discusión acerca de cómo podría operar tal instrumento;

ii. que, debido a la diversidad de enfoques con respecto a la determinación de la filiación jurídica y el reconocimiento de la filiación jurídica plasmada en un documento público, se necesita más reflexión y discusión sobre este punto; y

iii. que, dada la complejidad del tema y la diversidad de enfoques de los Estados en casos de acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución, no ha sido posible llegar a conclusiones definitivas en esta reunión en cuanto a la factibilidad de la posible aplicación a la gestación por sustitución, de reglas generales de Derecho Internacional Privado sobre filiación jurídica que eventualmente se acordaran en el futuro, y la posible necesidad de reglas y garantías adicionales en estos casos y en casos de reproducción humana asistida. El Grupo concluyó que se necesita más reflexión y discusión sobre estos asuntos⁶⁰.

Por otro lado, cabe mencionar que el organismo internacional Servicio Social Internacional (*International Social Service*, ISS) conformó un Grupo

Interdisciplinario de Expertos que se encuentra trabajando con vistas a la elaboración de un instrumento internacional de *soft law* en materia de gestación por sustitución transfronteriza. Se espera que los “*Principios para proteger mejor los derechos de los niños en acuerdos reproductivos transfronterizos, en particular acuerdos internacionales de gestación por sustitución*” (*Principles for a better protection of children’s rights in cross-border reproductive arrangements, in particular international surrogacy*) vean la luz en los próximos años y que logren tener un impacto relevante en la práctica, a fin de fortalecer la protección de los niños nacidos en estas circunstancias.

A modo de conclusión, se considera que, más allá de la técnica de codificación que se utilice para la elaboración de un instrumento internacional (*hard law*, vinculante, o *soft law*, no vinculante), el problema de la existencia de enfoques contrapuestos le añade un alto grado de dificultad a la ya de por sí ardua tarea de crear un marco jurídico internacional en esta materia. El reto consiste en hallar una o varias maneras de conciliar los diversos intereses en juego. Los organismos internacionales que han venido trabajando y reflexionando acerca de los acuerdos transfronterizos de gestación

por sustitución deben hacer el esfuerzo de explorar posibles soluciones creativas que permitan tender puentes entre Estados de nacimiento y Estado de recepción, en pos de la protección de todos los sujetos involucrados y, en especial, de los niños.

“Los organismos internacionales que han venido trabajando y reflexionando acerca de los acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución deben hacer el esfuerzo de explorar posibles soluciones creativas que permitan tender puentes entre Estados de nacimiento y Estado de recepción, en pos de la protección de todos los sujetos involucrados y, en especial, de los niños.”

¹ RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de la Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. XXXI.

² Todos estos nuevos modelos familiares son merecedores de tutela jurídica. ESBORRAZ, David Fabio, “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, número 29, julio-diciembre de 2015, p. 31. En México, así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación al tratar la reforma de 2010 que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal: “dentro de un Estado democrático de Derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente”. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, párrafos 235 y 311. Secretaría de Gobernación, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Senado de la República y Cámara de Diputados, *Matrimonio y familias*, Tomo II, Ciudad de México, CONAPRED, 2013, p. 59.

³ Para un análisis del marco conceptual y jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida desde la perspectiva mexicana, véase PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida. Su repercusión en las instituciones del derecho de familia*, Ciudad de México, Porrúa, 2015.

⁴ ALBORNOZ, María Mercedes y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *Revista IUS (México)*, volumen 11, número 39, enero-junio de 2017, Reproducción asistida, bioética y derecho. Próximamente disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/issue/archive>.

⁵ En Estados federales, como Estados Unidos de América o los Estados Unidos Mexicanos, el panorama descripto, tan diverso, suele reproducirse en el interior, con importantes diferencias de un estado a otro.

⁶ LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013, pp. 193 y ss.

⁷ MORGAN, Derek, “Enigma Variations: Surrogacy, Rights and Procreative Tourism”, in Rachel COOK y Shelley Dan SCLATER, con Felicity KAGANAS, *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, p. 88.

⁸ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Asuntos Generales y Política, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Doc. Prél. núm. 3C (L. Étude), marzo de 2014, p. 60. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/0a94d5c2-a37b-4651-ad6b-55554ff508f7.pdf>.

⁹ “En cuanto a la regulación de la GS a nivel internacional, nos encontramos ante una laguna normativa que es necesario llenar, a fin de evitar o al menos reducir la gran cantidad de problemas derivados de la diversidad de las normas de fuente interna en derecho comparado”. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 166. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>.

¹⁰ Ver los informes y estudios realizados por la HCCH, así como los reportes, conclusiones y recomendaciones de las reuniones del Grupo de Expertos de filiación y gestación por sustitución, en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

- ¹¹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, *op. cit.* nota 9, p. 170.
- ¹² HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 44.
- ¹³ *Ibidem*, pp. 44-45.
- ¹⁴ *Ibidem*, p. 45.
- ¹⁵ *Ibidem*, p. 51.
- ¹⁶ El abanico de posibles puntos de conexión es amplio. Véase HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, pp. 51-52.
- ¹⁷ Si, en cambio, el legislador dictara una norma de competencia internacional directa con puntos de conexión acumulativos, el resultado sería restringir el acceso de los justiciables a un tribunal facultado para resolver su caso.
- ¹⁸ HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, pp. 41-42.
- ¹⁹ *Ibidem*, p. 42.
- ²⁰ *Ibidem*, p. 53
- ²¹ *Ídem*.
- ²² GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, *op. cit.* nota 9, p. 173.
- ²³ HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 70.
- ²⁴ SPIVACK, Carla, "The Law of Surrogate Motherhood in the United States", *American Journal of Comparative Law*, vol. 60, núm. 58, 2010, p. 107.
- ²⁵ HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 70.
- ²⁶ *Ídem*.
- ²⁷ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, *op. cit.* nota 9, p. 175.
- ²⁸ *Ídem*.
- ²⁹ Ver HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 73.
- ³⁰ Acoger la voluntad procreacional de los padres de intención como criterio para el establecimiento de la filiación supone que la relación de los padres con el hijo se apoye principalmente en el cumplimiento de un "rol social (...) que no está originado en la naturaleza, sino que debe ser construido por el hombre". CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 191.
- ³¹ HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 75.
- ³² *Ídem*.
- ³³ *Ídem*.
- ³⁴ *Ídem*.
- ³⁵ *Ibidem*, p. 76.
- ³⁶ *Ibidem*, pp. 76 y ss.
- ³⁷ *Ídem*.
- ³⁸ Tribunal Supremo, Pleno, Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia/Actualidad-Jurisprudencial/TS-Civil-Pleno--Desestima-recurso-de-casacion--Gestacion-por-sustitucion--Inscripcion-en-el-Registro-Civil-espanol-de-la-filiacion-de-unos-menores-nacidos-tras-la-celebracion-de-un-contrato-de-gestacion-por-sustitucion-a-favor-de-los-padres-intencionales--determinada-por-las-autoridades-de-California-con-ba-se-en-la-legislacion-de-dicho-estado->.

³⁹ Artículo 10: “Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

⁴⁰ Tribunal Supremo, Pleno, Sentencia núm. 835/2013, *cit.* nota 26.

⁴¹ HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, pp. 80-81.

⁴² Corte Constitucional austríaca, 14 de diciembre de 2011, B 13/11-10 y 11 de octubre de 2010, B 99/12, *cit.* por HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 81, nota 663.

⁴³ Artículo 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...”. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

⁴⁴ HCCH, *L'Étude*, *op. cit.* nota 8, p. 81.

⁴⁵ Corte de Casación, primera sala civil, sentencias núm. 369, 370 y 371 del 6 de abril de 2011. Disponibles en el sitio: <https://www.courdecassation.fr/>.

⁴⁶ TEDH, quinta sección, *Menesson y otros c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014. Sentencia definitiva desde el 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>.

⁴⁷ TEDH, quinta sección, *Labassee y otros c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014. Sentencia definitiva desde el 26 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.

⁴⁸ *Supra*, nota 43.

⁴⁹ TEDH, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358.

⁵⁰ TEDH, segunda sección, 27 de enero de 2015. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056>.

⁵¹ *Supra*, nota 43.

⁵² TEDH, Gran Cámara, 24 de enero de 2017. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>.

⁵³ Esto podría haberse debido a la conducta de la agencia o bien del equipo médico interviniente.

⁵⁴ *Supra*, nota 50.

⁵⁵ *Supra*, nota 43.

⁵⁶ *Supra*, nota 52.

⁵⁷ *Supra*, nota 43.

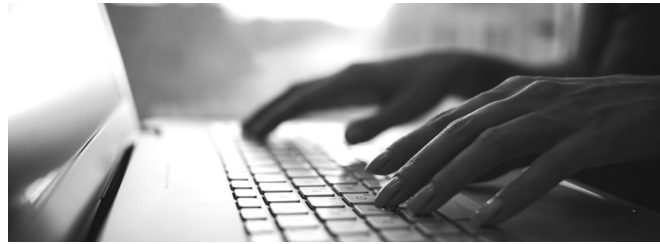
⁵⁸ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, *op. cit.* nota 9, p. 183.

⁵⁹ Nótese que el Grupo de Expertos no trabaja exclusivamente sobre gestación por sustitución, sino que su mandato abarca también el tema más amplio de la filiación. En otros términos, la gestación por sustitución es solamente una parte del objeto de estudio de tal grupo.

⁶⁰ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (Meeting of 31 January - 3 February 2017)* (Traducción personal). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>.

Sobre la autora

María Mercedes Albornoz



María Mercedes Albornoz es Profesora Investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE, localizado en la Ciudad de México. Doctora en Derecho Internacional Privado, egresada de la *Université de Paris II, Panthéon-Assas*, de París, Francia, en la que también obtuvo un DEA (*Diplôme d'Études Approfondies*) en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional. Previamente, se graduó como Abogada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, Argentina.

Es Asesora Externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno mexicano, en materia de Derecho Internacional Privado. Asimismo, integra el Grupo de Expertos en Filiación y Maternidad subrogada de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ha sido ponente y conferencista en múltiples eventos académicos y ha realizado estancias de

investigación en diversos países del continente americano y de Europa.

Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) de México. También es miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

Es autora del libro “Derecho Internacional Privado para un Mundo Globalizado”, publicado en 2014 por el CIDE en la Colección Estudios de Casos. Varios de sus artículos y contribuciones han sido publicados en revistas académicas tales como el *Journal of Private International Law*, el *Journal du Droit International* (Clunet), la *Inter-American Law Review*, el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones y el Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

Sumario

Introducción;

I. *Antecedentes y Origen del Consejo de Derechos Humanos;*

II. *De la Comisión al Consejo: Transición y Primeros Periodos de Sesiones;*

III. *Construcción Institucional: Negociación y Obtención del Acuerdo Final;*

Conclusión



La creación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Luis Alfonso de Alba*

Introducción

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas -en adelante, “Consejo”- es el principal órgano encargado de la promoción y el respeto de los derechos humanos a nivel universal. Con su creación, acordada en el seno de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 2006, no solo se estableció un órgano de mayor jerarquía para el tratamiento del tema al interior del sistema de Naciones Unidas, sino que se abrieron las posibilidades para obtener mejores resultados que los alcanzados por su predecesora, la extinta Comisión de Derechos Humanos -en adelante, “Comisión”-.

Al conmemorarse este año el décimo aniversario de tal suceso, nos encontramos en un momento propicio para la reflexión sobre la manera en la que la ONU ha respondido a la demanda universal de mayor y más eficaz respeto de los derechos humanos de

todas las personas, y sobre la forma en que el Consejo ha respondido a las expectativas que al respecto se han depositado en él. Si bien un ejercicio de tal magnitud sería objeto de un análisis más riguroso y profundo al que podría realizarse en la presente exposición, con ella busca abonarse a tal reflexión, a través de una revisión del primer año de labores del Consejo y del contexto legal y político en que este órgano fue creado, llevada a cabo desde el prisma de su presidencia, en la que tuve la oportunidad de desempeñarme durante su año inaugural.

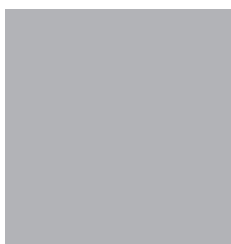
Con ello en mente, en este artículo¹ se presenta un análisis de los distintos escenarios, situaciones y factores que debieron enfrentarse durante ese periodo y que incidieron decisivamente en la estructura y el espíritu de Consejo, en un contexto que en diversos momentos y sentidos llegó a ser adverso, comenzando por la falta de consenso sobre la nueva composición de sus Miembros, las inercias y

prácticas heredadas de la Comisión, o los conflictos bélicos que durante ese año tuvieron lugar en Medio Oriente, por citar algunas de las circunstancias sobre las que se abundará más adelante. Así, tras repasar los antecedentes y el proceso de inepción del Consejo, se destacan los esfuerzos realizados para dar continuidad al sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas durante la delicada transición de la Comisión al Consejo, evitando que se generara un “vacío de protección” que suspendiera, temporal o definitivamente, el trabajo de algunos de sus mandatos.

Respecto a los trabajos emprendidos por el Consejo durante su año fundacional, en el que se celebraron cinco periodos ordinarios de sesiones y cuatro periodos extraordinarios, se resaltan los principales logros substantivos obtenidos en cada uno de ellos, las innovaciones metodológicas propuestas, los esquemas con los que se garantizó una participación significativa de las organizaciones no gubernamentales (ONG) y de las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) en las labores del Consejo, así como las medidas acordadas para garantizar la gestión efectiva y la sostenibilidad financiera de dichas labores desde la presidencia. Asimismo, se destaca la

forma en que se definió y echó a andar el proyecto de “paquete de construcción institucional” del Consejo, con el cual se diseñaría el nuevo Examen Periódico Universal (EPU) y se llevarían a cabo los exámenes del sistema de procedimientos especiales, de la asesoría experta, y del procedimiento de denuncia heredados de la Comisión, además de definirse su agenda, programa de trabajo, métodos de trabajo y reglamento. Por último, se reconstruye la estrategia de negociación que finalmente permitiría la aprobación, *in extremis*, del paquete.

De esta manera, se permitirá no solo comprender porque el Consejo trajo claras mejoras al tratamiento de los derechos humanos en la ONU *vis a vis* el órgano al que sustituyo, sino también conocer las distintas tácticas y estrategias diplomáticas puestas en marcha desde la presidencia para hacer posibles los acuerdos sobre los que descansan dichas mejoras, alcanzándose “consensos de máximos” y no de mínimos denominadores comunes. Con base en ello, se comparten también algunas consideraciones sobre la manera en que las lecciones aprendidas podrían ser utilizadas como referencia en otros procesos de mejora institucional emprendidos en el ámbito multilateral, particularmente, el que



actualmente se lleva a cabo en torno al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

I. Antecedentes y Origen del Consejo de Derechos Humanos

La labor de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creada en 1947 con la tarea de redactar la Declaración Universal de Derechos Humanos como una de sus principales prioridades, fue crucial en la promoción de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo veinte, particularmente como generadora de estándares internacionales y por atender a lo largo de su historia muchas de las más graves violaciones de los derechos humanos que se dieron en algunos países. Sin embargo, en sus últimos años de funcionamiento, la polarización, la selectividad y el uso de dobles raseros, minaron sustancialmente su labor, haciéndola perder espacios y legitimidad.

Esta problemática se dio, en buena medida, debido a que las características del sistema de promoción y protección de los derechos humanos del que la Comisión formaba parte nunca se definieron adecuadamente a nivel estructural. En consecuencia, la cantidad de relatorías especiales y el apoyo que estas recibían en el seno de la Comisión se fue dando de manera casuística: su creación era propuesta por un país determinado, que después negociaba apoyos para la adopción de una resolución que la estableciera y para obtener los recursos necesarios para que cumpliera con su mandato. De esta manera, mientras la lucha contra la tortura, la defensa de la libertad de expresión o el adecuado tratamiento de personas privadas de libertad recibían apoyo constante de un grupo de países occidentales, cuando se trataban otros temas de interés para los países en desarrollo, como por ejemplo la situación de los derechos humanos de los migrantes, los primeros no brindaban un respaldo real. Esa falta

de apoyo persistió incluso después de lograrse el establecimiento de una relatoría especial para los migrantes gracias a la coordinación de diversas naciones en desarrollo.

Además de esta evidente distorsión temática, también existía un desequilibrio en cuanto al tratamiento de las situaciones por país o región. Si bien en un principio la Comisión no tenía un mandato expreso para realizar este tipo de análisis, por iniciativa de algunos Estados comenzaron a presentarse resoluciones sobre países en específico. México fue parte de los impulsores de estas primeras resoluciones, con la finalidad de llamar la atención sobre la delicada situación de los derechos humanos en Chile durante la dictadura de Pinochet, y en El Salvador, durante la serie de gobiernos militares autoritarios allí impuestos. No obstante que dicha práctica se originó con la finalidad de hacer frente a violaciones graves de derechos humanos por parte de dictaduras militares, a iniciativa de otros Estados en desarrollo, posteriormente su ejercicio no se siguió con equilibrio alguno. Los países en desarrollo perdieron la capacidad de iniciativa, no hubo resoluciones sobre Brasil o Argentina en los peores momentos de los regímenes allí instaurados y, con

la salvedad de Cuba, durante muchos años no hubo otro país latinoamericano sujeto al escrutinio de la Comisión.

Por el contrario, las resoluciones de país eran impulsadas por los Estados desarrollados en función de su agenda. Así, tras el cambio de siglo el desequilibrio en la Comisión era prácticamente absoluto -por ejemplo, en 2005 (año previo a la transición al Consejo) buscaba impulsarse una controversial resolución sobre China y la situación en Cuba seguía siendo objeto de una resolución muy contrastada-, por lo que un grupo de países se planteaba la necesidad de reformarla drásticamente, y algunos incluso consideraban la posibilidad de abandonarla. Simultáneamente, los países occidentales que reforzaban estándares internacionales de derechos humanos y apoyaban las resoluciones de país, se quejaban de la participación de países a los que consideraban violadores de derechos humanos, denunciando que su intención al formar parte de la Comisión era únicamente defender sus posiciones y minimizar el efecto de los mecanismos de protección con los que ésta contaba.

En este contexto, puede decirse que la idea de sustituir la Comisión por un nuevo órgano gozaba de un amplio



apoyo al interior de la membresía de la ONU, pues nadie estaba satisfecho con la manera en la que la Comisión ejercía su mandato. La mayoría de los Estados apoyaban el cambio, aun cuando no coincidieran en las razones que limitaban la acción de la Comisión y menos aún en la dirección que el nuevo órgano debía emprender. En paralelo a este proceso de desgaste de la Comisión *per se*, en el seno de la ONU y en su Secretaría General se venía gestando un importante reposicionamiento del tema de los derechos humanos, que pasaría a ser uno de los ejes centrales de la acción del sistema de Naciones Unidas.

Con el fin de la Guerra Fría se abrieron nuevas posibilidades de ampliar la agenda del sistema y dejar atrás la parálisis que se había registrado en varios temas hasta el inicio de los años noventa. Con este nuevo espíritu, en la década siguiente se presentaron diversas iniciativas de reforma en las que se reconocía la necesidad de enfrentar de

manera integral las causas de la guerra y los conflictos mediante la consolidación del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la promoción del desarrollo económico y social sostenible.

“La mayoría de los Estados apoyaban el cambio, aun cuando no coincidieran en las razones que limitaban la acción de la Comisión y menos aún en la dirección que el nuevo órgano debía emprender.”

Partiendo de las propuestas que en su momento fueran presentadas desde la Secretaría General de la ONU por Butros Butros-Ghali², con la llegada de Kofi Annan a esta posición se fortaleció aún más la vinculación entre derechos humanos y seguridad. Asimismo, dentro del ambicioso paquete de reformas lanzado por Annan durante su primer

mandato como Secretario General³ se contemplaron dos acciones principales para dar mayor relevancia a los derechos humanos en los trabajos de las Naciones Unidas: buscar su transversalización o *mainstreaming* en todas las actividades de la ONU -incluidas las áreas de desarrollo y asistencia humanitaria-, y reorganizar y racionalizar el trabajo de los órganos encargados de su defensa y promoción dentro del Secretariado de la Organización, concentrándolos en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), instancia a la que se le otorgaría un mayor estatus y se le dotaría de más recursos.

“Durante los años subsecuentes se suscitaron eventos que terminarían de acelerar la inepción del Consejo, concretamente, la invasión de la coalición liderada por Estados Unidos a Iraq a en 2003. ”

Durante los años subsecuentes se suscitaron eventos que terminarían de acelerar la inepción del Consejo, concretamente, la invasión de la coalición liderada por Estados Unidos a

Iraq a en 2003. Ante el ambiente de gran tensión creado por la invasión en el seno de las Naciones Unidas, e incluso entre el Gobierno estadounidense y el Secretario General, y ante la grave crisis de legitimidad que experimentaba la Organización⁴, en septiembre de ese año Annan anunció la creación de un Grupo de Alto Nivel compuesto por personalidades eminentes, que entre otras tareas debería recomendar medidas para fortalecer a la ONU, a fin de que en el futuro pudiera hacer frente a situaciones similares de manera más efectiva en el futuro.

Formalmente denominado *Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio*, se integró por dieciséis expertos de diversas nacionalidades (Tailandia, Francia, Brasil, Noruega, Ghana, Australia, Reino Unido, Uruguay, Egipto, India, Japón, Rusia, China, Tanzania, Pakistán y Estados Unidos). Ante las fuertes críticas sobre la composición y los términos de referencia del Grupo de Alto Nivel, debido a la inclusión de tres de los cuatro aspirantes a ocupar un asiento permanente en el Consejo de Seguridad en ese momento y a que el mandato del panel se había limitado a asuntos de seguridad y combate al

terrorismo, hubo otros actores que buscaron influir en los trabajos del Grupo y, en última instancia, en las recomendaciones que este emitiría.

Entre estos últimos, destacó la labor del *Grupo de Amigos para la Reforma de las Naciones Unidas*, impulsado por México e integrado por catorce países que no estaban representados en el Grupo de Alto Nivel (Alemania, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Japón, Kenia, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Singapur, Sudáfrica y Suecia, además de México). Tras celebrar reuniones a nivel de cancilleres y entre sus representaciones en Nueva York y Ginebra para complementar la discusión sobre el proceso de reforma, el Grupo de Amigos presentó propuestas en materia de derechos humanos que permitieron acercar posiciones e influyeron positivamente en los informes del Grupo de Alto Nivel —que en su versión original no contenía ninguna propuesta al respecto— y del Secretario General, que a su vez servirían de base para la Declaración del Milenio que suscribirían los jefes de Estado y de Gobierno en septiembre de 2005, en el sexagésimo aniversario de la ONU, donde surgiría el mandato para la creación del Consejo de Derechos Humanos.

El Grupo de Alto Nivel presentó su informe final en diciembre de 2004⁵. Si bien no exhaustivamente, el informe incluyó recomendaciones para lograr un mejor funcionamiento de los órganos de las Naciones Unidas. En relación con la Comisión de Derechos Humanos, los expertos resaltaron que la “menor credibilidad y profesionalismo han redundado en desmedro de la capacidad de la Comisión en el desempeño de sus funciones”, y censuraron que “Estados que carecen de un compromiso demostrado con la promoción y la protección de los derechos humanos procedan a establecer normas para afianzarlos”⁶.

De esta manera, se individualizaban los principales problemas de la Comisión abordados en líneas previas —la extrema politización y el uso de dobles estándares en sus trabajos—, ante lo cual se recomendaban reformas a su estructura y su composición, proponiéndose una membresía universal, además de la revisión de algunos de sus métodos de trabajo y la elaboración de un informe anual por parte de la OACDH sobre la situación de los derechos humanos en todo el mundo. Más importante aún, se incluyó la sugerencia de que en un futuro los Estados miembros analizaran la creación de un Consejo de Derechos Humanos que sustituyera

a la Comisión, y que este dejara de ser un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC), elevándose su estatus al de órgano principal de las Naciones Unidas⁷, lo cual concordaba con la importancia que la Organización debería conferir a esa materia, de acuerdo con el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

Partiendo de estas consideraciones, Kofi Annan presentó el informe de la Secretaría General en marzo de 2005⁸, con la premisa de que era necesario promover los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas en la vida de cada hombre y cada mujer, con base en “un concepto más amplio de libertad” que incluyera “la idea de que el desarrollo, la seguridad y los derechos humanos van de la mano”⁹, proponiéndose que estas fueran las tres grandes áreas en torno a las cuales debía articularse el trabajo de la ONU, así como las correspondientes reformas a su andamiaje institucional. En virtud de ello, se recogía la sugerencia relativa a la creación del Consejo de Derechos Humanos en una propuesta formal, sustentada en la necesidad de asignar “a la causa de los derechos humanos la misma importancia que a las causas de la seguridad y el desarrollo”¹⁰. En cuanto a su contenido, enfatizaba dos elementos clave: el Consejo debía tener

carácter permanente y su composición debía ser más reducida que la de la Comisión -53 miembros-, a diferencia de la propuesta del Grupo de Alto Nivel. Respecto a su estatus frente a la Asamblea General y las funciones que desempeñaría, se establecía que los Estados habrían de determinar lo conducente.

La consideración de una membresía reducida se interpretó como concesión a aquellos países —en su mayoría occidentales— que buscaban que exclusivamente estuvieran representados los Estados con historiales “intachables” en materia de derechos humanos, lo cual requería la identificación de criterios a partir de los cuales se podría calificar de “intachable” el historial de un país. Tal identificación presentaba una enorme dificultad; por ejemplo, si se tomaba como criterio del grado de compromiso de un país con la defensa de los derechos humanos la ratificación o no de los entonces ocho tratados fundamentales de derechos humanos¹¹, varios países desarrollados no hubieran podido formar parte del Consejo.

Tras la presentación del informe del Secretario General, se inició un difícil proceso de negociación que culminaría durante la madrugada del

14 de septiembre de 2005, cuando se logró un acuerdo sobre el texto de la *Declaración del Milenio + 5*, que fue adoptada sin necesidad de voto al día siguiente por los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Cumbre Mundial celebrada en Nueva York. En la Declaración se decidió establecer:

“Un Consejo de Derechos Humanos [...] responsable de promover el respeto universal de la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas [...] [el cual] deberá abordar las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto [pidiendo al presidente de la Asamblea General llevar a cabo] negociaciones abiertas, transparentes e inclusivas [...] con objeto de establecer el mandato, las modalidades, las funciones, el tamaño, la composición, los Miembros, los métodos de trabajo y los procedimientos del Consejo”¹².

Una parte de dicho proceso de negociación tuvo lugar en Nueva York y otra en Ginebra, añadiendo un alto grado de complejidad a la misma. La sexagésima Asamblea General de las Naciones Unidas comenzó inmediatamente después de la adopción de la Declaración del Milenio -el 17 de septiembre de 2005-, resultando como

presidente electo el embajador Jan Eliasson, de Suecia, quien identificó las áreas concretas en las que debía concentrarse el esfuerzo de la Asamblea: la Comisión para la Consolidación de la Paz, el Consejo de Derechos Humanos, el terrorismo, el Consejo de Seguridad y la reforma en la gestión de las Naciones Unidas.

“Los temas más importantes y más controvertidos de la negociación fueron la definición del mandato, el estatus, las modalidades, las funciones, el tamaño, la composición, los miembros, los métodos de trabajo y los procedimientos del Consejo.”

En relación con la creación del Consejo de Derechos Humanos, los temas más importantes y más controvertidos de la negociación fueron la definición del mandato, el estatus, las modalidades, las funciones, el tamaño, la composición, los miembros, los métodos de trabajo y los procedimientos del Consejo. A grandes rasgos, podían identificarse cuatro posiciones. En un extremo estaban los Estados que

deseaban limitar el mandato del Consejo, acotando las capacidades y los recursos internacionales para la promoción y el respeto de los derechos humanos; a estos se sumaron los Estados que, aun apoyando la promoción y la protección universal de los derechos humanos, deseaban terminar con la selectividad y la polarización que había caracterizado a la Comisión durante sus últimos años.

En el otro extremo se situaban algunos Estados que deseaban hacer del Consejo un órgano que se erigiera como una especie de tribunal-observatorio de la situación de los derechos humanos en el mundo, con capacidad para denunciar y tomar medidas contra los Gobiernos que considerase violadores de derechos humanos; también estaban los Estados que, aunque mostraron su acuerdo en dotar al Consejo de mayor fortaleza y capacidad de acción, apoyaban que debía privilegiarse la cooperación entre todos los Estados Miembros para elevar los estándares internacionales en todos los países y con equilibrio de todos los derechos, no solo los civiles y políticos.

El reto, entonces, era construir los puentes de comunicación entre distintos países y grupos. Es necesario puntualizar que en el seno de la ONU

hay cinco grupos regionales: África, Asia-Pacífico, Latinoamérica y el Caribe (GRULAC), Europa Occidental y otros países (Grupo Occidental o WEOC, por sus siglas en inglés, que también incluye a Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia), y Europa Oriental. Asimismo, se cuenta con otros grupos que comparten posiciones en distintas áreas y suelen votar como “bloque”, entre los cuales destaca la Unión Europea (UE), la Organización de la Conferencia Islámica (OCI), y el Grupo de Países Afines (GPA). Este último funciona en Ginebra y aglutina Estados con posiciones afines en materia de derechos humanos (Argelia, Bangladesh, Belarús, Bután, Cuba, China, Egipto, India, Indonesia, Irán, Malasia, Myanmar, Nepal, Pakistán, Filipinas, Sri Lanka, Sudan, Siria, Vietnam y Zimbabwe).

Ante dicho escenario, varias delegaciones buscaron contribuir al proceso de negociación por medio de ejercicios formales e informales, entre los que sobresale el *Proceso de Lausana*, impulsado por el Gobierno suizo, consistente en la celebración de reuniones con expertos gubernamentales y no gubernamentales. Por su parte, México impulsó en Ginebra dos iniciativas informales¹³ que a la larga dieron buenos dividendos, no solo en cuanto

a propuestas se refiere, sino en cuanto a la creación de un ambiente y una metodología propicios para la discusión y el intercambio de puntos de vista.

La primera iniciativa consistió en la integración de un grupo de expertos que incluía a representantes gubernamentales y no gubernamentales, así como a funcionarios de la OACDH, conocido como el *non-existent group*¹⁴. La segunda fue la integración de otro grupo informal, compuesto por embajadores acreditados en Ginebra, que se reunía a desayunar en el Hotel *Beau Rivage*, por lo que se terminó por conocerlo como el *Grupo Beau Rivage*¹⁵. El Consejo de Derechos Humanos no podría explicarse sin la celebración de este tipo de reuniones, en las que fue posible identificar importantes convergencias y, en un tono mucho menos polarizado que en Nueva York, se analizaron con más detalle las alternativas que se presentaban, incluyendo los temas más controvertidos previamente mencionados.

Por su parte, Eliasson consideró conveniente ampliar sus consultas con las delegaciones en Ginebra, lo cual trajo avances importantes en la definición de algunos temas sustanciales. En primer lugar, se hizo evidente la preferencia de la mayoría por contar con

un órgano subsidiario de la Asamblea General, cuyo estatus sería reconsiderado después de los cinco primeros años de funcionamiento del Consejo. Simultáneamente, el rechazo a que el Consejo mantuviera contacto directo con el Consejo de Seguridad u otros órganos de las Naciones Unidas se fortaleció. En segundo lugar, creció también el apoyo a celebrar reuniones periódicas, sin determinarse el número de las mismas, y la posibilidad de que hubiera reuniones extraordinarias, sin definirse entonces quien podía convocarlas y de qué manera. Tanto las iniciativas informales mencionadas como la reunión que sostuvieron las delegaciones con el presidente de la Asamblea General fueron la contribución de Ginebra al proceso de negociación.

De regreso a Nueva York, Eliasson presentó un texto de resolución¹⁶ que enfatizaba el elemento de cooperación y dialogo del Consejo, y establecía directrices para el funcionamiento del mecanismo de Examen Periódico Universal (EPU), fijando en un año el plazo para que el Consejo definiera la manera en que aquel operaría, plazo que también aplicaba para hacer el examen de los mandatos del sistema de procedimientos especiales. Asimismo, el texto establecía en cuarenta y siete

el número de Estados Miembros del Consejo, de acuerdo con el principio de representación geográfica equitativa¹⁷ (13 para África, 13 para Asia-Pacífico, 8 para el GRULAC, 7 para el Grupo Occidental y 6 para Europa del Este), electos no por mayoría simple (mitad más uno de los Miembros presentes y votantes), sino por la mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, por un periodo de tres años y con posibilidad de reelección inmediata solo por una vez.

Con la adopción del criterio de representación geográfica proporcional se redujeron sustancialmente los asientos para el Grupo Occidental y el GRULAC, en favor de los grupos de Asia-Pacífico y África, por lo que la suma de los votos de estos dos últimos grupos era suficiente para obtener la mayoría simple en cualquier decisión del Consejo, lo que tendría enormes repercusiones para los trabajos del mismo. Tan importante como resolver el tema de la membresía fue que el texto establecía que la participación de los Estados estaba abierta para cualquiera de ellos, pues no se establecían criterios para la elección de los mismos al nuevo órgano. Para compensar esta supresión – y buscando contar con el apoyo del Grupo Occidental-, se introdujo una cláusula de exclusión para los

Estados que cometieran violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos¹⁸. Esta inclusión significó el mayor esfuerzo de Eliasson para satisfacer en cierta medida la demanda de evitar que países con un “mal” historial en materia de derechos humanos fueran Miembros del Consejo.

Aún cuando una clara mayoría de los Estados se manifestaba a favor de este texto, Estados Unidos reaccionó negativamente, pues mantenía la expectativa de que la membresía y el acceso al Consejo se restringieran aún más –sin proponer, sin embargo, una solución efectiva para el referido dilema representado por la determinación de los criterios correspondientes-, por lo que solicitó que este fuera votado. Fue así que en fecha 15 de marzo de 2006, el proyecto de resolución basado en la propuesta de Eliasson fue sometido a aprobación, resultando adoptado por ciento setenta votos a favor, cuatro en contra (Estados Unidos, Israel, Islas Marshall y Palau) y tres abstenciones (Irán, Belarús y Venezuela). De esta forma, tras cinco meses de intensa negociación se creaba el Consejo de Derechos Humanos, cuya acta fundacional recibiría la signature A/RES/60/251¹⁹ y pasaría a ser conocida coloquialmente como “la resolución 60/251”.

II. De la Comisión al Consejo: Transición y Primeros Periodos de Sesiones

A través de la resolución 60/251, Nueva York entregaba la estafeta a Ginebra para dar vida y poner en marcha el nuevo órgano. Conforme a su resolutorio 15, las elecciones de los primeros Miembros del Consejo tendrían lugar el 9 de mayo de 2006, mientras que su primera sesión se celebraría el 19 de junio de 2006. Asimismo, tenían que atenderse dos temas claves en la transición de la Comisión al Consejo: el fin de las labores de la Comisión en su sexagésimo segundo periodo de sesiones y la elección del primer presidente del Consejo de Derechos Humanos.

Fin de labores de la Comisión

Es necesario resaltar que, previo a la celebración del último periodo de sesiones de la Comisión, en septiembre de 2005 tuvo lugar la correspondiente elección de su presidente. La elección de presidentes de los órganos del Sistema de las Naciones Unidas suele responder al principio de rotación geográfica entre los grupos regionales, de manera que cada cinco años, el representante de un grupo regional

determinado ocupa la presidencia de los diferentes órganos. En consecuencia, debido a que Argentina ocupó la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos en 2001, correspondía a un representante del GRULAC hacerlo nuevamente en 2006.

“A través de la resolución 60/251, Nueva York entregaba la estafeta a Ginebra para dar vida y poner en marcha el nuevo órgano.”

En términos prácticos, ejercer la presidencia de la Comisión representaba presidir los trabajos de la misma durante las seis semanas que duraba su periodo anual de sesiones. En esta labor, el presidente en turno -quien era elegido a título personal-, tenía como una de sus principales funciones conducir los debates, así como designar, tras consultas con la membresía, a los titulares de mandato -procedimientos especiales- cuando estos se creaban o se renovaban. Por lo demás, su labor solía limitarse a resolver algunas controversias de procedimiento que surgían en el desahogo de la agenda, de tal manera que la presidencia no desempeñaba un papel que incidiera

en la sustancia de las deliberaciones ni en la modificación de los métodos de trabajo de la Comisión, pues para ello se contaba con una instancia denominada Mesa Ampliada²⁰, en la que se debatían y se buscaba resolver aquellos asuntos de sustancia y procedimiento que surgían antes y durante los trabajos de cada sesión.

Con base en la práctica, el GRULAC debía definir un solo candidato para la presidencia de la Comisión durante su sexagésimo segundo periodo de sesiones, que después sería propuesto al resto de la membresía para su elección. Sobre este particular, cabe destacar que si bien México había presentado la candidatura del suscrito²¹, en mi carácter de Representante Permanente ante los Organismos Internacionales en Ginebra, tras la presentación el 9 de septiembre de 2005 de la candidatura del entonces recién nombrado Representante Permanente de Perú en Ginebra, embajador Manuel Rodríguez Cuadros, quién hasta ese momento se había desempeñado como canciller de dicho país, y en respuesta a una solicitud directa del embajador Rodríguez Cuadros al canciller de México, días más tarde la candidatura mexicana sería retirada²² y el GRULAC endosaría la candidatura de Perú por unanimidad.

Dado que fue hasta el 15 de marzo de 2006 que, con la adopción de la resolución 60/251, se tuvo certeza de que el Consejo efectivamente sustituiría a la Comisión, el proceso de transición entre una y otra se dio en un contexto de gran incertidumbre, en el que Ginebra debía reaccionar a lo que ocurría en Nueva York. En primer lugar, no se tenía una idea clara sobre el contenido y el formato que debía tener el último periodo de sesiones de la Comisión, pues no había consenso sobre si debería ser sustantiva y tratarse en ella cuestiones relevantes, o si debía limitarse a una sesión meramente de procedimiento. Asimismo, algunas delegaciones temían que se generara un “vacío de protección” en materia de derechos humanos; es decir, que en la transición diversos mecanismos de protección de derechos humanos llegaran a perderse, concretamente el sistema de procedimientos especiales²³.

De manera similar, se temía que aun teniendo dos nuevos instrumentos internacionales listos para ser adoptados, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, éstos no fueran aprobados en la transición o, peor aún, se intentara reabrirlos a

negociación. Al mismo tiempo, algunos países temían que otras delegaciones presionaran para presentar otro tipo de resoluciones muy controvertidas, tanto temáticas como de países.

Aunque era claro que la mayoría prefería una sesión corta, diversas delegaciones consideraban que se tendría oportunidad para tomar decisiones importantes, como la aprobación de los instrumentos referidos y la realización de un balance sustantivo de los logros de la Comisión en sus sesenta años de existencia -el GRULAC y la UE favorecían esta postura-. Sin embargo, había posiciones “duras” para hacer de la sexagésima segunda Comisión una sesión meramente procedimental en la que únicamente se dieran por concluidas sus labores -en este sentido se pronunciaron los grupos Africano y de Asia-Pacífico, la OCI y Estados Unidos-.

Aún cuando las notas interpretativas solicitadas a la OACDH y a la Oficina del Consejo Legal de las Naciones Unidas para tal fin confirmarían que la resolución 60/251 transfería automáticamente los mandatos de la Comisión al Consejo²⁴, lo que evitaba el vacío de protección en lo inmediato y no obligaba a la Comisión a tomar acción sobre este delicado tema, seguía latente la posibilidad de celebrar una

sesión que, aunque corta, no fuera sólo procedimental y atendiera el resto de los temas sustantivos descritos. Sin embargo, los esfuerzos del embajador Rodríguez Cuadros por lograr el consenso en torno a la celebración de una sesión substancial resultaron insuficientes, al no lograrse acuerdos en las discusiones que tuvieron lugar al respecto en la Mesa Ampliada²⁵. Asimismo, las posturas opuestas a ello fueron fortalecidas por una resolución del ECOSOC²⁶, en la que se acordó terminar las labores de la Comisión en una sesión que debía ser corta y de procedimiento, determinando su abo-lición con efecto al 16 de junio de 2006 e instruyéndola a enviar su informe de labores al Consejo.

“Se temía que aun teniendo dos nuevos instrumentos internacionales listos para ser adoptados, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, éstos no fueran aprobados en la transición”

Ante tal panorama, el GRULAC optó por apoyar el formato acordado por el presidente, por tratarse de un miembro de la misma región y por el alto costo que hubiera tenido no hacerlo. No obstante, al interior del grupo había molestia, tanto porque no se logró la aprobación de los instrumentos, como por la manera en la que se negoció el compromiso. Fue así que la sesión de clausura de la Comisión tuvo lugar el lunes 27 de marzo de 2006 y duró menos de tres horas, en un ambiente sombrío, pues muchas delegaciones hubieran querido hacer un reconocimiento más extenso de los logros históricos de la Comisión.

Elecciones de los primeros Miembros del Consejo y de su Presidente

Con la terminación de las actividades de la Comisión, las delegaciones que aspiraban a ocupar un asiento en el Consejo de Derechos Humanos debían emprender una campaña para asegurar su elección por voto de la Asamblea General, en Nueva York. Asimismo, desde Ginebra debían hacer todo el trabajo preparatorio de la primera sesión del Consejo. En el caso de México, la campaña se articuló en torno a su compromiso con la defensa y la promoción de los derechos

humanos y su voluntad de colaborar para que el nuevo Consejo respondiera eficaz y oportunamente a los retos internacionales en la materia. Pese a la decisión de no recurrir a la política de intercambio de votos -empleada por todos los Estados en el seno de las Naciones Unidas-, tomada bajo la premisa de que los Miembros que conformarían el Consejo debían ser electos con base en sus méritos y su compromiso, México fue exitosamente electo como miembro fundacional en la sesión de la Asamblea General del 9 de mayo de 2006²⁷.

Una vez electos los miembros fundacionales, se retomaron las discusiones sobre la forma en que debía ser elegido el nuevo presidente. Las posibilidades que se vislumbraban variaban entre el apoyo a que la presidencia continuara en el GRULAC -debido a que la sexagésima segunda Comisión de Derechos Humanos no había celebrado un periodo de sesiones sustantivo-, la posibilidad de ofrecerla a Europa del Este siguiendo el orden de la rotación geográfica en la Comisión, o sortearla aleatoriamente. Ante el debilitamiento de la posición en favor del GRULAC, México propuso que se eligiera por voto secreto al presidente entre los Miembros del Consejo, de la manera

más democrática posible, sin limitar de ninguna forma la presentación de candidaturas de cualquier región.

La propuesta fue rechazada, casi unánimemente, debido a que algunas regiones corrían el riesgo de no ocupar nunca la presidencia, pero sobre todo porque rompía con una tradición en la ONU y podía representar el inicio del fin del poder de los grupos regionales, tan frecuentemente criticados como defendidos, incluso por los Miembros del Grupo Occidental. Sin embargo, la propuesta sirvió para generar la reacción que permitiera encontrar una salida. Ésta provino de la delegación de Pakistán, que sugirió que se podría acordar que el GRULAC ocupara la primera presidencia si lograba presentar un candidato de consenso en menos de cuarenta y ocho horas, y que de no ser así, se daría una oportunidad similar a cada región, siguiendo la rotación geográfica de la Comisión.

Con ello, la mayor parte de las delegaciones del GRULAC tenía delante de sí una gran disyuntiva: o decidirse a apoyar la candidatura de Rodríguez Cuadros para garantizar el consenso, pues se daba por sentado que él la presentaría, o bien, buscar otro candidato. Sorpresivamente, durante el segundo día del lapso propuesto para

fijar una postura común, el embajador Rodríguez Cuadros se comunicó con el suscrito para informar su intención de presentar la candidatura de México y no la suya, en un gesto de correspondencia al apoyo que México le había brindado en su elección a la presidencia de la Comisión, señalando también que era consciente del apoyo que gozaría esta propuesta al interior del GRULAC, por lo que no preveía ninguna dificultad para su endoso.

Efectivamente, la candidatura se acordaría por consenso al interior del grupo regional en esa misma fecha y días mas tarde, en una reunión informal celebrada el 16 de mayo y presidida por el embajador de Arabia Saudita, en su calidad de decano entre los recién electos Miembros del Consejo, Brasil -a nombre del GRULAC- presentó la candidatura de México a la presidencia del Consejo, la cual fue bien recibida y permitió a México fungir como “presidente designado” a partir de ese momento, dado que de manera oficial la elección tendría lugar en la primera sesión del Consejo, el 19 de junio siguiente.

Desde esta posición se iniciaron las labores de desecho, renovación, construcción y proyección que tenían que ser emprendidas durante el primer año de trabajos del Consejo, debido a que,

de acuerdo con la resolución 60/251, se disponía de ese lapso para crear el EPU a partir de cero -un mecanismo completamente innovador en el seno de las Naciones Unidas- y al mismo tiempo llevar a cabo el examen de los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades heredadas de la Comisión.

“Muchos consideraban que aquello que debía conservarse y mejorarse eran los mandatos y mecanismos que, efectivamente, incidían en el respeto y la promoción de los derechos humanos: el sistema de procedimientos especiales -relatores especiales- y, en menor medida, el mecanismo de quejas individuales o procedimiento 1503.”

Muchos consideraban que aquello que debía conservarse y mejorarse eran los mandatos y mecanismos que, efectivamente, incidían en el respeto y la promoción de los derechos humanos: el sistema de procedimientos especiales -relatores especiales- y, en menor medida, el mecanismo de quejas individuales o procedimiento

1503. Las opiniones estaban aún más divididas al ser tratada la situación de la Subcomisión sobre la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, aun cuando la mayoría consideraba necesario contar con un órgano o mecanismo asesor para la generación de normas y estándares de protección. En relación con las tareas de construcción y proyección, además de crearse el EPU, debían generarse dinámicas de trabajo e interacción que hicieran posible la proyección del Consejo en consonancia con la mayor importancia que los derechos humanos debían tener como el tercer pilar sobre el que, a partir de entonces, descansarían las Naciones Unidas, al tiempo que fuera mucho más incluyente respecto de la participación de la sociedad civil y las instituciones nacionales de derechos humanos.

Para lograr lo anterior era indispensable generar una nueva cultura de trabajo tanto al interior como hacia fuera del Consejo, basada en la confianza, la cooperación y en el fortalecimiento del compromiso en torno a una causa común que aspirara a lo mejor alcanzable y no a los mínimos aceptables, a partir de un diálogo abierto, amplio y flexible, así como del mejoramiento de los métodos de trabajo para hacerlos más transparentes, democráticos e

incluyentes, pero también expeditos y centrados en la consecución de resultados con implicaciones reales.

Preparativos y Primer Periodo Ordinario de Sesiones

El primer paso para enfrentar el reto fue organizar un gran número de reuniones informales, incluyentes y con formatos variables, para intercambiar puntos de vista sobre lo que debía lograrse. Actuando como presidente designado, México privilegió estos contactos por encima de los tradicionales que antes solamente se daban con los coordinadores de los grupos regionales²⁸, reuniéndome con la mayor cantidad de delegaciones posible, así como con el Secretariado de la OACDH, con numerosas ONG y con académicos destacados. Este periodo se caracterizó también por una profusa circulación de propuestas elaboradas por todos estos actores, las cuales enriquecieron el debate sobre la forma y el contenido que debía observar la puesta en marcha del Consejo y, consecuentemente, permitieron alcanzar acuerdos de procedimiento y de sustancia en torno a la primera sesión, que a su vez tendrían efectos en sus labores posteriores.

En cuanto al procedimiento, destaca la decisión de utilizar las reglas de la

Asamblea General, en el entendido de que el desarrollo de reglas propias formaría parte integral del paquete de construcción institucional que debía acordarse al final del primer año de labores. Asimismo, se avanzó en la definición del calendario de reuniones y la conveniencia de establecer dos grupos de trabajo intersesiones: uno para el EPU y otro para el resto de los mecanismos y arreglos institucionales del Consejo. De igual manera, se acordó desarrollar, en la práctica, una nueva metodología de trabajo -que después se incluyó como parte del paquete de construcción institucional-, con lo que se dotó al presidente del Consejo de un margen de acción mucho mayor al que habían ejercido los presidentes de la Comisión, que además le permitía innovar de manera gradual.

En lo sustantivo, lo más importante fue la aceptación de una propuesta para que el Consejo acordara un único punto de agenda durante su primer año: “Implementación de la resolución 60/251 de la Asamblea General”, con el que abarcaría tanto los trabajos relacionados con la transición y la consideración de mandatos heredados de la Comisión, como los referidos a la construcción institucional (EPU, agenda, examen de mandatos, órgano asesor, etcétera). Igualmente importante

fue el apoyo que ganó la propuesta de extender, en paquete, por sólo un año más, los mandatos que expiraban en 2006.

La propuesta de renovar todos los mandatos por un año atendía a que, mientras que los países occidentales apoyaban los mandatos de país, diversos Estados del mundo en desarrollo se oponían a ellos. Asimismo, los países en desarrollo apoyaban los mandatos temáticos relacionados con derechos económicos, sociales y culturales, pero no necesariamente los relativos a derechos civiles y políticos. En dichas circunstancias, someterlos a votación hubiera significado la eliminación de una gran cantidad de mandatos. Con la renovación “en paquete” se permitía que el análisis de los mandatos formara parte de las nuevas negociaciones que tendrían lugar en el Consejo, disminuyendo la oposición a los mismos derivada del tratamiento que se les había dado en la Comisión.

Mientras algunos delegados sugerían no tratar ningún asunto sustantivo durante las primeras sesiones del Consejo, otros preparaban proyectos de resolución para analizar situaciones que consideraban graves o urgentes, algunos de los cuales se perfilaban como fuentes importantes de desacuerdo

entre la membresía. El primer asunto tenía que ver con la inclusión en la propuesta de agenda que circulara la OCI de un punto sobre la violación de los derechos humanos en Palestina y otros Territorios Árabes Ocupados. La OCI buscaba que este tema se incorporara desde la primera sesión a la agenda anual del Consejo, con el apoyo del Grupo Africano y el GPA. Aceptar sin más esta propuesta representaba abrir la puerta, desde la primera sesión, a la politización y la consecuente contaminación del resto de las labores del Consejo, debido a que iba en contra del espíritu de la reforma, basado en el ideal de tener un inicio libre de las inercias del pasado —no de la sustancia—. Desde la presidencia designada buscaba encontrarse una fórmula que sin dejar de atender la urgente situación de derechos humanos en los territorios ocupados, no implicara la incorporación de un punto específico al respecto en la agenda anual del Consejo.

El segundo tema que podría generar desacuerdo fue la aprobación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, respecto a la cual la presidencia debía intensificar sus labores de cabildeo, tras el cambio de posición que Canadá comenzaba a reflejar frente a la Declaración, pasando de ser uno de sus principales

promotores (con México, Guatemala, España y Perú) a un tenaz opositor (al igual que Australia, Nueva Zelandia, Rusia y Estados Unidos). Otros temas no menos complejos y potencialmente controvertidos a los que había que hacer frente eran la difamación de las religiones²⁹, la situación en Darfur y varios informes de relatores que complicaban el escenario en ese momento. A ello se sumaba la inercia de muchas delegaciones que esperaban presentar los numerosos proyectos de resolución que tradicionalmente impulsaban en la Comisión.

Fue por estos motivos que desde la presidencia designada propuse que se añadiera en el programa de trabajo el asunto denominado *temas apremiantes de derechos humanos*, con la intención de lograr la aprobación de los dos instrumentos pendientes (la Convención y la Declaración), iniciar el proceso de construcción institucional y limitar el número de resoluciones bajo consideración del Consejo. De igual forma, se buscaba desarrollar un marco de negociaciones bajo el liderazgo de la presidencia, con objeto de ayudar a alcanzar consensos y evitar, o por lo menos reducir, los espacios de confrontación que caracterizaron los trabajos de la Comisión en sus últimos años. Esto último era indispensable

para construir un paquete de acuerdos en el que todos los Estados flexibilizaran sus posiciones en aras del interés común y al mismo tiempo se alcanzaran “consensos de máximos” y no de mínimos denominadores comunes.

Finalmente, la mañana del 19 de junio de 2006 comenzó el primer periodo ordinario de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas —concluiría el 30 de junio—. Una vez presentada y aceptada formalmente la candidatura de México a la presidencia del Consejo, se echaron a andar procesos de consulta escalonados, facilitados en algunos casos por delegaciones nacionales (Noruega y Perú, entre otras), así como por las cuatro delegaciones que ejercían las vicepresidencias (Suiza, Marruecos, Jordania y República Checa), en los que se trataron los proyectos de resolución relativos a la transición y la construcción institucional, mientras que desde la presidencia me haría cargo de las consultas con delegaciones para discutir y negociar una declaración de la presidencia sobre el inciso “*temas apremiantes*”, que había logrado incluirse en el programa de trabajo.

Se perseguían dos objetivos con la propuesta de formular una sola declaración del presidente relativa a los

“temas apremiantes”: primero, evitar la presentación de numerosos proyectos de resolución, siguiendo la práctica de la Comisión -condenatorios en muchos casos y sin impacto real en el terreno-; segundo, demostrar que el nuevo órgano era capaz de trabajar de manera más consensual, impulsando el tratamiento gradual de los temas y abriendo la posibilidad de que éstos se abordaran con nuevos enfoques y en nuevos formatos. Para ello, se negociaba la conformación de un listado corto y representativo de las principales preocupaciones de la membresía, en el que el equilibrio político entre los temas fuera inducido, pero no impuesto por el presidente o por los grupos más influyentes sobre el resto de los Miembros del Consejo, además de buscarse el equilibrio entre temas y situaciones nacionales que hiciera posible el consenso entre países pertenecientes a grupos regionales diferentes.

Si bien se trataba de un esquema de trabajo claramente innovador, adecuado para sentar las bases de la nueva cultura que debía construirse al interior del Consejo, desde un principio hubo resistencia de varias delegaciones que lo encontraban problemático. A ello se sumó la enorme dificultad del entorno en el que se llevó a cabo el debate para la inclusión de los temas, que

comenzó el 26 de junio, menos de un día después del secuestro del soldado israelí Gilad Shalit en un punto de control fronterizo entre la Franja de Gaza e Israel, secuestro que tuvo como respuesta de este último país la operación militar *Lluvias de Verano*. En los días subsecuentes, mientras se discutía la manera de llegar a un acuerdo, las fuerzas armadas israelíes comenzaron la operación militar mencionada en la Franja de Gaza. El 29 de junio, más de sesenta altos funcionarios palestinos, incluyendo varios ministros, fueron apresados por las fuerzas israelíes en la Franja de Gaza, tras lo cual comenzó el bombardeo de esta zona.

En este contexto, pese a los esfuerzos por encontrar una solución que permitiera conciliar las diferencias, no fue posible alcanzar un documento de consenso, aun cuando el proyecto de declaración era un texto equilibrado en el que no se minimizaba la gravedad de los temas y tampoco se asumían posturas de confrontación³⁰. Aunque con ello se perdió la oportunidad de distanciarse de lleno de las prácticas heredadas de la Comisión, este ejercicio fue muy positivo como intento de establecer una cultura de consenso y contribuyó también a frenar la inercia la presentación de decenas de proyectos de resolución.

Fue así que en primer periodo ordinario únicamente se adoptaron catorce proyectos de decisión y resolución, entre los que destaca la aprobación de los proyectos correspondientes a los cinco grupos de trabajo intergubernamentales heredados de la Comisión, que tenían como objetivo desarrollar nuevos estándares en materia de derechos humanos, incluyéndose el relativo a la Convención contra las Desapariciones Forzadas (aprobándose sin votación dicha convención) y el correspondiente a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, presentado por Perú y que, conforme a lo esperado, tuvo que ser aprobado por voto (30 votos a favor, 2 en contra -Canadá y Rusia- y 12 votos por abstención, mientras que 3 Estados no emitieron su voto)³¹.

En la misma sesión fueron aprobados los proyectos relativos a la construcción institucional que presenté. Se aprobó la resolución sobre la extensión por un año de todos los mandatos, los mecanismos, las funciones y las responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos (procedimientos especiales de la Comisión, de la Subcomisión y del procedimiento 1503), con lo que se evitaban definitivamente los vacíos de protección durante el año fundacional del Consejo³². Se adoptaron también las resoluciones con que

se creaban el Grupo de Trabajo para el EPU y el Grupo de Trabajo sobre la Revisión de todos los Mandatos heredados de la Comisión.

Periodos Extraordinarios de Sesiones sobre Medio Oriente

Al fracasar la iniciativa de abordar el tema de la situación de los derechos humanos en los Territorios Árabes Ocupados, incluida Palestina, como parte de una declaración consensuada sobre “temas apremiantes”, y ante el recrudecimiento de las hostilidades en la región durante la segunda mitad de 2006, la situación en Medio Oriente suscitaría la celebración de tres periodos extraordinarios de sesiones en un lapso poco mayor de cuatro meses. Un análisis detallado del desarrollo de estos periodos extraordinarios queda fuera del alcance esta exposición, considerando los múltiples detalles que resultaría necesario abordar y la precisión requerida en el recuento de los hechos a los que hicieron frente. Por lo tanto, la referencia a estos periodos se centra aquí en la influencia que tuvieron en los trabajos subsecuentes del Consejo.

Conforme al párrafo dispositivo 10 de la resolución 60/251, el Consejo podría celebrar periodos extraordinarios cuando éstos resultaran necesarios, a solicitud

de un Miembro del Consejo con el apoyo de al menos un tercio de sus Miembros. Con base en ello y atendiendo solicitudes presentadas entre julio y diciembre de 2006, principalmente a instancias de la OCI, se convocarían los tres periodos extraordinarios referidos: el primero ante el bombardeo y la invasión israelí a Gaza, en el marco de la operación *Lluvias de Verano*; el segundo, como consecuencia de la guerra entre Israel y Hezbolá, que se libró predominantemente en el territorio de Líbano; y el tercero, ante una nueva ofensiva Israelí contra la población de Beit Hanoun, en Gaza, denominada *Nubes de Otoño*.

El reto fundamental representado por los periodos extraordinarios era lograr que el Consejo atendiera oportuna y eficazmente una situación urgente de violaciones graves de los derechos humanos, teniendo en cuenta la crítica que se hacía a la ya desaparecida Comisión de no responder oportunamente frente a hechos urgentes debido a que sesionaba tan sólo durante seis semanas al año, y a que convocar reuniones extraordinarias resultaba sumamente difícil en su esquema de trabajo. Prueba de ello era que no se habían realizado más de cinco periodos extraordinarios en sus sesenta años de historia.

“Principalmente a instancias de la OCI, se convocarían los tres periodos extraordinarios referidos: el primero ante el bombardeo y la invasión israelí a Gaza, en el marco de la operación Lluvias de Verano; el segundo, como consecuencia de la guerra entre Israel y Hezbolá, que se libró predominantemente en el territorio de Líbano; y el tercero, ante una nueva ofensiva Israelí contra la población de Beit Hanoun, en Gaza.”

Para la presidencia del Consejo, eran dos los factores en los que se debía poner especial atención para el cumplimiento del mandato contenido en el párrafo 10 de la resolución 60/251. El primero, sentar un buen precedente ante la posibilidad de celebrar periodos extraordinarios en el futuro, proponiendo a la membresía una serie de criterios normativos sobre la forma en la que estos se desarrollarían. El segundo versaba sobre el fondo, pues debía buscarse que la resolución que fuera aprobada en cada uno de los periodos se apegara todo lo posible a la situación de los derechos humanos en el caso concreto y respondiera de

forma integral a su complejidad evitando parcialidades. *A posteriori*, con la adopción de tales resoluciones, se presentó una de las más arduas labores que la presidencia del Consejo debió enfrentar: llevar a cabo gestiones efectivas para asegurar la ejecución y el cumplimiento de las decisiones del Consejo.

En la resolución aprobada durante el primer periodo extraordinario de sesiones –5 de julio de 2006– se requirió el envío de una misión urgente de investigación a Gaza, encabezada por el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en los Territorios Palestinos Ocupados, John Dugard. Sin embargo, las gestiones ante el Representante Permanente de Israel no consiguieron la autorización de su país para que la misión cumpliera su mandato. Como también ocurriría con la misión integrada tras la tercera sesión extraordinaria, Israel informó que estudiaría la petición de visas y que se informaría el sentido de la decisión una vez que ésta fuera tomada. En ambos casos, Israel no emitió ninguna respuesta en los tiempos contemplados.

Como resultado del segundo periodo extraordinario de sesiones –11 de agosto de 2006–, con el apoyo de la OACDH, la presidencia integró una

misión investigadora que visitaría Líbano –sin invitar a ningún relator³³–, a la que se denominó Comisión de Investigación Internacional. Esta se compuso de tres expertos en derechos humanos y derecho internacional humanitario, garantizando así su integridad, independencia e imparcialidad: João Baena Soares, experimentado diplomático brasileño, antiguo Secretario General de la OEA y experto en derecho internacional; Mohamed Chande Othman, tanzano, ex fiscal del Tribunal Especial para Ruanda; y Stelios Perrakis, griego, renombrado profesor de derecho internacional. Con base en la resolución adoptada por el Consejo, los expertos definieron los términos de referencia de la misión³⁴, que constituyeron un precedente de suma importancia para misiones futuras.

Asimismo, el informe final que presentaron tras sus visitas a Líbano fue bien recibido y sentó un precedente en cuanto a la calidad de los informes que el Consejo podía y debía generar³⁵. Se hizo evidente que responder oportunamente a una crisis urgente de derechos humanos mediante el envío de una misión independiente capaz de elaborar un informe de gran calidad, si bien no todo lo “equilibrado” que algunos hubieran deseado, ante el rechazo de Israel a los esfuerzos de la

misión para incluir elementos de juicio adicionales, contribuía a la mejora de la situación en el terreno y del futuro trabajo del Consejo.

Posteriormente, en cumplimiento a la resolución adoptada en el tercer periodo extraordinario de sesiones –15 de noviembre de 2006–, se conformó una misión investigadora que visitaría Beit Hanoun. Liderada por Desmond Tutu, arzobispo emérito de la Iglesia anglicana de Ciudad del Cabo y premio nobel de la paz en 1984 por su labor clave para el fin del régimen del apartheid y la reconciliación en Sudáfrica. Al estar secundada por la profesora Christine Chinkin, académica británica con larga trayectoria en asuntos de derechos humanos y derecho internacional, la misión contaba con una alta autoridad moral y las mejores credenciales para generar un informe objetivo y equilibrado. No obstante, no pudo viajar a Gaza debido a que, una vez más, Israel no concedió los visados necesarios.

En consecuencia, los primeros tres periodos extraordinarios tuvieron una influencia mixta en las labores posteriores del Consejo. Se demostró que el Consejo respondería a situaciones urgentes que exigían su atención, y prevaleció la idea de que tenía competencia para actuar frente a violaciones

graves de derechos humanos y derecho internacional humanitario en toda circunstancia, tiempo o lugar. De esta forma, el Consejo mostraba que no sólo podía tratar las mismas situaciones que el Consejo de Seguridad, sino que sus deliberaciones debían ser tenidas en cuenta por éste, avanzando así hacia el objetivo de hacer de los derechos humanos el tercer pilar de las Naciones Unidas.

Dado el carácter extraordinario de los periodos, también se evidenció la necesidad de contar con recursos humanos y financieros suficientes para ejecutar las decisiones tomadas en ellos y, en el futuro, contemplarlos dentro del presupuesto del Consejo. Al respecto, debe reconocerse el esfuerzo desplegado para cubrir el costo de las primeras misiones por la Oficina de la Alta Comisionada, Louise Arbour, lo que en términos prácticos constituía una pérdida de recursos para otras actividades. Asimismo, se hizo evidente la necesidad de desarrollar una metodología para seleccionar a los expertos que deberían integrarse a las misiones investigadoras que surgieran de los periodos extraordinarios del Consejo.

Fue también positivo el aprendizaje que se obtuvo en torno a la forma y el fondo de los periodos extraordinarios.

Las modalidades con las que se desarrollaron las sesiones (plazos, preparación, uso del tiempo, participación de las ONG, etcétera) permitieron llevar a cabo sin complicaciones de procedimiento las sesiones subsiguientes, lo que sería recogido en un documento que las reglamentaría en el futuro, presentado por el embajador Doru Costea, en su calidad de presidente del Consejo durante el segundo año de labores del mismo.

Puede decirse también que se hicieron explícitas realidades que, gustaran o no, debían aceptarse si se deseaba continuar con la construcción del nuevo órgano. La más evidente de ellas fue el nuevo reflejo de “fuerzas” en la composición del Consejo. A diferencia de la Comisión, en el Consejo se hizo evidente que el Grupo Occidental y el GRULAC habían perdido peso en el proceso de toma de decisiones y que, aun juntos, no lograrían detener las iniciativas que surgieran del consenso que alcanzaran otros grupos. Las resoluciones presentadas por la OCI con apoyo del Grupo Africano se aprobaban sin problemas, aún sin haberlas negociado propiamente, lo cual constituía un recurso que ningún otro foro de las Naciones Unidas les brindaba.

Respecto a aquello que resultó nocivo para el Consejo, cabe destacar la percepción de parcialidad generada por las resoluciones que se adoptaron durante estos periodos, que efectivamente no daban cuenta cabal de los hechos -en buena medida, producto de la falta de negociación previamente indicada- y, desde una perspectiva de derechos humanos, resultaban parciales. En el mismo sentido, la evidente falta de cooperación de algunos Estados resultó muy negativa, pues derivó en que las decisiones adoptadas por el Consejo no se cumplieran apropiadamente.

Segundo y Tercer Periodos Ordinarios de Sesiones

El segundo periodo ordinario -18 de septiembre al 29 de noviembre de 2006- fue realmente el momento más difícil de la transición de la Comisión al Consejo, debido a la descomposición del ambiente de las discusiones, la politización, la desconfianza y la falta de resultados inmediatos, que para algunos resultaba inadmisibles, influyó en la presentación precipitada y poco ordenada de proyectos de resolución de poca relevancia, así como en el fracaso, por segunda ocasión, de la iniciativa presentada por la presidencia para tratar de manera consensual un número limitado de temas urgentes

o apremiantes, incluido el relativo a Darfur, ante el empeoramiento de la situación humanitaria que allí se vivía³⁶.

Otra controversia que tendría también un impacto negativo en el clima general de los trabajos fue la propuesta sobre la elaboración de un código de conducta para los titulares de mandato de los procedimientos especiales, presentada por Argelia en nombre del Grupo Africano. Esta propuesta era particularmente explosiva porque a través de la misma se buscaba conseguir un determinado resultado en la construcción institucional por la vía del voto, violentando la práctica del consenso que hasta el momento se había logrado mantener respecto a dicho punto, e iba en contra del espíritu de trabajo que había imperado en el marco de tal construcción³⁷.

Con la propuesta se descalificaba *el Manual de Procedimientos Especiales*, documento ya existente con el que se buscaba orientar y hacer más claro el ejercicio de la titularidad de un mandato, pero con una diferencia fundamental respecto al código de conducta propuesto: sus autores eran los propios titulares de mandato -se trataba de un ejercicio de autorregulación *vis-à-vis* uno impuesto por los Estados-. Además, un código de

conducta podía limitar la independencia de los titulares de mandato y, con ello, sus facultades para llevar a cabo las labores que se les encomendaba, desde la recolección de información hasta la formulación de recomendaciones. Finalmente el proyecto de resolución sobre el código de conducta se aprobó por voto (30 a favor, 15 en contra y 2 abstenciones), imponiéndose así un tema de construcción institucional. Como el tiempo lo demostraría, tal imposición no podía ser un procedimiento aceptable para nadie y, por lo tanto, el Código de Conducta mismo concluiría siendo redactado con el consenso de todos.

No obstante estas dificultades, gracias a un mejoramiento sustancial del ambiente, particularmente en el tercer periodo ordinario de sesiones -29 de noviembre al 8 de diciembre de 2006-, destinado casi exclusivamente a la construcción institucional pero en el que también acontecieron debates relevantes y se adoptaron algunas decisiones con espíritu renovado -incluida la convocatoria de un periodo extraordinario sobre Darfur-, entre septiembre y diciembre de 2016 terminarían por alcanzarse logros importantes que a la postre contribuirían a una transición mejor lograda.

Respecto a estos logros, además de aclarar que durante el segundo periodo se consiguió que se aprobara un texto genérico para garantizar la continuación y actualización de labores de todo el sistema de procedimientos, así como otra resolución procedimental muy importante que introdujo en el programa de trabajo un nuevo punto sobre “Seguimiento de las decisiones del Consejo” -tras la experiencia de la primera misión investigadora de Gaza-, cabe resaltar los avances alcanzados en relación con la apertura de espacios de participación significativos a las ONG e INDH, la transmisión en vivo de los debates del Consejo, la creación de una oficina de apoyo a la presidencia y la obtención de recursos financieros adecuados para el Consejo.

Para responder a la demanda legítima de abrir espacios sustantivos a las organizaciones de la sociedad civil u ONG, así como a las INDH, se debía garantizar su participación en los diálogos interactivos del Consejo, en su calidad de observadores, y no en segmentos de participación exclusiva para ONG como ocurría en la Comisión, a los que no solían asistir las delegaciones gubernamentales, por lo que no se establecía un diálogo y tenían poca o nula influencia. Esto se logró mediante la implementación de una

propuesta de la presidencia sobre el uso de los tiempos en los trabajos del Consejo, se logró brindar a las ONG e INDH la posibilidad de hacer uso de la palabra, en conjunto, entre quince y veinte minutos al final de cada sesión.

“Para responder a la demanda legítima de abrir espacios sustantivos a las organizaciones de la sociedad civil u ONG, así como a las INDH, se debía garantizar su participación en los diálogos interactivos del Consejo, en su calidad de observadores.”

Tal innovación traía un cambio sustantivo en su incidencia sobre el Consejo, pues no sólo podrían participar en todas las sesiones sustantivas, interactuando con las delegaciones y los titulares de mandato, sino que, además, ellas mismas se harían cargo de las listas de participantes y los Estados no podrían evitar que algunas ONG intervinieran en el debate. Este nuevo formato también representó un reto para dichas organizaciones, pues no todas se encontraban preparadas para un cambio cualitativo de tal magnitud. De

esta manera, una vez abiertos los nuevos espacios, si bien las intervenciones aumentaron, el número de ONG participantes se redujo drásticamente, pues intervenían con más frecuencia las que tenían presencia en Ginebra y conocimiento o competencia en un mayor número de temas³⁸.

“Con objeto de hacer más transparentes los trabajos y darles también mayor difusión, a partir de segundo periodo de sesiones la transmisión en vivo de los debates (*webcast*) se permitió durante la totalidad de su duración.”

En esta misma línea, con objeto de hacer más transparentes los trabajos y darles también mayor difusión, a partir de segundo periodo de sesiones la transmisión en vivo de los debates (*webcast*) se permitió durante la totalidad de su duración. Dado que la Sede del Consejo -el *Palais des Nations* en Ginebra- no contaba con el personal, los recursos económicos, ni el equipo necesario para el *webcast*, la difusión de los primeros periodos de sesiones solo fue posible gracias al apoyo financiero extraordinario del Gobierno

de Suiza. Esto era sin duda un claro avance respecto a las prácticas de la Comisión, pues permitiría seguir en vivo los debates, por lo que previendo el incremento de las sensibilidades de algunas delegaciones ante los efectos potenciales que la exposición pública podía traer, la decisión de utilizar el *webcast* no fue consultada con los Miembros del Consejo, ya que desde la presidencia se consideró que caía dentro de sus atribuciones, partiendo de que al tener un carácter público, no se requería de ningún acuerdo o decisión del Consejo para que fueran transmitidas por cualquier medio.

Por otro lado, para hacer frente a la gran carga de trabajo que se había evidenciado desde el inicio de labores del Consejo para la presidencia, se propuso crear una oficina lo más similar posible a la Oficina de la Presidencia de la Asamblea General de la ONU. Si bien en dicha propuesta se contemplaba que con el correr del tiempo tal Oficina de la Presidencia del Consejo debía contar con plazas propias, era claro que sólo podría iniciar por medio de *secondments* -funcionarios pagados por Gobiernos nacionales que son “prestados” a una estructura dada-. De esta manera, se decidió solicitar a los Estados que estuvieran en condiciones de hacerlo

que pusieran a un funcionario a la disposición de la presidencia bajo dicha modalidad.

La primera y única delegación que respondió fue la de Suiza, que para tal efecto nombró a una funcionaria. Más tarde, también a través de la intermediación de Suiza, la *Third Millennium Foundation* accedería a financiar parcialmente la contratación de otra persona, quien fue seleccionada por un comité de evaluación en el que participaron funcionarios de la OACDH y resultó ser una diplomática de carrera de Marruecos, cuyo Gobierno cubrió el complemento de salario que le correspondía. Por último, el *Monterey Institute* ofreció a la presidencia que una de sus estudiantes hiciera sus prácticas profesionales en la Oficina. De esta forma, al personal de la Misión de México que se había reasignado a las labores del Consejo, se sumaron tres nuevas colaboradoras³⁹ que fueron un gran apoyo para las labores de la presidencia.

En esos momentos también debió enfrentarse con urgencia la falta de los recursos financieros y de apoyo logístico necesarios para desarrollar el trabajo del Consejo. Por ello, tras haberle recordado a las delegaciones ante el pleno de la Asamblea General

que se requería dotar al Consejo de las herramientas y los recursos necesarios para consolidarse y cumplir adecuadamente sus funciones, desde la presidencia redacté un proyecto de resolución –que terminaría por ser aprobado sin votación- con el que se garantizaba la financiación de cuatro rubros fundamentales para el funcionamiento del Consejo: a) prestación de servicios de conferencia, incluida la interpretación; b) transmisión regular por internet de todas las sesiones del Consejo -hasta entonces sufragada por la delegación suiza-; c) traducción oportuna de la documentación a todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, y d) financiación para sufragar oportunamente los gastos extraordinarios surgidos de la aplicación de las decisiones del Consejo, como habían sido las misiones de investigación aprobadas en los periodos extraordinarios de sesiones, que hasta ese momento financiadas con el presupuesto de la OACDH.

Otro aspecto que resulta indispensable destacar es la discusión generada alrededor del informe de avances que el Consejo de Derechos Humanos debía presentar a la Asamblea General durante su sexagésimo primer periodo de sesiones –a celebrarse en octubre y noviembre de 2006-, cuya

modalidad no había quedado definida con anticipación. El primer punto sustantivo que figuraba en dicho informe correspondía a los “Proyectos de resolución recomendados para su aprobación por la Asamblea General”, en los que se incluían la Convención contra las Desapariciones Forzadas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La importancia de este punto estribaba en que planteaba la pregunta sobre el tipo de relación que el Consejo establecería con la Asamblea General, partiendo del hecho de que el primero era subsidiario de la segunda.

Desde la presidencia impulsaba que, con base en la Resolución 60/251, el Consejo debía presentar sus informes ante el pleno de la Asamblea General, estableciéndose una relación directa con ese órgano principal de las Naciones Unidas. Sin embargo, otras delegaciones sostenían que el Consejo debía presentar sus informes ante la Tercera Comisión de la Asamblea General, es decir, había que establecer una relación mediada por dicha comisión entre el Consejo y la Asamblea General. La importancia del asunto era sobre todo política: si realmente se buscaba que el Consejo y el tema de derechos humanos se consolidaran como prioridades

en los trabajos de las Naciones Unidas, lograr una relación directa era muy importante.

En dicho contexto le dirigí una carta a la embajadora Haya Rashel al Califa, de Bahrein, recién elegida presidenta de la Asamblea General, solicitando la presentación del informe al Pleno de la Asamblea, a raíz de la cual se inició un intenso debate al respecto al interior de la Mesa de la Asamblea General, en la que también había delegaciones interesadas en subrayar la supremacía de la Tercera Comisión, aduciendo que se trataba de un tema de competencia de dicho órgano, con lo que pretendían dejar en claro que las decisiones del Consejo podían estar sujetas a su revisión. Como resultado se alcanzó un acuerdo híbrido al interior de la Mesa, con el que se creaba una división de labores: el pleno examinaría el informe y la Tercera Comisión examinaría todas las recomendaciones que el Consejo hiciera a la Asamblea General, incluidas las relacionadas con el desarrollo de la legislación internacional en el ámbito de los derechos humanos.

Si bien se tenía presente que la Asamblea General tenía capacidad para modificar una decisión del Consejo por tratarse de un órgano subsidiario -como en el pasado el ECOSOC lo

había hecho en el caso de la Comisión-, se esperaba que la Asamblea General respetara las decisiones del Consejo, cuando menos en su primer año. La posibilidad de reabrir a negociación la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas iba mucho más allá de cualquier consideración sobre la subordinación de los órganos de las Naciones Unidas, y terminaría por enviar un mensaje sumamente perjudicial sobre las labores del Consejo: sus decisiones podían ser cuestionadas y reabiertas con relativa facilidad. Esto efectivamente ocurrió el 10 de noviembre de 2006, día en el que, tras haber presentado el informe ante el pleno, la Tercera Comisión no aprobó la Declaración, lo que sí ocurrió con la Convención.

Periodo Extraordinario de Sesiones sobre Darfur

El periodo extraordinario sobre Darfur –12 de diciembre de 2006-, convocado durante el tercer periodo ordinario a solicitud de la Unión Europea con un amplio respaldo de delegaciones de todos los grupos regionales, representó un parteaguas en los trabajos del Consejo⁴⁰. Además de que durante el mismo lograría acordarse un proyecto de resolución sin votación, a diferencia de lo sucedido en los

periodos extraordinarios previos, tanto la integración como el desempeño de la misión investigadora que fue creada por mandato de esa resolución representaron innovaciones importantes en sí mismas.

Conforme a lo establecido en la resolución y considerando las propuestas enviadas para tal fin por los grupos regionales a la presidencia, la misión tuvo una composición mixta que incluyó a representantes permanentes acreditados en Ginebra y expertos independientes, quedando finalmente integrada por Jody Williams (premio nobel de la Paz 1997) en calidad de jefa de la misión; Sima Samar (Relatora Especial sobre los Derechos Humanos en Sudán y única integrante nombrada por el Consejo desde la aprobación de la resolución); embajador Patrice Tonda Representante Permanente de Gabón en Ginebra, propuesto por el Grupo Africano; embajador Makarim Wibisono, Representante Permanente de Indonesia, propuesto por el Grupo Asia-Pacífico; Mart Nutt, parlamentario de Estonia y miembro de la Comisión contra el Racismo del Consejo de Europa, y Bertrand Ramcharan, ex Alto Comisionado adjunto de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, originario de Guyana.

“La misión logró dar cumplimiento a su mandato sobreponiéndose a los múltiples obstáculos que le fueron impuestos, incluso ante la falta de cooperación del Gobierno de Sudán y su negativa para la expedición de las visas correspondientes”

La misión logró dar cumplimiento a su mandato sobreponiéndose a los múltiples obstáculos que le fueron impuestos, incluso ante la falta de cooperación del Gobierno de Sudán y su negativa para la expedición de las visas correspondientes -pese a las múltiples gestiones realizadas por una pluralidad de actores⁴¹-. Si bien no fue posible llevar a cabo visitas *in situ* en Darfur, la misión investigadora recogió información relevante fuera de Sudán, entrevistándose con funcionarios de la Unión Africana involucrados en las labores de facilitación de paz desplegadas en Adís Abeba y con refugiados sudaneses en Chad. Asimismo, el informe que se presentó como resultado de sus labores motivó la creación de un mecanismo de monitoreo de la situación de derechos humanos en Darfur que en el futuro complementaría los

esfuerzos de la ONU por mejorar la situación en el terreno.

Con ello, se envió un claro mensaje a todas las delegaciones: el Consejo actuaría y daría seguimiento a todas las situaciones que éste tratara, haciendo uso de todos los recursos a su alcance. Así se evitarían parcialidades precisamente en el momento en el que iniciaría la recta final de la negociación sobre la construcción institucional.

III. Construcción Institucional: Negociación y Obtención del Acuerdo Final

Como se ha señalado, con base en el mandato de la resolución 60/251 de la Asamblea General de la ONU, antes de concluir su primer año de labores, el Consejo debía asumir, examinar y, según el caso, perfeccionar y racionalizar todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades heredados de la Comisión de Derechos Humanos, con el fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia, además de determinar las modalidades del nuevo mecanismo de Examen Periódico Universal (EPU).

Ambas tareas culminarían con la negociación de lo que comúnmente

se conocería como el “paquete de construcción institucional”, que sería aprobado el 18 de junio de 2007. Con ese acuerdo, el Consejo intentaba mejorar los mecanismos de protección de los derechos humanos, al incorporar el EPU, que sin duda resultaría ser el más novedoso de todos. Más que una descripción minuciosa de cada elemento de dicho paquete, cuya versión final queda a disposición del lector de forma anexa al presente artículo para su correspondiente análisis, en las siguientes líneas se proporciona una delimitación de los aspectos que tenían que definirse a través del mismo, así como una crónica de su complejo proceso de negociación y de los esfuerzos emprendidos desde la presidencia para llevarlo a buen puerto, cumpliendo con el plazo fijado por la Asamblea General.

Examen Periódico Universal (EPU)

Las modalidades del EPU no fueron creadas en un vacío, ya que la Resolución 60/251 predeterminaba sus características principales y establecía los parámetros a los que el Consejo debía ajustar su actuación, al referir que este realizaría:

“[...] un Examen Periódico Universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada

Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados [...]”².

“El primer punto fundamental era entonces definir las bases sobre las que cada Estado sería examinado, así como las fuentes de información que se emplearían para tal fin.”

El primer punto fundamental era entonces definir las bases sobre las que cada Estado sería examinado, así como las fuentes de información que se emplearían para tal fin. Sobre las bases, desde el inicio del proceso figuraban tres: la Declaración Universal de Derechos Humanos, las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de los que el Estado era parte y otros estándares o instrumentos

internacionales de derechos humanos, siendo estos últimos el mayor punto de contención, pues tenía que determinarse cuáles y en que circunstancias tendrían que tomarse en cuenta. Respecto a las fuentes de información “objetiva y fidedigna”, se contemplaba que la documentación sería de autoría del propio Estado concernido, de las distintas instancias del sistema de las Naciones Unidas, y de las organizaciones regionales, las INDH y las ONG, pero su valoración y los formatos en los que esta tendría que ser presentada debían definirse.

“Había que definir la periodicidad y orden en el que los Estados serían examinados, el proceso y las modalidades del examen, sus posibles resultados y los mecanismos o actividades de seguimiento correspondientes.”

Asimismo, había que definir la periodicidad y orden en el que los Estados serían examinados, el proceso y las modalidades del examen, sus

posibles resultados y los mecanismos o actividades de seguimiento correspondientes. Al respecto, cabe resaltar la importancia de la definición de los siguientes aspectos: a) quiénes y de qué forma intervendrían en el examen (representantes gubernamentales por tratarse de un examen entre pares, expertos gubernamentales o independientes, o una fórmula híbrida); b) el formato del examen, determinar si sería llevado a cabo por el pleno del Consejo o por grupos de trabajo o subcomités creados para tal efecto; c) la estructura del diálogo interactivo, que se definiría en cuanto a duración y modalidades de uso del tiempo; d) el tipo de participación de los observadores (Estados, organizaciones internacionales, INDH y ONG); e) definir si el EPU se efectuaría intersesionalmente, de forma paralela o durante las sesiones del Consejo; y f) cuáles serían los resultados del examen (informes, resúmenes, y/o recomendaciones y decisiones), así como el seguimiento que se les daría posteriormente. Para todo ello, también resultaba fundamental tomar en consideración el impacto en los recursos humanos y financieros, tanto para los Estados como para la propia ONU (a través de la OACDH).

Sistema de procedimientos especiales

Por el gran peso que el sistema de procedimientos especiales revestía para todos los actores, su negociación resultaría fundamental y, a su vez, extremadamente difícil⁴³. Las posiciones sobre diversos puntos divergían diametralmente y las delegaciones no estaban dispuestas a ceder en sus posiciones. Muchas de ellas, particularmente occidentales y latinoamericanas -así como las ONG y los funcionarios de las Naciones Unidas-, consideraban que los procedimientos especiales habían hecho posible el desarrollo y el fortalecimiento del marco normativo de derechos humanos y, más importante aún, constituían un medio irremplazable para monitorear la situación en materia de derechos humanos en el terreno, pues alertaban sobre situaciones urgentes o muy graves mediante sus visitas e informes de países específicos, así como con las comunicaciones urgentes sobre casos también específicos que enviaban a los Estados.

Sin embargo, muchas otras delegaciones consideraban que el sistema adolecía de traslapes y falta de coordinación, además de que había en él un ejercicio no uniforme de labores, pero sobre todo, criticaban -con cierta razón, como se

señaló previamente- que el sistema de procedimientos especiales de país había surgido de la politización y los dobles estándares de la Comisión, pues se limitaban a condenar a algunos países e ignoraban situaciones más graves. Simultáneamente, esta discusión giraba en torno al papel del EPU, ya que algunas delegaciones señalaban que con su creación los mandatos de país eran redundantes, mientras que otras apoyaban su conservación al considerar que ambos mecanismos eran complementarios.

En este contexto altamente polarizado, se debía determinar todo aquello relacionado con el proceso de selección y nombramiento de quienes ocuparían la titularidad de los mandatos, así como los criterios que debían tenerse en cuenta para ello (calificación, independencia, representación geográfica equitativa o diversidad cultural, por mencionar algunos) y la forma en la que se designaría a los titulares (preselección, designación o elección). Asimismo, en este apartado se debatió la propuesta del Grupo Africano de elaborar un código de conducta para los titulares de mandatos.

Por cuanto hace al examen, racionalización y armonización de los mandatos, se discutirían las áreas prioritarias de atención de los mandatos temáticos,

los criterios para el establecimiento de un mandato de país, las lagunas en materia de protección y los traslapes o las duplicaciones entre los diferentes mandatos, así como la necesidad de dar un trato equilibrado de los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

“Por cuanto hace al examen, racionalización y armonización de los mandatos, se discutirían las áreas prioritarias de atención de los mandatos temáticos, los criterios para el establecimiento de un mandato de país, las lagunas en materia de protección y los traslapes o las duplicaciones entre los diferentes mandatos, así como la necesidad de dar un trato equilibrado de los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”

La asesoría especializada

Mientras la Comisión estuvo en funciones, la asesoría especializada estuvo a cargo de la Subcomisión sobre la

Promoción y Protección de los Derechos Humanos —creada desde 1947—, cuya actividad más apreciada era el desarrollo de estándares internacionales en materia de derechos humanos, que eran evidentes en las convenciones y declaraciones, así como en diferentes procedimientos especiales surgidos de estudios que elaboraba por medio de sus grupos de trabajo. Sin embargo, la Subcomisión también era criticada, entre otras razones, por su tamaño y onerosidad, por el proceso de designación de los expertos que la integraban —que además fungían por tiempo indeterminado— y por su alto grado de autonomía respecto de la Comisión, lo que les permitía contar con una agenda propia y desarrollar sus actividades sin supervisión alguna.

En consecuencia, se partía de una preferencia mayoritaria por que el órgano que la substituyera se concentrara en su trabajo temático, otorgandosele un mandato de *think tank* para desarrollar principios en materia de derechos humanos, que sería ejercido con una mayor supervisión del Consejo. Para ello, en este apartado de determinarían la estructura, tamaño, composición, estatus y funciones específicas que le permitirían cumplir con tal objetivo de la mejor manera posible. También quedaba pendiente la definición exacta de su nueva denominación.

Procedimiento de denuncia

El tercer y último mecanismo herencia de la Comisión que debía evaluarse y reformarse era el Procedimiento 1503 o procedimiento de quejas. Creado en 1970 mediante la adopción de la Resolución 1503 (XLVIII)⁴⁴ —de ahí su nombre— y reformado en 2003 mediante la Resolución 2000/3⁴⁵ -ambas del ECOSOC-, se trataba de un mecanismo de cobertura universal que tenía como objetivo llevar a cabo un análisis de las quejas individuales enviadas a la Secretaría General de las Naciones Unidas -vía la OACDH-, con base al cual se establecía si existía un patrón de violaciones graves de los derechos humanos o “situación”, que a su vez tuviera que ser remitido a la atención de la Comisión para que ésta actuara frente al mismo⁴⁶.

Desde una perspectiva de protección de los derechos humanos, el Procedimiento 1503 presentaba serios rezagos, entre los que destacaban principalmente dos: no buscaba satisfacer a las víctimas individuales, sino tan sólo establecer si realmente había una “situación” para que la Comisión la atendiera; y, mas preocupante aún, se presumía que existía arbitrariedad y politización en la transición entre una comunicación y una situación -lo que la delegación

mexicana llamaría “el salto mortal”-, pues la determinación de situaciones de violaciones graves de los derechos humanos al analizar las comunicaciones era llevada a cabo en total opacidad.

Si de verdad se buscaba que el Procedimiento 1503 contribuyera sustancialmente a la arquitectura de derechos humanos en el seno de la ONU, su diseño debía ser mejorado en función de evitar la arbitrariedad en la transición entre comunicación y situación⁴⁷. Para ello, en este apartado de la construcción institucional se abordarían todos los elementos atinentes al procedimiento: objetivo y alcance, criterios de admisibilidad, número de etapas, confidencialidad, participación de los autores de la comunicación, composición y tamaño de los grupos de trabajo que examinarían las comunicaciones y situaciones, selección de los miembros de cada grupo, duración de su mandato y rotación, periodicidad y duración del proceso, así como las posibles medidas que el Consejo podría adoptar ante las situaciones identificadas.

Grupos de Trabajo y Labor de los Facilitadores

Desde junio de 2006 —en la primera sesión ordinaria- se habían creado dos grupos de trabajo encargados del

proceso de construcción: el Grupo de Trabajo para el EPU y el Grupo de Trabajo sobre la Revisión de todos los Mandatos heredados de la Comisión (GTRM). No obstante que la responsabilidad última del resultado de ambos recaía en la presidencia del Consejo, encargué a los representantes permanentes que se desempeñaban como vicepresidentes facilitar las negociaciones de los temas que se tratarían en ellos, e invité, en una etapa más avanzada, a otros dos representantes permanentes para que coordinaran otro grupo de trabajo sobre temas que no estaban contemplados en los dos grupos originales -agenda, programa anual, métodos de trabajo y reglas de procedimiento-⁴⁸.

Así, las referidas designaciones de los facilitadores recayeron en el embajador Mohamed Loulichki, de Marruecos, para el EPU; el embajador Tomás Husák, de República Checa, para el examen del sistema de los procedimientos especiales; el embajador Musa Burayzat, de Jordania, para la asesoría especializada -Subcomisión-, y el embajador Blaise Godet, de Suiza, para el procedimiento de denuncia -Procedimiento 1503-.

Para el tercer grupo de trabajo -creado al término del tercer periodo ordinario

de sesiones-, debido a que cada uno de los cuatro vicepresidentes fungía ya como facilitador y considerando la oposición de la mayoría de las delegaciones a contar con facilitadores que no fueran miembros del Consejo -debido a que las negociaciones sostenidas serían altamente delicadas-, se debía elegir a los posibles facilitadores de entre los otros cuarenta y dos miembros. En vista de que entonces faltaba un miembro del GRULAC para hacer equitativa la distribución geográfica, nombré como facilitador para el tema de la agenda y el programa anual de trabajo al embajador Carlos Ramírez Martínez Alvarado, Representante Permanente de Guatemala, y al embajador Enrique Manalo, Representante Permanente de Filipinas, para facilitar los trabajos en relación con los temas del reglamento y métodos de trabajo⁴⁹.

De esta manera, entre julio de 2006 y abril de 2007 las labores de perfeccionamiento y creación institucional se llevaron a cabo bajo la coordinación de dichos embajadores. El 27 de abril de 2007 se celebró la última reunión de consultas sobre la construcción institucional bajo su responsabilidad, tras lo cual cada uno de ellos entregó a la presidencia el resultado del proceso de negociación que se le había encargado⁵⁰.

Cuarto Periodo Ordinario de Sesiones

A partir del cuarto periodo ordinario de sesiones del Consejo –12 al 30 de marzo de 2007–, la negociación se conduciría desde la presidencia a partir de una propuesta de texto unificado, en los casi dos meses finales del proceso. Este lapso resultaría crítico para al consolidación del Consejo, pues a pesar de la excelente labor de facilitación desplegada previamente y el acercamiento de posiciones en una diversidad de aspectos, la lista de puntos pendientes aún era larga y la buena disposición de algunas delegaciones para alcanzar un acuerdo final había disminuido. En particular, resulta necesario destacar dos aspectos concernientes a la agenda y los métodos de trabajo en los que no se habían logrado avances significativos, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo en el marco del tercer grupo de trabajo.

Respecto a la agenda⁵¹, los dos temas más controvertidos que desde mayo de 2006 habían movido a la presidencia a posponer la discusión habían sido:

- las situaciones nacionales, dado que la delegación china, con un amplio apoyo entre la membresía, propuso que la adopción de

las decisiones sobre las llamadas “resoluciones de país” debían ser copatrocinadas por 1/3 de la membresía y aprobadas por 2/3 de la misma. Con ello, resultaría prácticamente imposible aprobar un texto con el que el Estado concernido y otras delegaciones que vieran con recelo las resoluciones de país no estuviesen de acuerdo⁵²; y

- el tema de los pueblos bajo ocupación israelí en el Medio Oriente, ya que la OCI y el Grupo Africano consideraban que el tema de la situación de los derechos humanos en Palestina y otros territorios árabes ocupados debía ser singularizado en la agenda del Consejo con una redacción lo más detallada posible (preferentemente con dos sub-incisos: i) violaciones de los derechos humanos e implicaciones de la ocupación israelí de Palestina y otros Territorios Árabes Ocupados, y ii) derecho a la autodeterminación del pueblo palestino)⁵³ En oposición, la UE, Estados Unidos, Canadá y Australia estaban en contra de cualquier inclusión del tema palestino como un punto independiente de la agenda, con el argumento de que el tema debía ser considerado en

los mismos términos que cualquier otra situación nacional, enfatizando que de crearse un punto aparte para Palestina se atentaría contra el principio de evitar la selectividad.

“Por cuanto hace a los métodos de trabajo, el aspecto que tuvo un enorme impacto en la etapa final de las negociaciones fue el de las reglas para la toma de decisiones.”

Por cuanto hace a los métodos de trabajo, el aspecto que tuvo un enorme impacto en la etapa final de las negociaciones fue el de las reglas para la toma de decisiones. A pesar de que en los debates al interior del tercer grupo de trabajo la gran mayoría de las delegaciones se había mostrado a favor del criterio de mayoría simple para adoptar las decisiones del Consejo -la mitad más uno-, a minutos de que concluyeran los trabajos del grupo la delegación china propuso que la adopción de decisiones sobre situaciones nacionales -resoluciones de país- debía ser copatrocinada por un tercio de la membrecía y aprobadas

por dos tercios de la misma. Con ello, resultaría imposible aprobar un texto con el que no sólo el Estado concernido, sino otras delegaciones que vieran con recelo las resoluciones de país, no estuviesen de acuerdo. Tal propuesta era lo que en la jerga de las Naciones Unidas se conoce como una *killer amendment* -dar muerte al sentido o alcance de un texto-, pues implicaba, en términos prácticos, privar al Consejo de las resoluciones de país.

Ante estas divergencias, la presidencia se dio a la tarea de organizar reuniones en diversos formatos de las que pudieran surgir fórmulas de compromiso. De este modo, si bien se realizaron reuniones con algunas delegaciones y en alguna ocasión con grupos formales, el formato que se privilegió recibiría el nombre de “Grupo de Contacto”, en el que participarían alrededor de veinticinco delegaciones por reunión, a nivel de embajadores, que se reunirían varias ocasiones en la Misión de México y cuya composición sería variable.

Tal estrategia respondía a la necesidad de conciliar dos factores clave para el éxito de las negociaciones: por un lado, obtener resultados concretos que reflejaran avances claros y, en consecuencia, estimularan la participación con espíritu constructivo por

parte de las delegaciones; por el otro, garantizar la representatividad y la legitimidad del proceso, lo cual exigía que las delegaciones se sintieran parte del mismo. No obstante, en el formato diseñado no podía incluirse a todos los representantes permanentes, pues al negociar puntos concretos, un número tan elevado de participantes habría hecho imposible alcanzar algún acuerdo; de ahí que se optara por reuniones con participación más reducida, en las que los embajadores serían invitados con base en los criterios de equilibrio regional y contribuciones que hubieran hecho durante las discusiones previas sobre los temas específicos a tratarse en cada reunión. En el Grupo de Contacto no se tomaba ninguna decisión y el presidente hacía suyas las fórmulas o propuestas de solución, e inmediatamente después, convocaba a reuniones abiertas a la participación de todos los Estados, organizaciones de la sociedad civil, etc. para presentar y recibir reacciones respecto de “sus” propuestas e informar sobre los asuntos pendientes.

Asimismo, la presidencia asumía la delicada responsabilidad de presentar un “paquete” equilibrado que incluyera los compromisos necesarios para que pudiera ser aceptado por todas las delegaciones, aun sin satisfacer todas

las demandas al cien por ciento. Los pasos que se dieron para llegar al primer texto unificado podrían resumirse de la siguiente manera: 1) identificar aquellos elementos que debían resolverse *a fortiori* durante el primer ciclo anual del Consejo –para cumplir con el mandato de la resolución 60/251- y separarlos de aquellos que podían o debían ser resueltos en etapas posteriores; 2) una vez identificados los elementos esenciales, elaborar un texto unificado basado en la medida de lo posible en los documentos elaborados por los facilitadores, pues éstos eran del conocimiento de las delegaciones y, según el caso, contenían más o menos elementos de consenso; 3) presentar en las reuniones del Grupo de Contacto los elementos que generaban divergencia, pero que no ponían en riesgo el proceso al no polarizar las discusiones al grado de congelarlas.

A su vez, los asuntos más difíciles –la versión final de la agenda, la extensión de mandatos de procedimientos especiales y las reglas para presentación y adopción de mandatos nacionales- se pospondrían para una discusión ulterior, una vez que se hubiera avanzado en otros temas y, con ello, se percibieran los avances. Siguiendo esta estrategia, el 3 de junio de 2017 se concluyó con la elaboración del primer

texto unificado, logrando por primera vez tener una visión global de todo el paquete de construcción institucional.

Paralelamente, la presidencia debía resolver la petición del Gobierno de Chile para que la presidenta Michelle Bachelet pudiera dirigirse al Consejo el día 4 de junio, aun cuando este órgano no iniciaría su sesión hasta el 11 del mismo mes.

Pese a que el presidente del Consejo no cuenta con facultades expresas para convocar sesiones que no hayan sido previamente acordadas por la membresía, contar con la presencia de un jefe de Estado era un honor para el Consejo, y en este caso lo era aún más por la autoridad moral de la presidenta Bachelet —víctima de tortura y una larga lista de perjuicios que le infligiera el régimen pinochetista, incluida la muerte de su padre—, no sólo como jefa de Estado, sino también como activa defensora de los derechos humanos y los mecanismos internacionales en la materia. Por ello, aun cuando algunas delegaciones manifestaron reservas⁵⁴, se convocó a una reunión *ad hoc* cuyo carácter nunca fue definido, pero que sin duda resultó muy significativa, dado el mensaje que la presidenta Bachelet transmitiera al Consejo.

Consideré apropiado presentar el primer borrador de texto unificado precisamente después de que el Consejo escuchara a Bachelet. Si bien se trataba de un texto incompleto que requería de retoques finales, el documento estaba integrado por seis apartados y abordaba los siguientes aspectos torales de la construcción institucional:

1. Mecanismo de Examen Periódico Universal. Se habían incluido propuestas sobre la documentación base para el examen y las modalidades del diálogo interactivo, así como una propuesta para crear un fondo para facilitar la participación de los países en desarrollo. En relación con la documentación, se proponía que el informe nacional presentado por cada país no debería exceder de veinte páginas, mientras que aquellos elaborados por el Secretariado con información de los diferentes mecanismos existentes de derechos humanos (órganos de tratados y procedimientos especiales), y el que contenía información de otros actores (ONG e INDH), no excedería cada uno de diez páginas. Respecto de las modalidades, se propuso el establecimiento de *troikas* que funcionarían como relatores en la presentación del informe final de cada Estado y la manera en que operarían.

2. Procedimientos Especiales. Este apartado se centraba en la selección y el nombramiento de los titulares de mandatos, así como el examen de los mismos. El texto contenía dos anexos que establecían con detalle el proceso y el calendario para la extensión y la renovación de los periodos de cada titular de mandato, así como para el examen de los propios mandatos, proceso que debía examinarse en estrecha relación con el Programa de Trabajo del Consejo, pues los mandatos serían examinados cuando sus correspondientes informes se consideraran en el Consejo. Asimismo, se señalaba que debían desarrollarse criterios para establecer los mandatos nacionales. El texto no incluía nada relativo al código de conducta a la luz de las negociaciones que en torno al tema se mantenían en curso.

3. Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos –antes Subcomisión-. El texto incluía propuestas sobre la composición (proponía 18 miembros: 5 para el Grupo Africano, 5 para el de Asia-Pacífico, 2 para el de Europa Oriental, 3 para el GRULAC y 3 para el Occidental), el método para designar a sus miembros (nominación por Estados de nacionales de su región y elección por el Consejo) y los requerimientos y calificaciones necesarias. Se enfatizaba que los insumos que el

Comité podía generar los proveería a petición del Consejo, pero que también podría proponer a éste que el Comité desempeñara tareas de investigación dentro de su ámbito de trabajo. Se garantizaba además la participación de los Observadores, incluidas ONG, en los trabajos del Comité Asesor.

4. Procedimiento de Denuncia. Se incluían propuestas sobre la designación de los miembros del Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones (grupo encargado de identificar los patrones de “violaciones graves” en las mismas), la confidencialidad del procedimiento y las posibles medidas de seguimiento que contemplaría.

5. Agenda y Programa de Trabajo. Sobre este apartado no se incluían propuestas para solucionar los puntos de contención, dado que era necesario continuar la discusión de los mismos, teniendo en cuenta el espectro completo de los elementos discutidos. El programa de trabajo debía elaborarse a la luz de los resultados que se alcanzaran con la agenda, teniendo en cuenta el calendario para el examen de los mandatos.

6. Métodos de Trabajo y Reglamento. Se señaló la necesidad de conservar el carácter flexible de los Métodos de

Trabajo y permitir que evolucionaran cuando así lo considerara pertinente el Consejo. En cuanto al reglamento, se habían hecho los ajustes técnicos pertinentes para que estuviera de acuerdo con el reglamento de la Asamblea General, como la sede del Consejo y la celebración de reuniones públicas y privadas. En el documento no se incluía la propuesta hecha por China, relativa a los dos tercios requeridos para adoptar resoluciones de país, dado que consideraba que el tema debía discutirse todavía más.

A la luz del poco tiempo restante, a partir del 6 de junio me reuniría con los grupos y las delegaciones para explicar la lógica de las soluciones de compromiso contenidas en el documento. De igual forma, se convocó a una reunión informal el viernes 8 de junio para discutir las dudas sobre los puntos pendientes, haciendo un llamado a las delegaciones para que, con espíritu de flexibilidad y prioridad, se alcanzara un acuerdo en torno a todos los temas del paquete de construcción institucional. El mensaje era claro: no había espacio para acordar algunos temas, sin lograr acuerdos sobre otros. Era necesario lograr un consenso en torno a todos los temas pendientes, o no habría un acuerdo en lo absoluto. En este complejo entorno, el 9 de junio

se recibió la última versión del código de conducta elaborada por el coordinador del Grupo Africano, sin que se hubieran hecho consultas informales abiertas al respecto.

Quinto Periodo Ordinario de Sesiones

La primera consulta abierta sobre dicha versión preliminar del código tuvo lugar al iniciar el quinto periodo ordinario de sesiones –11 al 18 de junio de 2007–, y, como era de esperarse, algunas delegaciones reaccionaron negativamente a las disposiciones contenidas en el texto, particularmente respecto a las limitaciones a la interacción de los titulares de mandatos con la prensa al término de sus visitas y al envío de “llamamientos urgentes”, que fueron rechazadas por delegaciones occidentales y latinoamericanas –a las que se sumaron diversas ONG–. A raíz de disposiciones como estas, se consideró que el proyecto propuesto era inaceptable, al constituir una seria amenaza para la independencia del trabajo de los titulares de mandato, además de duplicar disposiciones contenidas en otros instrumentos⁵⁵.

Estando a escasos días de que venciera el plazo de un año para concluir la negociación y pese a los avances logrados

hasta entonces, el consenso aún eludía al Consejo, y se percibía que las posibilidades de lograrlo eran, por decir lo menos, distantes. Ante ello, desde la presidencia solicité a las delegaciones no registrar ningún proyecto de resolución antes de que fuera presentado el paquete de construcción institucional. Así, mientras no se registrase ningún texto del presidente, no podrían presentarse proyectos de enmienda y no se perdía el control del proceso. A su vez, al no permitir que se registrara ningún texto alternativo⁵⁶, la presión para considerar las propuestas de la presidencia como un paquete aumentó considerablemente. En el mismo sentido, se propuso que la presidencia haría suyo el proyecto de código de conducta y lo presentaría como parte integral del paquete institucional en caso de que una nueva versión de este proyecto alcanzara el consenso. De esta forma la adopción del código estaría directamente vinculada a la adopción del paquete de construcción institucional, lo que lo dotaría de un mayor estatus y, por ende, daría mayores posibilidades de que su contenido se instrumentara efectivamente.

El 13 de junio de 2007 presenté la segunda versión del documento sobre construcción institucional y ofrecí a las delegaciones discutir el texto en un formato informal al día siguiente

y analizar el documento capítulo por capítulo, así como intensificar las consultas los días jueves y viernes, y de ser necesario sábado y domingo para estar en posibilidades de adoptar el texto el lunes 18 de junio. Pese a que la mayoría de la membrecía reaccionó positivamente a la propuesta integrada, la delegación china, al no ver reflejada su propuesta de incluir dentro del reglamento la regla de contar con dos tercios de los votos para aprobar un mandato geográfico, en un tono amenazante, adelantó que el GPA tendría una reunión para definir su posición en torno al texto, anunciando posteriormente -el 15 de junio- que ya se habían elaborado diferentes proyectos de enmiendas, autoría de diversas delegaciones, los cuales, al registrarse, debían ser considerados.

“Estando a escasos días de que venciera el plazo de un año para concluir la negociación y pese a los avances logrados hasta entonces, el consenso aún eludía al Consejo, y se percibía que las posibilidades de lograrlo eran, por decir lo menos, distantes.”

Ante ello, desde la presidencia insistí en que el texto no debería fragmentarse o estar sujeto a ningún tipo de enmiendas, pues con ellas se echaría por tierra la negociación del paquete institucional en su conjunto, dado que todas las delegaciones ya habían hecho importantes concesiones y compromisos-, por lo que advertí que sólo existiría una propuesta de documento final, la de la propia presidencia, que sería registrada el lunes y no sería puesta a votación, ya que de no contar con la aceptación por consenso, sería retirada. Ciertamente, de no haber permanecido firme en esta decisión, se hubiera generado una situación de extrema gravedad para todo el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, dada la vulnerabilidad en la que quedaría el sistema de procedimientos especiales, pues algunas delegaciones estaban listas para registrar proyectos de resolución que eliminaban determinados mandatos de país, lo que habría desencadenado un efecto dominó sobre otros mandatos de este tipo e incluso sobre los temáticos.

Fue así que el sábado 16 de junio sostuve reuniones con diversas delegaciones hasta la madrugada del día siguiente para hacer los últimos ajustes en el documento final que se circularía el domingo 17 de junio. Tras hacer pocas, pero sustantivas modificaciones -por primera

vez contenía agenda-, se distribuyó un nuevo texto en la tarde del domingo, junto con una nueva versión del código de conducta, la cual, gracias a ser más equilibrada, generó un mayor grado de aceptación entre los Miembros.

Esta versión del paquete ofrecía una solución para la agenda, que incluía la incorporación del punto “Situación de los derechos humanos en Palestina y Otros Territorios Árabes Ocupados” sin mencionar explícitamente a Israel, con lo que se daba cabida al análisis de las violaciones cometidas por cualquier actor en el conflicto. También se proponía el mantenimiento de un tema que permitiría el tratamiento de cualquier situación nacional, denominado “Situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo”, además de desarrollar criterios para mantener la mayoría de los mandatos temáticos y de país⁵⁷. De los más de cuarenta mandatos existentes en ese momento, aplicando los criterios propuestos sólo dos quedaban fuera de la lista: los relativos a los casos de Cuba y Belarús, cuya renovación evidentemente no podía lograrse por consenso.

La jornada del 18 de junio inició con consultas a muy temprana hora, la sesión formal comenzó con el mensaje

de la entonces secretaria de Relaciones Exteriores de México, embajadora Patricia Espinosa⁵⁸. Inmediatamente después de esta intervención, suspendí la sesión para comenzar las últimas consultas a puerta cerrada en la oficina de la presidencia para resolver los asuntos pendientes, entre los que destacaban la propuesta china sobre los proyectos de resolución de situaciones nacionales, la inclusión o no en el informe final de las recomendaciones no aceptadas por el Estado examinado en el EPU y algunos aspectos puntuales sobre el código de conducta. Asimismo, tenía que sortearse un complicadísimo obstáculo adicional, pues el mismo 18 de junio Canadá anunció a la presidencia las instrucciones de su capital de no aceptar bajo ninguna circunstancia la inclusión, como parte de la agenda del Consejo, del tema de los derechos humanos en los Territorios Palestinos Ocupados, posición que compartían algunos Estados europeos, especialmente Polonia. Dado que el consenso era una condición previa para la adopción del paquete y la inclusión del tema palestino era indispensable para mantener dicho consenso, por tratarse de una cuestión altamente prioritaria para un importante número de delegaciones, de insistir Canadá en la posición que acababa de transmitir a la presidencia, este país cargaría con la

responsabilidad política de haber roto el consenso, con los riesgos que ello implicaba para el sistema de protección de derechos humanos en su conjunto. En ese contexto, el Representante Permanente de Canadá ofreció a la presidencia no hacer pública su posición y esperar hasta saber si se obtendría el consenso en torno al resto de los puntos en contención.

Como se había mencionado, dado que no había indicios de que las principales delegaciones involucradas en el resto de los asuntos pendientes modificaran sus posiciones, menos aún si continuaban las reuniones en un formato abierto, decidí tratarlos de manera directa a través de encuentros individuales con los Estados interesados, por lo que la negociación se desarrolló mediante una serie de encuentros bajo un esquema conocido como la *diplomatie de la navette*, que consiste en que dos o más partes llegan a acuerdos por la vía de un tercero que funge como mediador, pero sin que las partes estén en contacto directo entre sí.

A pesar de múltiples presiones para reanudar los trabajos de la sesión, cuando menos para informar de los avances o las dificultades que se presentaban, ya que las delegaciones se mantuvieron en la sala todo el día,

desde la presidencia me rehusé a tal reanudación, reiterando una y otra vez que la sesión continuaría hasta concluir el proceso de consultas. Hacia las seis de la tarde, hora en que se suponía que concluirían los trabajos del Consejo y no habiendo solicitado servicios de conferencia extraordinarios para sesionar más allá de esa hora, se debía poner un fin al proceso y, de no alcanzar un acuerdo, definir los términos en los que las negociaciones del paquete institucional u otras propuestas pudieran ser consideradas durante el segundo ciclo del Consejo. De no acordarse estos términos, no sólo se habría incumplido el mandato de concluir las negociaciones en un año, sino que se habría producido un vacío de protección, ya que la renovación de mandatos de los procedimientos especiales y grupos de trabajo tenía la misma fecha límite para ser o no renovados que el mandato de la presidencia mexicana.

Ante esta realidad, convoqué a un pequeño –pero representativo– grupo de delegaciones para confirmarles que la adopción del paquete institucional no contaba con el consenso de todos y que por lo mismo no sería presentado a la consideración del Consejo, debiendo dar por concluidas las negociaciones. Esta drástica decisión la tomé sabedor de que la mayoría de esas

delegaciones no había contemplado las implicaciones del fracaso de las negociaciones y el consecuente incumplimiento del mandato conferido por la Asamblea General al Consejo, particularmente en lo que se refiere al vacío de protección que ocurriría en caso de que no pudieran renovarse los mandatos, cuando menos por veinticuatro horas más para que pudiera acordarse un nuevo plazo para concluir la negociación.

Como era de esperarse, algunas delegaciones reaccionaron con alarma al caer en la cuenta de lo que implicaba no concluir en tiempo la negociación, particularmente el posible vacío de protección, especialmente a la luz de que algunas delegaciones manifestaron su oposición absoluta a que los mandatos se extendieran más allá de las doce de la noche de ese día. La ampliación de estos mandatos más allá del año convenido resultaba literalmente inaceptable para varias delegaciones, entre las que destacaba Cuba. Asimismo, para otras delegaciones, resultaba igualmente inaceptable el vacío de protección que se produciría ante la falta de un acuerdo de renovación de mandatos, y de ahí la petición unánime para que la presidencia mexicana continuara sus esfuerzos hasta alcanzar un acuerdo.

Estando consciente de que algunas delegaciones contemplaban la posibilidad de hacer suyo el texto de la presidencia, total o parcialmente, y registrarlo formalmente como una propuesta sobre la cual se podía tomar acción -incluyendo ahora delegaciones que no buscaban alterarlo en ninguna de sus partes-, acepté continuar el ejercicio, no sin antes reiterar que la sesión pública se reanudaría sólo en caso de tener un consenso final, y que no sería bajo mi presidencia que pudieran considerarse ninguna enmienda o propuesta alternativa. En otras palabras, confirmé la posición de “todo o nada”, con lo que se incrementaba enormemente la presión sobre las delegaciones para que flexibilizaran sus posiciones y para que unas ejercieran presión sobre las otras en ese mismo sentido.

Fue así que después de varios encuentros por separado con las delegaciones contrapuestas se elaboró un texto con las fórmulas de compromiso que, en el último minuto de la negociación, logró la aceptación de las partes directamente involucradas: China y la UE respecto a los requerimientos de los proyectos de resolución sobre situaciones nacionales, y la UE y el Grupo Africano respecto a los pendientes sobre el código de conducta. El acuerdo final sobre dichos pendientes

se alcanzó unos instantes antes de reanudar la sesión, a las doce en punto de la noche⁵⁹, hora límite fijada por la Asamblea General para concluir las labores de construcción institucional, lo que hizo imposible que la delegación canadiense avisara a su capital que se había alcanzado un acuerdo con China.

“Como era de esperarse, algunas delegaciones reaccionaron con alarma al caer en la cuenta de lo que implicaba no concluir en tiempo la negociación, particularmente el posible vacío de protección, especialmente a la luz de que algunas delegaciones manifestaron su oposición absoluta a que los mandatos se extendieran más allá de las doce de la noche de ese día.”

La sesión final duró apenas unos minutos y fue por demás significativa, pues se sabía que la mera salida del presidente ante el pleno indicaba que se había alcanzado un acuerdo sobre la totalidad de los asuntos contenidos

en el texto de construcción institucional. De esta manera, cuando anuncié el acuerdo y aun cuando no pedí expresamente su adopción, la sala reaccionó aprobando por aclamación el paquete, cuya versión definitiva quedó plasmada en las resoluciones “Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos” y “Código de conducta para los titulares de mandatos de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos”, que recibieron las firmas A/HRC/RES/5/1⁶⁰ y A/HRC/RES/5/2⁶¹, respectivamente.

En la mañana del día siguiente -19 de junio-, fecha en la que el Consejo debía reunirse para elegir a su nuevo presidente y comenzar el segundo ciclo anual de sesiones, el embajador de Canadá se comunicó conmigo-ya ex presidente del Consejo en ese momento-, para informarme que su país no podía formar parte del consenso -a pesar del acuerdo logrado con China en los últimos minutos previos al vencimiento del plazo- y que por tanto solicitaría una votación sobre el paquete de construcción institucional. Ante ello, luego de amplias consultas y con el apoyo del nuevo presidente designado, el embajador Doru Costea de Rumania, se acordó que una vez que Canadá hiciera la petición formal

en sala, este último señalaría que, en su entendido, el paquete institucional había sido ya aprobado la noche anterior y que ante el previsible desacuerdo de la delegación de Canadá, preguntaría a la sala si coincidía o no con su opinión -*ruling*-, lo que así ocurrió. El resultado de la votación fue de cuarenta y seis votos a favor de la opinión del presidente y uno en contra.

De esa manera concluyó el primer año de labores del Consejo de Derechos Humanos, habiendo cumplido satisfactoriamente, para sorpresa de muchos, el mandato de la Asamblea General contenido en la Resolución 60/251.

IV. Conclusión

Conforme a la propia resolución 60/251, el Consejo de Derechos Humanos revisaría “su labor y funcionamiento” cinco años después de haber sido establecido e informaría al respecto a la Asamblea General. El paquete de construcción institucional adoptado el 18 de junio de 2007 permaneció vigente e incluso se fortaleció tras la revisión de 2011 -cuyos resultados quedaron reflejados en la resolución A/HRC/RES/16/21⁶²-. Las razones que explican tal vigencia son diversas, pero la principal es sin duda que dicho paquete representa en

gran medida el punto más alto de los consensos alcanzables en el seno de las Naciones Unidas.

El proceso negociador que llevó a la adopción del paquete de construcción institucional es un gran logro de la diplomacia multilateral, no sólo porque pudieron sortearse los numerosos obstáculos que aquí se han referido, sino sobre todo porque significa un testimonio de que los acuerdos globales son tan *posibles* como *indispensables*. En lo particular, la elección a la presidencia del Consejo sin duda representó una distinción para México y su política exterior en materia de derechos humanos y cobró aún más valor en tanto más complejo se hizo el ejercicio de la presidencia en diferentes etapas del proceso; sin embargo, también es cierto que se pudo recurrir al espíritu renovado, cooperativo y eficaz de diversas delegaciones para hacer frente a los retos que se presentaron⁶³.

Asimismo, debe destacarse que el acuerdo en torno a la construcción institucional fue un consenso a la alza, y no uno de mínimos denominadores comunes —a la baja—, compensando los aspectos mas importantes de la negociación para un grupo de delegaciones con otros aspectos igualmente importantes para otras, y logrando que ambos

grupos entendieran que si no cedían frente al otro perderían lo que consideraban esencial⁶⁴. Esto adquiere una importancia superlativa debido a que de los resultados de tal negociación dependía literalmente el futuro inmediato de una parte significativa del sistema internacional de derechos humanos. Para cumplir el mandato encomendado por la Asamblea General, el Consejo no sólo debía mantener los elementos esenciales del Sistema, sino que tenía la obligación de mejorarlo a la luz de las lecciones aprendidas tras sesenta años de funcionamiento de la extinta Comisión. Esta mejora solo podía lograrse a través de consensos *de máximos*.

“El proceso negociador que llevó a la adopción del paquete de construcción institucional es un gran logro de la diplomacia multilateral, no sólo porque pudieron sortearse los numerosos obstáculos que aquí se han referido, sino sobre todo porque significa un testimonio de que los acuerdos globales son tan posibles como indispensables.”

Dentro de los avances más evidentes, destaca la reducción de la selectividad y politización en las labores de promoción y protección de derechos humanos llevadas a cabo en el Consejo, logrando impulsarse efectivamente la cooperación internacional. Siendo los Estados los principales actores en esta materia, se pasó de un virtual campo de batalla entre unos y otros, propiciado por los problemas al interior de la Comisión aquí aludidos, a un enfoque de mejora de la situación de los derechos humanos a nivel mundial. El EPU resulta central para este enfoque, pues se diseñó precisamente como mecanismo de promoción y protección de los derechos humanos mediante la cooperación entre los Estados Miembros, y no como un mecanismo de control como tal, partiendo de la realidad de que ninguno está exento de un margen de mejora y enfocándose en el intercambio de mejores prácticas y de asistencia técnica atendiendo a las particularidades y circunstancias específicas de cada Estado, como su nivel de desarrollo, existencia o no de situaciones de conflicto, diferencias en los recursos económicos y constitucionales a su alcance, entre otras.

Al tratarse de un ejercicio de evaluación universal, el EPU no se presta a la selectividad que caracterizaba

al tratamiento de las situaciones nacionales en la Comisión, donde un país podía poner a otro en el *banquillo de los acusados*, consiguiendo los apoyos suficientes para ello y no siempre motivado por la protección de los derechos humanos. Por el contrario, a través del EPU se lleva a cabo una revisión de la situación de cada país en su conjunto –no necesariamente atendiendo a casos particulares–, dando seguimiento a obligaciones generales⁶⁵ y no específicas, con lo que se fomenta el cumplimiento de las primeras y al mismo tiempo se detectan vacíos e insuficiencias que derivan de dificultades técnicas o materiales, facilitándose así el diseño de paquetes de colaboración internacional muy constructivos, siempre que el Estado en cuestión muestre la voluntad política para atender tales problemas o insuficiencias.

Asimismo, contra la noción de que el examen sería un ejercicio de revisión entre pares en sentido estricto, también se cuenta con insumos de terceros – la sociedad civil y los organismos internacionales–, cuyos paquetes documentales tienen el mismo valor oficial para la evaluación que el informe presentado por el Estado concernido.

Otro resultado concreto de las reformas llevadas a cabo durante el año

fundacional del Consejo fue la atención dada a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) –incluido el Derecho al Desarrollo– y los Derechos Civiles y Políticos que siempre se habían priorizado en los trabajos de la Comisión. Debe reiterarse que tanto este reposicionamiento de los DESC como la mencionada evolución a un enfoque de promoción universal de los derechos humanos se dio sin descuidar los sistemas de monitoreo para violaciones graves. En particular, esto sucedió gracias a la preservación de la capacidad de adoptar resoluciones sobre situaciones nacionales, lograda en la recta final de la negociación del paquete de construcción institucional, lograda a través de una fórmula de compromiso propuesta desde la presidencia mediante la que se incluyó la propuesta de la delegación china de que dichas resoluciones fueran copatrocinadas por un tercio de la membresía del Consejo como una recomendación –no como un requisito *sine qua non*–, pero manteniendo al mismo tiempo que su establecimiento se aprobara por mayoría simple al interior del Consejo.

Esta capacidad de adoptar resoluciones de país se reforzó de manera paralela con las nuevas posibilidades de celebrar periodos de sesiones

extraordinarios, que antes eran sumamente difíciles de convocar⁶⁶. Paralelamente, se avanzó en la obtención de los recursos financieros necesarios para asegurar la ejecución de las resoluciones adoptadas en dichas sesiones, mediante la duplicación del presupuesto asignado a las labores del Consejo, con lo que también se garantizó la transmisión de sus trabajos vía webcast, la adecuación de las instalaciones en su sede y el funcionamiento de la Oficina del Presidente. Asimismo, no debe dejar de resaltarse la importancia de la mejora en las condiciones para la participación de las ONG y las INDH, facilitándose así que las mismas realicen contribuciones sustantivas en los trabajos del Consejo.

“Otro resultado concreto de las reformas llevadas a cabo durante el año fundacional del Consejo fue la atención dada a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).”

Ahora bien, dado que la mejora institucional es siempre un proceso continuo, en el Consejo hay y habrá muchas áreas que seguirán siendo perfectibles. Su nuevo nivel dentro del sistema de

Naciones Unidas, tras pasar del estatus subsidiario de la Comisión respecto al ECOSOC a estar adscrito a la Asamblea General, fue un logro parcial, en particular tomando en consideración la imposición del filtro adicional que representa la relación mediada entre el Consejo y la Asamblea a través de su Tercera Comisión. A su vez, se ha hecho patente la incapacidad del Consejo de Derechos Humanos para interactuar de manera directa con el Consejo de Seguridad, pues aunque es claro que la perspectiva del primero debería tomarse en cuenta en la toma de decisiones de seguridad y mantenimiento de paz que involucran componentes de derechos humanos —prácticamente todas—, nunca se ha logrado establecer un diálogo directo entre ambas instancias⁶⁷. La aspiración original de elevar el nivel del Consejo de Derechos Humanos al de órgano principal para dar mayor fuerza a sus resoluciones y cambiar la manera en que interactúa con los otros órganos de la ONU tampoco se materializó tras la revisión llevada a cabo en el 2011, y el consenso requerido para ello aún se observa como un objetivo distante de alcanzar.

De manera similar, el debilitamiento de la influencia de los grupos regionales o por afinidades políticas en la dinámica

de trabajo y en la toma de decisiones en el Consejo fue muy positivo, pero tal influencia subsiste y debe acotarse aún más. Las posiciones de grupo pueden llegar a hacer mucho daño cuando se discuten los temas más controvertidos, particularmente cuando se trata de grupos grandes, al interior de los cuales pueden existir diversos matices que se pierden al asumirse una posición grupal única, que normalmente responde a los estándares de protección de derechos humanos más bajos entre sus miembros⁶⁸. Respecto al EPU, en la práctica se han evidenciado algunas implicaciones negativas del formato adoptado para llevarlo a cabo, que consta de sesiones generales con participación universal (además de los Miembros del Consejo, el resto de la membresía de la ONU —como observadores—)⁶⁹, en las que los Estados participan a través de representantes de sus gobiernos y no mediante expertos en materia de derechos humanos, lo cual influye en la calidad del resultado final de la evaluación⁷⁰.

Tanto los avances como los retos identificados mediante esta experiencia representan lecciones importantes para otros procesos de revisión y actualización de andamiajes normativos e institucionales emprendidos desde el ámbito multilateral, particularmente

para aquellos que también están orientados a la mejora en la promoción y protección de los derechos humanos, buscando lograr un enfoque universal y balanceado en su tratamiento. Este es precisamente el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) -compuesto por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos-, instrumento fundamental para la promoción y protección de los derechos humanos en nuestro Continente y uno de los aportes más importantes de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo fortalecimiento y consolidación han ocupado un lugar preeminente en la agenda de los Estados de la región en las últimas dos décadas⁷¹.

A pesar de los considerables avances alcanzados como resultado de dicho proceso⁷², el SIDH continúa presentando desafíos sustantivos, tanto estructurales como coyunturales, entre los que se encuentran la tramitación efectiva de peticiones individuales, el monitoreo de la situación de los derechos humanos y su promoción a través del apoyo y asesoría a los Estados para el establecimiento de políticas públicas, el financiamiento del Sistema a través de un presupuesto sostenible y previsible, el cumplimiento efectivo de las decisiones y recomendaciones

de sus órganos y su universalidad. Para todo ello, la experiencia del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas representa un precedente muy útil.

“Dado que la mejora institucional es siempre un proceso continuo, en el Consejo hay y habrá muchas áreas que seguirán siendo perfectibles. Su nuevo nivel dentro del sistema de Naciones Unidas, tras pasar del estatus subsidiario de la Comisión respecto al ECOSOC a estar adscrito a la Asamblea General, fue un logro parcial.”

Un ejemplo muy claro de la aplicación de tal experiencia sería la duplicación del presupuesto proveniente del fondo regular de la OEA del que disponen la Corte y la CIDH⁷³, a través de una fórmula similar a la que se utilizó en la ONU durante el año fundacional del Consejo. Con ello, además de fortalecerse la independencia y la autonomía de dichos órganos al disminuir su dependencia a las aportaciones

voluntarias, que en la actualidad constituyen alrededor del 50% de su presupuesto, en lo inmediato se evitaría que el Sistema volviera a caer en una situación tan crítica como la que se vivió este año⁷⁴. Asimismo, una mayor estabilidad financiera permitiría al SIDH continuar con la modernización de sus instituciones y procesos, en el entendido de que dichos órganos deberán transparentar y eficientar el uso de los recursos.

“Resultaría igualmente positivo tomar en cuenta las lecciones aprendidas desde el Sistema de Naciones Unidas respecto a la importancia de mantener una relación cercana y constructiva entre los Estados y los órganos de promoción y protección de derechos humanos, trabajar decididamente para lograr equilibrios temáticos y geográficos, y evolucionar a un enfoque que priorice la cooperación.”

En ese sentido, resultaría igualmente positivo tomar en cuenta las lecciones aprendidas desde el Sistema de Naciones Unidas respecto a la importancia de mantener una relación cercana y constructiva entre los Estados y los órganos de promoción y protección de derechos humanos, trabajar decididamente para lograr equilibrios temáticos y geográficos, y evolucionar a un enfoque que priorice la cooperación con los Estados y permita superar posturas de mera supervisión, que en ocasiones han prevalecido en la CIDH al privilegiarse la atención al universo de peticiones individuales que continuamente ingresan al Sistema –sin establecerse criterios adecuados para justificar su puesta en marcha– sobre otras tareas igualmente importantes, como la asistencia técnica enfocada en la armonización legislativa y el diseño de políticas públicas, el intercambio de mejores prácticas y el establecimiento de nuevos estándares, declaraciones y tratados.

* Los puntos de vista expresados en este documento son las opiniones personales de su autor, sin reflejar o comprometer de manera alguna las de la entidad para la cual trabaja y/o representa.

¹ Preparado como una herramienta didáctica para la clase impartida, del 10 al 11 de octubre de 2016, en el marco del XLIII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano. En lo conducente se reproduce y adapta el contenido del libro “*La creación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU: crónica de una negociación multilateral*” (México, SRE-IMR, 2016. pp. 476), que escribí en coautoría con Víctor Genina. En dicha crónica, tanto los procesos de negociación aquí referidos como las particularidades del contexto internacional en el que tuvieron lugar, son abordados de manera mucho más específica y pormenorizada.

² Asamblea General - Consejo de Seguridad de la ONU, *Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*. Informe del Secretario General presentado de conformidad con la declaración aprobada del 31 de enero de 1992 en la Reunión de la Cumbre del Consejo de Seguridad, A/47/277 S/24111, 17 de junio de 1992. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/47/277> (fecha de consulta: 22 de marzo de 2016).

³ Asamblea General de la ONU, *Renovación de las Naciones Unidas: un programa de reforma*. Informe del Secretario General, A/51/950, 14 de julio de 1997. Disponible en http://www.unicef.org/about/execboard/files/A-51-950_Renewing_the_UN-ODS-Spanish.pdf (fecha de consulta: 22 de marzo de 2016).

⁴ Como es sabido, el Consejo de Seguridad no había sido capaz de adoptar una posición única respecto a la situación en Iraq, en particular, acerca de si ese país poseía armas de destrucción masiva, razón por la cual se debía aprobar una intervención militar en él. Los Estados que se mostraron en favor de una acción militar no sólo enfrentaron la amenaza de veto en el Consejo de Seguridad, sino que ni siquiera contaban con los nueve votos mínimos para obtener una resolución favorable en este mismo organismo. No obstante, decidieron intervenir en Iraq sin una resolución que lo autorizara, lo cual constituyó una clara violación a la Carta de las Naciones Unidas.

⁵ Asamblea General de la ONU, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, A/59/565, 2 de diciembre de 2004. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/59/565> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2016).

⁶ *Ibid.*, p.83

⁷ De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, los principales órganos de la ONU son seis: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría General.

⁸ Asamblea General de la ONU, *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. Informe del Secretario General, A/59/2005, 21 de marzo de 2005. Disponible en <http://www.un.org/spanish/largerfreedom/contents.htm> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2016).

⁹ *Ibid.*, p.5

¹⁰ *Ibid.*, p.51

¹¹ Tales tratados eran: 1. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 5. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 6. Convención sobre los Derechos del Niño; 7. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; y 8. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A estos instrumentos se sumaría, con su aprobación en el marco del propio Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

¹² Asamblea General de la ONU, Proyecto de resolución remitido por la Asamblea General, en su quincuagésimo noveno periodo de sesiones, a la Reunión Plenaria de Alto Nivel de la Asamblea General. *Documento final de la Cumbre Mundial 2005*, A/60/L.1, 24 de octubre de 2005, p. 35. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N05/511/34/PDF/N0551134.pdf?> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2016).

¹³ Producto de los acuerdos alcanzados en una reunión celebrada en junio de 2015 en la ciudad de Puebla, en México, a la que asistieron representantes gubernamentales e independientes, además de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour.

¹⁴ Este grupo, en el que participaron los expertos que se habían distinguido por su interés y conocimiento de los temas, nunca buscó ser un espacio de negociación y se limitaba al intercambio de información y a la generación de propuestas a partir de lo que ocurría en Nueva York. Sus resultados nunca se tradujeron en textos, pero sí fueron utilizados por las delegaciones durante el proceso de negociación.

¹⁵ Este otro grupo se organizó a partir de la composición del Grupo de Amigos de la Reforma, con algunos ajustes para incorporar actores relevantes en Ginebra. Así, se invitó también a los embajadores de Austria (en su calidad de presidente de la Unión Europea durante el segundo semestre de 2005), Argelia, Brasil, España y Marruecos.

¹⁶ Jan Eliasson, “Draft Resolution by the President of the General Assembly (Feb. 23, 2006)”, 23 de febrero de 2006. Disponible en <https://www1.umn.edu/humanrts/draftres06.html> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2016).

¹⁷ El número de delegaciones por grupo regional era entonces el siguiente: Grupo Asia-Pacífico (54), Grupo Africano (53), Grulac (33), Grupo Occidental (29), Grupo de Europa Oriental (22).

¹⁸ Con base en el artículo 18 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual contempla la eventual suspensión de los derechos y privilegios, y la expulsión de los Miembros de las Naciones Unidas si así lo decide la Asamblea General: “Las decisiones de la Asamblea General en cuestiones importantes se tomarán por el voto de una mayoría de dos tercios de los Miembros presentes y votantes. Estas cuestiones comprenderán: [...] la suspensión de los derechos y privilegios de los Miembros, la expulsión de Miembros”. Véase Carta de las Naciones Unidas, art. 18, fracción II. Disponible en <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-iv/index.html> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2016).

¹⁹ Asamblea General de la ONU, Resolución aprobada por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006, A/RES/60/251, 3 de abril de 2006. Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/60/251> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2016).

²⁰ En ella participaban el presidente -representando a su grupo regional-, y los cuatro vicepresidentes de los grupos restantes; también participaban los coordinadores de cada grupo regional, quienes tenían la tarea de mantener al tanto a los Estados Miembros de cada grupo sobre lo ocurrido en las sesiones, así como la de coordinar los debates y las negociaciones sobre las declaraciones que cada grupo deseara hacer; por tanto, en los trabajos de la Mesa Ampliada participaban diez representantes permanentes -dos por cada grupo regional-.

²¹ Dado el cambio de posición en materia de derechos humanos que había implementado el Gobierno federal de México desde 1998 y, en particular, desde 2000, caracterizado por la apertura al escrutinio internacional y la disposición de cooperar con los mecanismos de derechos humanos del Sistema de las Naciones Unidas, la Cancillería mexicana venía considerando la presentación de una candidatura a la Presidencia del Consejo desde finales de 2004.

²² En la nota que se enviara con motivo del retiro de la candidatura de México, se señaló que la delegación mexicana se concentraría a partir de ese momento en la creación del Consejo de Derechos Humanos, al haberse aprobado el 14 de septiembre de 2005 la Declaración del Milenio + 5.

²³ Si bien el párrafo 6 de la resolución 60/251 transfería este sistema al Consejo, había resquicios para interpretaciones que se opusieran a ello o para que, cuando menos, el trabajo de dichos mecanismos quedara en vilo en el periodo que mediaba entre la clausura de la Comisión y la entrada en funciones del Consejo.

²⁴ Notas del OACDH y la Oficina Legal de las Naciones Unidas del 15 y 17 de marzo de 2006, respectivamente.

²⁵ La oposición a una sesión sustantiva respondía principalmente a preocupaciones de algunos países por la aprobación de la Convención y/o la Declaración, así como ante la presentación de los informes de los procedimientos especiales y de ciertos proyectos de resolución de situaciones nacionales.

²⁶ ECOSOC, Implementation of General Assembly Resolution 60/251, Resolución 2006/2. Disponible en <https://www.un.org/ECOSOC/sites/www.un.org/ECOSOC/files/documents/2006/resolution-2006-2.pdf> (fecha de consulta: 24 de marzo de 2016).

²⁷ Los países del GRULAC que fueron elegidos como Miembros fundacionales del Consejo fueron: Brasil (165 votos), Argentina (158 votos), México (154 votos), Perú (145 votos), Guatemala (142 votos), Uruguay (141 votos), Cuba (135 votos) y Ecuador (128 votos).

²⁸ Estos contactos constituían la práctica habitual en la Comisión. En las negociaciones al interior de la Mesa Ampliada los representantes de los grupos regionales negociaban a nombre de las delegaciones nacionales, muchas veces sin posición común al interior de sus respectivos grupos o incluso cuando expresamente se había señalado que no contaban con un mandato negociador, con la falta de resultados y la opacidad que esto conllevaba.

²⁹ Se tenía conocimiento de las intenciones de la OCI de presentar una resolución en contra de la difamación de las religiones, motivada por la publicación de doce caricaturas del profeta Mahoma en el diario danés *Jyllands-Posten*, el 30 de septiembre de 2005, reeditadas por la revista noruega *Magazinet*, el 20 de enero de 2006. Estos hechos generaron violentas protestas en diversos países.

³⁰ En ese sentido, se trabajaba sobre un proyecto de declaración de la presidencia alrededor de cinco temas: 1) la situación de los derechos humanos en los Territorios Árabes Ocupados, incluida Palestina; 2) apoyo a los Acuerdos de Paz de Abuja, respaldando los esfuerzos para el fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos -el punto se refería a la situación en Darfur, Sudan-; 3) evitar la incitación al odio y la violencia por motivos religiosos o raciales, por medio de la promoción de la tolerancia y el dialogo; 4) derechos humanos de los migrantes en el contexto del Dialogo de Alto Nivel sobre Migración y Desarrollo que se celebraría en Nueva York en septiembre de 2006; y 5) el papel de los defensores de derechos humanos en la promoción y la protección de los derechos humanos.

³¹ Las otras tres resoluciones garantizaban la extensión por uno y hasta tres años, respectivamente, de los grupos de trabajo que no habían concluido sus labores, correspondientes a: 1) el derecho al desarrollo; 2) el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 3) el de la aplicación efectiva de la Declaración y el Programa de Acción de Durban.

³² Como ejemplo de la utilidad de esta medida, puede señalarse que permitió que el mandato de Cuba continuara por un año más, aún ante la voluntad expresa del entonces canciller cubano de darlo por terminado mediante una resolución para la cual ya había conseguido una mayoría calificada.

³³ También se llevaron a cabo otras dos visitas de investigación, independientes, solicitadas de manera previa a la adopción de la resolución del segundo periodo extraordinario y llevadas a cabo por relatores especiales en funciones con el apoyo de la presidencia del Consejo. La primera la llevo a cabo un equipo que se integró por Walter Kälin, representante del Secretario General sobre los Derechos Humanos de los desplazados internos; Paul Hunt, Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental; Miloon Kothari, Relator Especial sobre la Vivienda Adecuada; y Philip Alston, Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias. La segunda fue la visita que realizó Jean Ziegler, Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación.

³⁴ En primer lugar, establecieron la manera en que desarrollarían sus actividades con base en el derecho internacional, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, tendrían en cuenta las actividades relevantes desarrolladas por las Naciones Unidas al respecto, incluido el trabajo de los relatores de derechos humanos. Por último, establecieron las condiciones que debían garantizarse para poder cumplir sus labores, sobre todo, que se les asegurara la libertad de movimiento en Líbano, acceso incondicionado a cualquier lugar y la posibilidad de dialogar con las autoridades y representaciones civiles, así como con las personas de las que obtendrían información, sin olvidar la debida protección de toda víctima o testigo que hubiera estado en contacto con ellos.

³⁵ Asamblea General de la ONU, Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. Informe de la Comisión de Investigación sobre el Líbano presentado de conformidad con la resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/3/2, 23 de noviembre de 2006, pp. 2-3. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/151/00/PDF/G0615100.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2016).

³⁶ En esos momentos, la situación en el terreno era muy grave y no parecía que fuera a estabilizarse. Esto se debía, entre otras razones, a la impunidad con la que diversos actores en el conflicto dirigían sus ataques contra civiles,, principalmente el grupo rebelde autodenominado Frente de Liberación de Darfur -FLD- y el ejército sudanés.

³⁷ Sobre la propuesta del código de conducta y las reacciones que ésta desatara, véase UN Human Rights Council-Archived Video, en <http://www.un.org/webcast/unhrc/archive.asp?go=060922> (fecha de consulta: 10 de junio de 2016).

³⁸ En contraste con ello, cabe recordar que al reunirse una vez al año, la Comisión facilitaba el desplazamiento de numerosas ONG a Ginebra y que, al contar con una sola sesión para escuchar sus planteamientos, un gran número de intervenciones se centraban en temas o casos muy específicos.

³⁹ Kamelia Kemileva (Suiza), Soumia Bouhamidi (Marruecos) y Danielle Solick (*Monterey Institute*).

⁴⁰ Si el hecho de que la convocatoria hubiera sido respaldada por todos los grupos regionales representaba una novedad, más aún lo fue que hubo delegaciones africanas que tomaron posiciones diferentes a las del coordinador del Grupo Africano a lo largo del periodo.

⁴¹ Baste señalar los esfuerzos realizados por Ban Ki-moon, recién electo Secretario General de la ONU, con el presidente sudanés Al-Bashir, en el marco de la Cumbre de la Unión Africana; las diversas gestiones emprendidas desde la presidencia del Consejo, que incluyeron frecuentes encuentros con el Representante Permanente de Sudán; además de las solicitudes formales de visa que hizo el secretariado de la misión ante el consulado general de Sudán en Ginebra.

⁴² A/RES/60/251, p. 3, inciso e).

⁴³ Los procedimientos especiales representaron un elemento clave en la maquinaria de promoción y protección de derechos humanos de las Naciones Unidas, razón por la cual su examen entrañaba graves riesgos y no muy grandes posibilidades de mejora desde una lógica pura”de derechos humanos, ante la oportunidad de hacerlos más “manejables” para quienes encontraban molestos el escrutinio o la selectividad.

⁴⁴ ECOSOC, Resolución 1503 (XLVIII) Procedimiento para examinar las comunicaciones relativas a las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, E/RES/1503(XLVIII), 27 de mayo de 1970, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/602/22/IMG/NR060222.pdf?OpenElement> (fecha de consulta: 23 de junio de 2016).

⁴⁵ ECOSOC, Resolución 2000/3, Procedimiento para la tramitación de las comunicaciones relativas a los derechos humanos”, E/RES/2000/3, 16 de junio de 2000, disponible en <http://ap.ohchr.org/documents/S/ECOSOC/resolutions/E-RES-2000-3.doc> (fecha de consulta: 23 de junio de 2016).

⁴⁶ Para tal fin, se contaba con el Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones (GTC) -integrado por expertos de la Subcomisión-, cuya función era examinar las comunicaciones recibidas (quejas individuales) y determinar cuáles cumplían con los requisitos de fondo y procedimiento para probar que había un patrón de violaciones de los derechos humanos y para ello el Grupo debía preparar un informe confidencial con recomendaciones. Posteriormente, el Grupo de Trabajo sobre Situaciones (GTS) –compuesto por expertos gubernamentales de

las misiones acreditadas ante la ONU en Ginebra (un miembro por cada grupo regional)- se encargaba de examinar el informe y determinar si se presentaba o no para la atención de la Comisión una situación particular, para lo cual también debía elaborar un informe confidencial acompañado de proyectos de resolución en el que recomendaran la acción que emprendería la Comisión. Ésta, en sesión cerrada, escucharía la presentación del Estado concernido y en una segunda sesión tomaría una decisión respecto de las resoluciones enviadas por el GTS, con base en las siguientes opciones: a) discontinuar la consideración del asunto cuando no fuera necesaria ninguna acción adicional, b) mantener la situación bajo examen a la luz de información adicional que el Estado concernido proveyera, c) mantener la situación bajo examen y nombrar un experto independiente para el país concernido, y d) suspender la consideración bajo el Procedimiento 1503 e iniciar la discusión pública del asunto.

⁴⁷ Desafortunadamente, las delegaciones no estaban muy interesadas en ello por lo que el procedimiento de denuncia sería el mecanismo que menos cambios tendría tras culminar el proceso de construcción institucional, debido a la preferencia de la mayoría de delegaciones por mantener el *statu quo*.

⁴⁸ Desde antes del primer periodo de sesiones, varias delegaciones habían presionado para iniciar a la brevedad las discusiones sobre la agenda y el reglamento del Consejo, a lo que la presidencia se opuso para evitar la politización y el efecto contaminante que esto tendría en el resto de los temas.

⁴⁹ Dada su larga experiencia y compromiso con la reforma, pero también porque había presentado ya un documento sobre el Reglamento, lo que facilitaría las negociaciones sobre ese tema.

⁵⁰ Para ahondar en las discusiones y las negociaciones que se registraron en los grupos de trabajo, véanse los recuentos hechos por cada uno de los facilitadores que los coordinaron, compilados en el libro “*The First 365 Days of the United Nations Human Rights Council*” (Berna, Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza, 2007), editado por Lars Müller. Asimismo, en los capítulos VII y VIII de “*La creación del Consejo de Derechos Humanos de la ONU: crónica de una negociación multilateral*” (México, SRE-IMR, 2016. pp. 273 a 406) se detalla el trabajo inicial de los facilitadores y los resultados alcanzados en los grupos de trabajo.

⁵¹ Es necesario precisar que cuando se habla de la *agenda* de un órgano u organismo de la ONU, el término se refiere a los diferentes asuntos que al interior del mismo se discuten cada año. Por el contrario, cuando se habla de *programa anual de trabajo*, éste se refiere a los temas específicos que componen los puntos de la agenda y establece las fechas en las que serán discutidos durante el año. En otras palabras, la agenda constituye los puntos generales que no cambian año con año y el programa de trabajo establece cuándo son discutidos sus respectivos componentes durante el año y, por tanto, está sujeto a cambios.

⁵² Esta propuesta era consecuente con una postura más radical previamente sostenida por China -en nombre del GPA- en las negociaciones del GTRM, en el que señaló que el mayor problema del sistema de procedimientos especiales lo constituía la creación de procedimientos sobre situaciones nacionales, pues habían sido creados en contra de la voluntad del Estado concernido y, al ser aprobados por votación, habían provocado divisiones al interior de la Comisión, razón por la cual se proponía que cualquier tipo de mandato de país se eliminara y quedara fuera de la agenda del Consejo.

⁵³ En sentido similar, en las discusiones sostenidas en el GTRM la OCI sostuvo en todo momento que el mandato del relator especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en los Territorios Palestinos Ocupados por Israel desde 1967 no podía suprimirse hasta que la ocupación israelí no hubiera terminado y que ese mandato debía considerarse temático (ocupación extranjera), diferenciándolo de los mandatos de país.

⁵⁴ Las reservas se originaban en el precedente que se establecería, por parte de la presidencia, tanto por tomar la iniciativa de convocar una reunión que no había sido previamente acordada, como por el hecho de que, en el futuro, cualquier jefe de Estado pudiera solicitar que el Consejo se reuniera para escucharlo. No obstante estas reservas, me negué a darle un carácter informal a esta reunión, como lo llegaron a sugerir algunos Miembros, por lo que la misma se celebraría bajo un formato formal, aun cuando el secretariado no lo hiciera constar como tal en el informe correspondiente.

⁵⁵ Como se mencionó, el texto buscaba complementar el Manual de los procedimientos especiales —en ese momento en proceso de actualización por el Comité Coordinador de los Procedimientos Especiales—. A su vez, complementaría el Estatuto relativo a la condición y los derechos y deberes básicos de los funcionarios que no forman parte del personal de la Secretaría y de los expertos en misión, adoptado el 27 de marzo de 2002 por la Asamblea General mediante la resolución 56/280.

⁵⁶ El riesgo de que alguna delegación registrara un proyecto de resolución que incluyera propuestas extraídas del texto del presidente era real; es decir, que se registraran proyectos con elementos parciales del texto y no en su integralidad.

⁵⁷ Los criterios quedaron reflejados en una nota al pie del documento y eran los siguientes: a) existe un mandato pendiente del Consejo que debe ser cumplido, como era el caso de los mandatos de Palestina y Sudán; b) hay un mandato pendiente de la Asamblea General que debe ser cumplido, como era el caso de Myanmar y Corea del Norte, y c) la naturaleza del mandato es para servicios de asesoría y ayuda técnica, de forma similar a los mandatos creados bajo el tema 19 de la antigua agenda de la Comisión de Derechos Humanos.

⁵⁸ En dicho mensaje, reafirmó el compromiso de México con la promoción y la protección de los derechos humanos, en particular, y con el multilateralismo, en general. Su participación en la última sesión del Consejo bajo la presidencia mexicana, además de significativa, tenía por objeto contar con su presencia y colaboración en Ginebra ante cualquier escenario final de las negociaciones, fuera éste de éxito o fracaso.

⁵⁹ Técnicamente, habiendo logrado abrir la sesión a las doce de la noche, se podía considerar que en ese momento se había “detenido” el reloj para permitir el desahogo de la misma dentro del plazo acordado.

⁶⁰ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Resolución aprobada el 18 de junio de 2007, A/HRC/RES/5/1. Disponible en: http://ap.ohchr.org/Documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc (fecha de consulta: 26 de marzo de 2016)

⁶¹ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Resolución aprobada el 18 de junio de 2007, A/HRC/RES/5/2. Disponible en: http://ap.ohchr.org/Documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_2.doc (fecha de consulta: 26 de marzo de 2016)

⁶² Asamblea General de la ONU, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 16/21. Examen de la labor y el funcionamiento del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/16/21, 12 de abril de 2011, p. 1, disponible en http://www.ipu.org/splz-e/monterideo14/16_21.pdf (fecha de consulta: 27 de julio de 2016).

⁶³ Al respecto, es necesario resaltar que durante ese periodo el nivel de coincidencia en materia de derechos humanos al interior del Grulac era muy alto, por lo que se contó con el apoyo de los representantes de los países que lo integran en prácticamente todas las propuestas descritas —salvo por algunas reservas de Cuba, que lograron superarse—. En épocas más recientes esta dinámica cambió, dado el distanciamiento generado en esta materia entre los Estados pertenecientes a la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) y otros países latinoamericanos.

⁶⁴ Para el Grupo Occidental, las resoluciones por país; para diversos países del mundo en desarrollo, mantener el tema de Medio Oriente e Israel en la agenda del Consejo y establecer el código de conducta para los relatores especiales, entre otros.

⁶⁵ Se acordaron ciclos de revisión de 4 años, por lo que en el primero se revisó la situación general de cada país, emitiéndose un gran número de recomendaciones, mientras que en los ciclos subsecuentes se ha dado seguimiento a su implementación. También se da seguimiento al nivel de ratificación de los 9 tratados principales en materia de derechos humanos (ver nota 11).

⁶⁶ Es necesario precisar que las sesiones extraordinarias no solo se celebran para tratar situaciones nacionales, sino también situaciones temáticas específicas.

⁶⁷ En estas circunstancias, en ocasiones el Consejo de Derechos Humanos ha logrado adelantarse al Consejo de Seguridad o llenar vacíos ante su falta de acción. Ejemplo de ello fue la labor de la Misión producto del Periodo Extraordinario de Sesiones sobre Darfur, llevada a cabo en un momento en el que el Consejo de Seguridad no lograba determinar una posición consensada al respecto.

⁶⁸ Ejemplo de ello son el Grupo Africano o la Unión Europea; dentro del primero se cuentan países que individualmente asumirían posturas más modernas y protectoras de derechos humanos a la que impera a nivel grupal; en la segunda, debido a que cualquiera de sus 28 miembros puede vetar una disposición en materia de derechos humanos, si un país pone la barra lo más bajo posible, ese nivel se vuelve la posición grupal en automático.

⁶⁹ La revisión de cada país se lleva a cabo en un lapso de tres horas, incluida la presentación del Estado evaluado, por lo que el tiempo para que los demás Estados realicen comentarios y recomendaciones se reduce a un minuto y medio. Este tiempo es escasamente suficiente para la presentación de tres párrafos, que habitualmente se dividen en: 1) reconocimiento de avances, 2) comparación con la situación nacional del Estado presentador, y 3) recomendaciones específicas. Si bien algunos gobiernos limitan su participación a la evaluación de aquellos países sobre los que tienen algún interés en particular, otros —como México— han optado por participar en todas las evaluaciones, evitándose así la selectividad.

⁷⁰ En las sesiones se realizan preguntas y se emiten recomendaciones, mismas que son simultáneamente recogidas por una *troika* de países seleccionados aleatoriamente, que después compilan un informe que es considerado por el Consejo en el periodo de sesiones siguiente. Es importante que esta *troika* tenga la capacidad analítica y técnica que le permita descartar recomendaciones notoriamente improcedentes, evitar su repetición e integrarlas en un informe coherente y bien estructurado. Para todo ello, la participación a través de expertos resultaría muy útil.

⁷¹ Particularmente, a partir de la Tercera Cumbre de las Américas. Ver Declaración de Quebec, 22 de abril de 2001, párrafo 7, disponible en http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_dec_sp.pdf (fecha de consulta: 27 de julio de 2016).

⁷² Entre los que destacan las reformas al Reglamento de la CIDH de marzo de 2013, producto de un proceso de reflexión para el fortalecimiento de la Comisión llevado a cabo en el seno de la OEA entre 2011 y 2013.

⁷³ Los órganos del SIDH financian sus actividades con recursos provenientes de dos fuentes, la primera del fondo regular, en virtud de las cuotas que los Estados destinan a la OEA, y la segunda de las contribuciones voluntarias que aportan los Estados miembros, los Estados Observadores, los Estados no miembros, y otras instituciones y organizaciones. A menudo, estas contribuciones se proporcionan para fines específicos.

⁷⁴ Durante los años 2014 y 2015 las contribuciones voluntarias disminuyeron drásticamente, especialmente aquellas que se obtenían de países europeos, colocando al SIDH en su conjunto en una situación financiera muy preocupante, que se agudizó drásticamente durante el año en curso. Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015, capítulo VI “Desarrollo Institucional y Asuntos Administrativos”, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/indice.asp> (fecha de consulta: 27 de julio de 2016) e Informe Anual de la Corte Interamericana 2015, capítulo IX “Presupuesto”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf (fecha de consulta: 27 de julio de 2016).

Sobre el autor

Luis Alfonso de Alba



Luis Alfonso de Alba es el Representante Permanente de México ante la OEA, a donde llega tras haberse desempeñado como Embajador de México en Austria, concurrente ante Eslovenia y Eslovaquia y Representante Permanente de México ante los Organismos Internacionales con sede en Viena. Perteneció al Servicio Exterior Mexicano desde 1983, y desde entonces ha sido miembro de las delegaciones de México en numerosas reuniones regionales y globales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, además de haber sido el primer Presidente del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Entre los cargos que ha ocupado el Embajador de Alba en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México se encuentran el de Director General para el Sistema de Naciones Unidas; Director para Asuntos Sociales y Humanitarios; y Jefe de Asuntos Políticos en esa dirección. Asimismo, fue

Representante Permanente Alternativo de México ante la OEA.

Como embajador de México, ocupó los cargos de Representante Permanente Alternativo ante las Naciones Unidas en Nueva York, así como ante el Consejo de Seguridad; Representante Permanente de México ante las Naciones Unidas y otras Organizaciones Internacionales con sede en Ginebra, y Representante Permanente de México ante las Naciones Unidas, en donde fue vicepresidente del Consejo Económico y Social (ECOSOC), Presidente de la Comisión de Desarme y Seguridad Internacional (Primera Comisión) de la Asamblea General de la ONU durante su 59º Período de Sesiones y recientemente, de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

El Embajador de Alba realizó estudios de Licenciatura en Relaciones Internacionales en el *Institut d'Etudes de Relations Internationales* en París, Francia.

Sumario

Introducción;

1. *Argentina;*

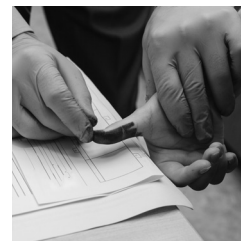
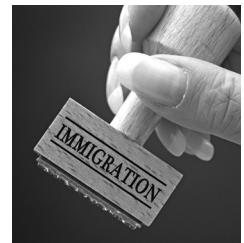
2. *Brasil;*

3. *Ecuador;*

4. *Uruguay;*

5. *Perú;*

Conclusión



Movilidad Migratoria en Latinoamérica y Derechos Humanos, Evolución de la Normativa Migratoria en la Región

Catalina Magallanes

Introducción

La migración en América Latina y el Caribe se caracteriza por un gran movimiento interregional de razas diversas en sus orígenes territoriales, demográficos y culturales, siendo la juventud indígena (con importante número de menores) el grupo más vulnerable dentro de su pueblo y los pueblos de destino migratorio.

Preocupa enormemente que estos jóvenes dejen sus culturas y a la vez sean víctimas de altos grados de discriminación y rechazo por parte de la sociedad de acogida y frecuentemente por las mafias organizadas y explotadores que se aprovechan de su estado de vulnerabilidad generalizado, ya sea por sus características físicas, o por su nivel generalizado de analfabetismo e indefensión (por su corta edad).

La pobreza, la presión demográfica en sus territorios, la falta de acceso a la educación que dificulta la inclusión

social tanto en sus países como en el de destino, y en los últimos años, las catástrofes climáticas (migrantes o refugiados medioambientales) son algunos de los factores que contribuyen a esta migración.

Los Estados de la región latinoamericana, como ya se indicó precedentemente, ante el incremento de la movilidad en esta última década, es donde comienzan a verse estos hechos como una preocupación. Este hecho es reflejado a través de la actualización de la legislación migratoria de la mayoría de los países de la región: en Argentina la Ley 25871 de Migraciones 21/01/2004, en Uruguay la Ley 18250 de enero 2008, de Migraciones, en Bolivia la Ley 370 de Migraciones de mayo de 2013 y su Reglamento de marzo de 2014, N°1923, en el Perú el Decreto Legislativo de Migraciones N° 1236 de septiembre de 2015, y en Ecuador la Ley Orgánica de Movilidad Humana del 2016.

Hasta el momento quienes velaban con gran dificultad por los derechos de este colectivo vulnerable eran las organizaciones civiles y organismos internacionales, entre ellos el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

En Latinoamérica, el Caribe y Centroamérica, existe una constante movilidad migratoria regional, que en algunos colectivos se repite de forma cíclica, como por ejemplo la movilidad constante que tiene como país de destino Argentina, siendo los países de mayor flujo de emisión de migrantes, los peruanos, los estudiantes o migrantes económicos e indígenas ecuatorianos, los migrantes económicos bolivianos, y la contante de Paraguayos.

Por otra parte, existe un gran número de argentinos en las costas de Brasil, y en la última década, el Ecuador pasó a ser el país con mayor número de refugiados en la región: en la actualidad ya suma más de 55 mil refugiados, siendo el 90% de ellos colombianos, quienes en las últimas décadas han pedido refugio también en Ecuador, Venezuela y Argentina.

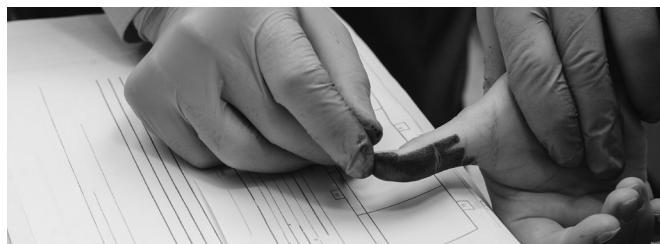
Esta movilidad interregional trae como consecuencia que los primeros llegados alcancen la mayoría de edad,

dejando a sus hijos adultos y con la nacionalidad del país de destino, transformándose en una constante en la historia de esta región de ciudadanos de doble nacionalidad que van y vienen por la región, algunos naturalizados y otros por nacimiento y la segunda nacionalidad por el derecho de la sangre *ius sanguini*.

Así, hoy encontramos en la mayoría de los países latinoamericanos a una población Argentina con doble nacionalidad y en la misma Argentina, vemos peruanos/argentinos, paraguayos/argentinos, y así sucesivamente con todos los países de la región.

Actualmente existe una fuerte migración desde las comunidades de origen hacia otras zonas rurales o hacia las ciudades, mientras que en lo que toca a los gobiernos, las políticas de acompañamiento y los programas de inclusión son casi invisibles y resulta alarmante la falta de información sistemática en relación al flujo migratorio que se incrementa con el colectivo de desplazados y la llegada de refugiados de otros continentes.

Latinoamérica posee un proyecto ambicioso, conocido como *Plan de Acción Brasilia 2014*, aunque éste se encuentra retrasado o muy lento, ante el hecho de



que ya se tiene el problema adentro y se ha consolidado. Aunque los expertos indican que no es falta de voluntad, sino falta de presupuestos.

La región se caracteriza por un trabajo lento en cuanto a los planes o programas de inserción e integración de las personas inmigradas a los distintos países que la componen. En materia de gestión de la migración en general, y en particular el colectivo de los jóvenes trabajadores migrantes¹, los derechos colectivos de los indígenas² y la dificultad de su inclusión en la sociedad de acogida, son los problemas a ocuparse *ya*.

A fines de 2015 vemos los grandes cambios que se pretenden y nos ofrecen un futuro favorable para la gestión de la migración en Latinoamérica, vemos en Uruguay la posibilidad de obtener la ciudadanía Mercosur y la acogida de los refugiados a través de la apertura legal y movilización para su recepción e integración en la sociedad

de acogida con un resultado positivo en la integración de los ya acogidos según se informa a los medios públicos (puede encontrarse esta noticia en Google).

Con su programa *Patria Grande* en el 2013, Argentina pudo regularizar a más de 750 mil extranjeros, posteriormente llegaron el *Programa Siria* para los solicitantes de protección internacional de este país y los libaneses, y los visados humanitarios pensados para los haitianos y otros colectivos vulnerables.

Brasil siguió el mismo paso de Argentina en cuanto a los sirios con un programa específico para los afectados en Siria a través del programa para los refugiados con una apertura y desburocratización del proceso que agilizó la protección de este colectivo, postergando el componente procesal, hecho que llevó a la acumulación y un enorme retraso en el proceso de protección internacional como refugiado.

“El gran incremento de la movilidad humana en los últimos años, es un indicador de que se está tomando conciencia del hecho irreversible de la movilidad humana constante y cíclica hasta llegar a ser considerada casi natural.”

En su nueva legislación, Perú con un alto perfil humanitario, y mostrando su evolución a través del Decreto Legislativo 1236 promulgado en septiembre de 2015, facilitaba la llegada y permanencia de extranjeros, con la aparición de la categoría de visitante temporal y residente. Esta legislación pone la mira en los extranjeros que quieran realizar visitas cortas, estudiar, realizar actividades lucrativas y otras residencias, entre las que se incorpora la posibilidad de regularizarse sin la necesidad de salir del país, e incorpora la categoría de migración humanitaria para víctimas de trata de personas, refugiados y menores no acompañados.

La actualización y renovación continua de las legislaciones migratorias en los distintos países latinoamericanos, nos

indican que el gran incremento de la movilidad humana en los últimos años, es un indicador de que se está tomando conciencia del hecho irreversible de la movilidad humana constante y cíclica hasta llegar a ser considerada casi natural en un futuro no muy lejano.

1. Argentina

Como ya se indicó precedentemente, Argentina es uno de los primeros países de destino migratorio de la región Latinoamericana, con una larga historia de solidaridad y acogida migratoria a todas las naciones del mundo. Durante el siglo XIX recibió una gran inmigración de ultramar que contribuyó a poblar el país. Un aluvión de inmigrantes europeos, griegos, turcos, armenios, judíos, entre otros, llegaron a la Argentina en busca de una vida prometedora.

En los 70 años, desde 1860 a 1930, este país fue un fenómeno de crecimiento, modernización y consolidación de la democracia con una política estable, época en la que surgen los ferrocarriles que conectan el país de un extremo al otro y los barcos a vapor conectando el mercado internacional entre Buenos Aires y Europa, llegando a ser la Argentina un país poderoso de gran movimiento económico internacional y crecimiento en todos sus aspectos.



En mitad del siglo XX comienza la llegada de inmigrantes intra-regionales de Bolivia, Perú, Paraguay, Chile, Ecuador, y Perú, siendo este último el mayor colectivo inmigrante³.

Esta migración regional masiva dio lugar a un grave problema de inmigración irregular que llevó a las autoridades migratorias argentinas a planificar la regularización de la población inmigrante, dando lugar a la aprobación en el año 2003 de una nueva Ley de Migraciones y en el año 2004 lanza el Programa de Normalización Documentaria Migratoria, que comenzó con la regularización de los ciudadanos de países fuera de la órbita del MERCOSUR y posteriormente el ya mencionado programa *Patria Grande*, para regularizar a la inmigración de países del MERCOSUR.

Bajo este programa, solicitaron su regularización alrededor de 430 inmigrantes, entre el 2006 y 2008, siendo el 90% de los solicitantes de nacionalidad

Paraguaya, Boliviana y Peruana, esta cifra indica “...que existía un atraso importante en la regularización legal de la población extranjera⁴”.

Cerca del 30% de los extranjeros MERCOSUR que residían en el país iniciaron trámites de radicación bajo *Patria Grande*, cifra que señala la gran relevancia de la intervención.

Siguiendo la gestión de la migración de Argentina y su constante actuar favorable al ingreso de la inmigración, veamos ahora el siguiente programa, de corte netamente humanitario.

En el año 2014, las autoridades de migraciones se movilizaron inmediatamente a través del *Programa Siria*⁵, un programa especial de visados humanitarios en miras de ofrecer una respuesta concreta a la grave crisis humanitaria originada por el conflicto armado en la República Árabe Siria donde, en ese entonces, ya fueron afectadas más de 6,5 millones de personas de las cuales

la mitad son niños, conflicto que persistía desde hace cuatro años.

A través de este programa, Argentina abre las puertas a todo aquel solicitante de protección internacional de nacionalidad siria y sus familias, así como a los palestinos que hayan residido en Siria y tengan un *llamante*. Esto significa que los solicitantes de protección internacional deben ser *llamados* por una persona que los garantiza, ya sea familiar o que posea lazo de afectividad demostrable, como requisito imprescindible.

Para el inicio de la solicitud de Permiso de Ingreso por parte de la persona que actúe en calidad de llamante, se requiere la presentación de una carta de invitación a los beneficiarios con carácter de declaración jurada, fundada en un vínculo de parentesco o afectividad con ciudadanos argentinos o con residentes en la República Argentina que actúen en calidad de llamantes, quienes asumirán el compromiso explícito de brindar asistencia en materia de alojamiento y manutención a las personas beneficiarias, acompañando su proceso de integración y autosuficiencia.

Para estos efectos, el vínculo de parentesco familiar se entenderá en sentido amplio, abarcando al cónyuge o la

persona con la cual la persona se halle ligada en razón de afectividad y de convivencia, y los vínculos de consanguinidad, incluyendo a ascendientes y descendientes y colaterales hasta el cuarto grado, e independientemente de la edad de quienes integren el grupo familiar, siempre y cuando los principales reúnan las condiciones como beneficiarios.

En cuanto al vínculo de afectividad, quedará alcanzada toda relación de conocimiento personal previa, por cualquier motivo lícito, razonable y justificable (familiar, social, estudio, trabajo, etcétera).

El trámite de solicitud se realiza de forma totalmente gratuita, la primera residencia es por el periodo de dos años, prorrogable por un año; después de tres años en la Argentina ya podrán pedir su residencia permanente en el país. Este Programa fue puesto en marcha en octubre de 2014 con una vigencia hasta el 2015, aunque las autoridades migratorias ya preveían su prórroga mientras el conflicto persista.

Argentina es un país con una importante comunidad sirio-libanesa y es por ello que se prevé una buena inserción de los que sean beneficiarios de la protección internacional, puesto que

la comunidad que ya está arraigada presento su voluntad en colaborar la acogida e inserción de los protegidos.

Hasta agosto del 2015, las cifras oficiales del ACNUR indicaban la existencia de 5.000 refugiados⁶.

“La República Argentina cuenta con una importante comunidad de sirio-libaneses con fuertes lazos comunitarios, quienes se encuentran vinculados en Asociaciones y Federaciones que han demostrado en numerosas oportunidades su solidaridad hacia quienes sufren las consecuencias del conflicto de la República Árabe Siria, y que han expresado su interés en acompañar el proceso de recepción, acogida e integración de los beneficiarios de este Programa Especial”, rezaba el texto de la normativa⁷.

Actualmente Argentina posee una población inmigrante que representa el 4,5% de la población, y aproximadamente el 80% en la provincia de Buenos Aires seguidas de Misiones y Formosa.

2. Brasil

Este enorme país, con una gran llegada de inmigración variada, que mayormente es utilizado como país de paso para otros destinos, hoy posee un número elevado de refugiados

debido a su gran gesto respecto a esta situación. Brasil ha desburocratizado el trámite de asilo y reconoce su carácter a cualquier persona que pueda demostrar ser ciudadano Sirio (a diferencia de Argentina, que como ya se indicó precedentemente, exige un llamante).

Siendo el país de Latinoamérica con mayor cantidad de solicitantes de protección internacional de sirios y libaneses, y cuenta con la colaboración del ACNUR respecto a la gestión, asistencia y proceso de solicitudes de protección internacional.

A pesar de que recibe mucha migración, la población brasilera muestra un alto grado de racismo y actualmente se encuentra encendida una alarmante de xenofobia contra el colectivo inmigrante ya sea refugiado o migrante económico de la región y otros continentes, como africanos, españoles, refugiados sirios y en particular la comunidad haitiana.

Es aquí donde el estado debe actuar y crear urgentemente programas de sensibilización a la población y funcionarios, aunque ya están trabajando los planes de integración, como por ejemplo en Sao Paulo, aunque el ritmo de trabajo es muy lento y no condice con la inminencia de la situación, se

espera que pueda llegar el ritmo de trabajo a estar a la par del ritmo de la necesidad.

Se debiera emplear toda la fuerza en consolidar programas de inserción para la inclusión y plena integración social, que garantice una sociedad pacífica, armónica y en crecimiento favorecida por la riqueza de la interculturalidad.

“Toda base de la consolidación de una buena integración está en trabajar la acogida, la inserción laboral y social para llegar a la plena integración e inclusión del foráneo en la sociedad de acogida.”

Toda base de la consolidación de una buena integración está en trabajar la acogida, la inserción laboral y social para llegar a la plena integración e inclusión del foráneo en la sociedad de acogida.

Al mismo tiempo, Brasil enfrenta un gran desafío para consolidar sus programas de integración, pues el constante conflicto entre el estado

federal con algunos estados, como en el caso de San Pablo que recibe el 40 por ciento de las solicitudes de asilo entre sirios, libaneses y haitianos con visado humanitario. De no lograrse un acuerdo para delimitar y coordinar las competencias entre los municipios, estados y estado federal, será muy difícil lograr una plena y consolidada integración del foráneo. Para que este esfuerzo produzca resultados positivos, las fuerzas deben ser aunadas y encaminadas a un mismo fin: la plena integración del colectivo inmigrante y la facilitación de la inserción social y laboral e inclusión del grupo familiar.

En el caso de Brasil, el idioma presenta problemas para lograr la inserción en la sociedad de acogida. Los inmigrantes de habla castellana lo encuentran como una barrera que dificulta la inclusión, el estado Brasileño no fomenta su idioma como un vehículo para la integración, puesto que lo promueve como una segunda lengua en los planes de inserción e integración en lugar de como una herramienta esencial y obligatoria.

Se han denunciado casos de deportación efectiva en un importante porcentaje, en particular con los nacionales que no son del Mercosur, así como la existencia de un pasillo en el Aeropuerto Internacional de Guarulhos

Sao Paulo en el que se encuentran personas en espera de devolución. La oficina de ACNUR en esta ciudad recibió reportes de la existencia de personas detenidas en una espera de hasta cuatro meses.

3. Ecuador

Este país ha roto con su legislación migratoria de más de cuarenta años y vuelca en la nueva Ley Orgánica de Movilidad Humana los principios fundamentales del ser humano como ... *persona sujeto de derechos, el buen vivir y la seguridad humana* ... La nueva ley intenta abarcar todas las expresiones de la movilidad humana, partiendo de la emigración, la inmigración, el retorno, la protección internacional dentro de la cual se encuentran el asilo, refugio y apatridia.

En su exposición de motivos, la Ley expresa tres conceptos ambiciosos para la región: la ciudadanía universal, la ciudadanía latinoamericana y la caribeña, tomando como principio constitucional la libre movilidad humana y siguiendo el principio constitucional de que ningún ser humano es ilegal por su condición migratoria.

Este país se caracteriza por su constante movilidad migratoria, tanto de inmigración como emigración,

marcada por tres grandes momentos de movimiento migratorio al exterior:

la primera en los años 50 con una salida masiva de los ecuatorianos a los Estados Unidos y Canadá, entre otros;

- la segunda, alrededor del año 2000 en adelante, donde movidos por el llamado *feriado bancario* que provocó una crisis enorme en este país y una salida masiva de hasta 2 millones de ecuatorianos a destinos como España, Italia, Estados Unidos, Chile, entre otros;
- la tercera es la vuelta masiva de los ecuatorianos con la crisis de Europa y los solicitantes de asilo colombianos.

Todo esto obligó a replantearse la legislación y adaptarla a las nuevas situaciones intentando cubrir cada una de las ellas y en particular las que se incrementan o se consideran *nuevas* situaciones ante la Ley que va quedando *consuetuda*.

Al mismo tiempo, Ecuador es un país ejemplar en asistencia a sus nacionales fuera del país, con importantes programas concretos en el exterior a través de programas de asistencia, protección y retorno a los ecuatorianos en el exterior.

Durante la crisis española del año 2008, y ante los desahucios indiscriminados de familias enteras, entre las cuales un número importante eran ecuatorianos, Ecuador se enfrentó a España públicamente y puso en marcha medidas como la prohibición a las entidades bancarias de ejecutar deudas a sus nacionales en el Ecuador.

Ante este grave problema, las embajadas ecuatorianas en España han emprendido programas asistenciales mediante los cuales brindan asistencia jurídica gratuita a los afectados por las *hipotecas basuras* a través de la llamada *plataforma para el desahucio*, el programa para el retorno voluntario de los ecuatorianos, entre otras medidas ejemplares por parte de este país.

4. Uruguay

Al igual que la Argentina, este país cuenta con una trayectoria legislativa innovadora que incluye importantes avances normativos y por ende, sociales.

Actualmente dio un paso importante otorgando la residencia permanente para los extranjeros residentes nacionales de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR, a través de la Ley 19.254 que favorece a los extranjeros padres, hermanos y/o nietos de

nacionales uruguayos. Esta ley respeta el espíritu de los compromisos internacionales de los cuales Uruguay es parte y hace efectivo el derecho internacional promulgado.

Asimismo, Uruguay siguiendo su carácter innovador, fue el primer país de Latinoamérica que impulsó la acogida de solicitantes de asilo de los nacionales de la República Árabe Siria, promulgando la gestión de su protección internacional.

Los primeros sirios acogidos fueron 120, en dos etapas, los cuales han sido exitosamente integrados, los adultos laboralmente y los niños debidamente escolarizados. Según fuentes oficiales del gobierno, su evolución en cuanto a la integración es favorable con los inconvenientes normales que provocan la barrera del idioma y culturas diferente en cuanto al país de origen y el de acogida, según informó el entonces canciller Luis Almagro al periódico el Observador en septiembre del 2014.

5. Perú

En septiembre del 2015 entró en vigor el Decreto Legislativo de Migraciones N°1.236 que pretende adecuarse a la realidad en materia de movilidad humana en el país.

A diferencia de Ecuador, en Perú se presenta una nueva legislación de movilidad humana, pero según indica en su artículo primero ... *el Estado reconoce el aporte de los migrantes internacionales a la cultura, economía, ciencia y diversas facetas de desarrollo* a los países. Esta legislación sigue los principios internacionales de no criminalización de la migración irregular, la no discriminación y la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia de migración, y se establece el principio de reciprocidad en el trato con los demás Estados.

Teniendo en cuenta que la región latinoamericana posee una gran migración de menores, algo destacable y de gran importancia a nivel migratorio es el reconocimiento de la actuación pro interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos por el hecho de ser persona, el cual debe regir a nivel institucional y entre la sociedad misma como un deber.

Seguidamente, promueve como principio esencial que el Estado peruano velará por la promoción y garantía de la unidad familiar de los extranjeros y nacionales, siguiendo el principio internacional de la Declaración de los Derechos Humanos ... *considerando que la libertad, la justicia y la paz en el*

mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...

Conclusión

Es evidente que en los distintos países latinoamericanos expuestos ha existido una evolución en la toma de conciencia de la importancia en la gestión y reconocimiento del incremento de la población de inmigrantes en estos países, la cual se ha manifestado a través de la actualización de su normativa migratoria y los distintos programas que abren el camino a los diferentes flujos migratorios en sus más variadas modalidades y motivos.

Latinoamérica es una región que merece reconocimiento por su actuar favorable y orientado al respeto, inclinándose siempre por la efectividad de los derechos humanos, en especial los derechos básicos o fundamentales de las personas como el derecho a la vida en familia, el interés superior del niño y el principio de no ilegalidad a la migración.

Se podría plantear como crítica constructiva la falta de inversión suficiente en la gestión de la migración, en

especial en trabajos orientados a la inserción para la adecuada integración del colectivo inmigrante. Esta inversión favorece o facilita el camino al inmigrante, promoviendo la adecuada y

pacífica convivencia entre los foráneos y la población de acogida, asimismo, evita el comercio paralelo (negro) que se genera con la migración irregular o mal gestionada.

¹ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

² Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)

³ Pellegrino, 2009; SICREMI 2011a y 2011b; Texidó, 2008

⁴ Felisiak y Vega, 2009

⁵ Visto el Expediente N°S02:0019782/2013 del registro de la Dirección Nacional de Migraciones, organismo descentralizado actuante en la órbita del Ministerio del Interior y Transporte, la Ley N°25.871 y el Decreto N°616 del 3 de Mayo de 2010, CONSIDERANDO: Que en la República Árabe Siria tiene lugar un conflicto armado que lleva más de tres años de duración, en el marco del cual no sólo se han perdido muchas vidas, sino que también se ha generado el desplazamiento forzoso de una gran parte de su población, con aproximadamente seis millones y medio de personas desplazadas internos y más de tres millones de refugiados, la mitad de ellos niños, que han sido acogidos principalmente por los países vecinos de la región, según la información disponible de los organismos internacionales como el alto comisionado de las naciones unidas ACNUR. Que en virtud de ello, el presente programa especial de visado humanitario para extranjeros afectados por el conflicto de la república árabe siria “Programa Especial Siria”, tiene como objetivo dar una respuesta concreta a la grave crisis humanitaria que continua asolando a dicho país y a la situación de emergencia en que se encuentra la población refugiada, en el entendimiento de las necesidades de protección y las proporciones de la crisis humanitaria que continua asolando a dicho país y a la situación de emergencia en que se encuentra la población refugiada, en el entendimiento de que las necesidades de protección de la crisis humanitaria que afecta a la población civil, requiere del mayor compromiso por parte de todos los Estados y de respuestas basadas no solo en el derecho internacional de los refugiados. Que la presente se enmarca en las de protección de los derechos humanos que sostiene la República Argentina y la Dirección Nacional de Migraciones, y se corresponde con otras medidas gubernamentales adoptadas en ese sentido para con la población de refugiados de origen Sirio, tendientes a facilitar y garantizar la reunificación de los refugiados sirios reconocidos por la República Argentina con sus familiares, fundamentalmente en el marco del procedimiento especial para el tratamiento de las solicitudes de ingreso por razones de reunificación familiar y reasentamiento establecido por Disposición DNM N° 2747 del 12 de septiembre de 2013. Que asimismo esta iniciativa responde a los continuos llamamientos realizados por los organismos internacionales, en particular por el ACNUR, a fin de que los Estados ofrezcan posibilidades de ingreso, admisión humanitaria o reasentamiento a la población afectada, sin perjuicio de asegurar que quienes huyen del conflicto tengan el derecho a solicitar asilo.

⁶ <http://www.onu.org.ar/acnur-crisis-de-refugiados-en-el-mediterraneo-y-europa>

⁷ <http://www.lanacion.com.ar/1825032-rige-en-la-argentina-el-programa-siria-para-recibir-a-refugiados>

Sobre la autora

Catalina Magallanes



Catalina Magallanes es experta en migraciones internacionales y extranjería. Actualmente reside en Barcelona, España, donde desarrolla diferentes tareas relacionadas con la acogida, inserción e integración del colectivo inmigrante. Es la fundadora y Presidenta de la Asociación INTEGRAL, entidad creada para la defensa de los derechos de los inmigrantes en Barcelona y la gestión de su acogida e integración en la sociedad de acogida.

La Doctora Magallanes, poseedora de un Diploma en Derecho Internacional otorgado por la OEA, ha escrito varios libros relacionados con la gestión y el derecho del inmigrante en España y Latinoamérica, entre ellos “Manual para el Inmigrante (Editorial Carena, Barcelona, España, 1ª y 2ª edición, 2009 y 2012); “Ser Inmigrante Latinoamericano en España” (Editorial Al Margen, Buenos Aires, Argentina, 2013); y “Todos los Procesos de Extranjería y sus Actuaciones Administrativas” (Editorial Bosch, Barcelona, España, 1ª y 2ª edición, 2015 y 2016).

Sumario

Introducción;

I. *Protección Internacional desde el punto de vista Europeo y Latinoamericano;*

II. *Herramientas de protección internacional;*

1. Asilo; 2. Refugio; 3. Asilo y Refugio en América Latina; 4. Asilo y Refugio en Europa



Catalina Magallanes

Aspectos Jurídicos de la Protección Internacional

Introducción

La comunidad internacional enfrenta actualmente una tragedia humana de una magnitud nunca vista, que ha dado origen al uso indistinto y confuso de los términos *asilo* y *refugio*, conceptualización que, según la región donde sea utilizada, puede abarcar ambas figuras como sinónimos, como parte de un proceso dando lugar uno al otro, o diferenciándolos.

Este trabajo intenta, a partir del concepto de protección internacional, buscar el origen de cada uno de sus instrumentos y llegar a su correcta definición.

La protección internacional puede ser definida como el conjunto de las actividades destinadas a asegurar el acceso igualitario y el disfrute de los derechos de mujeres, hombres, niñas y niños. Están obligados a brindarla los Estados que son partes de la Convención de Ginebra y bajo la competencia del Alto Comisionado de las Naciones

Unidas para los Refugiados (ACNUR), de acuerdo con los instrumentos y marcos legales pertinentes, incluyendo el derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. El ACNUR actúa entonces como organismo ejecutor de la protección internacional a los solicitantes en sus distintas circunstancias y causas, y en tal capacidad, es el encargado de aplicar las convenciones internacionales. En este sentido, la efectividad de su labor dependerá de la cooperación de los Estados con el Alto Comisionado.

“La protección internacional puede ser definida como el conjunto de las actividades destinadas a asegurar el acceso igualitario y el disfrute de los derechos de mujeres, hombres, niñas y niños.”

Por su parte, la Convención de Ginebra de 1951 es el primer instrumento de protección internacional de los refugiados, a través de la cual se establecen las bases y los primeros pasos para la protección internacional de las víctimas de atentados contra sus derechos en las distintas formas. Posteriormente, el Protocolo de Nueva York de 1967 retiró las restricciones geográficas y temporales de la convención de Ginebra.

I. Protección Internacional desde el punto de vista Europeo y Latinoamericano

La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional¹, determina que para garantizar la igualdad de trato de los solicitantes en toda la Unión, ésta deberá aplicarse en todas las fases y tipos de procedimientos de solicitud de protección internacional, en todos los lugares e instalaciones en los que se alojen los solicitantes y durante todo el período en que se les permita permanecer como solicitantes en el territorio de los Estados miembros.

Es importante referirnos también a la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida². Este instrumento normativo define al estatuto de los refugiados y la protección subsidiaria, de la siguiente manera:

- *Estatuto de refugiado*: es el reconocimiento de la calidad de refugiado a un nacional de un tercer país o apátrida.
- *Protección subsidiaria*: es aquella dada por un Estado a un nacional de un tercer país o apátrida que no reúne las condiciones para el refugio pero tiene que, hay temor fundado de riesgo a su integridad o vida en caso de ser devuelto al país de origen o última residencia.

En la normativa Española, la Ley 12/2009, de 30 de octubre de 2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria³, establece los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de



la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

En América Latina encontramos en la legislación migratoria del Ecuador un título dedicado a la protección internacional definiéndola como un *deber* del Estado que consiste en garantizar, sin discriminación y en igualdad de condiciones que a los ciudadanos ecuatorianos, el acceso y el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras que no reciben esta protección del país de su nacionalidad.

II. Herramientas de protección internacional

1. Asilo

Considerado un instituto jurídico de origen griego *asylon* - *asylos* cuyo significado es “*lo que no puede ser tomado*”, el asilo se entendía como un lugar inviolable que brinda protección a

la persona como sujeto sagrado; Su carácter religioso lo define como un lugar divino.

Esta figura florece en Europa durante los enfrentamientos entre el poder eclesiástico y el poder civil, y trasciende hasta la Revolución Francesa, momento histórico en que es incorporada a la constitución de 1791, en la cual encontramos la leyenda... “*se concede asilo a los extranjeros desterrados de su patria a causa de la libertad*”... y desde entonces se expande por Europa dando protección a los perseguidos políticos.

Desde sus inicios, su finalidad fue proteger a la persona y su evolución fue especificando su función con una regulación casi similar según el país o la región de la que se trate y desde allí veremos cómo en algunos países asimilan la figura al *refugio* o le dan un tratamiento de sinónimo.

La Directiva 2003/9/CE del Consejo Europeo de 27 de enero de 2003, por

la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros⁴, establece que *cualquier* solicitud de protección internacional será considerada solicitud de asilo, salvo que el solicitante pida explícitamente otra protección.

En Latinoamérica es donde mayor desarrollo se le ha brindado al asilo, relacionándolo directamente con la persecución política, y es donde surgen dos tipos de asilo: el *territorial* y el *diplomático*, aunque hoy según el país del que se hable, en su normativa puede ser diferenciado del refugio o tratado como su sinónimo.

El concepto *jurídico* de asilo en América Latina tiene su origen en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, el cual desarrolla el tema de forma exclusiva en todo un capítulo del que fueron parte Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

Posteriormente lo hizo la Convención sobre Asilo de la Habana de 1928, ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Paraguay.

Cinco años después, se firma la Convención sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1933, que produce algunas modificaciones a la anterior de la Habana y fue ratificada por Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Paraguay.

Ya en el año 1939 se firma en Montevideo el Tratado sobre Asilo y Refugio Político firmado por Paraguay y Uruguay.

Sin embargo, el instrumento más importante es la Convención sobre Asilo Diplomático, firmada en Caracas, Venezuela en 1954, en la que se fijan los derechos y obligaciones de los Estados parte en materia de asilo diplomático y de la que inicialmente fueron parte Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá y Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Este instituto toma impulso en Latinoamérica en la época convulsa de las dictaduras que recorrieron a lo largo y ancho la región. Es entonces que su denominación, ligada a lo político, toma fuerza al asociarse con las persecuciones de naturaleza ideológica propias de esa época.



Estos hechos dan lugar a la figura del *asilo diplomático y territorial*, cuyo caso emblemático es el del Doctor Hector Campora, quien solicitó asilo en la embajada de México en Buenos Aires, en donde permaneció durante tres años, hasta que fue enviado a México a través de la habilitación de un salvoconducto por parte de Argentina, para años después fallecer en 1980 en la ciudad de Cuernavaca, Morelos.

Al llegar a México, el Doctor Campora se transformó en asilado *territorial*, entendiendo esto como la protección dentro del territorio del país *al que se solicita protección*.

En el caso del asilo *diplomático*, éste es solicitado ante las legaciones diplomáticas, bien sea la embajada, consulado u oficina consular del país al que se pide protección, lugar inviolable que se encuentra dentro del lugar del que se huye o se está en peligro.

Actualmente encontramos un famoso caso similar al del Dr. Campora, en el cual el australiano Julian Assange se encuentra refugiado en la Embajada de Ecuador en Londres, la cual le concedió asilo diplomático el 19 de junio de 2012 y hasta hoy (finales del 2016) permanece en dicha embajada sin poder siquiera trasladarse al Ecuador.

El gobierno de éste último solicitó al de Inglaterra el salvoconducto necesario para trasladar a Assange inmediatamente, para evitar el deterioro de su salud, alegando que el encierro en un lugar donde no recibe luz natural hace que ésta empeore rápidamente poniendo en riesgo su vida.

El Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detenciones Arbitrarias pidió a los Estados británico y sueco que “*pongan fin a la privación de libertad*” del fundador de WikiLeaks y reconozcan su derecho a reclamar una compensación, en un dictamen “*jurídicamente vinculante*”, el cual ha sido ignorado por ambos gobiernos.

Es importante destacar que la figura del se asocia generalmente con la persecución *individual*, mientras que el refugio, como veremos a continuación, protege contra la persecución *colectiva*.

2. Refugio

Este instituto jurídico internacional de alcance universal, es convencional y de carácter apolítico, cuya función es resguardar la vida o salud de la persona a través del principio de *non refoulement* (no devolución).

Es aplicado ante la llegada *masiva* de solicitantes de protección internacional, ya sea por persecución, o por cualquiera de las causas enumeradas en la Convención de Ginebra del Estatuto de los Refugiados de 1951⁵ y su Protocolo de Nueva York de 1967⁶.

El motivo de la persecución puede ser religioso, racial, de nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado, o apatridia y el hecho de ser perseguido ya es suficiente para la concesión del refugio siempre que sea efectivamente fundado, partiendo del requisito impuesto por la Convención, cada Estado regula el procedimiento de concesión de refugio de acuerdo a su criterio y dentro de las bases sentadas por ésta. En este sentido, Brasil exige requisitos mínimos, mientras que Argentina exige como requisito principal y esencial en el caso de los sirios la existencia de un *llamante*, y por su parte en Europa cada país exige mayor o menor acreditación por medio de documentos, etc. Es de aclarar que a mayor exigencia documental o de acreditación para calificar como refugiado, mayor es la dificultad para conseguir la protección.

Recorriendo la normativa que regula el asilo y el refugio en los distintos países de Latinoamérica, podremos ver como cada país lo hace de forma indistinta o separada, es decir, no existe una corriente uniforme en la región.

Podemos destacar en el Perú el Decreto Legislativo 1236, que en su Capítulo II “*Asilo y Refugio*” y seguidamente en el artículo 46 establece “...*el asilo y refugio*

“Recorriendo la normativa que regula el asilo y el refugio en los distintos países de Latinoamérica, podremos ver como cada país lo hace de forma indistinta o separada, es decir, no existe una corriente uniforme en la región.”

son estatutos jurídicos otorgados por el estado Peruano para la protección de los titulares”.

Sin embargo, el Estado Ecuatoriano en su Ley de Movilidad Humana establece dentro del Título X y con el título de *Protección Internacional* ... “*que es un deber del Estado, que consiste en garantizar, sin discriminación y en igualdad de condiciones que los ciudadanos ecuatorianos, el acceso y ejercicio de los derechos de las personas extranjerías, que no reciben esta protección en el país de su nacionalidad*”

Dicha Ley considera además como sujetos de protección internacional a las personas reconocidas como refugiados y/o asilados reconocidos ya sea por el propio Estado o por un Estado miembro de UNASUR, además de los apátridas.

Por otra parte, Uruguay aborda el refugio en una legislación independiente a la que regula las migraciones, la Ley 18.076 titulada *Derecho al Refugio y a los Refugiados*, estableciendo la *obligación* del Estado de brindar esta protección a los solicitantes de la misma.

En América Latina, el refugio es una obligación de protección de todos los estados partes de la Convención de Ginebra y su Protocolo, mientras que el otorgamiento de asilo es discrecional,

aunque los Estados sean parte de acuerdos o tratados, pues no están obligados (como es el caso del refugio) por el principio de *non refoulement*. En Europa se presenta el caso contrario, como se aclara en capítulos siguientes.

3. Asilo y Refugio en América Latina

Como veremos a continuación, se puede decir en términos generales, que en Latinoamérica el refugio es una obligación por parte de los Estados partes de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, y que el asilo es un derecho que tiene el Estado y que ejerce con discrecionalidad.

A. **Argentina:** trata las figuras de asilo y refugio de forma separada, regulando como figura principal al refugio con una ley propia que a su vez incluye al asilo, a pesar de que ésta última históricamente fue la figura principal, como consecuencia de su origen en la gran masacre y persecución de la dictadura de 1976 en adelante, hasta la restauración de la democracia en el año 1983 con la presidencia de Raúl Alfonsín.

De tal suerte que el refugio se encuentra regulado bajo la *Ley General 26.165 de Reconocimiento y Protección al*

Refugiado, la cual fue sancionada el 8 de Noviembre de 2006. La norma hace referencia a los principios ratificados en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo de Nueva York de 1967. Establece de forma clara y detallada los principios de protección al refugiado: el de no devolución, el más favorable a la persona y la unidad familiar.

En su artículo 4 establece que ... *el término “refugiado” se aplicará a toda persona que:*

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

b) Ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos hu-

manos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Mientras que su Artículo 7 reza: *Ningún refugiado, entendiéndose como incluido en este término al **solicitante de asilo** ...*

Seguidamente vemos cómo el legislador trata ambos términos en un mismo hecho entendiéndose que la solicitud de asilo es la que da origen a la condición de refugiado, la ley lo expresa así:

*Artículo 14. La interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de **refugiado** tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de una decisión que autorice la extradición del solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado haya sido completado mediante resolución firme.*

Es aquí donde vemos que el legislador argentino separa estas dos modalidades de protección internacional, especificando las condiciones para ser beneficiario de la protección de refugiado y dejando el asilo abierto a otras posibilidades, aunque entendiéndolo asilo como la petición que da lugar al refugio, más allá de la norma que es especí-

fica del refugio y ligada al principio de *non refoulement*.

- B. **Brasil:** maneja un concepto amplio de refugio, aunque su política exterior admite el asilo territorial y el asilo diplomático en la constitución federal en su artículo 4.

Mediante la Ley de Refugiados n° 9474/97 reconoce el carácter de refugiado a todo aquel que acredite fundados motivos de persecución por razón de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política y se encuentre fuera de su país de nacionalidad o de última residencia, o no posea nacionalidad y no pueda o no quiera volver por fundados temores. Establece los mecanismos de protección internacional para toda persona que solicite el estatuto o condición de refugiado y demuestre alguno de los fundamentos que siguen las pautas de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su protocolo de New York de 1967.

Igualmente, la legislación sigue la tendencia internacional a nivel de las causas de persecución y protección que se extiende a sus familiares directos y los demás miembros de la familia, y señala que la solicitud

puede ser realizada ante *cualquier* autoridad de inmigración, aunque fue creado el CONARE (Comisión Nacional para los Refugiados) como organismo colegiado y vinculado al Ministerio de Justicia, responsable de la gestión de las solicitudes de refugio desde sus inicios hasta la decisión de concesión o denegación.

Finalmente, esta ley sigue las recomendaciones y principios del ACNUR, como órgano auxiliar que puede hacer sugerencias para agilizar los trámites en curso.

Por otra parte, el asilo no está regulado por una ley, a pesar de estar previsto en la Constitución Federal de Brasil de 1988, en su artículo 4:

... La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 1 independencia nacional; 2 prevalencia de los derechos humanos. 3 Autodeterminación de los pueblos; 4. No intervención; 5. Igualdad de los estados; defensa de la paz; 7. Solución pacífica de los conflictos; 8. Repudio del terrorismo y del racismo; 9. Cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad; 10. Concesión de asilo político ...

C. **Chile:** A través de la Ley 20430/10 y el Decreto 837/10, se establecen disposiciones sobre protección de refugiados, determinando que esta ley es aplicable a los solicitantes de refugio *desde que se encuentren dentro del país*. Así, permite que el extranjero que huye de cualquiera de las persecuciones enunciadas por la Convención, pueda primero acceder al Estado y luego realizar la gestión administrativa.

La normativa chilena se rige por los principios de la Convención del Estatuto de los Refugiados, como el de no devolución, y la prohibición de devolución en frontera, entre otros.

La Ley 20.430 consagra el principio de no devolución en forma específica, garantizando que una persona no será devuelta y contempla la no sanción por ingreso clandestino y permanencia irregular que complementan este principio. Se trata de un elemento positivo de este cuerpo legal que persigue los principios internacionales de no discriminación, de reunión familiar y de confidencialidad.

Permite entonces la posibilidad de acogerse a las normas de extranjería

y solicitar la residencia por esta vía cuando no reúna las condiciones como refugiado (lo que en Europa se trata bajo la figura de protección subsidiaria).

Introduce el principio fundamental del interés superior del niño y la condición de apatridia para solicitar refugio, a pesar de que Chile no ratificó las convenciones de la materia.

D. **Ecuador:** en su ya mencionada Ley de Movilidad Humana, incorpora once artículos que despliegan los institutos del asilo y refugio por separado y cataloga a las personas que pueden ser beneficiarias de protección internacional:

1. *Personas reconocidas como refugiadas...*
2. *Personas reconocidas como asilados...*
3. *Personas reconocidas como refugiados o asilados ...*

Además, su artículo 119 aclara su postura en cuanto a que cuenta con dos institutos diferentes de protección internacional: ... *el Estado ecuatoriano reconoce el derecho al asilo y al refugio ...*

Finalmente, la legislación realiza una clara definición y categorización del asilo, especificando que se

concederá asilo en caso de urgencia y por el tiempo necesario para que el asilado salga de ese país, ... *con el fin de precautelar la vida, libertad e integridad de la persona* ... y presenta dos categorías de asilo:

Asilo diplomático activo: es el que concede en sus sedes diplomáticas.

Asilo diplomático pasivo: es la asistencia que el Estado brinda facilitando un salvoconducto al Estado que acogió a un asilado en su sede diplomática dentro del territorio ecuatoriano.

En relación al refugio, realiza una definición y especificación de como solicitar la protección y detalla el proceso de reconocimiento.

Según Alfonsín Quintín, *“El asilo diplomático es una institución hispanoamericana, propia de los países en que las luchas políticas son más enconadas, más borrascosas”*.⁷

- E. **Perú:** Mediante el Decreto Legislativo de Migraciones N°1236 puesto en marcha el 26 de Septiembre de 2015, establece en su artículo 46.1 “El asilo y el refugio son estatutos jurídicos otorgados por el Estado peruano para la protección jurídica”.

Artículo 46.2: *Al asilo y al refugiado le son aplicables, en materia migratoria, las disposiciones contenidas en las normas o los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, y la normatividad especial vigente.*

Artículo 50. *Deber de protección. A solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior debe adoptar las medidas de protección necesarias para garantizar la seguridad de los asilados y refugiados en el territorio nacional, de conformidad con la normativa especial vigente.*

Esta legislación define *ambas* figuras como estatutos jurídicos aplicables según las normas internacionales de las que el Perú es parte, aunque habla de ellas como dos institutos diferentes, pero sin esclarecer la diferencia.

- F. **Uruguay:** Este país regula el instituto del refugio bajo la Ley n°18.076 con el título “Derecho al Refugio y a los Refugiados”, en ella desarrolla la obligación del estado de brindar esta protección internacional, las personas que poseen este derecho y pueden ser refugiados y cuáles son sus derechos y condiciones para obtener dicha protección.

Es interesante el detalle de la Ley que en su artículo primero define el derecho al refugio como el que toda persona tiene para solicitar y recibir refugio en el territorio nacional, salvaguardar su vida, su integridad física, moral e intelectual, su libertad y seguridad.

Recorriendo la ley uruguaya, vemos que en ningún momento incluye las palabras *asilo* o *solicitante de asilo*, situación que no ocurre con la mayoría de la legislación de los países de Latinoamérica, en particular los analizados, que en algunos casos tratan ambos institutos como sinónimos o entrelazan los términos. No obstante, este país suscribió varios convenios regionales sobre asilo, entre ellos, el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 y el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939, que en sus inicios establece que “... *El Estado que acuerda el asilo no contrae por ese hecho el deber de admitir en su territorio a los asilados, salvo el caso de que estos no fueran recibidos por otros Estados*”.

Llama la atención el detalle de que no es obligación del Estado admitir al solicitante de asilo, lo que no

ocurre con el refugio, que es una obligación con excepciones aunque muy estrictas y específicas.

El Convenio de Caracas sobre Asilo Diplomático en 1954 que fue ratificado por Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, es referencia en cuanto a las bases internacionales de la institución del asilo, puesto que establece los derechos y obligaciones de los Estados partes en materia de asilo diplomático, a diferencia del ya mencionado tratado del año 1939.

Sin embargo, el Convenio de Caracas establece que sus Estados partes tiene el derecho de conceder asilo a los perseguidos políticos más allá de no estar obligados a conceder ni a negar el asilo.

Reflexiones:

Después de haber realizado el análisis del trato que los países estudiados dan a la legislación de los instrumentos de protección internacional y en especial, a los términos *asilo* y *refugio*, vemos que no hay un criterio uniforme respecto a su definición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte, trata estos términos de forma diferenciada en el caso *Pacheco Tineo*⁸ al referirse a la protección internacional que se le negó a esta familia por parte del estado Boliviano, “... en los términos del artículo 22.8 de la Convención, en el sistema interamericano se ha llegado a reconocer el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad (e incluso formas del derecho al debido proceso) estén en riesgo de violación, ...”⁹

Vale destacar que aunque la Corte aclara que el refugio es la garantía de *non refoulement*, al referirse a *asilados o refugiados* implica, mediante el uso de la letra “o” que son dos cosas distintas.

Es decir que en Latinoamérica se puede hablar de asilo y refugio como dos institutos de protección internacional que poseen un mismo objetivo pero que tienen diferentes orígenes.

El asilo trasciende al refugio con un origen netamente político y entendido de esa manera, al punto tal que el Estado no está obligado a brindar la protección debido a que puede ejercer su discrecionalidad en la decisión, atendiendo a que es un *derecho* del Estado que lo contempla.

Por otra parte, el refugio tiene su origen en la Convención de Ginebra y está netamente relacionado con los conflictos de guerra, violencia y persecuciones, principalmente. El Estado se encuentra obligado a brindar la protección *salvo* en los supuestos específicos que lo eximen de la misma, y su protección esta ceñida al principio de *non refoulement*.

4. Asilo y Refugio en Europa

A. Unión Europea (UE)

Europa cuenta con normas y condiciones mínimas de acogida para los solicitantes de asilo en los Estados miembros, a partir de la Directiva 2003/9/CE de 27 de enero de 2003¹⁰. La normativa europea centra la protección internacional en el asilo, instrumento que da lugar al refugio, sin dejar lugar a duda ni otorgarles un tratamiento de sinónimos.

“En Latinoamérica se puede hablar de asilo y refugio como dos institutos de protección internacional que poseen un mismo objetivo pero que tienen diferentes orígenes.”

El objetivo europeo fue establecer un sistema europeo común de asilo como elemento esencial del objetivo de la UE, en aras de lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto para quienes busquen proyección en esta comunidad.

En la ciudad de Tampere, Finlandia, en el año 1999, el Consejo Europeo acordó la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), donde se establecieron los primeros pasos y pautas de este sistema, con base en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su protocolo de 1967 norma internacional que establece los principios fundamentales.

Las bases del sistema fueron garantizar el principio de *non refoulement*, un nivel y condiciones de vida dignos en todos los Estados miembros. Está centrado en respetar la dignidad humana (lo cual puede contrastar con la situación actual, cuando más de un millón de personas rodean las fronteras de Europa en espera de protección internacional, mientras que solamente se han reubicado oficialmente a 180 mil).

La tendencia de las condiciones que se establecieron fue lograr un trabajo armonizado para evitar desplazamientos

secundarios por mejores beneficios (situación que se vive actualmente con Alemania ya que todos quieren ir a ese país por la expectativa de mayores garantías y beneficios).

Entre los objetivos está, el de fomentar la coordinación adecuada entre las autoridades competentes responsables de gestionar la acogida de los solicitantes de asilo, priorizando el trabajo armónico entre las autoridades.

La normativa europea amplía las definiciones de solicitud de asilo y petición de protección internacional para que *cualquier* solicitud de protección internacional se considere solicitud de asilo. Define a este último como la presentación por un extranjero o apátrida, solo o con sus familiares, que solicita protección internacional de conformidad con la Convención de Ginebra.

La Directiva limita el asilo a familiares al cónyuge o pareja de hecho y los hijos menores de edad, a diferencia de Latinoamérica, en donde la solicitud de asilo se extiende a toda la familia sin límites. Una vez evaluada la solicitud y concedida la protección, el extranjero se convierte en *refugiado*, entendiendo el término según la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de Nueva York de 1957.

Es destacable que esta Directiva no es aplicable al asilo diplomático o territorial, y que es modificada por la Directiva 2013/33/UE de 26 de junio de 2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, la cual determina el establecimiento de una política común de asilo, regida por el principio de solidaridad en el reparto equitativo de responsabilidades.

La equitatividad de este reparto ha sido cuestionada actualmente, pues a principios del año 2016 hay en las fronteras europeas más de un millón de personas hacinadas en los campos de refugiados precariamente levantados a su alrededor, siendo Alemania el país de la UE que soporta el mayor peso en el afán por cumplir con su obligación impuesta por la Convención y la normativa europea. Para obtener un poco de perspectiva, pensemos que Alemania acoge a más de un millón¹¹ de solicitantes de asilo, mientras que Suecia recibe 75 mil.

Una vez determinados los recursos económicos del Fondo Europeo para los Refugiados y de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, éstos se movilizan con la finalidad de apoyar los esfuerzos de los Estados partes por dar cumplimiento a los compromisos asumidos.

Los principios confirmados por esta Directiva buscan garantizar la igualdad de trato de los solicitantes de protección internacional en toda la Unión Europea, y deben ser aplicados en todo el procedimiento de solicitud de protección internacional ante cualquier Estado de la UE.

Su aplicación implica que los Estados partes de la misma deben garantizar la aplicación de los siguientes principios y derechos:

- Efectividad del interés superior del menor, velar por la unidad familiar.
- Igualdad de trato de todos los solicitantes de protección internacional.
- Nadie puede ser internado (privado de su libertad) por ser solicitante de protección internacional. En caso de que sea estrictamente necesario internar a una persona, esto se deberá realizar con la debida diligencia respondiendo a la necesidad y con la mayor brevedad, garantizando su dignidad e integridad física y psicológica.

A diferencia de lo que sucede en el Sistema Interamericano, las normas de la UE son impuestas a los Estados

“A diferencia de lo que sucede en el Sistema Interamericano, las normas de la UE son impuestas a los Estados partes y estos están obligados a alinear su normativa nacional con las directivas de la UE.”

partes y estos están obligados a alinear su normativa nacional con las directivas de la UE.

Destaca que Europa en todo momento habla de *protección internacional a los solicitantes de asilo* o protección subsidiaria, quienes una vez aceptados, adquieren la condición de *refugiados*.

La normativa Europea es precisa, no mezcla los términos ni los utiliza como sinónimos, es una diferencia a destacar con la normativa de los distintos países de Latinoamérica.

B. España

Al abordar los derechos de los extranjeros en territorio español, la Constitución Española vigente, establece en su Artículo 13 que:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el

presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. . .

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”

La Ley 5/1984 de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, desarrolló este mandato constitucional, pero con los años y ya habiendo la Unión Europea desarrollado las distintas directivas mencionadas anteriormente, España ajustó su legislación nacional a la normativa europea con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria.

Esto significó establecer los principios de acogida de la primera fase del SECA, que se recogieron en las conclusiones de Tampere de 1999 y que fueran ratificadas en el *Programa de la Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia* de 2004¹² y anteriormente, la Directiva 2003/9/CE.

En particular, esta norma se alinea a los principios fundamentales de la Convención de Ginebra de 1951 y su protocolo de Nueva York de 1967 que determinan los principios básicos de

non refoulement, y la obligación de brindar protección internacional a todo extranjero no comunitario o apátrida que la solicite y que justifique fehacientemente la necesidad de protección. Entre otros principios básicos, los Estados deben custodiar la dignidad de la persona y el no internamiento del solicitante de protección internacional.

De esta norma puede resaltarse el aspecto positivo de su predisposición favorable a los derechos internacionales de los derechos humanos y la amplitud en la protección.

La ley entiende al *derecho de asilo* como la protección otorgada a quienes se les reconozca la condición de refugiado; mientras que considera *refugiado* a toda persona extranjera no comunitaria o apátrida que demuestre *fundados temores* de ser perseguida conforme a la definición de la Convención de Ginebra y su protocolo de Nueva York.

Asimismo, establece que la protección subsidiaria se brinda a los extranjeros no comunitarios o apátridas que no reúnan los requisitos para obtener el *asilo* o *ser reconocidos como refugiados*, cuando existan fundados motivos para creer su salud o su vida peligrarían de ser devueltos al país de origen.

Nuevamente observamos que la ley realiza una separa al asilo de la protección subsidiaria al introducir la letra “o” dando lugar a la siguiente interpretación: o bien se otorga la protección de asilo, o se reconoce la condición de refugiado.

El artículo 2 de la ley en análisis, señala que “... *el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en la Convención...*”

Posteriormente, su artículo 3 define la condición de refugiado, mientras que el artículo 4 hace lo propio con la protección subsidiaria

Sin embargo, es curioso notar que el Artículo 5 empieza señalando que “*La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en ...*” sin hacer mención del refugio.

C. Alemania¹³

Es el país de la UE que recibe el mayor número de solicitudes de asilo, pues cerró el año 2015 con alrededor de 800 mil solicitudes de protección internacional y más de 1 millón 100 mil solicitantes dentro de su territorio.

Cuenta con un programa muy completo a través del cual les proporciona techo, comida, servicio sanitario, vestimenta, cursos del idioma alemán, formación para poder integrarlos en el mercado laboral, y una mensualidad de casi 150€ para gastos personales, actitud que denota el cumplimiento por parte de este país en garantizar la dignidad de la persona, principio que, como ya se explicó, se estableció en la Directiva 2013/33/UE.

Estos servicios son prestados durante los primeros 3 meses que las personas están bajo la protección de la ley de asilo, luego pasan bajo la protección de la ley llamada Hartz IV, a través de la cual poseen una mensualidad que ronda los 300 € más unos 80 por hijos y el alojamiento, situación que es sostenida hasta que puedan ser autónomos al empezar a trabajar y autoabastecerse.

D. Suecia¹⁴

Es el segundo país de Europa que mayor número de solicitudes de asilo recibió desde el 2014 a la actualidad: 75 mil solicitudes recibidas y 35 mil concedidas.

El solicitante se presenta a las oficinas de Migración sueca ya sea de Estocolmo, Gotemburgo o Malmo, procede a la toma las huellas dactilares y explica

cómo llegó. Dependiendo del país por donde haya ingresado, se le da lugar a la solicitud o es derivado al país que le corresponde presentar la solicitud según el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, o Convenio de Dublín, que así lo dispone.

Mientras es evaluada la solicitud de asilo, los solicitantes protegerlos reciben toda la asistencia necesaria durante su estancia, inclusive le es permitido trabajar, y en caso de que no dispongan de ningún medio económico, le es proporcionada una prestación para cubrir todas sus necesidades básicas de supervivencia.

En cuanto a la asistencia sanitaria, las embarazadas y los menores reciben el servicio de forma totalmente gratuita. En la teoría, el proceso de evaluación del expediente debería resolverse en tres meses, pero ante el cúmulo, el plazo se extendió a seis meses.

En caso de ser concedido el asilo, el estado sueco le otorga al solicitante un permiso de residencia permanente con permiso de trabajo, lo derivan a una de las ciudades o pueblos que le dan a escoger, en donde el ayuntamiento les

brinda acogida, orientación y todo lo necesario hasta su plena independencia y favorable inserción con la finalidad de lograr una plena integración en el supuesto que decidan quedarse definitivamente.

E. Italia¹⁵

Entre los tres países europeos con mayor petición de solicitud de asilo, podemos encontrar a Italia, a donde llegan miles de solicitantes que se presentan ante la policía de frontera u oficina de inmigración de la policía nacional.

La situación es dramática debido a que las solicitudes pueden demorar en resolverse más de un año¹⁶, durante el cual los solicitantes de protección son alojados en 14 centros de acogida específicos para ellos, cuya saturación ha obligado al el gobierno a habilitar nuevos espacios para tal fin.

Actualmente existen 1657 centros de acogida en Italia dentro de los cuales se mezclan los refugiados, solicitantes de asilo y ancianos, compartiendo sus distintas situaciones y culturas. Esta convivencia dificulta la inserción adecuada ante tantas diferencias que deben afrontar los distintos grupos humanos.

La carencia en el servicio prestado radica principalmente en la falta de atención psicológica y asistencia legal gratuita; algunos ayuntamientos son muy criticados por la gestión que brindan a estas personas, pues a pesar de que el gobierno les paga 35€ por refugiado o solicitante de asilo que atienden, distintos medios han denunciado la precariedad en los alimentos ofrecidos.

En este país, el solicitante de asilo puede trabajar pasados seis meses de haber presentado su solicitud sin que ésta haya sido resuelta, más allá del resultado futuro de la misma.

Como uno de los países receptores de la constante oleada de migrantes económicos de África que ingresan a través del Mediterráneo, Italia enfrenta un gran desafío migratorio, que ya era un problema antes de la llegada de los solicitantes de asilo sirios, entre otros. Actualmente se encuentra con dos colectivos a gestionar, ambos de distintos orígenes, culturas diferentes, entre otros obstáculos a salvar o enfrentar.

F. Reino Unido¹⁷

Este país acepta la solicitud de protección internacional de forma inmediata al llegar y solicitar el asilo. En el supuesto que el solicitante tenga

familiares directos en el país del que huye, se le concede a éstos un visado temporal de estancia de familiar estable.

La agencia Border Agency, responsable de gestionar las solicitudes, hace una entrevista al solicitante (*screening*), si supera la prueba, pasa a una segunda entrevista con un asistente social especializado que eleva un informe sobre la persona.

El proceso de solicitud de asilo demora no más de seis meses, periodo en el que el solicitante es proveído de toda la cobertura necesaria para su supervivencia. Esto incluye una pensión semanal de US\$113 para las parejas casadas o de hecho. Los padres separados una cuota de casi US\$70 semanales, la cual se reduce para quienes no tienen hijos. Se les ofrecen también educación y cobertura sanitaria de forma totalmente gratuita, a diferencia del inmigrante irregular, que debe pagar su atención médica.

Los lugares en los cuales son retenidos a la espera son el Harmondsworth Immigration Removal Center o el Yarl's Wood Removal Center.

G. Francia¹⁸

En este país el solicitante de asilo recibe el estatuto de *protegido* con reconocimiento de derechos sociales. En tres meses se le concede el estatuto de refugiado y posteriormente le es otorgada una residencia de diez años que le permite trabajar y es renovable, además de otras ayudas y alojamiento una ayuda económica de casi 80€ semanales.

Esta característica de Francia es destacable debido a la estabilidad que proporciona a la persona beneficiada, puesto que puede plantearse realizar una vida futura larga sin temor a ser expulsado.

Finalmente, los que gocen del estatuto de refugio tienen el derecho a solicitar la nacionalidad francesa.

Reflexiones:

El análisis de la normativa europea y específicamente las leyes de asilo y protección internacional, vemos que en esta región se trata el término *protección internacional* que es brindado a través del asilo como *instrumento* que da lugar a la condición de refugiado, mientras que la protección subsidiaria es una herramienta creada para los casos *excepcionales* que no se puedan cumplir con los elementos para recibir la protección primaria o básica de asilo.

La normativa europea, a diferencia de la latinoamericana, no deja duda sobre cuál es el instrumento de protección, la función del asilo y la condición de refugiado. Cada instituto se encuentra perfectamente definido y su función debidamente determinada.

En este caso, el instrumento de protección es el asilo y la protección específica se da a través del refugio. Esta protección deriva de la Convención de Ginebra y su Protocolo, basada en el principio de *non refoulement* y de la obligación de los estados de brindar protección mientras el solicitante esté dentro de los parámetros fijados por la Convención.

¹ Documento 32013L0033. O J L 180, 29.6.2013, p. 96–116

² Diario Oficial de la Unión Europea, 20.12.2011, L 337/9

³ BOE-A-2009-17242

⁴ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea n° L 031 de 06/02/2003 p. 0018 - 0025

⁵ Artículo 1 Definición del término «refugiado» A. A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona:

1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión «del país de su nacionalidad» se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.

⁶ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados: firmado en New York 1967 ... los Estados Partes en el presente Protocolo, Considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (denominada en lo sucesivo la Convención), sólo se aplica a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951, Considerando que han surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que hay la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no queden comprendidos en el ámbito de la Convención, Considerando conveniente que gocen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite de 1.º de enero de 1951, Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1. -- Disposiciones generales 1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a aplicar los artículos 2 a 34 inclusive de la Convención a los refugiados que por el presente se definen. 2. A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término «refugiado» denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras «como

resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y ...» y las palabras «... a consecuencia de tales acontecimientos», que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1. 3. El presente Protocolo será aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica; no obstante, serán aplicables también en virtud del presente Protocolo las declaraciones vigentes hechas por Estados que ya sean Partes en la Convención de conformidad con el inciso a del párrafo 1 de la sección B del artículo 1 de la Convención, salvo que se hayan ampliado conforme al párrafo 2 de la sección B del artículo 1.

⁷ RUBIO, M y BERNALES, E, Constitución y Sociedad Política; p.304.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013

⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_272_esp.pdf

¹⁰ Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003. Diario Oficial de la Unión Europea, L31/18 6.2.2003

¹¹ Cifras oficiales de enero de 2016.

¹² COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005

¹³ Informaciones al Diario el Mundo por Rosalía Sánchez.

¹⁴ Información al Diario El Mundo María Fluxá.

¹⁵ Informaciones Mónica Bernabé.

¹⁶ Explica al Periódico El Mundo el abogado Salvatore Fachile, miembro de la Asociación por los Estudios Jurídicos sobre Inmigración, ASGI.

¹⁷ Información al Diario El Mundo por Carlos Fresneda.

¹⁸ Información al Diario El Mundo por Daniel Puchol.

Sobre la autora

Catalina Magallanes

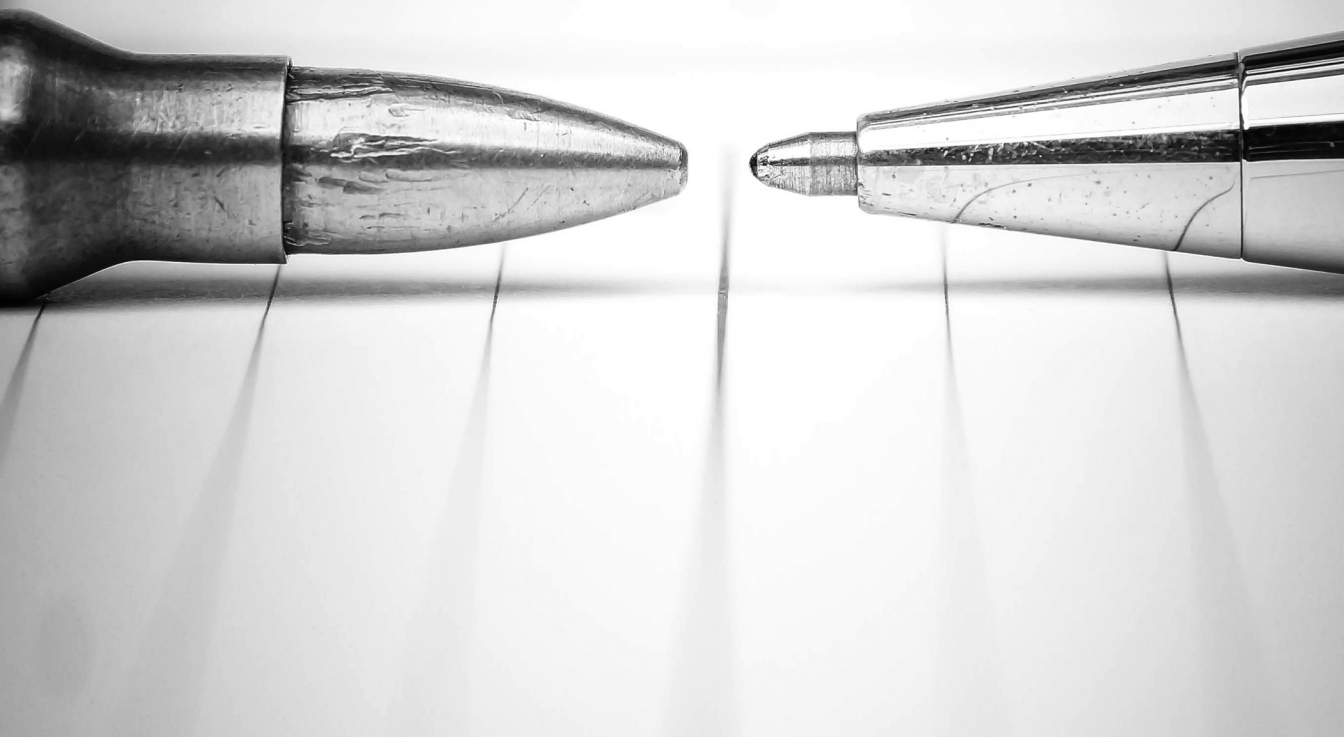


Catalina Magallanes es experta en migraciones internacionales y extranjería. Actualmente reside en Barcelona, España, donde desarrolla diferentes tareas relacionadas con la acogida, inserción e integración del colectivo inmigrante. Es la fundadora y Presidenta de la Asociación INTEGRAL, entidad creada para la defensa de los derechos de los inmigrantes en Barcelona y la gestión de su acogida e integración en la sociedad de acogida.

La Doctora Magallanes, poseedora de un Diploma en Derecho Internacional otorgado por la OEA, ha escrito varios libros relacionados con la gestión y el derecho del inmigrante en España y Latinoamérica, entre ellos “Manual para el Inmigrante (Editorial Carena, Barcelona, España, 1ª y 2ª edición, 2009 y 2012); “Ser Inmigrante Latinoamericano en España” (Editorial Al Margen, Buenos Aires, Argentina, 2013); y “Todos los Procesos de Extranjería y sus Actuaciones Administrativas” (Editorial Bosch, Barcelona, España, 1ª y 2ª edición, 2015 y 2016).

Parte II

El Derecho Internacional y los Conflictos Armados



Summary

Introduction;

I. *The Existence of a Dispute before the Hague Court;*

II. *U.N. General Assembly Resolutions and Opinio Juris;*

III. *U.N. Security Council Resolutions and Opinio Juris;*

IV. *The Saga of the United Nations in the Condemnation of Nuclear Weapons;*

V. *U.N. Resolutions and the Emergence of Opinio Juris: Positions of the Contending Parties;*

VI. *Questions from the Bench and Responses from the Parties;*

VII. *Human Wickedness: From the XXIst. Century Back to the Book of Genesis;*

VIII. *The Attention of the United Nations Charter to Peoples;*

IX. *Impertinence of the So-Called Monetary Gold “Principle”;*

X. *The Fundamental Principle of the Juridical Equality of States;*

XI. *Unfoundedness of the Strategy of “Deterrence”;*

XII. *The Illegality of Nuclear Weapons and the Obligation of Nuclear Disarmament;*

XIII. *Recourse to the “Martens Clause” as an Expression of the Raison d’Humanité;*

XIV. *Nuclear Disarmament: Jusnaturalism, the Humanist Conception and the Universality of International Law;*

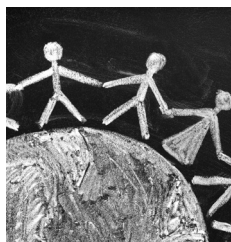
XV. *The Principle of Humanity and the Universalist Approach: Jus Necessarium Transcending the Limitations of Jus Voluntarium;*

XVI. *NPT Review Conferences;*

XVII. *The Establishment of Nuclear-Weapon-Free Zones;*

XVIII. *Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (2013-2014);*

XIX. *Final Considerations: Opinio Juris Communis Emanating from Conscience (Recta Ratio), Well Above the “Will”;* Epilogue: A Recapitulation.



**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

A Plea in Support of Prompt Compliance with the Obligations of Cessation of the Nuclear Arms Race and of Nuclear Disarmament

Introduction.

In my two lectures in this Course of International Law organized by the Inter-American Juridical Committee and the Secretariat for Legal Affairs of the Organization of American States (OAS) in Rio de Janeiro, - this year of 2016 in the month of October (shortly after the Olympic Games were held in this city), - I deem it fit to examine, with all the participants of the whole of Latin America and the Caribbean, the reasons for my dissents in the three very recently decisions of the International Court of Justice (ICJ), on the cases of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands *versus* India, United Kingdom and Pakistan). The Judgments had been delivered by the ICJ only a week earlier, on 05.10.2016, and I arrived in Rio de Janeiro from The Hague, just in time to examine the matter with jurists of the young generation, in the region of the world that I come from.

In its judgments in those very recent cases, the ICJ has found, by a split majority, that the existence of a dispute between the parties has not been established before it, and that the Court has no jurisdiction to consider the Application lodged with it by the Marshall Islands, and cannot therefore proceed to the merits of the case.

I have entirely disagreed with the three judgments, and appended dissenting opinions thereto. For the purposes of my two lectures, I have selected one of the cases, that of the Marshall Islands *versus* India, to present my case-study together with references to the other two cases.

As my dissenting position covers all points addressed in the ICJ decision (the same in the three cases), in its reasoning as well as in its resolutive points, I have felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay on the records the foundations of my own position

thereon. In doing so, I have distanced myself as much as I could from the position of the Court's split majority, so as to remain at peace with my conscience. I have endeavoured to make clear the reasons of my personal position on the matter addressed in the ICJ judgment, in the course of my dissenting opinion.

I propose to begin by examining the question of the *existence* of a dispute before the Hague Court (its objective determination by the Court and the threshold for the determination of the existence of a dispute). I shall then turn my attention to the distinct series of U.N. General Assembly resolutions on nuclear weapons and *opinio juris*. After surveying also U.N. Security Council resolutions and *opinio juris*, I shall dwell upon the saga of the United Nations in the condemnation of nuclear weapons. Next, I shall address the positions of the contending parties on U.N. resolutions and the emergence of *opinio juris*, and their responses to questions from the bench.

In logical sequence, I shall then, looking well back in time, underline the need to go beyond the strict interState dimension, bearing in mind the attention of the U.N. Charter to peoples. Then, after recalling the fundamental

principle of the juridical equality of States, I shall dwell upon the unfoundedness of the strategy of "deterrence".

My next line of considerations pertains to the illegality of nuclear weapons and the obligation of nuclear disarmament, encompassing: a) the condemnation of all weapons of mass destruction; b) the prohibition of nuclear weapons (the need of a peoplecentred approach, and the fundamental right to life); c) the absolute prohibitions of *jus cogens* and the humanization of international law; d) pitfalls of legal positivism.

This will bring me to address the recourse to the "Martens clause" as an expression of the *raison d'humanité*. My following reflections, on nuclear disarmament, will be in the line of just-naturalism, the humanist conception and the universality of international law; in addressing the universalist approach, I shall draw attention to the principle of humanity and the *jus necessarium* transcending the limitations of *jus voluntarium*.

I shall then turn my attention to the NPT Review Conferences, to the relevant establishment of nuclearweapon-free zones, and to the Conferences on the Humanitarian Impact of



Nuclear Weapons. The way will then be paved for my final considerations, on *opinio juris communis* emanating from conscience (*recta ratio*), well above the “will”, - and, last but not least, to the epilogue (recapitulation).

I. The Existence of a Dispute before the Hague Court.

1. Objective Determination by the Court.

I begin by addressing the issue of the existence of a dispute before the Hague Court. In the *jurisprudence constante* of the Hague Court (PCIJ and ICJ), a dispute exists when there is “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”¹.

Whether there exists a dispute is a matter for “objective determination” by the Court; the “mere denial of the existence of a dispute does not

prove its nonexistence”². The Court must examine if “the claim of one party is positively opposed by the other”³. The Court further states that “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not be necessarily be stated *expressis verbis*”⁴.

Along the last decade, the Court has deemed it fit to insist on its own ability to proceed to the “objective determination” of the dispute. Thus, in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo* (D.R. Congo versus Rwanda, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 03.02.2006), for example, the ICJ has recalled that, as far back as 1924, the PCIJ stated that “a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests” (case of *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30.08.1924, p. 11). It then added that

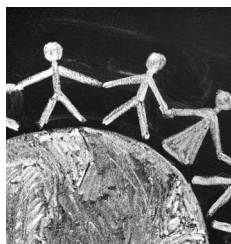
For its part, the present Court has had occasion a number of times to state the following:

'In order to establish the existence of a dispute, 'it must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other' (South West Africa, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328); and further, 'Whether there exists an international dispute is a matter for objective determination' (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74; East Timor (Portugal vs. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 100, para. 22; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 17, para. 22; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 122123, para. 21; Certain Property (Liechtenstein vs. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 18, para. 24)'" (para. 90).

Shortly afterwards, in its Judgment on Preliminary Objections (of 18.11.2008) in the case of the *Application of the Convention against Genocide (Croatia versus Serbia)*, the ICJ has again recalled that

In numerous cases, the Court has reiterated the general rule which it applies in this regard, namely: 'the jurisdiction of the Court must normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings' (to this effect, cf. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 613, para. 26; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 26, para. 44). (...) (I)t is normally by reference to the date of the filing of the instrument instituting proceedings that it must be determined whether those conditions are met.

(...) "What is at stake is legal certainty, respect for the principle of equality and the right of a State which has properly seised the Court to see its claims decided, when it has taken all the necessary precautions to submit the act instituting



proceedings in time. (...) [T]he Court must in principle decide the question of jurisdiction on the basis of the conditions that existed at the time of the institution of the proceedings.

However, it is to be recalled that the Court, like its predecessor, has also shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court's jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied, before the Court ruled on its jurisdiction" (paras. 7981).

More recently, in its Judgment on Preliminary Objections (of 01.04.2011) in the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* — CERD (Georgia *versus* Russian Federation), the ICJ has seen it fit, once again, to stress:

The Court recalls its established case law on that matter, beginning with the

frequently quoted statement by the Permanent Court of International Justice in the Mavrommatis Palestine Concessions case in 1924: 'A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons'. (Judgment n. 2, 1924, PCIJ, Series A, n. 2, p. 11). Whether there is a dispute in a given case is a matter for 'objective determination' by the Court (Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 74). It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other' (South West Africa (Ethiopia and Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328); and, most recently, Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002, D.R. Congo vs. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 40, para. 90). The Court's determination must turn on an examination of the facts. The matter is one of substance, not of form. As

the Court has recognized (for example, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Cameroon vs. Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 315, para. 89), the existence of a dispute may be inferred from the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for. While the existence of a dispute and the undertaking of negotiations are distinct as a matter of principle, the negotiations may help demonstrate the existence of the dispute and delineate its subject-matter.

The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court (Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya vs. United Kingdom, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 2526, paras. 4244; Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libyan Arab Jamahiriya vs. United States of America, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 130131, paras. 4244) (...)” (para. 30).

This passage of the 2011 Judgment in the case of the *Application of the CERD Convention* reiterates what the

ICJ has held in its *jurisprudence constante*. Yet, shortly afterwards in that same judgment, the ICJ has decided to apply to the facts of the case a higher threshold for the determination of the existence of a dispute, by proceeding to ascertain whether the applicant State had given the respondent State prior notice of its claim and whether the respondent State had opposed it⁵. On this basis, it has concluded that no dispute had arisen between the contending parties (before August 2008). Such new requirement, however, is not consistent with the PCIJ’s and the ICJ’s *jurisprudence constante* on the determination of the existence of a dispute (cf. *supra*).

Now, in the present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the three respondent States (India, United Kingdom and Pakistan), seek to rely on a requirement of prior notification of the claim, or the test of prior awareness of the claim of the applicant State (the Marshall Islands), for a dispute to exist under the ICJ’s Statute or general international law. Yet, nowhere can such a requirement be found in the Court’s *jurisprudence constante* as to the existence of a dispute: quite on the contrary, the ICJ has made clear

that the position or the attitude of a party can be established by inference⁶. Pursuant to the Court's approach, it is not necessary for the respondent to oppose previously the claim by an express statement, or to express acknowledgment of the existence of a dispute.

The respondent States in the present case have made reference to the Court's 2011 Judgment in the case of the *Application of the CERD Convention* in support of their position that prior notice of the applicant's claim is a requirement for the existence of a dispute. Already in my Dissenting Opinion (para. 161) in that case, I have criticized the Court's "formalistic reasoning" in determining the existence of a dispute, introducing a higher threshold that goes beyond the *jurisprudence constante* of the PCIJ and the ICJ itself (cf. *supra*).

As I pointed out in that dissenting opinion in the case of the *Application of the CERD Convention*,

As to the first preliminary objection, for example, the Court spent 92 paragraphs to concede that, in its view, a legal dispute at last crystallized, on 10 August 2008 (para. 93), only after the outbreak of an open and declared war between Georgia

and Russia! I find that truly extraordinary: the emergence of a legal dispute only after the outbreak of widespread violence and war! Are there disputes which are quintessentially and ontologically legal, devoid of any political ingredients or considerations? I do not think so. The same formalistic reasoning leads the Court, in 70 paragraphs, to uphold the second preliminary objection, on the basis of alleged (unfulfilled) "preconditions" of its own construction, in my view at variance with its own jurisprudence constante and with the more lucid international legal doctrine" (para. 161).

"In the present case the three respondent States seek to rely on a requirement of prior notification of the claim, or the test of prior awareness of the claim of the applicant State, for a dispute to exist under the ICJ's Statute or general international law. Yet, nowhere can such a requirement be found in the Court's jurisprudence constante as to the existence of a dispute."

“There is no requirement under general international law that the contending parties must first “exhaust” diplomatic negotiations before lodging a case with, and instituting proceedings before the Court (as a precondition for the existence of the dispute).”

Half a decade later, I was hopeful that the Court would distance itself from the formalistic approach it adopted in the case of the *Application of the CERD Convention*. As it regrettably has not done so, I feel obliged to reiterate here my dissenting position on the issue, this time in the present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*. In effect, there is no general requirement of prior notice of the applicant State’s intention to initiate proceedings before the ICJ⁷. It should not pass unnoticed that the *purpose* of the need of determination of the existence of a dispute (and its object) before the Court is to enable the latter to exercise jurisdiction properly: it is not intended to protect the respondent State, but rather and more

precisely to safeguard the proper exercise of the Court’s judicial function.

There is no requirement under general international law that the contending parties must first “exhaust” diplomatic negotiations before lodging a case with, and instituting proceedings before the Court (as a precondition for the existence of the dispute). There is no such requirement in general international law, nor in the ICJ’s Statute, nor in the Court’s caselaw. This is precisely what the ICJ held in its Judgment on Preliminary Objections (of 11.06.1998) in the case of *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*: it clearly stated that

Neither in the Charter nor otherwise in international law is any general rule to be found to the effect that the exhaustion of diplomatic negotiations constitutes a precondition for a matter to be referred to the Court” (para. 56).

The Court’s statement refers to the “exhaustion” of diplomatic negotiations, — to discard the concept. In effect, there is no such a requirement in the U.N. Charter either, that negotiations would need to be resorted to or attempted. May I reiterate that the Court’s determination of the existence

of the dispute is not designed to protect the respondent State(s), but rather to safeguard the proper exercise of its own judicial function in contentious cases. It is thus a matter for objective determination by the Court, as it recalled in that same Judgment (para. 87), on the basis of its own *jurisprudence constante* on the matter.

2. Existence of a Dispute in the *Cas d'Espèce* (case Marshall Islands versus India).

In the present case opposing the Marshall Islands to India, there were two sustained and distinct courses of conduct of the two contending parties, evidencing their distinct legal positions, which suffice for the determination of the existence of a dispute. The subjectmatter of the dispute between the parties is whether India has breached its obligation under customary international law to pursue in good faith and to conclude negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under effective international control.

The Marshall Islands contended, as to India's course of conduct, that, although India repeatedly declared its commitment to the goal of complete nuclear disarmament, having voted consistently in favour of General

Assembly resolutions to that effect, when it comes to its actions (or omissions), India has maintained its nuclear arsenal⁸. To the Marshall Islands, India's course of conduct is incompatible with the stated objective of nuclear disarmament. The Marshall Islands expressed its opposing position in its declaration of 14.02.2014 at the Conference of Nayarit on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. part XIX, *infra*).

In its submissions before the ICJ, India confirmed the opposition of legal views⁹. In its *CounterMemorial*, e.g., India argued that the position of the Marshall Islands “lacks any merit whatsoever”¹⁰. In its oral arguments before the ICJ, India denied the existence of an obligation under customary international law, as invoked by the Marshall Islands¹¹. India further contended that “[d]isarmament is a Charter responsibility of the United Nations”¹².

Yet, it proceeded, in its view, “the question of a dispute does not arise” in the *cas d'espèce*, as global nuclear disarmament “cannot be litigated between two States or among a handful of States”, and has to be supported by, and count on the participation of, all States¹³. India then added that it is “the only State possessing nuclear weapons” that has “cosponsored

and votes for” the U.N. General Assembly resolutions on the followup of the 1996 ICJ’s Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*¹⁴.

3. The Threshold for the Determination of the Existence of a Dispute.

In the present cases of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands versus India/United Kingdom/Pakistan), the Court’s majority has unduly heightened the threshold for establishing the existence of a dispute. Even if dismissing the need for an applicant State to provide notice of a dispute, in practice, the requirement stipulated goes far beyond giving notice: the Court effectively requires an applicant State to set out its legal claim, to direct it specifically to the prospective respondent State(s), and to make the alleged harmful conduct clear. All of this forms part of the “awareness” requirement that the Court’s majority has laid down, seemingly undermining its own ability to infer the existence of a dispute from the conflicting courses of conduct of the contending parties.

This is not in line with the ICJ’s previous *obiter dicta* on inference,

contradicting it. For example, in the aforementioned case of *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (1998), the ICJ stated that

[A] disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated expressis verbis. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party” (para. 89).

The view taken by the Court’s majority in the present case contradicts the Hague Court’s (PCIJ and ICJ) own earlier caselaw, in which it has taken a much less formalistic approach to the establishment of the existence of a dispute. Early in its life, the PCIJ made clear that it did not attach much importance to “matters of form”¹⁵; it added that it could not “be hampered by a mere defect of form”¹⁶. The PCIJ further stated that “the manifestation of the existence of the dispute in a specific manner, as for instance by diplomatic negotiations, is not required. (...) [T]he Court considers that it cannot require that the dispute should have manifested itself in a formal way”¹⁷.

The ICJ has, likewise, in its own caselaw, avoided to take a very formalistic approach to the determination of the existence of a dispute¹⁸. May I recall, in this respect, *inter alia*, as notable examples, the Court's *obiter dicta* on the issue, in the cases of *East Timor* (Portugal *versus* Australia), of the *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia *versus* Yugoslavia), and of *Certain Property* (Liechtenstein *versus* Germany). In those cases, the ICJ has considered that conduct postdating the critical date (i.e., the date of the filing of the Application) supports a finding of the existence of a dispute between the parties. In the light of this approach taken by the ICJ itself in its earlier caselaw, it is clear that a dispute exists in each of the present cases lodged with it by the Marshall Islands.

In the case of *East Timor* (1995), in response to Australia's preliminary objection that there was no dispute between itself and Portugal, the Court stated: "Portugal has, rightly or wrongly, formulated complaints of fact and law against Australia which the latter has denied. By virtue of this denial, there is a legal dispute"¹⁹. Shortly afterwards, in the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Preliminary Objections, 1996), in response to Yugoslavia's preliminary objection

that the Court did not have jurisdiction under Article IX of the Convention against Genocide because there was no dispute between the Parties, the Court, contrariwise, found that there was a dispute between them, on the basis that Yugoslavia had "wholly denied all of Bosnia and Herzegovina's allegations, whether at the stage of proceedings relating to the requests for the indication of provisional measures, or at the stage of the (...) proceedings relating to [...preliminary] objections"²⁰. Accordingly, "by reason of the rejection by Yugoslavia of the complaints formulated against it"²¹, the ICJ found that there was a dispute.

In the case of *Certain Property* (Preliminary Objections, 2005), as to Germany's preliminary objection that there was no dispute between the parties, the ICJ found that complaints of fact and law formulated by Liechtenstein were denied by Germany; accordingly, "[i]n conformity with well-established jurisprudence", — the ICJ concluded, — "by virtue of this denial", there was a legal dispute between Liechtenstein and Germany²². Now, in the present proceedings before the Court, in each of the three cases lodged with the ICJ by the Marshall Islands (against India, the United Kingdom and Pakistan), the respondent States have expressly

denied the arguments of the Marshall Islands. May we now take note of the denials which, on the basis of the Court's aforementioned *jurisprudence constante*, evidence the existence of a dispute between the contending parties²³.

4. Contentions in the Case of Marshall Islands versus India.

The Marshall Islands argues that India has breached the customary international law obligation to negotiate nuclear disarmament in good faith by engaging in a course of conduct that is contrary to the objective of disarmament. The Marshall Islands further argues that India, by its conduct, has breached the customary international law obligation regarding the cessation of the nuclear arms race at an early date²⁴.

In its *CounterMemorial*, India discloses that there is a dispute between the Parties, first, as to whether a customary international law obligation to negotiate disarmament exists, and, secondly, as to whether, by its own conduct, it has breached such an obligation.

In effect, India denies the formation of customary international law obligations rooted in the NPT, and also

denies the application of any such obligation to itself. The terms in which India does so are very clear:

*In reality, the RMI blames India for not complying with Article VI of the NPT on the nature and scope of which there is no agreement within the NPT and with which purportedly there has been no compliance by the States Parties to that Treaty for 45 years. The said obligation therefore cannot acquire customary law character imposing an obligation on a nonState party who has persistently objected to the treaty itself and the obligations contained thereunder (...)*²⁵.

Still in its *CounterMemorial*, India contends that “any suggestion of the existence of a jurisdiction to compel States to accept obligations under a Treaty - in whole or in part - does not vest in this Court, and any invitation to cast upon States obligations other than those that flow from clear and well defined principles of customary international law would seriously erode the principle of sovereignty of States”²⁶. India thus makes it clear that it considers that the obligations asserted by the Marshall Islands are not well defined principles of customary international law. This directly contradicts the Marshall Islands' position on the matter.

Furthermore, in its oral arguments, India states that “[t]he RMI is attempting to impose a legal obligation on India based on an imaginary principle of parallel customary law distinct from Article VI of the NPT. The RMI provides no source for this principle”²⁷. As to the contention as to whether India has breached its customary international law obligations by its conduct, in its argument on the absence of a dispute, India argues that it is a supporter of nuclear disarmament; accordingly, it denies the Marshall Islands’ arguments regarding its conduct²⁸.

5. General Assessment.

Always attentive and oversensitive to the position of nuclearweapon States [NWS] (cf. part XIII, *infra*), - such as the respondent States in the present cases of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (India, United Kingdom and Pakistan), - the Court, in the *cas d’espèce*, dismisses the statements made by the Marshall Islands in multilateral *fora* before the filing of the Application, as being, in its view, insufficient to determine the existence of a dispute.

Moreover, the Court’s majority makes *tabula rasa* of the requirement that “in

principle” the date for determining the existence of the dispute is the date of filing of the application (case of *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea* (Nicaragua *versus* Colombia), Preliminary Objections, Judgment of 17.03.2016, para. 52); as already seen, in its caselaw the ICJ has taken into account conduct postdating that critical date (cf. *supra*).

In an entirely formalistic reasoning, the Court borrows the *obiter dicta* it made in the case of the *Application of the CERD Convention* (2011), - unduly elevating the threshold for the determination of the existence of a dispute, - in respect of a compromissory clause under that Convention (wrongly interpreted anyway, making abstraction of the object and purpose of the CERD Convention). In the present case, opposing the Marshall Islands to India, worse still, the Court’s majority takes that higher standard out of context, and applies it herein, in a case lodged with the Court on the basis of an optional clause declaration, and concerning an obligation under customary international law.

This attempt to heighten still further the threshold for the determination of the existence of a dispute (requiring further factual precisions from

the applicant) is, besides formalistic, artificial: it does not follow from the definition of a dispute in the Court's *jurisprudence constante*, as being "a conflict of legal views or of interests", as already seen (cf. *supra*). The Court's majority formalistically requires a specific reaction of the respondent State to the claim made by the applicant State (in applying the criterion of "awareness", amounting, in my perception, to an obstacle to access to justice), even in a situation where, as in the *cas d'espèce*, there are two consistent and distinct courses of conduct on the part of the contending parties.

Furthermore, and in conclusion, there is a clear denial by the respondent States (India, United Kingdom and

Pakistan) of the arguments made against them by the applicant State, the Marshall Islands. By virtue of these denials there is a legal dispute between the Marshall Islands and each of the three respondent States. The formalistic raising, by the Court's majority, of the higher threshold for the determination of the existence of a dispute, is not in conformity with the *jurisprudence constante* of the PCIJ and ICJ on the matter (cf. *supra*). Furthermore, in my perception, it unduly creates a difficulty for the very *access to justice* (by applicants) at international level, in a case on a matter of concern to the whole of humankind. This is most regrettable.

II. U.N. General Assembly Resolutions and *Opinio Juris*.

In the course of the proceedings in the present cases of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, both the applicant State (the Marshall Islands) and the respondent States (India, United Kingdom and Pakistan) referred to U.N. General Assembly resolutions on the matter of nuclear disarmament (cf. part VI, *infra*). This is the point that I purport to consider, in sequence, namely, in

"There is a clear denial by the respondent States (India, United Kingdom and Pakistan) of the arguments made against them by the applicant State, the Marshall Islands. By virtue of these denials there is a legal dispute between the Marshall Islands and each of the three respondent States."

addition to the acknowledgment before the ICJ (1995) of the authority and legal value of General Assembly resolutions on nuclear weapons as breaches of the U.N. Charter:

1. U.N. General Assembly Resolutions on Nuclear Weapons (1961-1981).

The U.N. General Assembly declared the 1970s as the First Disarmament Decade by resolution A/RES/2602 E (XXIV) of 16.12.1969. It was followed by two other resolutions in 1978 and 1980 on nonuse of nuclear weapons and prevention of nuclear war²⁹.

The General Assembly specifically called upon States to intensify efforts for the cessation of the nuclear arms race, nuclear disarmament and the elimination of other weapons of mass destruction. Even before that, the groundbreaking General Assembly resolution 1653 (XVI) of 24.11.1961, advanced its *célèbre* “Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons” (cf. part V, *infra*).

In 1979, when the First Disarmament Decade was coming to an end, the General Assembly, - disappointed that

the objectives of the first Decade had not been realized, - declared the 1980s as a Second Disarmament Decade³⁰. Subsequently, the 1990s were declared the Third Disarmament Decade³¹.

Throughout this first period under review (1961-1981), the U.N. General Assembly paid special attention to disarmament issues and to nuclear disarmament in particular.

In 1978 and 1982, the U.N. General Assembly held two Special Sessions on Nuclear Disarmament (respectively, the 10th and 12th sessions), where the question of nuclear disarmament featured prominently amongst the themes discussed. In fact, it was stressed that the most immediate goal of disarmament is the elimination of the danger of a nuclear war. In a subsequent series of its resolutions (in the following period of 1982-2015), as we shall see, the General Assembly moved on straightforwardly to the condemnation of nuclear weapons (cf. *infra*).

In its resolutions adopted during the period of 1972-1981, the General Assembly repeatedly drew attention to the dangers of the nuclear arms race for humankind and the survival of civilization and expressed apprehension concerning the harmful consequences

of nuclear testing for the acceleration of such arms race. Thus, the General Assembly reiterated its condemnation of all nuclear weapon tests, in whatever environment they may be conducted. It called upon States that had not yet done so to adhere to the 1963 Test Ban Treaty (banning nuclear tests in the atmosphere, in outer space and under water) and called for the conclusion of a comprehensive test ban treaty, which would ban nuclear weapons tests in all environments (e.g. underground as well). Pending the conclusion of such treaty, it urged nuclear weapon States (NWS) to suspend nuclear weapon tests in all environments.³²

The General Assembly also emphasised that NWS bear a special responsibility for fulfilling the goal of achieving nuclear disarmament, and in particular those NWS which are parties to international agreements in which they have declared their intention to achieve the cessation of the nuclear arms race. It further called specifically on the heads of State of the USSR and the United States to implement the procedures for the entry into force of the Strategic Arms Limitation agreement (so-called “SALT” agreement).

At its 84th plenary meeting, following the 10th Special Session on

Disarmament, the General Assembly declared that the use of nuclear weapons is a “violation of the Charter of the United Nations” and “a crime against humanity”, and that the use of nuclear weapons should be prohibited, pending nuclear disarmament³³.

The General Assembly further noted the aspiration of nonnuclearweapon States (NNWS) to prevent nuclear weapons from being stationed on their territories through the establishment of nuclearweaponfree zones, and supported their efforts to conclude an international Convention strengthening the guarantees for their security against the use or threat of use of nuclear weapons. As part of the measures to facilitate the process of nuclear disarmament and the non-proliferation of nuclear weapons, it requested the Committee on Disarmament to consider the question of the cessation and prohibition of the production of fissionable material for weapons purposes.

2. U.N. General Assembly Resolutions on Freeze of Nuclear Weapons (1982-1992).

Every year in the successive period 1982-1992 (following up on the 10th and 12th Special Sessions on Nuclear

Disarmament, held in 1978 and 1982, respectively), the General Assembly adopted resolutions also calling for a nuclearweapons freeze.³⁴

These resolutions on the freeze of nuclear weapons note that existing arsenals of nuclear weapons are more than sufficient to destroy all life on earth. They express the conviction that lasting world peace can be based only upon the achievement of general and complete disarmament, under effective international control. In this connection, the aforementioned General Assembly resolutions note that the highest priority objectives in the field of disarmament have to be nuclear disarmament and the elimination of all weapons of mass destruction. They at last call upon NWS to agree to reach “a freeze on nuclear weapons”, which would, *inter alia*, provide for “a simultaneous total stoppage of any further production of fissionable material for weapons purposes”.

Such nuclear weapons freeze is not seen as an end in itself but as the most effective first step towards: a) halting any further increase and qualitative improvement in the existing arsenals of nuclear weapons; and b) activating negotiations for the substantial reduction and qualitative limitation of nuclear weapons.

“These resolutions on the freeze of nuclear weapons note that existing arsenals of nuclear weapons are more than sufficient to destroy all life on earth. They express the conviction that lasting world peace can be based only upon the achievement of general and complete disarmament, under effective international control.”

From 1989 onwards, these resolutions also set out the structure and scope of the prospective joint declaration through which all NWS would agree to a nucleararms freeze, which would entail: a) a comprehensive test ban; b) cessation of the manufacture of nuclear weapons; c) a ban on all further deployment of nuclear weapons; and d) cessation of the production of fissionable material for weapons purposes.

3. U.N. General Assembly Resolutions on Nuclear Weapons as Breach of the U.N. Charter (Acknowledgment before the ICJ, 1995).

Two decades ago, when U.N. General Assembly resolutions condemning nuclear weapons were not as numerous as they are today, they were already regarded as authoritative in the views of States from distinct continents. This was made clear, e.g., by States which participated in the advisory proceedings of 30 October to 15 November 1995 before the ICJ, conducive to its Advisory Opinion of 08.07.1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*.

On the occasion, the view was upheld that those General Assembly resolutions expressed a “general consensus” and had a relevant “legal value”³⁵. For instance, Resolution 1653 (XVI), of 1961, was invoked as a “lawmaking” resolution of the General Assembly, in stating that the use of nuclear weapons is contrary to the letter and spirit, and aims, of the United Nations, and, as such, a “direct violation” of the U.N. Charter³⁶.

It was further stated that, already towards the end of 1995, “numerous” General Assembly resolutions and declarations confirmed the illegality of the use

of force, including nuclear weapons³⁷. Some General Assembly resolutions (1653 (XVI), of 24.11.1961; 33/71B of 14.12.1978; 34/83G of 11.12.1979; 35/152D of 12.12.1980; 36/92I of 09.12.1981; 45/59B of 04.12.1990; 46/37D of 06.12.1991) were singled out for having significantly declared that the use of nuclear weapons would be a violation of the U.N. Charter itself³⁸. The view was expressed that the series of General Assembly resolutions (starting with resolution 1653 (XVI), of 24.11.1961) amounted to “an authoritative interpretation” of humanitarian law treaties as well as the U.N. Charter³⁹.

In the advisory proceedings of 1995 before the ICJ, it was further recalled that General Assembly resolution 1653 (XVI) of 1961 was adopted in the form of a declaration, being thus “an assertion of the law”, and, ever since, the General Assembly’s authority to adopt such declaratory resolutions (in condemnation of nuclear weapons) was generally accepted; such resolutions declaring the use of nuclear weapons “unlawful” were regarded as ensuing from the exercise of an “inherent” power of the General Assembly⁴⁰. The relevance of General Assembly resolutions has been recognized by large groups of States⁴¹

The acknowledgment of the authority and legal value of General Assembly resolutions in the course of the late 1995 pleadings before the ICJ, multiplied the number of such resolutions until clearly forming, what is in my perception, an *opinio juris communis* as to nuclear disarmament.

In addition to those aforementioned, may I also review, in sequence, two other series of General Assembly resolutions, extending to the present, namely: the longstanding series of General Assembly resolutions condemning nuclear weapons (19822015), and the series of General Assembly resolutions following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion (19972015).

4. U.N. General Assembly Resolutions Condemning Nuclear Weapons (19822015).

In the period 19822015, there is a long series of U.N. General Assembly resolutions condemning nuclear weapons,⁴² in which the General Assembly warned against the threat nuclear weapons posed for the survival of mankind. These were preceded by two groundbreaking historical resolutions, namely, General Assembly resolution 1(I) of 24.01.1946, and General Assembly resolution 1653 (XVI),

"The acknowledgment of the authority and legal value of General Assembly resolutions in the course of the late 1995 pleadings before the ICJ, multiplied the number of such resolutions until clearly forming, what is in my perception, an *opinio juris communis* as to nuclear disarmament."

of 24.11.1961 (cf. *infra*). In this new and long series of resolutions condemning nuclear weapons (19822015), at the opening of their preambular paragraphs the General Assembly states, year after year, that it is

Alarmed by the threat to the survival of mankind and to the lifesustaining system posed by nuclear weapons and by their use, inherent in the concepts of deterrence,

Convinced that nuclear disarmament is essential for the prevention of nuclear war and for the strengthening of international peace and security,

Further convinced that a prohibition of the use or threat of use of nuclear

weapons would be a step towards the complete elimination of nuclear weapons leading to general and complete disarmament under strict and effective international control.

Next, they *reaffirm*, in their preambular paragraphs, year after year, that:

the use of nuclear weapons would be a violation of the Charter of the United Nations and a crime against humanity, as declared in its resolutions 1653 (XVI) of 24.11.1961, 33/71B of 14.12.1978, 34/83G of 11.12.1979, 35/152D of 12.12.1980 and 36/92I of 09.12.1981.

Still in their preambular paragraphs, those General Assembly resolutions further *note with regret* the inability of the Conference on Disarmament to undertake negotiations with a view to achieving agreement on a nuclear disarmament Convention during each previous year. In their operative part, those resolutions reiterate, year after year, the request that the Committee on Disarmament undertakes, on a priority basis, negotiations aiming at achieving agreement on an international convention prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons under any

circumstances, taking as a basis the text of the draft Convention on the Prohibition of the Use of Nuclear Weapons.

From 1989 (44th session) onwards, those resolutions begin to note specifically that a multilateral agreement prohibiting the use or threat of use of nuclear weapons should strengthen international security and help to create the climate for negotiations leading to the complete elimination of nuclear weapons. Subsequently, those resolutions come to stress, in particular, that an international convention would be a step towards the *complete elimination* of nuclear weapons, leading to general and complete disarmament, under strict and effective international control.

Clauses of the kind then evolve, from 1996 onwards⁴³, to refer expressly to a time frame, i.e., that an international convention would be an important step in a phased programme towards the complete elimination of nuclear weapons, within a specific framework of time. Later resolutions also expressly refer to the determination to achieve an international convention prohibiting the development, production, stockpiling and use of nuclear weapons, leading to their ultimate destruction.

5. U.N. General Assembly Resolutions Following up the ICJ's 1996 Advisory Opinion (19962015).

Ever since the delivery, on 08.07.1996, of the ICJ's Advisory Opinion on *Nuclear Weapons* to date, the General Assembly has followed up by adopting a series of resolutions⁴⁴ (19962015), which make a number of significant statements.

The series of aforementioned General Assembly resolutions that follow up on the 1996 Advisory Opinion of the ICJ (19962015) begins by expressing the General Assembly's belief that "the continuing existence of nuclear weapons poses a threat to humanity" and that "their use would have catastrophic consequences for all life on earth", and, further, that "the only defence against a nuclear catastrophe is the total elimination of nuclear weapons and the certainty that they will never be produced again" (2nd preambular paragraph).

The General Assembly resolutions repeatedly reaffirm "the commitment of the international community to the realization of the goal of a nuclear-weapon-free world through the total elimination of nuclear weapons"

(3rd preambular paragraph), and recall their request to the Conference on Disarmament to establish an *ad hoc* committee to commence negotiations on a phased programme of nuclear disarmament, aiming at the elimination of nuclear weapons, within a "time bound framework"; further reaffirming the role of the Conference on Disarmament as the single multilateral disarmament negotiating forum.

The General Assembly then recalls, again and again, that "the solemn obligations of States Parties, undertaken in Article VI of the Treaty on the NonProliferation of Nuclear Weapons (NPT), particularly to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament" (4th preambular paragraph).

They express the goal of achieving a legally *binding* prohibition on the development, production, testing, deployment, stockpiling, threat or use of nuclear weapons, and their destruction under "effective international control". They significantly call upon *all States* to fulfil promptly the obligation leading to an early conclusion of a convention prohibiting the development, production, testing, deployment,

stockpiling, transfer, threat or use of nuclear weapons and providing for their elimination⁴⁵.

Those resolutions (from 2003 onwards) express deep concern at the lack of progress made in the implementation of the “thirteen steps” agreed to, at the 2000 Review Conference, for the implementation of Article VI of the NPT. The aforementioned series of General Assembly resolutions include, from 2010 onwards, an additional (6th) preambular paragraph, expressing “deep concern at the catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons”, and reaffirming, in this context, “the need for all States at all times to comply with applicable international law, including international humanitarian law”. Those followup General Assembly resolutions further recognize “with satisfaction that the Antarctic Treaty, the Treaties of Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok and Pelindaba, and the Treaty on a NuclearWeaponFree Zone in Central Asia, as well as Mongolia’s nuclearweaponfree status, are gradually freeing the entire southern hemisphere and adjacent areas covered by those treaties from nuclear weapons” (10th preambular paragraph).

More recent resolutions (from 2013 onwards) are significantly expanded.

They call upon all NWS to undertake concrete disarmament efforts, stressing that all States need to make special efforts to achieve and maintain a world without nuclear weapons. They also take note of the “FivePoint Proposal on Nuclear Disarmament” made by the U.N. SecretaryGeneral (cf. part XVII, *infra*), and recognize the need for a multilaterally negotiated and legally binding instrument to assure that NNWS States stand against the threat or use of nuclear weapons, pending the total elimination of nuclear weapons. In their operative part, the same series of General Assembly resolutions underline the ICJ’s unanimous conclusion, in its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, that “there exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control” (para. 1).

Looking at this particular series of General Assembly resolutions as a whole, it should not pass unnoticed that they contain paragraphs referring to the obligation to pursue and conclude good faith negotiations leading to nuclear disarmament, without any reference to the NPT or to States Parties to it. They refer rather to that obligation as a

general one, not grounded on any treaty provision. *All States*, and not only States Parties to the NPT, are called upon to fulfil promptly that obligation, incumbent upon *all States*, to report (to the Secretary General) on their compliance with the resolutions at issue. There are, notably, other paragraphs in those resolutions that are specifically directed at nuclear weapon States, or make specific references to the NPT.

In sum, references to *all States* are deliberate, and in the absence of any references to a treaty or other specifically imposed international obligation, this thus points towards a customary law obligation to negotiate and achieve nuclear disarmament.

III. U.N. Security Council Resolutions and Opinion Juris.

Like the U.N. General Assembly, the U.N. Security Council has also often dwelt upon the matter at issue.⁴⁶ In preambular paragraphs of its resolutions on the subject, the Security Council reaffirms, time and time again, that the proliferation of nuclear, chemical and biological weapons, and their means of delivery, constitute a threat to international peace and security.

“Looking at this particular series of General Assembly resolutions, it should not pass unnoticed that they contain paragraphs referring to the obligation to pursue and conclude good faith negotiations leading to nuclear disarmament, without any reference to the NPT or to States Parties to it. They refer rather to that obligation as a general one, not grounded on any treaty provision. All States, and not only States Parties to the NPT, are called upon.”

May I recall that, at a Security Council meeting at the level of Heads of State and Government, held on 31.01.1992, the President of the U.N. Security Council made a statement on behalf of its members that called upon all member States to fulfil their obligations on matters of arms control and disarmament, and to prevent the proliferation of all weapons of mass destruction⁴⁷ (encompassing nuclear, chemical, and biological weapons).

This statement expressed the feeling prevailing at the time that the end of the Cold War “has raised hopes for a safer, more equitable and more humane world”, giving now to the world “the best chance of achieving international peace and security since the foundation of the United Nations”⁴⁸. The members of the Security Council then warned against the threat to international peace and security of all weapons of mass destruction, and expressed their commitment to take appropriate action to prevent “the spread of technology related to the research for or production of such weapons”⁴⁹. They further stressed the importance of “the integral role in the implementation” of the NPT of “fully effective IAEA safeguards”, and of “effective export controls”; they added that they would take “appropriate measures in the case of any violations notified to them by the International Atomic Energy Agency (IAEA)”⁵⁰.

Notably, the aforementioned Security Council statement defined the proliferation of all weapons of mass destruction as a threat to international peace and security, - serving to justify the Council’s actions in subsequent resolutions under Chapter VII of the U.N. Charter.

In three of its subsequent resolutions, the Security Council reaffirms in a preambular paragraph⁵¹ the statement of its President (adopted on 31.01.1992), and, also in other resolutions, further asserts (also in preambular paragraphs) that the proliferation of nuclear, chemical and biological weapons is a threat to international peace and security⁵² and that all States need to take measures to prevent such proliferation.

In resolution 1540/2004 of 28.04.2004, adopted by the Security Council acting under chapter VII of the U.N. Charter, it sets forth legally binding obligations on all U.N. member States to set up and enforce appropriate and effective measures against the proliferation of nuclear, chemical, and biological weapons, - including the adoption of controls and a reporting procedure for U.N. member States to a Committee of the Security Council (sometimes referred to as the “1540 Committee”). Subsequent Security Council resolutions reaffirm resolution 1540/2004 and call upon U.N. member States to implement it.

The U.N. Security Council refers, in particular, in two of its resolutions (984/1995, of 11.04.1995; and 1887/2009 of 24.09.2009), to the obligation to pursue negotiations in good faith in relation to nuclear

disarmament. In its preamble, Security Council resolution 984/1995 affirms the need for all States Parties to the NPT “to comply fully with all their obligations”; in its operative part, it further “[u]rges all States, as provided for in Article VI of the Treaty on the NonProliferation of Nuclear Weapons, to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to nuclear disarmament and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control which remains a universal goal” (para. 8). It should not pass unnoticed that Security Council resolution 984/1995 predates the ICJ’s 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*.

Furthermore, Security Council resolution 1887/2009 of 24.09.2009, in its operative part, again calls upon States Parties to the NPT “to comply fully with all their obligations and fulfil their commitments under the Treaty” (para. 2), and, in particular, “pursuant to Article VI of the Treaty, to undertake to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to nuclear arms reduction and disarmament”; and calls upon “all other States to join in this endeavour” (para. 5). Again, this is a general call, upon all U.N. member States, whether or not Parties to the NPT.

“In my perception, the resolutions of the Security Council, like those of the General Assembly, addressing all U.N. member States, provide significant elements of the emergence of an *opinio juris*, in support of the gradual formation of an obligation of customary international law, corresponding to the conventional obligation under Article VI of the NPT.”

In my perception, the aforementioned resolutions of the Security Council, like those of the General Assembly (cf. *supra*), addressing all U.N. member States, provide significant elements of the emergence of an *opinio juris*, in support of the gradual formation of an obligation of customary international law, corresponding to the conventional obligation under Article VI of the NPT. In particular, the fact that the Security Council calls upon *all States*, and not only States Parties to the NPT, to pursue negotiations towards nuclear disarmament in good faith (or to join the NPT State Parties in this endeavour) is significant. It is

an indication that the obligation is incumbent on all U.N. member States, irrespectively of their being or not Parties to the NPT.

IV. The Saga of the United Nations in the Condemnation of Nuclear Weapons.

The U.N. resolutions (those of the General Assembly and the Security Council) that I have just reviewed (*supra*) illustrate the United Nations' longstanding saga in the condemnation of nuclear weapons, which goes back to the Organization's birth and early years. In fact, nuclear weapons were not in the minds of the delegates to the San Francisco Conference of June 1945, when the United Nations Charter was adopted on 26.06.1945.

On August 6th and 9th, 1945 the U.S. atomic bombs landed in Hiroshima and Nagasaki, respectively, heralding the nuclear age, over ten weeks before the U.N. Charter's entry into force, on 24.10.1945.

As soon as the United Nations Organization came into being, it promptly sought to equip itself to face the new challenges of the nuclear age: the General Assembly's very

first resolution, - resolution 1(I) of 24.01.1946, - thus, established a Commission to deal with the matter, entrusted with submitting reports to the Security Council "in the interest of peace and security" (para. 2(a)), as well as with making proposals for "control of atomic energy to the extent necessary to ensure its use only for peaceful purposes", and for "the elimination from national armaments of atomic weapons and of all other major weapons adaptable to mass destruction" (para. 5(b)(c)).

One decade later, in 1956, the International Atomic Energy Agency (IAEA) was established. And half a decade later, in 1961, the General Assembly adopted a groundbreaking resolution: it would be proper here to recall the precise terms of the *célèbre* General Assembly resolution 1653 (XVI), of 24.11.1961, titled "*Declaration on the Prohibition of the Use of Nuclear and ThermoNuclear Weapons*", which remains contemporary today, and, 55 years later, continues to merit close attention; in it, the General Assembly

"Mindful of its responsibility under the Charter of the United Nations in the maintenance of international peace and

security, as well as in the consideration of principles governing disarmament,

Gravely concerned that, while negotiations on disarmament have not so far achieved satisfactory results, the armaments race, particularly in the nuclear and thermonuclear fields, has reached a dangerous stage requiring all possible precautionary measures to protect humanity and civilization from the hazard of nuclear and thermonuclear catastrophe,

Recalling that the use of weapons of mass destruction, causing unnecessary human suffering, was in the past prohibited, as being contrary to the laws of humanity and to the principles of international law, by international declarations and binding agreements, such as the Declaration of St. Petersburg of 1868, the Declaration of the Brussels Conference of 1874, the Conventions of The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907, and the Geneva Protocol of 1925, to which the majority of nations are still parties,

Considering that the use of nuclear and thermonuclear weapons would bring about indiscriminate suffering and destruction to mankind and civilization to an even greater extent than the use of those weapons declared by the

aforementioned international declarations and agreements to be contrary to the laws of humanity and a crime under international law,

Believing that the use of weapons of mass destruction, such as nuclear and thermonuclear weapons, is a direct negation of the high ideals and objectives which the United Nations has been established to achieve through the protection of succeeding generations from the scourge of war and through the preservation and promotion of their cultures,

1. Declares that:

a) The use of nuclear and thermonuclear weapons is contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations and, as such, a direct violation of the Charter of the United Nations;

b) The use of nuclear and thermonuclear weapons would exceed even the scope of war and cause indiscriminate suffering and destruction to mankind and civilization and, as such, is contrary to the rules of international law and to the laws of humanity;

c) The use of nuclear and thermonuclear weapons is a war directed not against an enemy or enemies alone but also against mankind in general, since the peoples of

the world not involved in such a war will be subjected to all the evils generated by the use of such weapons;

d) Any State using nuclear and thermonuclear weapons is to be considered as violating the Charter of the United Nations, as acting contrary to the laws of humanity and as committing a crime against mankind and civilization;

2. Requests the SecretaryGeneral to consult the Governments of Member States to ascertain their views on the possibility of convening a Special Conference for signing a Convention on the prohibition of the use of nuclear and thermonuclear weapons for war purposes and to report on the results of such consultation to the General Assembly at its XVIIIth session”.

Over half a century later, the lucid and poignant declaration contained in General Assembly resolution 1653 (1961) appears endowed with permanent topicality, as the whole international community continues to await the conclusion of the propounded general convention on the prohibition of nuclear and thermonuclear weapons: nuclear disarmament remains still a goal to be achieved by the United Nations today, as it was in 1961. The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty

(CTBT), adopted on 24.09.1996, has not yet entered into force, although 164 States have ratified it to date.

It is beyond the scope of this essay to dwell upon the reasons why one remains awaiting for the CTBT's entry into force⁵³. Suffice it here to recall that the CTBT provides (Article XIV) that for its entry into force, the 44 States specified in its Annex 2 need to ratify it⁵⁴; a number of these States have not yet ratified the CTBT, including some NWS, like India and Pakistan. NWS have invoked a catalog of reasons for their positions conditioning nuclear disarmament (cf. *infra*).

At a recent panel in Vienna (on 27.04.2016) in commemoration of the 20th anniversary of the CTBT, the U.N. SecretaryGeneral (Ban Kimoon) pondered that there have been advances in the matter, but there remains a long way to go, in the determination “to bring into force a legally binding prohibition against all nuclear tests”. He recalled to have

“repeatedly pointed to the toxic legacy that some 2,000 tests left on people and the environment in parts of Central Asia, North Africa, North America and the South Pacific. Nuclear testing poisons water, causes cancers, and pollutes the area

*with radioactive fallout for generations and generations to come. We are here to honour the victims. The best tribute to them is action to ban and to stop nuclear testing. Their sufferings should teach the world to end this madness*⁵⁵.

He then called on the (eight) remaining CTBT Annex 2 States “to sign and ratify the Treaty without further delay”, so as to strengthen its goal of universality; in this way, - he concluded, - “we can leave a safer world, free of nuclear tests, to our children and to succeeding generations of this world”⁵⁶.

To this, one may add the unaccomplished endeavours of the U.N. General Assembly Special Sessions on Disarmament. Of the three Special Sessions held so far (in 1978, 10th Special Session; in 1982, 12th Special Session; and in 1988, 15th Special Session)⁵⁷, the first one appears to have been the most significant. The Final Document adopted unanimously (without a vote) by the 1st Special Session on Disarmament sets up a programme of action on disarmament and the corresponding mechanism in its current form.

The Final Document of the first General Assembly Special Session on Disarmament (1978), begins by observing that the accumulation of

nuclear weapons constitutes a threat to the future of mankind (para. 1), in effect “the greatest danger” to “the survival of civilization” (para. 47). It adds that the arms race, particularly in its nuclear aspect, is incompatible with the principles enshrined in the United Nations Charter (para. 12). In its view, the most effective guarantee against the dangers of nuclear war is the complete elimination of nuclear weapons (paras. 8 and 56)⁵⁸.

While disarmament is the responsibility of all States, the General Assembly asserts that NWS have the primary responsibility for nuclear disarmament. There is pressing need of “urgent negotiations of agreements” to that end, and in particular to conclude “a treaty prohibiting nuclearweapon tests” (paras. 5051). It further stresses the importance of nuclearweaponfree zones that have been established or are the subject of negotiations in various parts of the globe (paras. 6064).

Since 1979, the Conference on Disarmament has been the international community’s sole multilateral negotiating forum on this issue. It has helped to negotiate multilateral armslimitation and disarmament agreements⁵⁹, and focused its work on four main issues, namely: nuclear disarmament,

prohibition of the production of fissile material for weapon use, prevention of arms race in outer space, and negative security assurances.

Yet, since the adoption of the CTBT in 1996, the Conference on Disarmament has been largely deadlocked, in face of the invocation of divergent security interests, added to the understanding that nuclear weapons require mutuality; furthermore, the Rules of Procedure of the Conference provide that all decisions must be adopted by consensus. In sum, some States blame political factors for causing its longstanding stalemate, while others attribute it to outdated procedural rules.

After all, in historical perspective, some advances have been attained in the last decades in respect of other weapons of mass destruction, as illustrated by the adoption of the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction (on 10.04.1972), as well as the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (on 13.01.1993); distinctly from the

CTBT (*supra*), these two Conventions have already entered into force (on 26.03.1975, and on 29.04.1997, respectively).

If we look only at conventional international law, weapons of mass destruction (poisonous gases, biological and chemical weapons) have been outlawed; yet, nuclear weapons, far more destructive, have not been banned yet. This juridical absurdity nourishes the positivist myopia, or blindness, in inferring therefrom that there is no customary international obligation of nuclear disarmament. Positivists only have eyes for treaty law, for individual State consent, revolving in vicious circles, unable to see the pressing needs and aspirations of the international community as a whole, and to grasp the *universality* of contemporary international law - as envisaged by its “founding fathers”, already in the XVIthXVIIth centuries, - with its underlying fundamental principles (cf. *infra*).

The truth is that, in this day and age, the obligation of nuclear disarmament has emerged and crystallized, in both conventional and customary international law, and the United Nations has been giving a most

valuable contribution to this along the decades. The matter at issue, the United Nations saga in this domain, was brought to the attention of the ICJ, two decades ago, in the advisory proceedings that led to its Advisory Opinion of 1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, and now again, two decades later, in the present contentious proceedings in the cases of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, opposing the Marshall Islands to India, Pakistan and the United Kingdom, respectively.

The aforementioned U.N. resolutions were in effect the object of attention from the contending parties before the Court (Marshall Islands, India, Pakistan and the United Kingdom). In the oral phase of their arguments, they were dealt with by the participating States (Marshall Islands, India and the United Kingdom), and, extensively so, in particular, by the Marshall Islands and India. The key point is the relation of those resolutions with the emergence of *opinio juris*, of relevance to the identification of a customary international law obligation in the present domain.

“The key point is the relation of those resolutions with the emergence of *opinio juris*, of relevance to the identification of a customary international law obligation in the present domain.”

V. U.N. Resolutions and the Emergence of *Opinio Juris*: Positions of the Contending Parties.

We now turn to the positions sustained by the contending parties, and then, to the questions I put to them in the public sitting of 16.03.2016 before the ICJ and the responses received from them.

In their written submissions and oral arguments before the Court in the case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the Marshall Islands referred to the General Assembly resolutions on nuclear disarmament, in relation to the development of customary international law⁶⁰; it also refers to Security Council resolutions⁶¹. Quoting the ICJ’s Advisory Opinion of 1996, it contended (perhaps not as clearly as it could have

done) that although General Assembly resolutions lack binding force, they may “sometimes have normative value”, and thus contribute to the emergence of an *opinio juris*⁶².

In its written submissions and oral arguments before the Court, India referenced U.N. General Assembly resolutions that followed up to the ICJ’s Advisory Opinion of 1996, pointing out that it is the only NWS that has cosponsored and voted in favour of such resolutions⁶³. India supports nuclear disarmament “in a timebound, universal, nondiscriminatory, phased and verifiable manner”⁶⁴. And it criticizes the Marshall Islands for not supporting the General Assembly follow-up resolutions in its own voting pattern (having voted against one of them, in favour once, and all other times abstained)⁶⁵.

In its *Preliminary Objections* (of 15.06.2015), the United Kingdom, after recalling the Marshall Islands’ position on earlier U.N. General Assembly resolutions in the sixties and seventies, referred to its own position thereon as well as to U.N. Security Council resolutions. It then recalled the Marshall Islands’ arguments - e.g., that “the U.K. has always voted against” General Assembly resolutions

on the followup of the ICJ Advisory Opinion of 1996, and of the U.N. High Level Meetings in 2013 and 2014 (paras. 98(e) and (h)), - in order to rebut them (paras. 99103).

As for Pakistan, though it informed the Court of its decision not to participate in the oral phase of the proceedings, it argues in its *Counter-Memorial* that nowhere in its 1996 Advisory Opinion did the ICJ state that the obligation under Article VI of the NPT was a general obligation or that it was opposable *erga omnes*; in its view, there was no *prima facie* evidence to this effect *erga omnes*⁶⁶. As to the U.N. General Assembly resolutions following up the ICJ’s 1996 Advisory Opinion, Pakistan noted that it has voted in favour of these resolutions from 1997 to 2015, and by contrast, - it adds, - the Marshall Islands abstained from voting in 2002 and 2003 and again from 2005 to 2012⁶⁷.

After recalling that it is not a Party to the NPT⁶⁸, Pakistan further argues that General Assembly resolutions *do not* have binding force and cannot thus, in its view, give rise to obligations enforceable against a State⁶⁹. Pakistan concludes that the General Assembly resolutions do not support the proposition that there exists a customary

international law obligation “rooted” in Article VI of the NPT. Rather, it is the NPT that underpins the Marshall Islands’ claims⁷⁰.

In sum, the United Kingdom has voted against such resolutions, the Marshall Islands has abstained in most of them, India and Pakistan have voted in favour of them. Despite these distinct patterns of voting, in my view, taken together, the U.N. General Assembly resolutions reviewed are not at all deprived of their contribution to the conformation of *opinio juris* as to the formation of a customary international law obligation of nuclear denuclearization. After all, they are resolutions of the U.N. General Assembly itself (and not only of the large majority of U.N. member States which voted in their favour); they are resolutions of the United Nations Organization itself, addressing a matter of common concern of humankind as a whole (cf. part XX, *infra*).

VI. Questions from the Bench and Responses from the Parties.

At the end of the public sittings before the Court in the case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (Marshall Islands *versus*

India), I deemed it fit to put the following questions (on 16.03.2016, in the morning) before the contending parties, the Marshall Islands and India:

In the course of the written submissions and oral arguments, the two contending parties, the Marshall Islands and India, both referred to U.N. General Assembly resolutions on nuclear disarmament. Parallel to the resolutions on the matter which go back to the early 70’s (First Disarmament Decade), there have been two more recent series of General Assembly resolutions, namely: those condemning nuclear weapons, extending from 1982 to date, and those adopted as a followup to the 1996 ICJ Advisory Opinion on Nuclear Weapons, extending so far from 1997 to 2015.

*In relation to this last series of General Assembly resolutions, — referred to by the contending parties, — I would like to ask both the Marshall Islands and India whether, in their understanding, such General Assembly resolutions are constitutive of an expression of *opinio juris*, and, if so, what in their view is their relevance to the formation of a customary international law obligation to pursue negotiations leading to nuclear disarmament, and what is their incidence upon the question of the existence of a dispute between the parties⁷¹.*

One week later (on 23.03.2016), India and the Marshall Islands submitted to the ICJ their written replies to my questions. In its response to them, India began by recalling a passage of the ICJ's 1986 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, whereby the Court acknowledged that

*General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide important evidence for establishing the existence of a rule or the emergence of an opinio juris. To establish whether this is true of a given General Assembly resolution, it is necessary to look at its content and the conditions of its adoption; it is also necessary to see whether an opinio juris exists as to its normative character*⁷².

In India's view, the series of General Assembly resolutions advocating measures of restraint, with a view to slowing down vertical proliferation⁷³, do not in themselves constitute comprehensive proposals for the global elimination of nuclear weapons; India, thus, focused on the voting pattern relating to two other series of General Assembly resolutions, - those on nuclear disarmament, and those on the followup to the ICJ's 1996 Advisory Opinion. As to these latter, India

noted that approximately twothirds of the member States of the United Nations vote in favour, while the others either abstain or vote against⁷⁴; India further noted the lack of consensus on the biennial resolutions following up nuclear disarmament measures agreed to at the Review Conferences of the States Parties to the NPT.

India argued that "the lack of unanimity and the abstention or negative vote of States whose interests are specially affected cast doubt on the normative value of these U.N. General Assembly resolutions on the existence of an *opinio juris*"⁷⁵. India considered that an *opinio juris* would be facilitated by a number of measures, including reaffirmation of the unequivocal commitment by all nuclear weapon States to the goal of complete elimination of nuclear weapons, and an agreement on a stepbystep process of universal commitment to the global elimination of nuclear weapons⁷⁶. As to the incidence of these resolutions on the existence of a dispute in the *cas d'espèce*, India argued that its own voting record and that of the Marshall Islands indicate that both States support these resolutions and do not hold opposing views on the question of pursuing and bringing to

a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament; accordingly, in its view, there is no dispute between them⁷⁷.

The Marshall Islands, for its part, also referred to the ICJ's 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, as well as to a number of General Assembly resolutions upholding the obligation to pursue negotiations leading to nuclear disarmament, in support of its position as to the existence of a customary international law obligation to this end. It then referred to the ICJ's *obiter dictum* in the case of *Nicaragua versus United States*, to the effect that "*opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions" (para. 188)⁷⁸.

In the perception of the Marshall Islands, the attitude of States towards General Assembly resolutions adopted in the period 1982-1995 indicates an emerging *opinio juris* on the obligation to conduct negotiations in good faith leading to general and complete nuclear disarmament⁷⁹. The Marshall Islands then states that the attitude of States to resolutions following up the 1996 ICJ's Advisory Opinion, - those

affirming the existence of an obligation to pursue negotiations leading to nuclear disarmament, - constitutes an expression of *opinio juris*, in support of a customary international obligation to this end⁸⁰.

As to the incidence of General Assembly resolutions on the existence of a dispute in the *cas d'espèce*, the Marshall Islands contends that opposing attitudes of States to such resolutions may contribute to demonstrating the existence of a dispute; however, the importance to be attributed to a State's attitude to resolutions must be determined in the light of the specific circumstances of any given case, as the endorsement of certain resolutions may be contradicted by subsequent conduct of the State at issue⁸¹.

As to the present case opposing the Marshall Islands to India, the Marshall Islands argues that, even if the two States do not show an opposition of legal views as to the relevant General Assembly resolutions, yet they hold divergent views as to whether India is in breach of the customary law obligation to pursue in good faith nuclear disarmament: such divergence is not evidenced by voting records of such resolutions, but rather by other conduct⁸².

VII. Human Wickedness: From the XXth Century Back to the Book of Genesis.

Since the beginning of the nuclear age in August 1945, some of the great thinkers of the XXth century started inquiring whether humankind has a future. Already in 1946, for example, deeply shocked by the U.S. atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki⁸³, Mahatma Gandhi, in promptly expressing his worry about the future of human society, wrote, in the *Journal Harijan*, on 07.07.1946, that

*“So far as I can see, the atomic bomb has deadened the finest feeling that has sustained mankind for ages. There used to be the so-called laws of war which made it tolerable. Now we know the naked truth. War knows no law except that of might”*⁸⁴.

Gandhi added that the “atom bomb is the weapon of ultimate force and destruction”, evidencing the “futility” of such violence; the development of the atom bomb “represents the most sinful and diabolical use of science”⁸⁵. In the same *Journal Harijan*, M. Gandhi further wrote, on 29.09.1946, that nonviolence is “the only thing the atom bomb cannot destroy”; and he further warned

that “unless now the world adopts nonviolence, it will spell certain suicide for mankind”⁸⁶.

Over a decade later, in the late fifties, Karl Jaspers, in his book *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* (1958), regretted that the existence of nuclear weapons seemed to have been taken for granted, despite their capacity to destroy humankind and all life on the surface of earth⁸⁷. One has thus to admit, - he added, - that “*cette terre, qui est née d'une explosion de l'atome, soit anéantie aussi par les bombes atomiques*”⁸⁸. K. Jaspers further regretted that progress had occurred in technological knowledge, but there had been “no progress of ethics nor of reason”. Human nature has not changed: “*ou l'homme se transforme ou il disparaît*”⁸⁹.

In the early sixties, for his part, Bertrand Russell, in his book *Has Man a Future?* (1961), likewise regretted that people seemed to have got used to the existence of nuclear weapons, in a world dominated by a “will towards death”, prevailing over sanity⁹⁰. Unfortunately, - he proceeded, - “love for power” has enticed States “to pursue irrational policies”; and he added:

Those who regard Genesis as authentic history, may take Cain as the first

*example: he may well have thought that, with Abel out of the way, he could rule over coming generations*⁹¹.

To B. Russell, it is “in the hearts of men that the evil lies”, it is in their minds that “the cure must be sought”⁹². He further regretted the discouraging results of disarmament conferences, and even wrote that ICJ pronouncements on the issue should be authoritative, and it was not “optional” for States “to respect or not international law”⁹³.

For his part, Karl Popper, at the end of his life, in his book (in interview form) *The Lesson of This Century* (1997), in assembling his recollections of the XXth century, expressed the anguish, for example, at the time of the 1962 Cuban missile crisis, with the finding that each of the 38 warheads at issue had three thousand times more power than the atomic bomb dropped over Hiroshima⁹⁴. Once again, the constatation: human nature has not changed. Popper, like other great thinkers of the past century, regretted that no lessons seemed to have been learned from the past; this increased the concern they shared, in successive decades, with the future of humankind, in the presence of arsenals of nuclear weapons.

A contemporary writer, Max Gallo, in his recent novel *Cain et Abel - Le premier crime*, has written that the presence of evil is within everyone; “*le Mal est au coeur du Bien, et cette réalité ambiguë est le propre des affaires humaines*”⁹⁵. Writers of the past, - he went on, - “*eux aussi - toi Dante, toi Dostoïevski, et ceux qui vous ont inspiré, Eschyle, Sophocle - attisent le brasier du châtement et de la culpabilité*”⁹⁶. And he added:

Partout, Caïn poignarde ou étrangle Abel. (...) Et personne ne semble voir (...) la mort prochaine de toute humanité. Elle tient entre ses mains l'arme de sa destruction. Ce ne sont plus seulement des villes entières qui seront incendiées, rasées: toute vie sera alors consumée, et la terre vitrifiée.

*Deux villes ont déjà connu ce sort, et l'ombre des corps de leurs habitants est à jamais encrustée dans la pierre sous l'effet d'une chaleur de lave solaire. (...) [P]artout Caïn poursuivra Abel. (...) Les villes vulnérables seront ensanglantées. Les tours les plus hautes seront détruites, leurs habitants ensevelis sous les décombres*⁹⁷.

As well captured by those and other thinkers, in the Book of *Genesis*, the episode of the brothers Cain and Abel portraying the first murder ever, came

to be seen, along the centuries, as disclosing the presence of evil and guilt in the world everyone lives. This called for care, prudence and reflection, as it became possible to realize that human beings were gradually distancing themselves from their Creator. The fragility of civilizations soon became visible. That distancing became manifest in the subsequent episode of the Tower of Babel (*Genesis*, ch. 11: 9). As they were built, civilizations could be destroyed. History was to provide many examples of that (as singled out, in the XXth century, by Arnold Toynbee). Along the centuries, with the growth of scientifictechnological knowledge, the human capacity of selfdestruction increased considerably, having become limitless in the present nuclear age.

Turning back to the aforementioned book by B. Russell, also in its French edition (*L'homme survivrat-il?*, 1963), he further warned therein that

il faut que nous nous rendions compte que la haine, la perte de temps, d'argent et d'habilité intellectuelle en vue de la création d'engins de destruction, la crainte du mal que nous pouvons nous faire mutuellement, le risque quotidien et permanent de voir la fin de tout ce que l'homme a réalisé, sont le produit de la folie humaine. (...) C'est dans nos cœurs

*que réside le mal, c'est de nos cœurs qu'il doit être extirpé*⁹⁸. [*"we must become aware that the hatred, the expenditure of time and money and intellectual hability upon weapons of destruction, the fear of what we may do to each other, and the imminent daily and hourly risk of an end to all that man has achieved, (...) all this is a product of human folly. (...) It is in our hearts that the evil lies, and it is from our hearts that it must be plucked out*⁹⁹.

Some other great thinkers of the XXth century (from distinct branches of knowledge), expressed their grave common concern with the increased human capacity of destruction coupled with the development of scientifictechnological knowledge. Thus, the historian Arnold Toynbee (*A Study in History*, 19341954; and *Civilization on Trial*, 1948), regretted precisely the modern tragedy that human iniquity was not eliminated with the development of scientifictechnological knowledge, but widely enlarged, without a concomitant advance at spiritual level¹⁰⁰. And the increase in armaments and in the capacity of destruction, - he added, - became a symptom of the fall of civilizations¹⁰¹.

For his part, the writer Hermann Hesse, in a posthumous book

of essays (*Guerre et paix*, 1946), originally published shortly after the II world war, warned that with the mass killings, not only do we keep on killing ourselves, but also our present and perhaps also our future¹⁰². The worst destruction, - he added, - was the one organized by the State itself, with its corollary, “the philosophy of the State”, accompanied by capital and industry¹⁰³. The philosopher and theologian Jacques Maritain (*Oeuvres Complètes*, 19611967), in turn, wrote that the atrocities perpetrated in the XXth century had “une importance plus tragique pour la conscience humaine”¹⁰⁴. In calling for an “integral humanism”, he warned that the human person transcends the State, and the realisation of the common good is to be pursued keeping in mind human dignity¹⁰⁵. In his criticism of the “realists”, he stressed the imperatives of ethics and justice, and the importance of general principles of law, in the line of jusnaturalist thinking¹⁰⁶.

Another writer, the humanist Stefan Zweig, remained always concerned with the fate of humankind. He was impressed with the Scripture’s legend of the Tower of Babel, having written an essay on it in 1916, and kept it in mind along the years, as shown in successive essays written in more than the

two following decades¹⁰⁷, taking it as a symbol of the perennial yearning for a unified humanity. In his own words,

*The history of tomorrow must be a history of all humanity and the conflicts between individual conflicts must be seen as redundant alongside the common good of the community. History must then be transformed from the current woeful State to a completely new position; (...) it must clearly contrast the old ideal of victory with the new one of unity and the old glorification of war with a new contempt for it. (...) [T]he only important thing is to push forward under the banner of a community of nations, the mentality of mankind (...)*¹⁰⁸.

Yet, in his dense and thoughtful intellectual autobiography (*Le monde d’hier*, 1944), written shortly before putting an end to his own life, Stefan Zweig expressed his deep concern with the fading away of conscience, disclosed by the fact that the world got used to the “dehumanisation, injustice and brutality, as never before in hundreds of centuries”¹⁰⁹; persons had been transformed into simple objects¹¹⁰. Earlier on, - before the nuclear age, - his friend the psychologist Sigmund Freud, in a wellknown essay (*Civilization and Its Discontents*, 1930), expressed his deep preoccupation with what he perceived

as an impulse to barbarism and destruction, which could not be expelled from the human psyche¹¹¹. In face of human hostility and the threat of selfdisintegration, - he added, - there is a consequent loss of happiness¹¹².

Another psychologist, Carl Jung, referring, in his book *Aspects du drame contemporain* (1948), to events of contemporary history of his epoch, warned against subsuming individuals under the State; in his view, collective evil and culpability contaminate everyone everywhere¹¹³. He further warned against the tragic dehumanization of others¹¹⁴ and the psychic exteriorizations of mass movements (of the collective unconscious) conducive to destruction¹¹⁵.

To the writer and theologian Albert Schweitzer (who wrote his *Kulturphilosophie* in 1923), the essence of civilization lies in the respect for life, to the benefit of each person and of humankind¹¹⁶. He rejected the “illness” of *Realpolitik*, having stated that good consists in the preservation and exaltation of life, and evil lies in its destruction; nowadays more than ever, - he added, - we need an “ethics of reverence for life”, what requires responsibility¹¹⁷. He insisted, in his book *La civilisation et l'éthique* (1923),

that respect for life started as from “une prise de conscience” of one’s responsibility *visàvis* the life of others¹¹⁸.

Later on in his life, then in the nuclear age, in his series of lectures *Paix ou guerre atomique* (1958), Schweitzer called for an end to nuclear weapons, with their “destructions et anéantisements inimaginables”¹¹⁹. In his own words,

*La guerre atomique ne connaît pas de vainqueurs, mais uniquement des vaincus. Chaque belligérant subit par les bombes et les projectiles atomiques de l'adversaire les mêmes dégâts qu'il lui inflige par les siens. Il en résulte un anéantissement continu (...). Il peut seulement dire: allons-nous nous suicider tous les deux par une extermination réciproque?*¹²⁰.

Well before them, by the turn of the XIXth to the XXth century, the writer Leo Tolstoi warned (*The Slavery of Our Times*, 1900) against the undue use of the State monopoly of “organized violence”, conforming a new form of slavery of the vulnerable ones¹²¹; he criticized the recruitment of personnel to be sent to war to kill defenseless persons, perpetrating acts of extreme violence¹²². On his turn, the physician Georges Duhamel warned (in his account *Civilisation* - 1914/1917)

against the fact that war had become an industry of killing, with a “barbaric ideology”, destroying civilization with its “lack of humanity”; yet, he still cherished the hope that the spirit of humanism could flourish from the ashes¹²³.

The historian of ideas Isaiah Berlin, for his part, warned (*The Proper Study of Mankind*) against the dangers of the *raison d’État*, and stressed the relevance of *values*, in the search of knowledge, of cultures, and of the *recta ratio*¹²⁴. On his turn, the writer Erich Fromm upheld human life in insisting that there could only exist a truly “civilized” society if based on humanist values¹²⁵. Towards the end of his life, in his book *The Anatomy of Human Destructivity* (1974), he warned against destruction and propounded the prevalence of love for life¹²⁶.

Fromm further warned that the devastation of wars (including the contemporary ones) have led to the loss of hope and to brutalization, amidst the tension of the coexistence or ambivalence between civilization and barbarism, which requires all our endeavours towards the revival of humanism¹²⁷. Likewise, in our days, the philosopher Edgar Morin has also warned that the advances of scientific

knowledge disclosed an ambivalence, in that they provided, on the one hand, the means to improve the knowledge of the world, and, on the other hand, with the production (and proliferation) of nuclear weapons, in addition to other weapons (biological and chemical) of mass destruction, the means to destroy the world¹²⁸.

Future has thus become unpredictable, and unknown, in face of the confrontation between the forces of life and the forces of death. Yet, - he added, - human beings are endowed with conscience, and are aware that civilizations, as well as the whole of humankind, are mortal¹²⁹. E. Morin further contended the tragic experiences lived in recent times should lead to the repentance of barbarism and the return to humanism; in effect, to think about, and resist to, barbarism, amounts to contributing to recreate humanism¹³⁰.

In the late eighties, in his book of essays *Silences et mémoires d’hommes* (1989), Elie Wiesel stressed the need of memory and attention to the world wherein we live, so as to combat the indifference to violence and evil¹³¹. Looking back to the Book of *Genesis*, he saw it fit to recall that “Caïn et Abel - les premiers enfants sur

terre, - se découvrirent ennemis. Bien que frères, l'un devin l'assassin ou la victime de l'autre. L'enseignement que nous devrions en tirer? Deux hommes peuvent être frères et néanmoins désireux de s'entretuer. Et aussi: quiconque tue, tue son frère. Seulement cela, on l'apprend plus tard"¹³².

Turning attention to the threat of nuclear weapons, E. Wiesel sharply criticized the already prevailing attitude of indifference to it: "*le monde, aujourd'hui, nous paraît étonnamment indifférent visàvis de la question nucléaire*", - an attitude which he found ununderstandable¹³³. And he added that

L'indifférence (...) peut elle aussi devenir contagieuse. (...) L'indifférence permet également de mesurer la progression du mal que mine la société. (...) Là encore, la mémoire seule peut nous réveiller. Si nous nous souvenons de ce qui s'est passé il y a quarante ans, nous avons une possibilité d'empêcher de nouvelles catastrophes. Sinon, nous risquons d'être les victimes de notre propre indifférence. Car si nous sommes indifférents aux leçons de notre passé, nous le serons aux espoirs inhérents à notre avenir. (...) Voici mon angoisse: si nous oublions, nous serons oubliés. (...) Si nous restons indifférents à notre sort, (...) il ne restera personne pour raconter notre histoire¹³⁴.

In effect, already in the early XXth century, Henri Bergson, in his monograph *La conscience et la vie* (1911), devoted attention to the search for meaning in life: to him, to live with conscience is to remember the past (memory) in the present, and to anticipate the future¹³⁵. In his own words,

Retenir ce qui n'est déjà plus, anticiper sur ce qui n'est pas encore, voilà donc la première fonction de la conscience. (...) [L]a conscience est un trait d'union entre ce qui a été et ce qui sera, un pont jeté entre le passé et l'avenir¹³⁶.

Also in international legal doctrine, there have been those who have felt the need to move away from State voluntarism and acknowledge the prevalence of conscience over the "will". It is not my intention to dwell upon this point here, as I have dealt with it elsewhere¹³⁷. For the purposes of the present Dissenting Opinion, suffice it to recall a couple of examples. The jurist Gustav Radbruch, at the end of his life, forcefully discarded legal positivism, always subservient to power and the established order, and formulated his moving conversion and profession of faith in jusnaturalism¹³⁸. His lucid message was preserved and has been projected in time¹³⁹, thanks to the devotion of his students and disciples of the School of Heidelberg.

There are further examples of doctrinal endeavours to put limits to State voluntarism, such as the jusnaturalist construction of, e.g., Alfred Verdross, - as from the *idée du droit*, - of an objective law finding expression in the general principles of law, preceding positive international law¹⁴⁰; or else Roberto Ago's conception of the *droit spontanée*, upholding the spontaneous formation (emanating from human conscience, well beyond the "will" of individual States) of new rules of international law¹⁴¹.

In the view of Albert de La Pradelle, the conception of the formation of international law on the strict basis of reciprocal rights and duties only of States is "extremely grave and dangerous"¹⁴². International law is a *droit de la communauté humaine*, encompassing, besides States, also peoples and human beings; it is the *droit de toute l'humanité*, on the foundations of which are the general principles of law¹⁴³. To A. de La Pradelle, this *droit de l'humanité* is not static, but rather dynamic, attentive to human values, in the line of jusnaturalist thinking¹⁴⁴.

"Juridical conscience" is invoked in lucid criticisms of legal positivism¹⁴⁵. Thus, in his monograph plea (of 1964) against nuclear weapons, for example,

Stefan Glaser sustained that customary international norms are those that, "according to universal conscience", ought to regulate the international community, for fulfilling common interest and responding to the demands of justice; and he added that

*C'est sur cette conscience universelle que repose la principale caractéristique du droit international: la conviction que ses normes sont indispensables pour le bien commun explique leur reconnaissance en tant que règles obligatoires*¹⁴⁶.

This is the position that I also uphold; in my own understanding, it is the universal juridical conscience that is the ultimate material source of international law¹⁴⁷. In my view, one cannot face the new challenges

"In my view, one cannot face the new challenges confronting the whole international community keeping in mind only State susceptibilities; such is the case with the obligation to render the world free of nuclear weapons, an imperative of *recta ratio* and not a derivative of the "will" of States."

confronting the whole international community keeping in mind only State susceptibilities; such is the case with the obligation to render the world free of nuclear weapons, an imperative of *recta ratio* and not a derivative of the “will” of States. In effect, to keep hope alive it is necessary to bear always in mind human kind as a whole.

For my part, within the ICJ, I have deemed it fit to ponder, in my dissenting opinion (paras. 488-489) in the case concerning the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia versus Serbia, Judgment of 03.02.2015), that, from Homer’s *Iliad* (late VIIIth or early VIIth century b.C.) to date, individuals, indoctrinated and conditioned for war and destruction, have become objects of the struggle for domination. I recalled that this has been lucidly warned by Simone Weil, in a penetrating essay (of 1934), to whom this ends up victimizing everyone, there occurring “the substitution of the ends by the means”, transforming human life into a simple means, which can be sacrificed; individuals become unable to think, in face of the “social machine” of destruction of the spirit and fabrication of the in conscience¹⁴⁸.

The presence of evil has accompanied and marked human existence along the

centuries. In the same aforementioned Dissenting Opinion in the case concerning the *Application of the Convention against Genocide* (2015), after drawing attention to the everlasting presence of evil, which appears proper to the human condition, in all times, I added:

It is thus understandable that it has attracted the concern of, and has presented challenges to, legal thinking, in our times and previous centuries, as well as other branches of knowledge (such as, e.g., history, psychology, anthropology, sociology, philosophy and theology, among others). It has marked presence in literature as well. This longstanding concern, along centuries, has not, however, succeeded to provide an explanation for evil.

Despite the endeavours of human thinking, along history, it has not been able to rid mankind of it. Like the passing of time, the everlasting presence of evil is yet another mystery surrounding human beings, wherever and while they live. Whenever individuals purport to subject their fellow human beings to their ‘will’, placing this latter above conscience, evil is bound to manifest itself. In one of the most learned writings on the problem of evil, R.P. Sertillanges ponders that the awareness of evil and the anguish emanated therefrom have marked presence in all civilizations. The ensuing

threat to the future of human kind has accounted for the continuous presence of that concern throughout the history of human thinking¹⁴⁹.

Religions were the first to dwell upon the problem of evil, which came also to be considered by philosophy, history, psychology, social sciences, and literature. Along the centuries, human thinking has always acknowledged the need to examine the problem of evil, its incidence in human relations, in the world wherein we live, without losing faith in human values¹⁵⁰. Despite the perennial quest of human thinking to find answers to the problem of evil, - going as far back as the Book of Job, or even further back, to the Genesis itself¹⁵¹, - not even theology has found an explanation for it, satisfactory to all (paras. 472474).

The Scripture's account of Cain and Abel (*Genesis*, ch. 4: 810) along the centuries came to be regarded as the aetiology of the fragmentation of humankind, as from the indifference of an individual to the fate of another. The increasing disregard for human life was fostered by growing, generalized and uncontrolled violence in search of domination. This was further aggravated by ideological manipulations, and even the dehumanization of the others, the ones to be victimized. The

problem of evil continues to be studied, in face of the human capacity for extreme violence and selfdestruction on a large scale¹⁵². The tragic message of the Book of *Genesis*, in my perception, seems perennial, as contemporary as ever, in the current nuclear age.

VIII. The Attention of the United Nations Charter to Peoples.

It should be kept in mind that the United Nations Charter was adopted on 26.06.1945 on behalf of "we, the peoples of the United Nations". In several provisions, it expresses its concern with the living conditions of all peoples (preamble, Articles 55, 73(a), 76, 80), and calls for the promotion of, and universal respect for, human rights (Articles 55(c), 62(2), 68, 76(c)). It invokes the "principles of justice and international law" (Article 1(1), and refers to "justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law" (preamble). It further states that the Statute of the ICJ, "the principal judicial organ of the United Nations", forms "an integral part" of the U.N. Charter itself (Article 92).

In the midfifties, Max Huber, a former Judge of the PCIJ, wrote that international law has to protect also values

common to humankind, attentive to respect for life and human dignity, in the line of the jusnaturalist conception of *the jus gentium*; the U.N. Charter, in incorporating human rights into this *droit de l'humanité*, initiated a new era in the development of international law, in a way rescuing the idea of the *civitas maxima*, which marked presence already in the historical origins of the law of nations. The U.N. Charter's attention to peoples, its principled position for the protection of the human person, much transcend positive domestic law and politics¹⁵³.

The new vision advanced by the U.N. Charter, and espoused by the Law of the United Nations, has, in my perception, an incidence upon judicial settlement of international disputes. Thus, the fact that the ICJ's mechanism for the handling of contentious cases is an interState one, does not mean that its reasoning should also pursue a strictly interState dimension; that will depend on the nature and substance of the cases lodged with it. And there have been several cases lodged with the Court that required a reasoning going well beyond the interState dimension¹⁵⁴. Such reasoning is faithful to the U.N. Charter, the ICJ being "the principal judicial organ of the United Nations" (Article 92).

Recently, in one such case, that of the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia versus Serbia, 2015), in my extensive dissenting opinion appended thereto, I deemed it fit, *inter alia*, to warn that:

The present case concerning the Application of the Convention against Genocide (Croatia versus Serbia) provides yet another illustration of the pressing need to overcome and move away from the dogmatic and strict interState outlook, even more cogently. In effect, the 1948 Convention against Genocide, - adopted on the eve of the Universal Declaration of Human Rights, - is not Statecentered, but rather peoplecentred. The Convention against Genocide cannot be properly interpreted and applied with a strict State-centered outlook, with attention turned to interState susceptibilities. Attention is to be kept on the justiciables, on the victims, - real and potential victims, - so as to impart justice under the Genocide Convention (para. 496).

In a report in the early nineties, a former U.N. SecretaryGeneral, calling for a "concerted effort" towards complete disarmament, rightly pondered that "[d]ans le monde d'aujourd'hui, les nations ne peuvent plus se permettre de résoudre les problèmes par la force. (...) Le désarmement est l'un des moyens les plus

*importants de réduire la violence dans les relations entre États*¹⁵⁵. There followed the cycle of World Conferences of the United Nations along the nineties, in a commendable endeavour of the United Nations *to go beyond and transcend the purely interState dimension*, imbued of a spirit of solidarity, so as to consider the challenges for the future of human kind.

Those U.N. World Conferences revealed a growing awareness of the international community as a whole, and entered into a continuing universal dialogue between U.N. member States and entities of the civil societies, - which I well remember, having participated in it¹⁵⁶, - so as to devise the new international agenda in the search of common solutions for the new challenges affecting humankind as a whole. In focusing attention on vulnerable segments of the populations, the immediate concern has been with meeting basic human needs, that memorable cycle of World Conferences disclosed a common concern with the deterioration of living conditions, dramatically affecting increasingly greater segments of the population in many parts of the world nowadays¹⁵⁷.

The common denominator in those U.N. World Conferences - as I have

pointed out on distinct occasions along the last two decades¹⁵⁸ - can be found in the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the living conditions of all human beings everywhere. The placing of the wellbeing of peoples and human beings, of the improvement of their conditions of living, at the centre of the concerns of the international community, is remindful of the historical origins of the *droit des gens*¹⁵⁹.

At the end of the decade and the dawn of the new millennium, the United Nations Millennium Declaration (adopted by General Assembly's resolution 55/2, of 08.09.2000) stated the determination "to eliminate the dangers posed by weapons of mass destruction" (para. II(8)), and, noticeably,

To strive for the elimination of weapons of mass destruction, particularly nuclear weapons, and to keep all options open for achieving this aim, including the possibility of convening and international conference to identify ways of eliminating nuclear dangers (para. II(9)).

In addition to our responsibilities to our individual societies, - the U.N. Millennium Declaration added, -

We have a collective responsibility to uphold the principles of human dignity, equality and equity at the global level. (...) [W]e have a duty therefore to all the world's people, especially the most vulnerable and, in particular, the children of the world, to whom the future belongs.

We reaffirm our commitment to the purposes and principles of the Charter of the United Nations, which have proved timeless and universal. Indeed, their relevance and capacity to inspire have increased, as nations and peoples have become increasingly interconnected and interdependent (paras. 1(23)).

“Attention has to be turned to the nature of the case at issue, which may well require a reasoning moving away from “a strict State centred voluntarist perspective” and from the “exaltation of State consent”, and seeking guidance in fundamental principles (*prima principia*), such as the principle of humanity.”

IX. Impertinence of the So-Called Monetary Gold “Principle”.

The distortions generated by the obsession with the strict interState paradigm are not hard to detect. An example is afforded, in this connection, by the ICJ’s handling of the *East Timor* case (1995): the East Timorese people had no *locus standi* to request intervention in the proceedings, not even to present an *amicus curiae*, although the crucial point under consideration was that of sovereignty over their own territory. Worse still, the interests of a third State (which had not even accepted the Court’s jurisdiction) were taken for granted and promptly safeguarded by the Court, by means of the application of the so-called *Monetary Gold* “principle”, — an assumed “principle” also invoked now, two decades later, in the present case concerning the obligation of elimination of nuclear weapons!

Attention has to be turned to the *nature* of the case at issue, which may well require a reasoning moving away from “a strict Statecentred voluntarist perspective” and from the “exaltation of State consent”, and seeking guidance in fundamental principles (*prima principia*), such as the principle of humanity. This is what I pointed out in

my extensive dissenting opinion in the case concerning the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia *versus* Serbia, Judgment of 03.02.2015), where I pondered *inter alia* that such *prima principia* confer to the international legal order “its ineluctable axiological dimension”; they “conform its *substratum*, and convey the idea of an *objective* justice, in the line of jusnaturalist thinking” (para. 517).

That was not the first time I made such ponderation: I had done the same, in another extensive dissenting opinion (para. 213), in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination - CERD* (Georgia *versus* Russian Federation, Judgment of 01.04.2011). In my subsequent aforementioned dissenting opinion in the case concerning the *Application of the Convention against Genocide* I expressed my dissatisfaction that in a case pertaining to the interpretation and application of the Convention against Genocide, the ICJ even made recourse to the so-called *Monetary Gold* “principle”¹⁶⁰, which had no place in a case like that, and “which does not belong to the realm of the *prima principia*, being nothing more than a concession to State consent, within an outdated State voluntarist framework” (para. 519).

This time, in the case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, I once again state for the record my dissatisfaction for the same reason. Once again, I stress that the adjudication of a case like the present one shows the need to go beyond the strict interState outlook. The fact that the mechanism for the adjudication of contentious cases before the ICJ is an interState one, does not at all imply that the Court’s reasoning should likewise be strictly inter State. In the present case concerning nuclear weapons and the obligation of nuclear disarmament, it is necessary to focus attention on peoples, rather than on interState susceptibilities. It is imperative to keep in mind the world population, in pursuance of a humanist outlook, in the light of the *principle of humanity*.

X. The Fundamental Principle of the Juridical Equality of States.

The case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* stresses the utmost importance of the principle of the juridical equality of States. The importance attributed to fundamental principles, the idea of an objective justice, and its incidence

upon the laws, go back in time, being deeplyrooted in jusnaturalist thinking. If laws are deprived of justice, they no longer oblige in conscience. Ethics cannot be dissociated from law; in the international scenario, each one is responsible for all the others. To the “founding fathers” of the law of nations (*droit des gens*), like F. de Vitoria and F. Suárez, the principle of equality was fundamental, in the relations among individuals, as well as among nations. Their teachings have survived the erosion of time: today, four and a half centuries later, the basic principle of equality and nondiscrimination is in the foundations of the Law of the United Nations itself.

This case is surely not the first one before the ICJ that brings to the fore the relevance of the principle of the juridical equality of States. In the ICJ’s Order (of Provisional Measures of Protection) of 03.03.2014, I have deemed it fit to point out, in my separate opinion appended thereto, that the case concerning *Questions Relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data*:

... bears witness of the relevance of the principle of the juridical equality of States. The prevalence of this fundamental principle has marked a longstanding

presence in the realm of international law, ever since the times of the II Hague Peace Conference of 1907, and then of the drafting of the Statute of the Permanent Court of International Justice by the Advisory Committee of Jurists, in JuneJuly 1920. Recourse was then made, by that Committee, inter alia, to general principles of law, as these latter embodied the objective idea of justice. A general principle such as that of the juridical equality of States, enshrined a quarter of a century later in the United Nations Charter (Article 2(1)), is ineluctably intermingled with the quest for justice.

*Subsequently, throughout the drafting of the 1970 U.N. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (19641970), the need was felt to make it clear that stronger States cannot impose their will upon the weak, and that de facto inequalities among States cannot affect the weaker in the vindication of their rights. The principle of the juridical equality of States gave expression to this concern, embodying the *idée de justice*, emanated from the universal juridical conscience” (paras. 4445).*

A decade earlier, in my General Course on Public International Law

delivered at the Hague Academy of International Law (2005), I had pondered that:

On successive occasions the principles of international law have proved to be of fundamental importance to human-kind's quest for justice. This is clearly illustrated by the role played, inter alia, by the principle of juridical equality of States. This fundamental principle, - the historical roots of which go back to the II Hague Peace Conference of 1907, - proclaimed in the U.N. Charter and enunciated also in the 1970 Declaration of Principles, means ultimately that all States, - factually strong and weak, great and small, - are equal before international law, are entitled to the same protection under the law and before the organs of international justice, and to equality in the exercise of international rights and duties.

Despite successive attempts to undermine it, the principle of juridical equality of States has remained, from the II Hague Peace Conference of 1907 to date, one of the basic pillars of International Law. It has withstood the onslaught of time, and shown itself salutary for the peaceful conduction of international relations, being ineluctably associated - as it stands - with the foundations of International Law. It has been very important

for the international legal system itself, and has proven to be a cornerstone of international law in the United Nations era. In fact, the U.N. Charter gave it a new dimension, and the principle developments such as that of the system of collective security, within the ambit of the law of the United Nations”⁶¹.

By the turn of the century, the General Assembly's resolution 55/2, of 08.09.2000, adopted the United Nations Millennium Declaration, which *inter alia* upheld the “sovereign equality of all States”, in conformity with “the principles of justice and international law” (para. I(4)). Half a decade later, the General Assembly's resolution 60/1, of 16.09.2005, adopted the *World Summit Outcome*, which *inter alia* expressed the determination “to establish a just and lasting peace all over the world in accordance with the purposes and principles of the [U.N.] Charter”, as well as “to uphold the sovereign equality of all States” (para. I(5)). In stressing therein the “vital importance of an effective multilateral system” to face current challenges to international peace and security (paras. 67), the international community reiterated its profession of faith in the general principles of international law.

XI. Unfoundedness of the Strategy of “Deterrence”.

In effect, the strategy of “deterrence”, pursued by NWS in the present context of nuclear disarmament in order to attempt to justify their own position, makes abstraction of the fundamental principle of the juridical equality of States, enshrined into the U.N. Charter. Factual inequalities cannot be made to prevail over the juridical equality of States. All U.N. member States are juridically equal. The strategy of a few States pursuing their own “national security interests” cannot be made to prevail over a fundamental principle of international law set forth in the U.N. Charter: factual inequalities between States cannot, and do not prevail over the juridical equality of States.

“The strategy of a few States pursuing their own “national security interests” cannot be made to prevail over a fundamental principle of international law set forth in the U.N. Charter: factual inequalities between States cannot, and do not prevail over the juridical equality of States.”

In its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, permeated with ambiguity, the ICJ gave undue weight to “the still strong adherence to the practice of deterrence” (paras. 67 and 73) by a few NWS, to the point of beholding in it an obstacle to the formation and consolidation of *opinio juris* and a customary rule as to the illegality of nuclear weapons, leading to “a specific and express prohibition” of their use (para. 73). Here, the Court assumed its usual positivist posture: in its view, the prohibition must be express, stated in positive law, even if those weapons are capable of destroying all life on earth, the whole of humankind...

The ICJ, in its Advisory Opinion of 1996, gave too much weight to the opposition of NWS as to the existence of an *opinio juris* on the unlawfulness of nuclear weapons. And this, despite the fact that in their overwhelming majority, member States of the United Nations stand clearly against nuclear weapons, and in favour of nuclear disarmament. The 1996 Advisory Opinion, notwithstanding, appears unduly influenced by the lack of logic of “deterrence”¹⁶². One cannot conceive, - as the 1996 Advisory Opinion did, - of recourse to nuclear weapons by a hypothetical State in “selfdefence” at the unbearable cost of the devastating

effects and sufferings inflicted upon humankind as a whole, in an “escalade vers l’apocalypse”¹⁶³.

The infliction of such devastation and suffering is in flagrant breach of international law, - of the ILHR, IHL and the Law of the United Nations (cf. part XIII, *infra*). It is, furthermore, in flagrant breach of norms of *jus cogens*¹⁶⁴. The strategy of “deterrence” seems to make abstraction of all that. The ICJ, as the International Court of Justice, should have given, on all occasions when it has been called upon to pronounce on nuclear weapons (in the exercise of its jurisdiction on contentious and advisory matters), far greater weight to the *raison d’humanité*¹⁶⁵, rather than to the *raison d’État* nourishing “deterrence”. We have to keep in mind the human person and the peoples, for which States were created, instead of relying only on what one assumes to be the *raison d’État*. The *raison d’humanité*, in my understanding, prevails surely over considerations of *Realpolitik*.

In its 1996 Advisory Opinion, the ICJ, however, at the same time, rightly acknowledged the importance of complete nuclear disarmament, asserted in the series of General Assembly resolutions, and the relevance of the corresponding obligation

under Article VI of the NPT to the international community as a whole (paras. 99 and 102). To the Court, this is an obligation of result, and not of mere conduct (para. 99). Yet, it did not extract the consequences of that. Had it done so, it would have reached the conclusion that nuclear disarmament cannot be hampered by the conduct of a few States — the NWS — which maintain and modernize their own arsenals of nuclear weapons, pursuant to their strategy of “deterrence”.

The strategy of “deterrence” has a suicidal component. Nowadays, in 2016, twenty years after the 1996 ICJ Advisory Opinion, and with the subsequent reiteration of the conventional and customary international legal obligation of nuclear disarmament, there is no longer any room for ambiguity.

“The ICJ, as the International Court of Justice, should have given, on all occasions when it has been called upon to pronounce on nuclear weapons, far greater weight to the *raison d’humanité*, rather than to the *raison d’État* nourishing “deterrence”.”

There is an *opinio juris communis* as to the illegality of nuclear weapons, and as to the well-established obligation of nuclear disarmament, which is an obligation of result and not of mere conduct. Such *opinio juris* cannot be erased by the dogmatic positivist insistence on an express prohibition of nuclear weapons; on the contrary, that *opinio juris* discloses that the invocation of the absence of an express prohibition is nonsensical, in relying upon the destructive and suicidal strategy of “deterrence”.

Such strategy is incompatible with jusnaturalist thinking, always attentive to ethical considerations (cf. part XV *infra*). Over half a century ago (precisely 55 years ago), the U.N. General Assembly had already stated, in its seminal resolution 1653 (XVI) of 1961, that the use of nuclear weapons was “contrary to the spirit, letter and aims of the United Nations”, a “direct violation” of the U.N. Charter, a breach of international law and of “the laws of humanity”, and “a crime against mankind and civilization” (operative para. 1). Several subsequent General Assembly resolutions upheld the same understanding of resolution 1653(XVI) of 1961 (cf. part III, *supra*), leaving thus no room at all for ambiguity or hesitation, or to any concession.

Two decades ago, in the advisory proceedings of late 1995 before the ICJ, conducive to its 1996 Advisory Opinion on *Threat or Use of Nuclear Weapons*, fierce criticisms were voiced of the strategy of “deterrence”, keeping in mind the inhumane sufferings of victims of nuclear detonation, radiation and contamination¹⁶⁶. Attention was drawn, on the occasion, to the “distortion of logic” in “deterrence”, in trying to rely on so immensely destructive weapons to keep peace, and in further trying to persuade others “to accept that for the last 50 or so years this new and more dangerous and potentially genocidal level of armaments should be credited with keeping peace”¹⁶⁷.

In the aforementioned advisory proceedings, the idea of “nuclear deterrence” understood as being “simply the maintenance of a balance of fear”¹⁶⁸; was criticized as seeking to ground itself on a “highly questionable” premise, whereby a handful of NWS feel free to “arrogate to themselves” the authority “to determine what is world peace and security, exclusive in the context of their own” national strategies and interests¹⁶⁹. It was contended that nuclear weapons are in breach of international law *by their own nature*, as weapons of catastrophic mass destruction; “nuclear

deterrence” wrongfully assumes that States and individuals act rationally, leaving the world “under the nuclear sword of Damocles”, stimulating “the nuclear ambitions of their countries, thereby increasing overall instability”, and also increasing the danger of their being used “intentionally or accidentally”¹⁷⁰.

The NWS, in persisting to rely on the strategy of “deterrence”, seem to overlook the abovereviewed distinct series of U.N. General Assembly resolutions (cf. part III, *supra*) condemning nuclear weapons and calling for their elimination. The strategy of “deterrence” has come under strong criticism along the years, for the serious risks it carries with it, and for its indifference to the goal - supported by the United Nations, - of achieving a world free of nuclear weapons. Very recently, participants in the series of Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (20132014) have strongly criticized the strategy of nuclear “deterrence”. In a statement sent to the 2014 Vienna Conference, for example, the U.N. SecretaryGeneral warned against the dangers of nuclear “deterrence”, undermining world stability (cf. part XIX, *infra*).

There is here, in effect, clearly formed, an *opinio juris communis* as to the illegality and prohibition of nuclear weapons. The use or threat of use of nuclear weapons being a clear breach of international law, of International Humanitarian Law and of the International Law of Human Rights, and of the U.N. Charter, renders unsustainable and unfounded any invocation of the strategy of “deterrence”. In my view, a few States cannot keep on insisting on “national security interests” to arrogate to themselves indefinitely the prerogative to determine by themselves the conditions of world peace, and to impose them upon all others, the overwhelming majority of the international community. The survival

“In my view, a few States cannot keep on insisting on “national security interests” to arrogate to themselves indefinitely the prerogative to determine by themselves the conditions of world peace, and to impose them upon all others, the overwhelming majority of the international community.”

of human kind cannot be made to depend on the “will” of a handful of privileged States. The universal juridical conscience stands well above the “will” of individual States.

XII. The Illegality of Nuclear Weapons and the Obligation of Nuclear Disarmament.

1. The Condemnation of All Weapons of Mass Destruction.

Since the beginning of the nuclear age, it became clear that the effects of nuclear weapons (such as heat and radiation) cannot be limited to military targets only, being thus by nature indiscriminate and disproportionate in their longterm devastation, disclosing the utmost cruelty. The *opinio juris communis* as to the prohibition of nuclear weapons, and of all weapons of mass destruction, has gradually been formed, along the last decades¹⁷¹. If weapons less destructive than nuclear weapons have already been expressly prohibited (as is the case of biological and chemical weapons), it would be nonsensical to argue that, those which have not, by positive conventional international law, like nuclear weapons, would not likewise be illicit; after all, they have far greater and longlasting

devastating effects, threatening the existence of the international community as a whole.

It may be recalled that, already in 1969, *all* weapons of mass destruction were condemned by the *Institut de Droit International* (I.D.I.). In the debates of its Edinburgh session on the matter, emphasis was placed on the need to respect the *principle of distinction* (between military and nonmilitary objectives), and the terrifying effects of the use of nuclear weapons were pointed out, - the example of the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki having been expressly recalled¹⁷². In its resolution of September 1969 on the matter, the *Institut* began by restating, in the preamble, the *prohibition of recourse to force* in international law, and the duty of protection of civilian populations in any armed conflict; it further recalled the general principles of international law, customary rules and conventions, - supported by international caselaw and practice, - which “clearly restrict” the extent to which the parties engaged in a conflict may harm the adversary, and warned against

*...the consequences which the indiscriminate conduct of hostilities and particularly the use of nuclear, chemical and bacteriological weapons, may involve for civilian populations and for mankind as a whole*¹⁷³.

In its operative part, the aforementioned resolution of the *Institut* stressed the importance of the principle of distinction (between military and non-military objectives) as a “fundamental principle of international law” and the pressing need to protect civilian populations in armed conflicts¹⁷⁴, and added, in paragraphs 4 and 7, that:

Existing international law prohibits all armed attacks on the civilian population as such, as well as on nonmilitary objects, notably dwellings or other buildings sheltering the civilian population, so long as these are not used for military purposes (...).

Existing international law prohibits the use of all weapons which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and nonmilitary objects, or both armed forces and civilian populations. In particular, it prohibits the use of weapons the destructive effect of which is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable (selfgenerating weapons), as well as of ‘blind’ weapons¹⁷⁵.

Similarly, the International Law Association (I.L.A.), in its more recent work on nuclear disarmament (2014), after referring to Article VI of the NPT, was of the view that it was

not only conventional, but also an evolving customary international obligation with an *erga omnes* character, affecting “the international community as a whole”, and not only the States Parties to the NPT¹⁷⁶. It also referred to the “worldwide public opinion” pointing to “the catastrophic consequences for mankind of any use or detonation of nuclear weapons”, and added that reliance on nuclear weapons for “deterrence” was thus unsustainable¹⁷⁷.

In its view, “nuclear deterrence” is not a global “umbrella”, but rather a threat to international peace and security, and NWS are still far from implementing Article VI of the NPT¹⁷⁸. To the International Law Association, the provisions of Article VI are not limited to States Parties to the NPT, “they are part of customary international law or at least evolving custom”; they are valid *erga omnes*, as they affect “the international community as a whole”, and not only a group of States or a particular State¹⁷⁹. Thus, as just seen, learned institutions in international law, such as the I.D.I. and the I.L.A., have also sustained the prohibition in international law of all weapons of mass destruction, starting with nuclear weapons, the most devastating of all.

A single use of nuclear weapons, irrespective of the circumstances, may today ultimately mean the end of human kind itself¹⁸⁰. All weapons of mass destruction are illegal, and are prohibited: this is what ineluctably ensues from an international legal order of which the ultimate material source is the *universal juridical conscience*¹⁸¹. This is the position I have consistently sustained along the years, including in a lecture I delivered at the University of Hiroshima, Japan, on 20.12.2004¹⁸². I have done so in the line of jusnaturalist thinking, faithful to the lessons of the “founding fathers” of the law of nations, keeping in mind not only States, but also peoples and individuals, and humankind as a whole.

“All weapons of mass destruction are illegal, and are prohibited: this is what ineluctably ensues from an international legal order of which the ultimate material source is the universal juridical conscience.”

2. The Prohibition of Nuclear Weapons: The Need of a PeopleCentred Approach.

In effect, the nuclear age itself, from its very beginning (the atomic blasts of Hiroshima and Nagasaki in August 1945) can be properly studied from a peoplecentred approach. There are moving testimonies and historical accounts of the devastating effects of nuclear weapons, from surviving victims and witnesses¹⁸³. Yet, even with the eruption of the nuclear age, attention remained focused largely on State strategies: it took some time for it gradually to shift to the devastating effects of nuclear weapons on peoples.

As recalled in one of the historical accounts, only at the first Conference against Atomic and Hydrogen Bombs (1955), “the victims had their first opportunity, after ten years of silence, to make themselves heard”, in that forum¹⁸⁴. Along the last decades, there have been endeavours to shift attention from State strategies to the numerous victims and enormous damages caused by nuclear weapons, focusing on “human misery and human dignity”¹⁸⁵. Recently, one significant initiative to this effect has been the series of Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons

(20132014), which I shall survey later on in this Dissenting Opinion (cf. part XIX, *infra*).

There has been a chorus of voices of those who have been personally victimized by nuclear weapons in distinct circumstances, - either in the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki (1945), or in nuclear testing (during the coldwar era) in regions such as Central Asia and the Pacific. Focusing on their intensive suffering (e.g., ensuing from radioactive contamination and forced displacement)¹⁸⁶, affecting successive generations, they have drawn attention to the humanitarian consequences of nuclear weapon detonations.

Addressing the issue of nuclear weapons, on four successive occasions (cf. *infra*), the ICJ appears, however, to have suffered from permanent interState myopia. Despite the clarity of the formidable threat that nuclear weapons represent, the treatment of the issue of their prohibition under international law has most regrettably remained permeated by ambiguities. The *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* case is the third time that attempts were made, by means of the lodging of

contentious cases with the ICJ, to obtain its pronouncement thereon. On two prior occasions - in the *Nuclear Tests* cases (1974 and 1995)¹⁸⁷, the Court assumed, in both of them, a rather evasive posture, avoiding to pronounce clearly on the substance of a matter pertaining to the very survival of mankind.

May I here briefly single out one aspect of those earlier contentious proceedings, given its significance in historical perspective. It should not pass unnoticed that, in the first *Nuclear Tests* case (Australia and New Zealand *versus* France), one of the applicant States contended, *inter alia*, that the nuclear testing undertaken by the French government in the South Pacific region violated not only the right of New Zealand that no radioactive material enter its territory, air space and territorial waters *and* those of other Pacific territories but *also* “the rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fallout be conducted”¹⁸⁸.

For its part, the other applicant State contended that it was seeking protection to the life, health and wellbeing of Australia’s population, in common with the populations of other States,

against atmospheric nuclear tests by any State¹⁸⁹. Thus, over three decades ago, the perspective of the *Applications Instituting Proceedings* of both New Zealand and Australia (of 1973) went clearly — and correctly so — beyond the purely interState dimension, as the problem at issue concerned the international community as a whole.

Both, Australia and New Zealand insisted on the peoplecentric approach throughout the legal proceedings (written and oral phases). New Zealand, for example, in its *Memorial*, invoked the obligation *erga omnes* not to undertake nuclear testing “owed to the international community as a whole” (paras. 207/208), adding that noncompliance with it aroused “the keenest sense of alarm and antagonism among the peoples” and States of the region wherein the tests were conducted (para. 212). In its oral arguments in the public sitting of 10.07.1974 in the same *Nuclear Tests* case, New Zealand again invoked “the rights of all members of the international community”, and the obligations *erga omnes* owed to the international community as a whole¹⁹⁰. And Australia, for example, in its oral arguments in the public sitting of 08.07.1974, referring to the 1963 Partial Test Ban Treaty, underlined the concern of “the whole

international community” for “the future of mankind” and the responsibility imposed by “the principles of international law” upon “all States to refrain from testing nuclear weapons in the atmosphere”¹⁹¹.

The outcome of the *Nuclear Test* cases, however, was rather disappointing: even though the ICJ issued orders of Provisional Measures of Protection in the cases in June 1973 (requiring the respondent State to cease testing), subsequently, in its Judgments of 1974¹⁹², in view of the announcement of France’s voluntary discontinuance of its atmospheric tests, the ICJ found, yielding to State voluntarism, that the claims of Australia and New Zealand no longer had “any object” and that it was thus not called upon to give a decision thereon¹⁹³. The dissenting Judges in the case rightly pointed out that the legal dispute between the contending parties, far from having ceased, still persisted, since what Australia and New Zealand sought was a declaratory judgment of the ICJ stating that atmospheric nuclear tests were contrary to international law¹⁹⁴.

The reticent position of the ICJ in that case was even more regrettable if one recalls that the applicants, in referring to the “psychological injury” caused to

the peoples of the South Pacific region through their “anxiety as to the possible effects of radioactive fallout on the wellbeing of themselves and their descendants”, as a result of the atmospheric nuclear tests, ironically invoked the notion of *erga omnes* obligations (as propounded by the ICJ itself in its *obiter dicta* in the *Barcelona Traction* case only four years earlier)¹⁹⁵. As the ICJ reserved itself the right, in certain circumstances, to reopen the case decided in 1974, it did so two decades later, upon an application instituted by New Zealand *versus* France. But in its Order of 22.09.1995, the ICJ dismissed the complaint, as it did not fit into the *caveat* of the 1974 Judgment, which concerned atmospheric nuclear tests; here, the complaint was directed against the underground nuclear tests conducted by France since 1974¹⁹⁶.

The ICJ thus missed two historical opportunities, in both contentious cases (1974 and 1995), to clarify the key point at issue (nuclear tests). And now, with the decision it has just rendered today, 05.10.2016, it has lost a third occasion, this time to pronounce on the *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, at the request of the Marshall Islands. This time the Court has found that

the existence of a legal dispute has not been established before it and that it has no jurisdiction to consider the Application lodged with it by the Marshall Islands on 24.04.2014.

Furthermore, in the midnineties, the Court was called upon to exercise its advisory function, in respect of a directly related issue, that of nuclear weapons: both the U.N. General Assembly and the World Health Organization (WHO) opened those proceedings before the ICJ, by means of requests for an Advisory Opinion. Such requests no longer referred to nuclear tests, but rather to the question of the threat or use of nuclear weapons in the light of international law, for the determination of their illegality or otherwise.

In response to only one of the applications, that of the U.N. General Assembly¹⁹⁷, the Court, in the Advisory Opinion of 08.07.1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, affirmed that neither customary international law nor conventional international law authorizes specifically the threat or use of nuclear weapons; neither one, nor the other, contains a complete and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such; it added that such threat or use which is contrary

to Article 2(4) of the U.N. Charter and does not fulfil the requisites of its Article 51, is illicit; moreover, the conduct in armed conflicts should be compatible with the norms applicable in them, including those of International Humanitarian Law; it also affirmed the obligation to undertake in good will negotiations conducive to nuclear disarmament in all its aspects¹⁹⁸.

In the most controversial part of its Advisory Opinion (resolatory point 2E), the ICJ stated that the threat or use of nuclear weapons “would be generally contrary to the rules of international law applicable in armed conflict”, mainly those of International Humanitarian Law; however, the Court added that, at the present stage of international law “it cannot conclude definitively if the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self defence in which the very survival of a State would be at stake”¹⁹⁹. The Court therein limited itself to record the existence of a legal uncertainty.

In fact, it did not go further than that, and the Advisory Opinion was permeated with evasive ambiguities, not avoiding the shadow of the *non liquet*, in relation to a question which affects,

more than each State individually, the whole of humankind. The Advisory Opinion made abstraction of the fact that International Humanitarian Law applies likewise in case of selfdefence, always safeguarding the principles of distinction and proportionality (which nuclear weapons simply ignore)²⁰⁰, and upholding the prohibition of infliction of unnecessary suffering.

The Advisory Opinion could and should have given greater weight to a point made before the ICJ in the oral arguments of November 1995, namely, that of the need of a peoplecentred approach in the present domain. Thus, it was stated, for example, that the “experience of the Marshallese people confirms that unnecessary suffering is an unavoidable consequence of the detonation of nuclear weapons”²⁰¹; the effects of nuclear weapons, by their nature, are widespread, adverse and indiscriminate, affecting also future generations²⁰². It was further stated that the “horrific evidence” of the use of atomic bombs in Hiroshima and Nagasaki, followed by the experience and the aftermath of the nuclear tests carried out in the region of the Pacific Island States in the 1950s and the 1960s, have alerted to “the much graver risks to which mankind is exposed by the use of nuclear weapons”²⁰³.

The 1996 Opinion, on the one hand, recognized that nuclear weapons cause indiscriminate and durable suffering, and have an enormous destructive effect (para. 35), and that the principles of humanitarian law (encompassing customary law) are “intransgressible” (para. 79); nevertheless, these considerations did not appear sufficient to the Court to discard the use of such weapons also in selfdefence, thus eluding to tell what the Law is in all circumstances. It is clear to me that States are bound to respect, and to ensure respect, for International Humanitarian Law (IHL) and the International Law of Human Rights (ILHR) in *any circumstances*; their fundamental principles belong to the domain of *jus cogens*, in prohibition of nuclear weapons.

Again, in the 1996 Opinion, it were the dissenting Judges, and not the Court’s split majority, who drew attention to this²⁰⁴, and to the relevance of the Martens clause in the present context²⁰⁵ (cf. part XIV, *infra*). Moreover, the 1996 Opinion also minimized (para. 71) the resolutions of the U.N. General Assembly which affirm the illegality of nuclear weapons²⁰⁶ and condemn their use as a violation of the U.N. Charter and as a crime against humanity. Instead, it took note of the “policy of deterrence”, which

led it to find that the members of the international community continued “profoundly divided” on the matter, rendering it impossible to determine the existence of an *opinio juris* in this respect (para. 67).

It was not incumbent upon the Court to resort to the unfounded strategy of “deterrence” (cf. part XII, *supra*), devoid of any legal value for the determination of the formation of a customary international law obligation of prohibition of the use of nuclear weapons. The Court did not contribute on this matter. In unduly relying on “deterrence” (para. 73), it singled out a division, in its view “profound”, between an extremely reduced group of nuclear powers on the one hand, and the vast majority of the countries of the world on the other; it ended up by favouring the former, by means of an inadmissible *non liquet*²⁰⁷.

The Court, thus, lost yet another opportunity, - in the exercise of its advisory function as well, - to contribute to the consolidation of the *opinio juris communis* in condemnation of nuclear weapons. Its 1996 Advisory Opinion considered the survival of a hypothetical State (in its resolatory point 2E), rather than that of peoples and individuals, and ultimately of

humankind as a whole. It seemed to have overlooked that the survival of a State cannot have primacy over the right to survival of humankind as a whole.

3. The Prohibition of Nuclear Weapons: The Fundamental Right to Life.

There is yet another related point to keep in mind. The ICJ's 1996 Advisory Opinion erroneously took IHL as *lex specialis* (para. 25), overstepping the ILHR, oblivious that the maxim *lex specialis derogat generalis*, thus understood, has no application in the present context: in face of the immense threat of nuclear weapons to human life on earth, both IHL and the ILHR apply in a converging way²⁰⁸, so as to enhance the muchneeded protection of human life. In any circumstances, the norms which best protect are the ones which apply, be them of IHL or of the ILHR, or any other branch of international protection of the human person (such as the International Law of Refugees - ILR). They are all equally important. Regrettably, the 1996 Advisory Opinion unduly minimized the international caselaw and the whole doctrinal construction on the right to life in the ambit of the ILHR.

It should not pass unnoticed, at this junction, that contemporary international human rights tribunals, such as the European (ECtHR) and the InterAmerican (IACtHR) Courts of Human Rights, in the adjudication of successive cases in recent years, have taken into account the relevant principles and norms of both the ILHR and IHL (conventional and customary). For its part, the African Commission of Human and Peoples' Rights (Af-ComHPR), in its longstanding practice, has likewise acknowledged the approximations and convergences between the ILHR and IHL, and drawn attention to the principles underlying both branches of protection (such as, e.g., the principle of humanity).

This has been done, in distinct continents, so as to seek to secure the most effective safeguard of the protected rights, in all circumstances (including in times of armed conflict). Contrary to what was held in the ICJ's 1996 Advisory Opinion, there is no *lex specialis* here, but rather a concerted endeavour to apply the relevant norms (be them of the ILHR or of IHL) that best protect human beings. This is particularly important when they find themselves in a situation of utmost vulnerability, - such as in the present context of threat or use of nuclear weapons.

In their caselaw, international human rights tribunals (like the ECtHR and the IACtHR) have focused attention on the imperative of securing protection, e.g., to the fundamental right to life, of persons in great vulnerability (potential victims)²⁰⁹.

In the course of the proceedings before the ICJ in the present cases of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the applicant State draws attention reiteratedly to the devastating effects upon human life of nuclear weapons detonations. Thus, in the case opposing the Marshall Islands to the United Kingdom, the applicant State draws attention, in its Memorial, to the destructive effects of nuclear weapons (testing) in space and time (pp. 1214). In its oral arguments of 11.03.2016, the Marshall Islands addresses the “tragic losses to the Marshallese”, the “dire health consequences suffered by the Marshallese following nuclear contamination, including extreme birth defects and cancers”²¹⁰.

In the case opposing the Marshall Islands to India, the applicant State, in its *Memorial*, refers to the grave “health and environmental consequences of nuclear testing” upon the

Marshallese (pp. 56). In its oral arguments of 07.03.2016, the Marshall Islands stated:

The Marshall Islands has a unique and devastating history with nuclear weapons. While it was designated as a Trust Territory by the United Nations, no fewer than 67 atomic and thermonuclear weapons were deliberately exploded as ‘tests’ in the Marshall Islands, by the United States. (...) Several islands in my country were vaporized and others are estimated to remain uninhabitable for thousands of years. Many, many Marshallese died, suffered birth defects never before seen and battled cancers resulting from the contamination. Tragically the Marshall Islands thus bears eyewitness to the horrific and indiscriminate lethal capacity of these weapons, and the intergenerational and continuing effects that they perpetuate even 60 years later.

One ‘test’ in particular, called the ‘Bravo’ test [in March 1954], was one thousand times stronger than the bombs dropped on Hiroshima and Nagasaki²¹¹.

In the case opposing the Marshall Islands to Pakistan, the applicant State, in its *Memorial*, likewise addresses the serious “health and environmental consequences of nuclear testing” upon the Marshallese (pp. 56). In its oral

arguments of 08.03.2016, the Marshall Islands recalls the 67 atomic and thermonuclear weapons “tests” that it had to endure (since it became a U.N. Trust Territory); it further recalls the reference, in the U.N. Charter, to nations “large and small” having “equal rights” (preamble), and to the assertion in its Article 2 that the United Nations is “based on the principle of the sovereign equality of all its Members”²¹².

Two decades earlier, in the course of the advisory proceedings before the ICJ of late 1995 preceding the 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, the devastating effects upon human life of nuclear weapons detonations were likewise brought to the Court’s attention. It is beyond the purposes of the present Dissenting Opinion to review all statements to this effect; suffice it here to recall two of the most moving statements, from the Mayors of Hiroshima and Nagasaki, who appeared before the Court as members of the Delegation of Japan. The Mayor of Hiroshima (Mr. Takashi Hiraoka) thus began his statement of 07.11.1995 before the ICJ:

I am here today representing Hiroshima citizens, who desire the abolition of nuclear weapons. More particularly, I

represent the hundreds of thousands of victims whose lives were cut short, and survivors who are still suffering the effects of radiation, 50 years later. On their behalf, I am here to testify to the cruel, inhuman nature of nuclear weapons. (...)

The development of the atomic bomb was the product of cooperation among politicians, military and scientists. The nuclear age began the moment the bombs were dropped on human beings.

*Their enormous destructive power reduced utterly innocent civilian populations to ashes. Women, the elderly, and the newborn were bathed in deadly radiation and slaughtered*²¹³.

*After stressing that the mass killing was “utterly indiscriminate”, he added that, even today, “thousands of people struggle daily with the curse of illness caused by that radiation”, there being until then “no truly accurate casualty figures”*²¹⁴. *The exposure in Hiroshima to high levels of radiation, - he proceeded, - “was the first in human history”, generating leukemia, distinct kinds of cancer (of breast, lung, stomach, thyroid, and other), extending for “years or decades”, with all the fear generated by such continuing killing “across years or decades”*²¹⁵.

Even half a century later, - added the Mayor of Hiroshima, - “the effects of radiation on human bodies are not thoroughly understood. Medically, we do know that radiation destroys cells in the human body, which can lead to many forms of pathology”²¹⁶. The victimized segments of the population have continued suffering “psychologically, physically, and socially from the atomic bomb’s aftereffects”²¹⁷. He further stated that

*The horror of nuclear weapons (...) derives (...) from the tremendous destructive power, but equally from radiation, the effects of which reach across generations. (...) What could be more cruel? Nuclear weapons are more cruel and inhumane than any weapon banned thus far by international law*²¹⁸.

After singling out the significance of U.N. General Assembly resolution 1653 (XVI) of 1961, the Mayor of Hiroshima warned that “[t]he stockpiles of nuclear weapons on earth today are enough to annihilate the entire human race several times over. These weapons are possessed on the assumption that they can be used”²¹⁹. He concluded with a strong criticism of the strategy of “deterrence”; in his own words,

*As long as nuclear weapons exist, the human race faces a real and present danger of selfextermination. The idea based on nuclear deterrence that nuclear war can be controlled and won exhibits a failure of human intelligence to comprehend the human tragedy and global environmental destruction brought about by nuclear war. (...) [O]nly through a treaty that clearly stipulates the abolition of nuclear weapons can the world step toward the future (...)*²²⁰.

In his statement before the ICJ, also of 07.11.1995, the Mayor of Nagasaki (Mr. Iccho Itoh), likewise warned that “nuclear weapons bring enormous, indiscriminate devastation to civilian populations”; thus, five decades ago, in Hiroshima and Nagasaki, “a single aircraft dropped a single bomb and snuffed out the lives of 140.000 and 74.000 people, respectively. And that is not all. Even the people who were lucky enough to survive continue to this day to suffer from the late effects unique to nuclear weapons. In this way, nuclear weapons bring enormous, indiscriminate devastation to civilian populations”²²¹.

He added that “the most fundamental difference between nuclear and conventional weapons is that the former release radioactive rays at the time of

explosion”, and the exposure to large doses of radiation generates a “high incidence of disease” and mortality (such as leukaemia and cancer). Descendants of atomic bomb survivors will have, amidst anxiety, “to be monitored for several generations to clarify the genetic impact”; “nuclear weapons are inhuman tools for mass slaughter and destruction”, their use “violates international law”²²². The Mayor of Nagasaki concluded with a strong criticism of “nuclear deterrence”, characterizing it as “simply the maintenance of a balance of fear” (p. 37), always threatening peace, with its “psychology of suspicion and intimidation”; the Nagasaki survivors of the atomic bombing of 50 years ago, “continue to live in fear of late effects”²²³.

Those testimonies before the ICJ, in the course of contentious proceedings (in 2016) as well as advisory proceedings (two decades earlier, in 1995), leave it quite clear that the threat or use (including “testing”) of nuclear weapons entails an arbitrary deprivation of human life, and is in flagrant breach of the fundamental right to life. It is in manifest breach of the ILHR, of IHL, as well as the Law of the United Nations, and hand an incidence also on the ILR. There are, furthermore, in such grave breach,

aggravating circumstances: the harm caused by radiation from nuclear weapons cannot be contained in space, nor can it be contained in time, it is a true intergenerational harm.

As pointed out in the pleadings before the ICJ of late 1995, the use of nuclear weapons thus violates the right to life (and the right to health) of “not only people currently living, but also of the unborn, of those to be born, of subsequent generations”²²⁴. Is there anything quintessentially more cruel? To use nuclear weapons appears like condemning innocent persons to hell on earth, even *before* they are born. That seems to go even further than the Book of *Genesis*’s story of the original sin. In reaction to such extreme cruelty, the consciousness of the rights inherent to the human person has always marked a central presence in endeavours towards complete nuclear disarmament.

4. The Absolute Prohibitions of Jus Cogens and the Humanization of International Law.

The absolute prohibition of arbitrary deprivation of human life (*supra*) is one of *jus cogens*, originating in the ILHR, and with an incidence also on IHL and

the ILR, and marking presence also in the Law of the United Nations. The absolute prohibition of inflicting cruel, inhuman or degrading treatment is one of *jus cogens*, originating likewise in the ILHR, and with an incidence also on IHL and the ILR. The absolute prohibition of inflicting unnecessary suffering is one of *jus cogens*, originating in IHL, and with an incidence also on the ILHR and the ILR.

In addition to those converging trends (ILHR, IHL, ILR) of international protection of the rights of the human person, those prohibitions of *jus cogens* mark presence also in contemporary International Criminal Law (ICL), as well as in the *corpus juris gentium* of condemnation of all weapons of mass destruction. The absolute prohibitions of *jus cogens* nowadays encompass the threat or use of nuclear weapons, for all the human suffering they entail: in the case of their use, a suffering without limits in space or in time, and extending to succeeding generations.

Throughout the years, I have been characterizing the doctrinal and jurisprudential construction of international *jus cogens* as proper of the new *jus gentium* of our times, the international law for mankind. I have been sustaining, moreover, that, by definition,

international *jus cogens* goes beyond the law of treaties, extending itself to the law of the international responsibility of the State, and to the whole *corpus juris* of contemporary international law, and reaching, ultimately, any juridical act²²⁵.

In my lectures in an OAS Course of International Law delivered in Rio de Janeiro almost a decade ago, e.g., I pondered that:

The fact that the concepts both of the jus cogens, and of the obligations (and rights) erga omnes ensuing therefrom, already integrate the conceptual universe of contemporary international law, the jus gentium of our time discloses the reassuring and necessary opening of the latter, in the last decades, to certain superior and fundamental values. This significant evolution of the recognition and assertion of norms of jus cogens and obligations erga omnes of protection is to be fostered, seeking to secure its full practical application, to the benefit of all human beings. In this way the Universalist vision of the founding fathers of the droit des gens is being duly rescued. New conceptions of the kind impose themselves in our days, and, of their faithful observance, will depend to a large extent the future evolution of contemporary international law, which

does not emanate from the inscrutable 'will' of the States, but rather, in my view, from human conscience.

General or customary international law emanates not so much from the practice of States (not devoid of ambiguities and contradictions), but rather from the opinio juris communis of all the subjects of international law (States, international organizations, human beings, and humankind as a whole). Above the will stands the conscience. (...)

The current process of the necessary humanization of international law stands in reaction to that state of affairs. It bears in mind the universality and unity of the human kind, which inspired, more than four and a half centuries ago, the historical process of formation of the droit des gens.

In rescuing the Universalist vision which marked the origins of the most lucid doctrine of international law, the aforementioned process of humanization contributes to the construction of the new jus gentium of the XXIst century, oriented by the general principles of law. This process is enhanced by its own conceptual achievements, such as, to start with, the acknowledgement and recognition of jus cogens and the consequent obligations erga omnes of protection,

followed by other concepts disclosing likewise a universalist perspective of the law of nations.

(...) The emergence and assertion of jus cogens in contemporary international law fulfill the necessity of a minimum of verticalization in the international legal order, erected upon pillars in which the juridical and the ethical are merged. The evolution of the concept of jus cogens transcends nowadays the ambit of both the law of treaties and the law of the international responsibility of the States, so as to reach general international law and the very foundations of the international legal order²²⁶.

5. The Pitfalls of Legal Positivism: A Rebuttal of the SoCalled Lotus "Principle".

A matter which concerns the whole of mankind, such as that of the existence of nuclear weapons, can no longer be appropriately dealt with from a purely interState outlook of international law, which is wholly surpassed in our days. After all, without human kind there is no State whatsoever; one cannot simply have in mind States, apparently overlooking humankind. In its 1996 Advisory Opinion, the ICJ took note of the treaties which nowadays prohibit, e.g., biological and chemical

weapons²²⁷, and weapons which cause excessive damages or have indiscriminate effects (para. 76)²²⁸.

But the fact that nowadays, in 2016, there does not yet exist a similar general treaty, of specific prohibition of nuclear weapons, does not mean that these latter are permissible (in certain circumstances, even in self defence)²²⁹. In my understanding, it cannot be sustained, in a matter which concerns the future of humankind, that which is not expressly prohibited is thereby permitted (a classic postulate of positivism). This posture would amount to the traditional - and surpassed - attitude of the *laissezfaire*, *laisserpasser*, proper of an international legal order fragmented by State voluntarist subjectivism, which in the history of international law has invariably favoured the most powerful ones. *Ubi societas, ibi jus...*

Legal positivists, together with the so-called “realists” of *Realpolitik*, have always been sensitive to the established power, rather than to values. They overlook the time dimension, and are incapable to behold a Universalist perspective. They are static, in time and space. Nowadays, in the second decade of the XXIst century, in an international legal order which purports to assert common superior values,

amidst considerations of international *ordre public*, and basic considerations of humanity, it is precisely the reverse logic which is to prevail: *that which is not permitted, is prohibited*²³⁰.

Even in the days of the *Lotus* case (1927), the view endorsed by the old PCIJ whereby under international law everything that was not expressly prohibited would thereby be permitted, was object of severe criticisms, not only of a compelling Dissenting Opinion in the case itself²³¹ but also on the part of expert writing of the time²³². Such conception could only have flourished in an epoch “politically secure” in global terms, certainly quite different from that of the current nuclear age, in face of the recurrent threat of nuclear weapons and other weapons of mass destruction, the growing vulnerability of territorial States and indeed of the world population, and the increasing complexity in the conduction of international relations. In our days, in face of such terrifying threat, it is the logic opposite to that of the *Lotus* case which imposes itself: all that is not expressly permitted is surely prohibited²³³. All weapons of mass destruction, including nuclear weapons, are illegal and prohibited under contemporary international law.

“The positivist outlook purporting to challenge this prohibition of contemporary general international law has long been surpassed. Nor can this matter be approached from a strictly inter State outlook, without taking into account the condition of peoples and human beings as subjects of international law.”

The case of *Shimoda and Others* (District Court of Tokyo, decision of 07.12.1963), with the dismissed claims of five injured survivors of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki, stands as a grave illustration of the veracity of the maxim *summum jus, summa injuria*, when one proceeds on the basis of an allegedly absolute submission of the human person to a degenerated international legal order built on an exclusively inter-State basis. May I here reiterate what I wrote in 1981, regarding the *Shimoda and Others* case, namely,

“(...) The whole arguments in the case reflect the insufficiencies of an international legal order being conceived and

erected on the basis of an exclusive interState system, leaving individual human beings impotent in the absence of express treaty provisions granting them procedural status at international level. Even in such a matter directly affecting fundamental human rights, the arguments were conducted in the case in the classical lines of the conceptual apparatus of the so-called law on diplomatic protection, in a further illustration of international legal reasoning still being haunted by the old Vattelian fiction”²³⁴.

There exists nowadays an *opinio juris communis* as to the illegality of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons, and the obligation of nuclear disarmament, under contemporary international law. There is no “gap” concerning nuclear weapons; given the indiscriminate, lasting and indescribable suffering they inflict, they are outlawed, as much as other weapons of mass destruction (biological and chemical weapons) are. The positivist outlook purporting to challenge this prohibition of contemporary general international law has long been surpassed. Nor can this matter be approached from a strictly interState outlook, without taking into account the condition of peoples and human beings as subjects of international law.

All weapons of mass destruction are illegal under contemporary international law. The threat or use of such weapons is condemned in any circumstances by the universal juridical conscience, which in my view constitutes the ultimate material source of International Law, as of all Law. This is in keeping with the conception of the formation and evolution of International Law which I have been sustaining for many years; it transcends the limitations of legal positivism, seeking to respond effectively to the needs and aspirations of the international community as a whole, and, ultimately, of all human kind.

XIII. Recourse to the “Martens Clause” As an Expression of the Raison D’Humanité.

Even if there was a “gap” in the law of nations in relation to nuclear weapons, - which there is not, - it is possible to fill it by resorting to general principles of law. In its 1996 Advisory Opinion, the ICJ preferred to focus on selfdefence of a hypothetical individual State, instead of developing the rationale of the *Martens clause*, the purpose of which is precisely that of filling gaps²³⁵ in the light of the principles of the law of nations, the

“laws of humanity” and the “dictates of public conscience” (terms of the wise premonition of Fyodor Fyodorovich von Martens²³⁶, originally formulated in the I Hague Peace Conference of 1899).

Yet, continuing recourse to the *Martens clause*, from 1899 to our days, consolidates it as an expression of the strength of human conscience. Its historical trajectory of more than one century has sought to extend protection juridically to human beings in all circumstances (even if not contemplated by conventional norms). Its reiteration for over a century in successive international instruments, besides showing that conventional and customary international law in the domain of protection of the human person go together, reveals the Martens clause as an emanation of the *material* source *par excellence* of the whole law of nations (the universal juridical conscience), giving expression to the *raison d’humanité* and imposing limits to the *raison d’État*²³⁷.

It cannot be denied that nuclear weapons are intrinsically indiscriminate, uncontrollable, that they cause severe and durable damage and in a wide scale in space and time, that they are prohibited by International Humanitarian Law (Articles 35,

48 and 51 of the Additional Protocol I of 1977 to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law), and are inhuman as weapons of mass destruction²³⁸. Early in the present nuclear age, the four Geneva Conventions established the *grave violations* of international law (Convention I, Article 49(3); Convention II, Article 50(3); Convention III, Article 129(3); and Convention IV, Article 146(3)). Such *grave violations*, when involving nuclear weapons, victimize not only States, but all other subjects of international law as well, individuals and groups of individuals, peoples, and humankind as a whole.

The absence of conventional norms stating specifically that nuclear weapons are prohibited in all circumstances does not mean that they would be allowed in a given circumstance. Two decades ago, in the course of the advisory proceedings of late 1995 before the ICJ leading to its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, some of the participating States drew attention to the incidence of the Martens clause in the present domain²³⁹. It was pointed out, on the occasion, that the argument that international instruments do not specifically contain an express prohibition of use of nuclear weapons seems to overlook the Martens clause²⁴⁰.

Also in rebuttal of that argument, - typical of legal positivism, in its futile search for an express prohibition, - it was further observed that the “principles of humanity” and the “dictates of public conscience”, evoked by the Martens clause, permeate not only the law of armed conflict, but “the whole of international law”; they are essentially dynamic, pointing to conduct which may nowadays be condemned as inhumane by the international community²⁴¹, such as recourse to the threat or use of nuclear weapons. It was further stated, in the light of the Martens clause, that the “threat and use of nuclear weapons violate both customary international law and the dictates of public conscience”²⁴².

The Martens clause safeguards the integrity of Law (against the undue permissiveness of a *non liquet*) by invoking the principles of the law of nations, the “laws of humanity” and the “dictates of the public conscience”. Thus, that absence of a conventional norm is not conclusive, and is by no means the end of the matter, - bearing in mind also customary international law. Such absence of a conventional provision expressly prohibiting nuclear weapons does not at all mean that they are legal or legitimate²⁴³. The evolution of international law²⁴⁴ points, in our

days, in my understanding, towards the construction of the International Law for humankind²⁴⁵ and, within the framework of this latter, to the outlawing by general international law of all weapons of mass destruction.

Had the ICJ, in its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, made decidedly recourse in great depth to the Martens clause, it would not have lost itself in a sterile exercise, proper of a legal positivism *déjà vu*, of a hopeless search of conventional norms, frustrated by the finding of what it understood to be a lack of these latter as to nuclear weapons specifically, for the purposes of its analysis. The existing arsenals of nuclear weapons, and of other weapons of mass destruction, are to be characterized by what they really are: a scorn and the ultimate insult to human reason, and an affront to the juridical conscience of human kind.

The aforementioned evolution of international law, - of which the Martens clause is a significant manifestation, - has gradually moved from an international into a universal dimension, on the basis of fundamental values, and in the sense of an *objective justice*²⁴⁶, which has always been present in jusnaturalist thinking. Human conscience stands

above the “will” of individual States. This evolution has, in my perception, significantly contributed to the formation of an *opinio juris communis* in recent decades, in condemnation of nuclear weapons.

This *opinio juris communis* is clearly conformed in our days: the overwhelming majority of member States of the United Nations, the NNWS, have been sustaining for years the series of General Assembly resolutions in condemnation of the use of nuclear weapons as illegal under general international law. To this we can add other developments, reviewed in the present Dissenting Opinion, such as, e.g., the NPT Review Conferences, the establishment of regional nuclearweapon-free zones, and the Conferences on Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. parts XVIIIXIX, *infra*).

XIV. Nuclear Disarmament: Jusnaturalism, the Humanist Conception and the Universality of International Law.

The existence of nuclear weapons, - maintained by the strategy of “deterrence” and “mutually assured destruction” (“MAD”, as it became adequately called, since it was devised

in the cold-war era), is the contemporary global tragedy of the nuclear age. Death, or selfdestruction, haunts everyone everywhere, propelled by human madness. Human beings need protection from themselves, today more than ever²⁴⁷, -and this brings our minds to other domains of human knowledge. Law by itself cannot provide answers to this challenge to humankind as a whole.

In the domain of nuclear disarmament, we are faced today, within the conceptual universe of international law, with unexplainable insufficiencies, or anomalies, if not absurdities. For example, there are fortunately in our times Conventions prohibiting biological and chemical weapons (of 1972 and 1993), but there is to date no such comprehensive conventional prohibition of nuclear weapons, which are far more destructive. There is no such prohibition despite the fact that they are in clear breach of international law, of IHL and the ILHR, as well as of the Law of the United Nations.

Does this make any sense? Can international law prescind from ethics? In my understanding, not at all. Just as law and ethics go together (in the line of jusnaturalist thinking), scientific knowledge itself cannot be dissociated

from ethics. The production of nuclear weapons is an illustration of the divorce between ethical considerations and scientific and technological progress. Otherwise, weapons which can destroy millions of innocent civilians, and the whole of humankind, would not have been conceived.

The principles of *recta ratio*, orienting the *lex praeceptiva*, emanate from human conscience, affirming the ineluctable relationship between law and ethics. Ethical considerations are to guide the debates on nuclear disarmament. Nuclear weapons, capable of destroying human kind as a whole, carry evil in themselves. They ignore civilian populations; they make abstraction of the principles of necessity, of distinction and of proportionality. They overlook the principle of humanity. They have no respect for the fundamental right to life. They are wholly illegal and illegitimate, rejected by the *recta ratio*, which endowed *jus gentium*, in its historical evolution, with ethical foundations, and its character of universality.

Already in 1984, in its *general comment* n. 14 (on the right to life), the U.N. Human Rights Committee (HRC - under the Covenant on Civil and Political Rights), for example, began by warning that war and mass violence continue

to be “a scourge of humanity”, taking the lives of thousands of innocent human beings every year (para. 2). In successive sessions of the General Assembly, - it added, - representatives of States from all geographical regions have expressed their growing concern at the development and proliferation of “increasingly awesome weapons of mass destruction” (para. 3). Associating itself with this concern, the HRC stated that

(...) It is evident that the designing, testing, manufacture, possession and deployment of nuclear weapons are among the greatest threats to the right to life which confront mankind today. This threat is compounded by the danger that the actual use of such weapons may be brought about, not only in the event of war, but even through human or mechanical error or failure.

Furthermore, the very existence and gravity of this threat generates a climate of suspicion and fear between States, which is in itself antagonistic to the promotion of universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms in accordance with the Charter of the United Nations and the International Covenants on Human Rights.

The production, testing, possession, deployment and use of nuclear weapons

“Nuclear weapons, capable of destroying human kind as a whole, carry evil in themselves. They ignore civilian populations; they make abstraction of the principles of necessity, of distinction and of proportionality. They overlook the principle of humanity. They have no respect for the fundamental right to life. They are wholly illegal and illegitimate, rejected by the *recta ratio*.”

should be prohibited and recognized as crimes against humanity.

The Committee, accordingly, in the interest of mankind, calls upon all States (...) to take urgent steps (...) to rid the world of this menace (paras. 47)²⁴⁸.

The absence in contemporary international law of a comprehensive conventional prohibition of nuclear weapons is incomprehensible. Contrary to what legal positivists think, law is not self-sufficient, it needs inputs from other branches of human knowledge for

the realisation of justice. Contrary to what legal positivists think, norms and values go together, the former cannot prescind from the latter. Contrary to legal positivism, - may I add, - jusnaturalism, taking into account ethical considerations, pursues a Universalist outlook (which legal positivists are incapable of doing), and beholds humankind as entitled to protection²⁴⁹.

Human kind is subject of rights, in the realm of the new *jus gentium*²⁵⁰. As this cannot be visualized from the optics of the State, contemporary international law has reckoned the limits of the State as from the optics of humankind. Natural law thinking has always been attentive to justice, which much transcends positive law. The present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* has been lodged with the International Court of Justice, and not with an International Court of Positive Law. The contemporary tragedy of nuclear weapons cannot be addressed from the myopic outlook of positive law alone.

Nuclear weapons, and other weapons of mass destruction, have no ethics, have no ground on the law of nations (*le droit des gens*): they are in flagrant

breach of its fundamental principles, and those of IHL, the ILHR, as well as the Law of the United Nations. They are a contemporary manifestation of evil, in its perennial trajectory going back to the Book of *Genesis* (cf. part VIII, *supra*). Jusnaturalist thinking, always open to ethical considerations, identifies and discards the disrupting effects of the strategy of “deterrence” of fear creation and infliction²⁵¹ (cf. part XII, *supra*). Human kind is victimized by this.

In effect, mankind has been, already for a long time, a *potential victim* of nuclear weapons. To establish such condition of potential victim, one does not need to wait for the actual destruction of life on earth. Mankind has, for the last decades, been suffering psychological harm caused by the existence itself of arsenals of nuclear weapons. And there are peoples, and segments of populations, who have been *actual victims* of the vast and harmful effects of nuclear tests. The existence of *actual and potential victims* is acknowledged in international caselaw in the domain of the International Law of Human Rights²⁵². To address this danger from a strict interState outlook is to miss the point, to blind oneself. States were created and exist for human beings, and not *viceversa*.

The NPT has a Universalist vocation, and counts on everyone, as shown by its three basic principled pillars together. In effect, as soon as it was adopted, the 1968 NPT came to be seen as having been devised and concluded on the basis of those principled pillars, namely: nonproliferation of nuclear weapons (preamble and Articles III), peaceful use of nuclear energy (preamble and Articles IVV), and nuclear disarmament (preamble and Article VI)²⁵³. The antecedents of the NPT go back to the work of the U.N. General Assembly in 1953²⁵⁴. The NPT's threepillar framework came to be reckoned as the “grand bargain” between its parties, NWS and NNWS. But soon it became a constant point of debate between NWS and NNWS parties to the NPT. In effect, the “grand bargain” came to be seen as “asymmetrical”²⁵⁵, and NNWS began to criticize the very slow pace of achieving nuclear disarmament as one of the three basic principled pillars of the NPT (Article VI)²⁵⁶.

Under the NPT, each State is required to do its due. NWS are no exception to that, if the NPT is not to become dead letter. To achieve the three inter-related goals (nonproliferation of nuclear weapons, peaceful use of nuclear energy, and nuclear disarmament) is a

duty of each and every State towards humankind as a whole. It is a universal duty of conventional and customary international law in the nuclear age. There is an *opinio juris communis* to this effect, sedimented along the recent decades, and evidenced in the successive establishment, in distinct continents, of nuclearweaponfree zones, and nowadays in the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. parts XVIII-XIX, *infra*).

XV. The Principle of Humanity and the Universalist Approach: Jus Necessarium Transcending The Limitations of Jus Voluntarium.

In my understanding, there is no point in keeping attached to an outdated and reductionist interState outlook, particularly in view of the revival of the conception of the law of nations (*droit des gens*) encompassing humankind as a whole, as foreseen and propounded by the “founding fathers” of international law²⁵⁷ (in the XVIthXVIIth centuries). It would be nonsensical to try to cling to the unduly reductionist interState outlook in the international adjudication of a case concerning the contending parties and affecting all States, all peoples and humankind as a whole.

An artificial, if not fossilized, strictly interState mechanism of disputesettlement cannot pretend to entail or require an entirely inadequate and groundless interState reasoning. The law of nations cannot be interpreted and applied in a mechanical way, as from an exclusively interState paradigm. To start with, the humane ends of States cannot be overlooked. In relation to nuclear weapons, the *potential victims* are the human beings and peoples, beyond their respective States, for whom these latter were created and exist.

As I had the occasion to point out in another international jurisdiction, the law of nations (*droit des gens*), since its historical origins in the XVIth century, was seen as comprising not only States (emerging as they were), but also peoples, the human person (individually and in groups), and humankind as a whole²⁵⁸. The strictly interState outlook was devised much later on, as from the Vattelian reductionism of the midXVIIIth century, which became *en vogue* by the end of the XIXth century and beginning of the XXth century, with the wellknown disastrous consequences - the successive atrocities victimizing human beings and peoples in distinct regions of world, - along the whole XXth century²⁵⁹. In the present

nuclear age, extending for the last seven decades, humankind as a whole is threatened.

Within the ICJ as well, I have had occasion to stress the need to go beyond the interState outlook. Thus, in my Dissenting Opinion in the recent case of the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia versus Serbia, Judgment of 03.02.2015), I have pointed out, *inter alia*, that the 1948 Convention against Genocide is not Statecentric, but is rather oriented towards groups of persons, towards the victims, whom it seeks to protect (paras. 59 and 529). The humanist vision of the international legal order pursues an outlook centred on the peoples, keeping in mind the humane ends of States.

I have further underlined that the *principle of humanity* is deeplyrooted in the longstanding thinking of natural law (para. 69).

Humaneness came to the fore even more forcefully in the treatment of persons in situation of vulnerability, or even defencelessness, such as those deprived of their personal freedom, for whatever reason. The jus gentium, when it emerged as amounting to the law of nations, came then to be conceived by its 'founding fathers' (F. de Vitoria, A. Gentili,

*F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) as regulating the international community constituted by human beings socially organized in the (emerging) States and coextensive with humankind, thus conforming the necessary law of the *societas gentium*.*

*The *jus gentium*, thus conceived, was inspired by the principle of humanity *lato sensu*. Human conscience prevails over the will of individual States. Respect for the human person is to the benefit of the common good. This humanist vision of the international legal order pursued - as it does nowadays - a peoplecentered outlook, keeping in mind the humane ends of the State. The precious legacy of natural law thinking, evoking the right human reason (*recta ratio*), has never faded away (paras. 7374).*

The precious legacy of natural law thinking has never vanished; despite the indifference and pragmatism of the “strategic” *droit d’étatistes* (so numerous in the legal profession nowadays), the *principle of humanity* emerged and remained in international legal thinking as an expression of the *raison d’humanité* imposing limits to the *raison d’État* (para. 74).

This is the position I have always taken, within the ICJ and, earlier on,

the IACtHR. For example, in the ICJ’s Advisory Opinion on *Judgment n. 2867 of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against IFAD* (of 01.02.2012), I devoted one entire part (n. XI) of my Separate Opinion to the erosion - as I perceive it - of the interState outlook of adjudication by the ICJ (paras. 7681). I warned likewise in my separate opinion (paras. 2123) in the case of *Whaling in the Antarctic* (Australia *versus* Japan, Order of 06.02.2013, on New Zealand’s intervention), as well as in the case of *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea* (Nicaragua *versus* Colombia, Preliminary Objections, Judgment of 17.03.2016).

Earlier on, within the IACtHR, I took the same position: for example, *inter alia*, in my Concurring Opinions in both the Advisory Opinion n. 16, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Due Process of Law* (of 01.10.1999), and the Advisory Opinion n. 18, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (of 17.09.2003), of the IACtHR, I deemed it fit to point out, - going beyond the strict interState dimension, - that, if noncompliance with Article 36(1)(b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations takes place, it occurs to the detriment

not only of a State Party but also of the human beings at issue. Such pioneering jurisprudential construction, in the line of jusnaturalist thinking, rested upon the evolving concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* of protection²⁶⁰.

Recta ratio stands firmly above the “will”. Human conscience, - the *recta ratio* so cultivated in jusnaturalism, - clearly prevails over the “will” and the strategies of individual States. It points to a Universalist conception of the *droit des gens* (the *lex praeceptiva* for the *totus orbis*), applicable to all (States as well as peoples and individuals), given the unity of the human kind. Legal positivism, centred on State power and “will”, has never been able to develop such Universalist outlook, so essential and necessary to address issues of concern to humankind as a whole, such as that of the obligation of nuclear disarmament. The universal juridical conscience prevails over the “will” of individual States.

The “founding fathers” of the law of nations (such as, *inter alii*, F. de Vitoria, F. Suárez and H. Grotius) had in mind mankind as a whole. They conceived a universal *jus gentium* for the *totus orbis*, securing the unity of the *societas gentium*, based on a *lex praeceptiva*, the *jus gentium*

was apprehended by the *recta ratio*, and conformed a true *jus necessarium*, much transcending the limitations of the *jus voluntarium*. Law ultimately emanates from the common conscience of what is juridically necessary (*opinio juris communis necessitatis*)²⁶¹. The contribution of the “founding fathers” of *jus gentium* found inspiration largely in the scholastic philosophy of natural law (in particular in the stoic and Thomist conception of *recta ratio* and justice), which recognized the human being as endowed with intrinsic dignity).

Moreover, in face of the unity of the human kind, they conceived a truly *universal* law of nations, applicable to all - States as well as peoples and individuals - everywhere (*totus orbis*). In thus contributing to the emergence of the *jus humanae societatis*, thinkers like F. de Vitoria and D. de Soto, among others, permeated their lessons with the humanist thinking that preceded them. Four and a half centuries later, their lessons remain contemporary, endowed with perennial validity and aptitude to face, e.g., the contemporary and dangerous problem of the existing arsenals of nuclear weapons. Those thinkers went well beyond the “will” of States, and rested upon the much safer foundation of human conscience (*recta ratio* and justice).

The conventional and customary obligation of nuclear disarmament brings to the fore another aspect: the issue of the *validity* of international legal norms is, after all, metajuridical. International law cannot simply remain indifferent to values, general principles of law and ethical considerations; it has, to start with, to identify what is *necessary*, - such as a world free of nuclear weapons, - in order to secure the survival of humankind. This *idée du droit* precedes positive international law, and is in line with jusnaturalist thinking.

Opinio juris communis necessitatis upholds a customary international law obligation to secure the survival of humankind. Conventional and customary obligations go here together. Just as customary rules may eventually be incorporated into a convention, treaty provisions may likewise eventually enter into the *corpus* of general international law. Customary obligations can either precede, or come after, conventional obligations. They evolve *pari passu*. This being so, the search for an express legal prohibition of nuclear weapons (such as the one undertaken in the ICJ's Advisory Opinion of 1996 on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*) becomes a futile, if not senseless, exercise of legal positivism.

It is clear to human conscience that those weapons, which can destroy the whole of humankind, are unlawful and prohibited. They are in clear breach of *jus cogens*. And *jus cogens* was reckoned by human conscience well before it was incorporated into the two Vienna Conventions on the Law of Treaties (of 1969 and 1986). As I had the occasion to warn, three decades ago, at the 1986 U.N. Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, *jus cogens* is "incompatible with the voluntarist conception of international law, because that conception failed to explain the formation of rules of general international law"²⁶².

XVI. NPT Review Conferences.

In fact, in the course of the written phase of the proceedings before the Court in the present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, both the Marshall Islands²⁶³ and the United Kingdom²⁶⁴ addressed, in their distinct arguments, the series of NPT Review Conferences. For its part, India also addressed the Review Conferences²⁶⁵,

in particular to leave on the records its position on the matter, as explained in a statement made on 09.05.2000.

Likewise, in the course of the oral phase of the present proceedings before the Court in *cas d'espèce*, the applicant State, the Marshall Islands, referred to the NPT Review Conferences in its oral arguments in two of the three cases it lodged with the Court against India²⁶⁶, and the United Kingdom²⁶⁷; references to the Review Conferences were also made, for their part, in their oral arguments, by the two respondent States which participated in the public sittings before the Court, namely, India²⁶⁸ and the United Kingdom²⁶⁹. Those Review Conferences conform the factual context of the *cas d'espèce*, and cannot pass unnoticed. May I thus proceed to a brief review of them.

The NPT Review Conferences, held every five years, started in 1975. The following three Conferences of the kind were held, respectively, in 1980, 1985 and 1990, respectively²⁷⁰. The fifth of such Conferences took place in 1995, the same year that the Marshall Islands became a party to the NPT (on 30.01.1995). In one of its decisions, the 1995 NPT Conference singled out the vital role of the NPT in

preventing the proliferation of nuclear weapons, and warned that the proliferation of nuclear weapons would seriously increase the danger of nuclear war²⁷¹. For their part, NWS reaffirmed their commitment, under Article VI of the NPT, to pursue in good faith negotiations on effective measures relating to nuclear disarmament.

The 1995 Review Conference prolonged indefinitely the NPT, and adopted its decision on “Principles and Objectives for Nuclear NonProliferation and Disarmament”. Yet, in its *report*, the Main Committee I (charged with the implementation of the provisions of the NPT) observed with regret that Article VI and preambular paragraphs 812 of the NPT had not been wholly fulfilled²⁷², with the number of nuclear weapons then existing being greater than the one existing when the NPT entered into force; it further regretted “the continuing lack of progress” on relevant items of the Conference on Disarmament, and urged a commitment on the part of NWS on “no first use and nonuse of nuclear weapons with immediate effect”²⁷³.

Between the fifth and the sixth Review Conferences, India and Pakistan carried out nuclear tests in 1998. For

its part, on several occasions, the Movement of NonAligned Countries called for “urgent” measures of nuclear disarmament²⁷⁴. To this effect, the 2000 Review Conference agreed to a document containing the “13 Practical Steps” in order to meet the commitments of States Parties under Article VI of the NPT²⁷⁵. The “13 Practical Steps” stress the relevance and urgency of ratifications of the CTBT so as to achieve its entry into force, and of setting up a moratorium on nuclearweapon tests pending such entry into force. Furthermore, they call for the commencement of negotiations on a treaty banning the production of fissile material for nuclear weapons and also call upon NWS to accomplish the total elimination of nuclear arsenals²⁷⁶.

At the 2005 Review Conference, no substantive decision was adopted, amidst continuing disappointment at the lack of progress on implementation of Article VI of the NPT, particularly in view of the “13 Practical Steps” agreed to at the 2000 Review Conference. Concerns were expressed that new nuclear weapon systems were being developed, and strategic doctrines were being adopted lowering the threshold for the use of nuclear weapons; moreover, regret was also

expressed that States whose ratification was needed for the CTBT’s entry into force had not yet ratified the CTBT²⁷⁷.

Between the 2005 and the 2010 Review Conferences, there were warnings that the NPT was “now in danger” and “under strain”, as the process of disarmament had “stagnated” and needed to be “revived” in order to prevent the spread of weapons of mass destruction. The concerns addressed what was regarded as the unsatisfactory stalemate in the Conference on Disarmament in Geneva, which had been “unable to adopt an agenda for almost a decade” to identify substantive issues to be discussed and negotiated in the Conference²⁷⁸.

The “FivePoint Proposal on Nuclear Disarmament”, announced by the SecretaryGeneral in an address of 24.10.2008²⁷⁹, began by urging all NPT States Parties, in particular the NWS, to fulfil their obligations under the Treaty “to undertake negotiations on effective measures leading to nuclear disarmament” (para. 1)²⁸⁰. It called upon the permanent members of the Security Council to commence discussions on security issues in the nuclear disarmament process, including by giving NNWS assurances against the use or threat of use of nuclear weapons (para. 5). It stressed the need of “new

efforts to bring the CTBT into force”, and encouraged NWS to ratify all the Protocols to the Treaties which established NuclearWeaponFree Zones (para. 6). Moreover, it also stressed “the need for greater transparency” in relation to arsenals of nuclear weapons and disarmament achievements (para. 7). And it further called for the elimination also of other types of weapons of mass destruction (para. 8).

The “FivePoint Proposal on Nuclear Disarmament” was reiterated by the U.N. SecretaryGeneral in two subsequent addresses in the following three years²⁸¹. In one of them, before the Security Council on 24.09.2009, he stressed the need of an “early entry into force” of the CTBT, and pondered that “disarmament and nonproliferation must proceed together”; he urged “a divided international community” to start moving ahead towards achieving “a nuclearweaponfree world”, and, at last, he expressed his hope in the forthcoming 2010 NPT Review Conference²⁸².

Both the 2000 and the 2010 Review Conferences made an interpretation of nuclear disarmament under Article VI of the NPT as a “positive disarmament obligation”, in line with the *dictum* in the ICJ’s 1996 Advisory

Opinion of nuclear disarmament in good faith as an obligation of result²⁸³. The 2010 Review Conference expressed its deep concern that there remained the continued risk for humankind put by the possibility that nuclear weapons could be used, and the catastrophic humanitarian consequences that would result therefrom.

The 2010 Review Conference, keeping in mind the 1995 decision on “Principles and Objectives for Nuclear NonProliferation and Disarmament” as well as the 2000 agreement on the “13 Practical Steps”, affirmed the vital importance of the universality of the NPT²⁸⁴, and, furthermore, took note of the “FivePoint Proposal on Nuclear Disarmament” of the U.N. SecretaryGeneral, of 2008. For the first time in the present series of Review Conferences, the *Final Document* of the 2010 Review Conference recognized “the catastrophic humanitarian consequences that would result from the use of nuclear weapons”²⁸⁵.

The Final Document welcomed the creation of successive nuclearweapon-free zones²⁸⁶, and, in its conclusions, it endorsed the “legitimate interest” of NNWS to receive “unequivocal and legally binding security assurances” from NWS on the matter at issue; it

asserted and recognized that “the total elimination of nuclear weapons is the only absolute guarantee against the use or threat of use of nuclear weapons”²⁸⁷. The aforementioned Final Document reiterated the 2010 Review Conference’s “deep concern at the catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons”, and “the need for all States at all times to comply with applicable international law, including international humanitarian law”²⁸⁸. This key message of the 2010 Review Conference triggered the initiative, three years later, of the new series of Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (cf. *infra*).

The “historic acknowledgement” of “the catastrophic humanitarian consequences of any use of nuclear weapons” was duly singled out by the ICRC, in its statement in the more recent 2015 Review Conference²⁸⁹; the ICRC pointed out that that new series of Conferences (2013/2014, in Oslo, Nayarit and Vienna) has given the international community “a much clearer grasp” of the effects of nuclear detonations on peoples around the world. It then warned that, 45 years after the NPT’s entry into force, “there has been little or no concrete progress” in fulfilling the goal of elimination of nuclear weapons. As nuclear

weapons remain the only weapons of mass destruction not prohibited by a treaty, “filling this gap is a humanitarian imperative”, as the “immediate risks of intentional or accidental nuclear detonations” are “too high and the dangers too real”²⁹⁰.

The 2015 Review Conference displayed frustration over the very slow pace of action on nuclear disarmament, in addition to current nuclear modernization programs and reiteration of dangerous nuclear strategies, apparently oblivious of the catastrophic humanitarian consequences of nuclear weapons. At the 2015 Review Conference, the Main Committee I, charged with addressing Article VI of the NPT, stressed the importance of “the ultimate goal” of elimination of nuclear weapons, so as to achieve “general and complete disarmament under effective international control”²⁹¹.

The 2015 Review Conference reaffirmed that “the total elimination of nuclear weapons is the only absolute guarantee against the use or threat of use of nuclear weapons, including the risk of their unauthorized, unintentional or accidental detonation”²⁹². It expressed its “deep concern” that, during the period 2010/2015, the Conference on Disarmament did not

commence negotiations of an instrument on such nuclear disarmament²⁹³, and then stressed the “urgency for the Conference on Disarmament” to achieve “an internationally legally binding instrument” to that effect”, so as “to assure” NNWS against the use or threat of use of nuclear weapons by all NWS²⁹⁴.

After welcoming “the increased and positive interaction with civil society” during the cycle of Review Conferences, the most recent 2015 Review Conference stated that:

*understandings and concerns pertaining to the catastrophic humanitarian consequences of any nuclear weapon detonation underpin and should compel urgent efforts by all States leading to a world without nuclear weapons. The Conference affirms that, pending the realization of this objective, it is in the interest of the very survival of humanity that nuclear weapons never be used again*²⁹⁵.

XVII. The Establishment Of Nuclear-Weapon-Free Zones.

In addition to the aforementioned NPT Review Conferences, the *opinio juris communis* on the illegality of

nuclear weapons finds expression also in the establishment, along the last half century, of nuclearweaponfree zones, which has responded to the needs and aspirations of humankind, so as to rid the world of the threat of nuclear weapons. The establishment of those zones has, in effect, given expression to the growing disapproval of nuclear weapons by the international community as a whole. There are, in effect, references to nuclearweaponfree zones in the arguments, in the written phase of the present proceedings, of the Marshall Islands²⁹⁶ and of the United Kingdom²⁹⁷ in the present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*.

I originally come from the part of the world, Latin America, which, together with the Caribbean, form the first region of the world to have prohibited nuclear weapons, and to have proclaimed itself as a nuclearweaponfree zone. The pioneering initiative in this domain, of Latin America and the Caribbean²⁹⁸, resulted in the adoption of the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean and its two Additional Protocols. Its reach transcended Latin America and the Caribbean, as

evidenced by its two Additional Protocols²⁹⁹, and the obligations set forth in its legal regime were wide in scope:

*Le régime consacré dans le Traité n'est pas simplement celui de nonprolifération: c'est un régime d'absence totale d'armes nucléaires, ce qui veut dire que ces armes seront interdites à perpétuité dans les territoires auxquels s'applique le Traité, quel que soit l'État sous le contrôle duquel pourraient se trouver ces terribles instruments de destruction massive*³⁰⁰.

By the time of the creation of that first nuclearweaponfree zone by the 1967 Treaty of Tlatelolco, it was pointed out that it came as a response to humanity's concern with its own future (given the threat of nuclear weapons), and in particular with "the survival of the mankind"³⁰¹. That initiative³⁰² was followed by four others of the kind, in distinct regions of the world, conducive to the adoption of the 1985 South Pacific (Rarotonga) NuclearFree Zone Treaty, the 1995 Southeast Asia (Bangkok) NuclearWeaponFree Zone Treaty, the 1996 African (Pelindaba) Nuclear WeaponFree Zone Treaty³⁰³, as well as the 2006 Central Asian (Semipalatinsk) NuclearWeaponFree Zone Treaty. Basic considerations of humanity have surely been taken into account for the establishment of those nuclearweaponfree zones.

In fact, besides the Treaty of Tlatelolco, also the Rarotonga, Bangkok, Pelindaba, and Semipalatinsk Treaties purport to extend the obligations enshrined therein, by means of their respective Protocols, not only to the States of the regions at issue, but also to nuclear States³⁰⁴, as well as States which are internationally responsible, *de jure* or *de facto*, for territories located in the respective regions. The verification of compliance with the obligations regularly engages the IAEA³⁰⁵. Each of the five aforementioned treaties (Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok, Pelindaba and Semipalatinsk) creating nuclearweaponfree zones has distinctive features, as to the kinds and extent of obligations and methods of verification³⁰⁶, but they share the common ultimate goal of preserving humankind from the threat or use of nuclear weapons.

The second nuclearweaponfree zone, established by the Treaty of Rarotonga (1985), with its three Protocols, came as a response³⁰⁷ to long-sustained regional aspirations, and increasing frustration of the populations of the countries of the South Pacific with incursions of NWS in the region³⁰⁸. The Rarotonga Treaty encouraged the negotiation of a similar zone, - by means of the 1995 Bangkok

Treaty, - in the neighbouring region of Southeast Asia, and confirmed the “continued relevance of zonal approaches” to the goal of disarmament and the safeguard of humankind from the menace of nuclear weapons³⁰⁹.

The third of those treaties, that of Bangkok, of 1995 (with its Protocol), was prompted by the initiative of the Association of SouthEast Asian Nations (ASEAN) to insulate the region from the policies and rivalries of the nuclear powers. The Bangkok Treaty, besides covering the land territories of all ten Southeast Asian States, is the first treaty of the kind also to encompass their territorial sea, 200mile exclusive economic zone and continental shelf³¹⁰. The fourth such treaty, that of Pelindaba, of 1996, in its turn, was prompted by the continent’s reaction to nuclear tests in the region (as from the French nuclear tests in the Sahara in 1961), and the aspiration - deeply-rooted in African thinking - to keep nuclear weapons out of the region³¹¹. The Pelindaba Treaty (with its three Protocols) appears to have served the purpose to eradicate nuclear weapons from the African continent.

The fifth such treaty, that of Semipalatinsk, of 2006, contains, like the other treaties creating nuclear weaponfree

zones (*supra*), the basic prohibitions to manufacture, acquire, possess, station or control nuclear explosive devices within the zones³¹². The five treaties at issue, though containing loopholes (e.g., with regard to the transit of nuclear weapons)³¹³, have as common denominator the practical value of arrangements that transcend the non-proliferation of nuclear weapons³¹⁴.

Each of the five treaties (of Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok, Pelindaba and Semipalatinsk) reflects the characteristics of each of the five regions, and they all pursue the same cause. The establishment of the nuclear weapon-free zones has been fulfilling the needs and aspirations of peoples living under the fear of nuclear victimization³¹⁵. Their purpose is being served, also in withholding or containing nuclear ambitions, to the ultimate benefit of humankind as a whole.

Nowadays, the five aforementioned nuclear weaponfree zones are firmly established in densely populated areas, covering most (almost all) of the landmass of the southern hemisphere land areas (while excluding most sea areas)³¹⁶. The adoption of the 1967 Tlatelolco Treaty, the 1985 Rarotonga Treaty, the 1995 Bangkok Treaty, the 1996 Pelindaba Treaty, and

the 2006 Semipalatinsk Treaty, have disclosed the shortcomings and artificiality of the posture of the so-called political “realists”³¹⁷, which insisted on the suicidal strategy of nuclear “deterrence”, in their characteristic subservience to power politics.

The substantial *Final Report* of 1999 of the U.N. Disarmament Commission underlined the relevance of nuclearweaponfree zones and of their contribution to the achievement of nuclear disarmament³¹⁸, “expressing and promoting common values” and constituting “important complementary” instruments to the NPT and the “international regime for the prohibition” of any nuclearweapon explosions³¹⁹. Drawing attention to the central role of the United Nations in the field of disarmament³²⁰, the aforementioned *Report* added:

Nuclearweaponfree zones have ceased to be exceptional in the global strategic environment. To date, 107 States have signed or become parties to treaties establishing existing nuclearweaponfree zones. With the addition of Antarctica, which was demilitarized pursuant to the Antarctic Treaty, nuclearweaponfree zones now cover more than 50 per cent of the Earth’s land mass. (...)

*The establishment of further nuclear-weaponfree zones reaffirms the commitment of the States that belong to such zones to honour their legal obligations deriving from other international instruments in force in the area of nuclear nonproliferation and disarmament to which they are parties*³²¹.

Moreover, the 1999 *Final Report* of the U.N. Disarmament Commission further stated that, for their part, NWS should fully comply with their obligations, under the ratified Protocols to the Treaties of treaties on nuclearweaponfree zones, “not to use or threaten to use nuclear weapons”³²². It went on to encourage member States of those zones “to share experiences” with States of other regions, so as “to establish further nuclearweaponfree zones”³²³. It concluded that the international community, by means of “the creation of nuclearweaponfree zones around the globe”, should aim at “general and complete disarmament under strict and effective international control, so that future generations can live in a more stable and peaceful atmosphere”³²⁴.

To the establishment of aforementioned five nuclearweaponfree zones other initiatives against nuclear weapons are to be added, such as the

prohibitions of placement of nuclear weapons, and other kinds of weapons of mass destruction, in outer space, on the seabed, on the ocean floor and in the subsoil beyond the outer limit of the territorial seabed zone, - “denuclearized” by the Treaties of Antarctica (1959), Outer Space (1967) and the Deep Sea Bed (1971), respectively, to which can be added the Treaty on the Moon and Other Celestial Bodies (1979), established a complete demilitarization thereon³²⁵.

The fact that the international community counts today on five nuclear-weapon-free zones, in relation to which States that possess nuclear weapons do have a particular responsibility, reveals an undeniable advance of right reason, of the *recta ratio* in the foundations of contemporary international law. Moreover, the initiative of nuclear-weapon-free zones keeps on clearly gaining ground. In recent years, proposals are being examined for the setting up of new denuclearized zones of the kind³²⁶, as well as of the so-called single-State zone (e.g., Mongolia)³²⁷. That initiative further reflects the increasing disapproval, by the international community as a whole, of nuclear weapons, which, in view of their hugely destructive capability, constitute an affront to right reason (*recta ratio*).

XVIII. Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (2013-2014).

In the course of the proceedings in the present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, several references were made to the more recent series of Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (2013-2014), and in particular to the statement made therein (in the second of those Conferences) by the Marshall Islands, asserting that NWS should fulfill their obligation, “long overdue”, of negotiation to achieve complete nuclear disarmament (cf. *infra*). The Marshall Islands promptly referred to its own statement in the Nayarit Conference (2014) in its *Memorial* in the *cas d’espèce*, as well as in its oral arguments before the ICJ.

In effect, the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (a series initiated in 2013) were intended to provide a forum for dialogue on, and a better understanding of, the humanitarian consequences of use of nuclear weapons for human beings, societies, and the environment, rather than a substitute

of bilateral and multilateral fora for disarmament negotiations. This forum for dialogue and better understanding of the matter has counted on three Conferences to date, held, respectively, in Oslo in March 2013, in Nayarit in February 2014, and in Vienna in December 2014.

This recent series of Conferences has drawn attention to the humanitarian effects of nuclear weapons, restoring the central position of the concern for human beings and peoples. It has thus stressed the importance of the human dimension of the whole matter, and has endeavoured to awaken the conscience of the whole international community as well as to enhance the needed humanitarian coordination in the present domain. May I next proceed to a survey of their work and results so far.

1. First Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons.

The first Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons took place in Oslo, Norway, on 0405 March 2013, having counted on the participation of Delegations representing 127 States, United Nations agencies, the International

Committee of the Red Cross (ICRC), the Red Cross and the Red Crescent movement, international organizations, and civil society entities. It should not pass unnoticed that only two of the NWS, India and Pakistan, were present at this Conference (and only India made a statement)³²⁸. On the other hand, neither the Marshall Islands, nor the permanent members of the U.N. Security Council, attended it.

The Oslo Conference addressed three key issues, namely: a) the immediate human impact of a nuclear weapon detonation; b) the wider economic, developmental and environmental consequences of a nuclear weapon detonation; and c) the preparedness of States, international organizations, civil society and the general public to deal with the predictable humanitarian consequences that would follow from a nuclear weapon detonation. A wide range of experts made presentations during the Conference.

Attention was drawn, e.g., to the nuclear testing's impact during the coldwar period, in particular to the detonation of not less than 456 nuclear bombs in the four decades (between 1949 and 1989) in the testing ground of Semipalatinsk, in eastern Kazakhstan. It was reported (by UNDP) that,

according to the Kazakh authorities, up to 1.5 million people were affected by fallout from the blasts at Semipalatinsk; the nuclear test site was shut down in mid1991. Other aspects were examined, all from a humanitarian outlook³²⁹. References were made, e.g., to General Assembly resolutions (such as resolution 63/279, of 25.04.2009), on humanitarian rehabilitation of the region. Such a humanitarian approach proved necessary, as the “historical experience from the use and testing of nuclear weapons has demonstrated their devastating immediate and longterm effects”³³⁰.

The key conclusions of the Oslo Conference, as highlighted by Norway’s Minister of Foreign Affairs in his closing statement³³¹, can be summarized as follows. First, it is unlikely that any state or international body (such as U.N. relief agencies and the ICRC) could address the immediate humanitarian emergency caused by a nuclear weapon detonation in an adequate manner and provide sufficient assistance to those affected.

Thus, the ICRC called for the abolition of nuclear weapons as the only effective preventive measure, and several participating States stressed that elimination of nuclear weapons

is the only way to prevent their use; some States called for a ban on those weapons.

Secondly, the historical experience from the use and testing of nuclear weapons has demonstrated their devastating immediate and longterm effects. While the international scenario and circumstances surrounding it have changed, the destructive potential of nuclear weapons remains. And thirdly, the effects of a nuclear weapon detonation, irrespective of its cause, will not be constrained by national borders, and will affect States and peoples in significant ways, in a transfrontier dimension, regionally as well as globally.

2. Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons.

The second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons took place in Nayarit, Mexico, on 13-14 February 2014, with the participation of Delegations representing 146 States. The Marshall Islands, India and Pakistan attended it, whereas the United Kingdom did not. In addition to States, other participants included the ICRC, the Red Cross and the Red Crescent movement, international organizations, and civil society entities.

During the Nayarit Conference, the Delegate of the Marshall Islands stated that NWS States were failing to fulfill their obligations, under Article VI of the NPT and customary international law, to commence and conclude multilateral negotiations on nuclear disarmament; in his words:

the Marshall Islands is convinced that multilateral negotiations on achieving and sustaining a world free of nuclear weapons are long overdue. Indeed we believe that states possessing nuclear arsenals are failing to fulfill their legal obligations in this regard. Immediate commencement and conclusion of such negotiations is required by legal obligation of nuclear disarmament resting upon each and every state under Article VI of the Non Proliferation Treaty and customary international law. It also would achieve the objective of nuclear disarmament long and consistently set by the United Nations, and fulfill our responsibilities to present and future generations while honouring the past ones³³².

Earlier on, the Minister of Foreign Affairs of the Marshall Islands stated, at the U.N. HighLevel Meeting on Nuclear Disarmament, on 26.09.2013, that the Marshall Islands “has a unique and compelling reason” to urge nuclear disarmament, namely,

The Marshall Islands, during its time as a UN Trust Territory, experienced 67 largescale tests of nuclear weapons. At the time of testing, and at every possible occasion in the intervening years, the Marshall Islands has informed UN members of the devastating impacts of these tests — of the deliberate use of our people as unwilling scientific experiments, of ongoing health impacts inherited through generations, of our displaced populations who still live in exile or who were resettled under unsafe circumstances, and then had to be removed. Even today, science remains a moving target and our exiled local communities are still struggling with resettlement.

(...) Perhaps we [the Marshallese] have one of the most important stories to tell regarding the need to avert the use of nuclear weapons, and a compelling story to spur greater efforts for nuclear disarmament(pp. 12)³³³.

The Marshall Islands’ statement in the 2014 Nayarit Conference was thus one of a few statements in which the Marshall Islands has articulated its claim, whereon they rely in the *cas d’espèce*, *inter alia*, to substantiate the existence of a dispute, including with the United Kingdom, which was not present at the Conference³³⁴. The Nayarit Conference participants also

heard the poignant testimonies of five *Hibakusha*, - survivors of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki, - who presented their accounts of the overwhelming devastation inflicted on those cities and their inhabitants by the atomic blasts (including the victims' burning alive, and carbonized or vaporized, as well as the longterm effects of radiation, killing survivors along seven decades).

They stressed the "moral imperative" of abolition of nuclear weapons, as humanity and nuclear weapons cannot coexist. A group of Delegations of no less than 20 States called expressly for a ban of nuclear weapons, already long overdue; this was the sword of Damocles hanging over everyone's heads. The "mere existence" of nuclear weapons was regarded as "absurd"; attention was also drawn to the 2013 U.N. General Assembly HighLevel Meeting on Disarmament, and to the obligations under international law, including those deriving from the NPT as well as common Article 1 of the Geneva Conventions on IHL³³⁵.

Furthermore, an association of over 60 entities of the civil society, from more than 50 countries, stated³³⁶ that their own engagement was essential, as responsibilities fell on everyone to

prevent the use of nuclear weapons; and prevention required the prohibition and ban of nuclear weapons, in the same way as those of biological and chemical weapons, landmines, and cluster munitions. Both the association, and the *Hibakusha*, condemned the dangerous strategy of nuclear "deterrence".

The 2014 Nayarit Conference's conclusions, building on the conclusions of the previous Oslo Conference, can be summarized as follows. First, the immediate and longterm effects of a single nuclear weapon detonation, let alone a nuclear exchange, would be catastrophic. The mere existence of nuclear weapons generates great risks, because the military doctrines of the NWS envisage preparations for the deliberate use of nuclear weapons. Nuclear weapons could be detonated by accident, miscalculation, or deliberately.

Delegations of over 50 States from every region of the world made statements unequivocally calling for the total elimination of nuclear weapons and the achievement of a world free of nuclear weapons. At least 20 Delegations of participating States in the Conference (*supra*) expressed the view that the way forward would be a ban on nuclear weapons. Others

were equally clear in their calls for a Convention on the elimination of nuclear weapons or a new legally binding instrument³³⁷.

Secondly, some Delegations pointed out the security implications of nuclear weapons, or else expressed skepticism about the possibility of banning nuclear weapons as such. There were those which favoured a “stepbystep” approach to nuclear disarmament (within the framework of the NPT Action Plan), and called for the participation of NWS in this process. For their part, the nuclearweaponfree States, in their majority, were however of the view that the stepbystep approach had failed to achieve its goal; they thus called for a new approach to nuclear disarmament.

Thirdly, for the Chairman of the Conference, a ban on nuclear weapons would be the first step towards their elimination; such a ban would also rectify the anomaly that nuclear weapons are the only weapons of mass destruction that are not subject to an explicit legal prohibition. He added that achieving a world free of nuclear weapons is consistent with States’ obligations under international law, including under the NPT and common Article 1 to the Geneva Conventions

on IHL. He at last called for the development of new international standards on nuclear weapons, including a legally binding instrument, to be concluded by the 70th anniversary of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki³³⁸.

3. Third Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons.

The third Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons took place in Vienna, Austria, on 0809 December 2014, having carried forward the momentum created by the previous Conference in Mexico. It counted on the participation of Delegations of 158 States, as well as the U.N., the ICRC, the Red Cross and Red Crescent movement, civil society entities and representatives of the academic world. For the first time, of the NWS, the United Kingdom attended the Conference; Delegates from India, Pakistan, and the Marshall Islands were present as well.

Once again, the Conference participants heard the testimonies of survivors, the *Hibakusha*. Speaking of the “hell on earth” experienced in Hiroshima and Nagasaki; the “indiscriminate massacre of the atomic bombing” showed “the

illegality and ultimate evil of nuclear weapons”³³⁹. In its statement, the Marshall Islands, addressing the testing in the region of 67 atomic and hydrogen bombs, between 1946 and 1958, - the strongest one having been the Bravo test (of 01.03.1954) of a hydrogen bomb, 1000 times more powerful than the atomic bomb dropped over Hiroshima, - referred to their harmful impacts, such as the birth of “monsterlike babies”, the continuous suffering from “thyroid cancer, liver cancer and all types of radiogenic cancerous illnesses”, extending over the years³⁴⁰.

For its part, the ICRC stated that nuclear weapons ignore the principle of proportionality, and stand in breach of IHL (both conventional and customary) by causing unnecessary suffering to civilians; it expressed “significant concerns about the eventual spread of radiation to civilian areas and the radiological contamination of the environment” and everyone³⁴¹. The ICRC further observed that, after “decades of focusing on nuclear weapons primarily in technicalmilitary terms and as symbols of power”, a fundamental and reassuring change has occurred, as debates on the matter now shift attention to what those weapons “would mean for people and the environment, indeed for humanity”³⁴².

The U.N. SecretaryGeneral (Ban Ki-moon) sent a statement, read at the Conference, wherein he condemned expenditures in the modernization of weapons of mass destruction (instead of meeting the challenges of poverty and climate change). Recalling that the obligation of nuclear disarmament was one of both conventional and customary international law, he further condemned the strategy of nuclear “deterrence”; in his own words,

*Upholding doctrines of nuclear deterrence does not counter proliferation, but it makes the weapons more desirable. Growing ranks of nucleararmed States does not ensure global stability, but instead undermines it. (...) The more we understand about the humanitarian impacts, the more it becomes clear that we must pursue disarmament as an urgent imperative*³⁴³.

The Vienna Conference contributed to a deeper understanding of the consequences and risks of a nuclear detonation, having focused to a larger extent on the legal framework (and gaps therein) with regard to nuclear weapons³⁴⁴. It was reckoned that the impact of nuclear weapons detonation, irrespective of the cause, would go well beyond national borders, and could have regional and even global consequences, causing destruction,

death, diseases and displacement on a very large scale, as well as profound and longterm damage to the environment, climate, human health and wellbeing, socioeconomic development and social order. They could, in sum, threaten the very survival of humankind. It was acknowledged that the scope, scale and interrelationship of the humanitarian consequences caused by nuclear weapon detonation are catastrophic, and more complex than commonly understood; these consequences can be large scale and potentially irreversible.

States expressed various views regarding the ways and means of advancing the nuclear disarmament agenda. The Delegations of 29 States called for negotiations of a legallybinding instrument to prohibit or ban nuclear weapons. A number of Delegations considered that the inability to make progress on any particular step was no reason not to pursue negotiations in good faith on other effective measures to achieve and maintain a nuclear-weapon-free world. Such steps have been taken very effectively in regional contexts in the past, as evidenced by nuclearweaponfree zones.

As the general report of the Vienna Conference observed, the three

Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (of Oslo, Nayarit and then Vienna), have contributed to a “deeper understanding” of the “actual risks” posed by nuclear weapons, and the “unspeakable suffering”, devastating effects, and “catastrophic humanitarian consequences” caused by their use. As “nuclear deterrence entails preparing for nuclear war, the risk of nuclear weapon use is real. (...) The only assurance against the risk of a nuclear weapon detonation is the total elimination of nuclear weapons”, in “the interest of the very survival of humanity”; hence the importance of Article VI of the NPT, and of the entry into force of the CTBT³⁴⁵.

The 2014 Vienna Conference’s conclusions can be summarized as follows:

- The use and testing of nuclear weapons have demonstrated their devastating immediate, mid and longterm effects. Nuclear testing in several parts of the world has left a legacy of serious health and environmental consequences. Radioactive contamination from these tests disproportionately affects women and children. It contaminated food supplies and continues to be measurable in the atmosphere to this day.

- As long as nuclear weapons exist, there remains the possibility of a nuclear weapon explosion. The risks of accidental, mistaken, unauthorized or intentional use of nuclear weapons are evident due to the vulnerability of nuclear command and control networks to human error and cyberattacks, the maintaining of nuclear arsenals on high levels of alert, forward deployment and their modernization. The dangers of access to nuclear weapons and related materials by nonstate actors, particularly terrorist groups, persist. All such risks, which increase over time, are unacceptable.
- As nuclear deterrence entails preparing for nuclear war, the risk of the use of nuclear weapons is real. Opportunities to reduce this risk must be taken now, such as dealerting and reducing the role of nuclear weapons in security doctrines. Limiting the role of nuclear weapons to deterrence does not remove the possibility of their use, nor does it address the risks stemming from accidental use. The only assurance against the risk of a nuclear weapon detonation is the total elimination of nuclear weapons.
- The existence itself of nuclear weapons raises serious ethical questions, - well beyond legal discussions and interpretations, - which should be kept in mind. Several Delegations asserted that, in the interest of the survival of humankind, nuclear weapons must never be used again, under any circumstances.
- No State or international organ could adequately address the immediate humanitarian emergency or longterm consequences caused by a nuclear weapon detonation in a populated area, nor provide adequate assistance to those affected. The imperative of prevention as the only guarantee against the humanitarian consequences of nuclear weapons use is thus to be highlighted.
- Participating Delegations reiterated the importance of the entry into force of the CTBT as a key element of the international nuclear disarmament and nonproliferation regime.
- It is clear that there is no comprehensive legal norm universally prohibiting the possession, transfer, production and use of nuclear

weapons, that is, international law does not address today nuclear weapons in the way it addresses biological and chemical weapons. This is generally regarded as an anomaly - or rather, a nonsense, - as nuclear weapons are far more destructive. In any case, international environmental law remains applicable in armed conflict and can pertain to nuclear weapons, even if not specifically regulating these latter. Likewise, international health regulations would cover effects of nuclear weapons. In the light of the new evidence produced in those two years (2013/2014) about the humanitarian impact of nuclear weapons, it is very doubtful whether such weapons could ever be used in conformity with IHL.

4. Aftermath: The “Humanitarian Pledge”.

At the 2014 Vienna Conference, although a handful of States expressed scepticism about the effectiveness of a ban on nuclear weapons, the overwhelming majority of NPT States Parties expected the forthcoming 2015 NPT Review Conference to take stock of all relevant developments, including the outcomes of the Conferences on the Humanitarian

Impact of Nuclear Weapons (*supra*), and determine the next steps for the achievement and maintenance of a nuclear-weapon-free world. At the end of the Vienna Conference, the host State, Austria, presented a “Pledge” calling upon States parties to the NPT to renew their commitment to the urgent and full implementation of existing obligations under

Article VI, and to this end, to identify and pursue effective measures to fill the legal gap for the prohibition and elimination of nuclear weapons³⁴⁶.

The Pledge further called upon NWS to take concrete interim measures to reduce the risk of nuclear weapons detonations, including by diminishing the role of nuclear weapons in military doctrines. The Pledge also recognised that: a) the rights and needs of the victims of nuclear weapon use and testing have not yet been adequately addressed; b) all States share the responsibility to prevent any use of nuclear weapons; and c) the consequences of nuclear weapons use raise profound moral and ethical questions going beyond debates about the legality of these weapons.

Shortly before the Vienna Conference, 66 States had already endorsed the Pledge; by the end of

the Conference, 107 States had endorsed it, thus “internationalizing” it and naming it at the end as the “Humanitarian Pledge”³⁴⁷. On 07.12.2015, the U.N. General Assembly adopted the substance of the Humanitarian Pledge in the form of its resolution 70/48. As of April 2016, 127 States have formally endorsed the Humanitarian Pledge; unsurprisingly, none of the NWS has done so.

Recent endeavours, such as the ones just reviewed of the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons have been rightly drawing attention to the grave humanitarian consequences of nuclear weapons detonations. The reframing of the whole matter in a peoplecentred outlook appears to me particularly lucid, and necessary, keeping in mind the unfoundedness of the strategy of “deterrence” and the catastrophic consequences of the use of nuclear weapons. The “stepbystep” approach, pursued by the NWS in respect to the obligation under Article VI of the NPT, appears essentially Statecentric, having led to an apparent standstill or deadlock.

The obligation of nuclear disarmament being one of result, the “stepbystep” approach cannot be extended indefinitely in time, with

its insistence on the maintenance of the nuclear sword of Damocles. The “stepbystep” approach has produced no significantly concrete results to date, seeming to make abstraction of the numerous pronouncements of the United Nations upholding the obligation of nuclear disarmament (cf. *supra*). After all, the absolute prohibition of nuclear weapons, - which is multifaceted³⁴⁸, is one of *jus cogens* (cf. *supra*). Such weapons, as the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons have evidenced, are essentially inhumane, rendering the strategy of “deterrence” unfounded and unsustainable (cf. *supra*).

Ever since those Conferences (2013/2014), there has been a tendency (in 2014/2016) of slight reduction of nuclear warheads³⁴⁹, though NWS have kept on modernizing their respective nuclear armament programs, in an indication that nuclear weapons are likely to remain in the foreseeable future³⁵⁰. Yet, the growing awareness of the humanitarian impact of nuclear weapons has raised the question of the possibility of developing “a deontological position according to which the uniquely inhumane suffering that nuclear weapons inflict on their victims makes it inherently wrongful to use them”³⁵¹.

Tempus fugit. There remains a long way to go to achieve a nuclearweaponfree world. The United Nations itself has been drawing attention to the urgency of nuclear disarmament. It has done so time and time again, and, quite recently, in the convocation in October 2015, of a new OpenEnded Working Group (OEWG), as a subsidiary body of the U.N. General Assembly, to address concrete and effective legal measures to attain and maintain a world without nuclear weapons³⁵². It draws attention therein to the importance of multilateralism, to the relevance of “inclusiveness” (participation of all U.N. member States) and of the contribution, in addition to that of States, also of international organizations, of entities of the civil society, and of the academia³⁵³. And it reaffirms “the urgency of securing substantive progress in multilateral nuclear disarmament negotiations”, in order “to attain and maintain a world without nuclear weapons”³⁵⁴.

It should not pass unnoticed that all the initiatives that I have just reviewed in the present Dissenting Opinion (NPT Review Conferences, the establishment of nuclearweaponfree zones, and the Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons), referred to by the contending parties in the course

of the proceedings before the ICJ in the present case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, have gone beyond the interState outlook. In my perception, there is great need, in the present domain, to keep on looking beyond States, so as to behold peoples’ and humankind’s quest for survival in our times.

XIX. Final Considerations: Opinio Juris Communis Emanating from Conscience (Recta Ratio), Well Above the “Will”.

Nuclear weapons, as from their conception, have been associated with overwhelming destruction. It may be recalled that the first atomic bombs were fabricated in an epoch of destruction and devastation, - the II world war, - of the abominable “total war”, in flagrant breach of IHL and of the ILHR³⁵⁵. The fabrication of nuclear weapons, followed by their use, made abstraction of the fundamental principles of international law, moving the world into lawlessness in the current nuclear age. The strategy of “deterrence”, in a “dialectics of suspicion”, leads to an unforeseeable outcome, amidst complete destruction. Hence the utmost importance of negotiations

conducive to general disarmament, which, - as warned by Raymond Aron [already] in the early sixties, - had “never been taken seriously” by the superpowers³⁵⁶.

Last but not least, may I come back to a key point which I have dwelt upon in the present Dissenting Opinion pertaining to the *opinio juris communis* as to the obligation of nuclear disarmament (cf. part XVI, *supra*). In the evolving law of nations, basic considerations of humanity have an important role to play. Such considerations nourish *opinio juris* on matters going well beyond the interests of individual States. The ICJ has, on more than one occasion, taken into account resolutions of the United Nations (in distinct contexts) as a means whereby international law manifests itself.

In its *célèbre* Advisory Opinion (of 21.06.1971) on *Namibia*, for example, the ICJ dwelt upon, in particular, two U.N. General Assembly resolutions relevant to the formation of *opinio juris*³⁵⁷. Likewise, in its Advisory Opinion (of 16.10.1975) on the *Western Sahara*, the ICJ considered and discussed in detail some U.N. General Assembly resolutions³⁵⁸. In this respect, references can further be made to the ICJ’s Advisory Opinions

on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (of 09.07.2004)³⁵⁹, and on the *Declaration of Independence of Kosovo* (of 22.07.2010)³⁶⁰. In its 1996 Advisory Opinion on the *Threat or Use of Nuclear Weapons*, the ICJ admitted, - even if in a rather restrictive way, - the emergence and gradual evolution of an *opinio juris* as reflected in a series of resolutions of the U.N. General Assembly (para. 70). But the ICJ could have gone (much) further than that.

After all, *opinio juris* has already had a long trajectory in legal thinking, being today endowed with a wide dimension. Thus, already in the XIXth century, the so-called “historical school” of legal thinking and jurisprudence (of F. K. von Savigny and G. F. Puchta) in reaction to the voluntarist conception, gradually discarded the “will” of the States by shifting attention to *opinio juris*, requiring practice to be an authentic expression of the “juridical conscience” of nations and peoples. With the passing of time, the acknowledgment of conscience standing above the “will” developed further, as a reaction against the reluctance of some States to abide by norms addressing matters of general or common interest of the international community.

This had an influence on the formation of rules of customary international law, a much wider process than the application of one of its formal “sources”. *Opinio juris communis* came thus to assume “a considerably broader dimension than that of the subjective element constitutive of custom”³⁶¹. *Opinio juris* became a key element in the *formation* itself of international law, a *law of conscience*. This diminished the unilateral influence of the most powerful States, fostering international lawmaking in fulfilment of the public interest and in pursuance of the common good of the international community as a whole.

The foundations of the international legal order came to be reckoned as independent from, and transcending, the “will” of individual States; *opinio juris communis* came to give expression to the “juridical conscience”, no longer only of nations and peoples - sustained in the past by the “historical school” - but of the international community as a whole, heading towards the universalization of international law. It is, in my perception, this international law of conscience that turns in particular towards nuclear disarmament, for the sake of the survival of humankind.

In 1983, Wang Tieya wrote against minimizing the legal significance of resolutions of General Assembly, in particular the declaratory ones. As they clarify principles and rules of international law, he contended that they “cannot be said to have no lawmaking effect at all merely because they are not binding in the strict sense. At the very least, since they embody the convictions of a majority of States, General Assembly resolutions can indicate the general direction in which international law is developing”³⁶². He added that those General Assembly resolutions, reflecting the position of “an overwhelming majority of States”, have “accelerated the development of international law”, in helping to crystallize emerging rules into “clearly defined norms”³⁶³. In the same decade, it was further pointed out that General Assembly resolutions have been giving expression, along the years, to “basic concepts of equity and justice, or of the underlining spirit and aims” of the United Nations³⁶⁴.

Still in the eighties, in the course I delivered at the Institute of Public International Law and International Relations of Thessaloniki, in 1988, I began by pondering that customary and conventional international law are interrelated, - as acknowledged by the ICJ itself³⁶⁵ - and U.N. General

Assembly resolutions contribute to the emergence of *opinio juris communis*³⁶⁶. I stood against the “strictly voluntarist position” underlying the unacceptable concept of so-called “persistent objector”, and added that dissent from “one or another State individually cannot prevent the creation of new customary rules” or obligations, ensuing from *opinio juris communis* and not from *voluntas*³⁶⁷.

In the evolution of international law in time, - I proceeded, - voluntarist positivism has shown itself “entirely incapable” of explaining the consensual formation of customary international obligations; contrary to “the pretensions of positivist voluntarism” (with its stubborn emphasis on the consent of individual States), “freedom of spirit is the first to rebel” against immobilism, in devising responses to new challenges affecting the international community as a whole, and acknowledging obligations incumbent upon all States³⁶⁸.

In my “repudiation of voluntarist positivism”, I concluded on this point that the attention to customary international law (“incomparably less vulnerable” than conventional international law to voluntarist temptations) is in line with the progressive development (moved by conscience) of international law, so as to provide a common basis for the

fulfilment of the needs and aspirations of all peoples³⁶⁹. Today, almost three decades later,

I firmly restate, my own position on the matter, in respect of the customary and conventional international obligation to put an end to nuclear weapons, so as to rid the world of their inhuman threat.

U.N. General Assembly or Security Council resolutions are adopted on behalf not of the States which voted for them, but more precisely on behalf of the United Nations Organization itself (its respective organs), being thus *valid for all U.N. Member States*. It should be kept in mind that the U.N. is endowed with an international legal personality of its own, which enables it to act at international level as a distinct entity, independently of individual Member States; in this way, it upholds the juridical equality of all States, and mitigates the worrisome vulnerability of factually weaker States, such as the NNWS; in doing so, it aims - by multilateralism - at the common good, at the realization of common goals of the international community as a whole³⁷⁰, such as nuclear disarmament.

A small group of States - such as the NWS - cannot overlook or minimize those reiterated resolutions, extended

in time, simply because they voted against them, or abstained. Once adopted, they are valid for all U.N. Member States. They are resolutions of the United Nations Organization itself, and not only of the large majority of U.N. member States which voted for of them. U.N. General Assembly resolutions, reiteratedly addressing matters of concern to humankind as a whole (such as existing nuclear weapons), are in my view endowed with normative value. They cannot be properly considered from a State voluntarist perspective; they call for another approach, away from the strict voluntarist-positivist one.

Conscience stands above the “will”. The universal juridical conscience stands well above the “will” of individual States, and resonates in resolutions of the U.N. General Assembly, which find inspiration in general principles of international law, which, for their part, give expression to values and aspirations of the international community as a whole, of all humankind³⁷¹. The values which find expression in those *prima principia* inspire every legal order and, ultimately, lie in the foundations of this latter.

The general principles of law (*prima principia*), in my perception, confer upon the (national and international)

“U.N. General Assembly resolutions, reiteratedly addressing matters of concern to humankind as a whole (such as existing nuclear weapons), are in my view endowed with normative value. They cannot be properly considered from a State voluntarist perspective; they call for another approach, away from the strict voluntarist-positivist one.”

legal order its ineluctable axiological dimension. Notwithstanding, legal positivism and political “realism”, in their characteristic subservience to power, incur into their basic mistake of minimizing those principles, which lie in the foundations of any legal system, and which inform and conform the norms and the action pursuant to them, in the search for the realization of justice. Whenever that minimization of principles has prevailed the consequences have been disastrous³⁷².

They have been contributing, in the last decades, to a vast *corpus juris* on matters of concern to the international

community as a whole, such as nuclear disarmament. Their contribution to this effect has overcome the traditional interState paradigm of the international legal order³⁷³. This can no longer be overlooked in our days. The interState mechanism of the *contentieux* before the ICJ cannot be invoked in justification for an interState reasoning. As “the principal judicial organ” of the United Nations (U.N. Charter, Article 92), the ICJ has to bear in mind not only States, but also “we, the peoples”, on whose behalf the U.N. Charter was adopted. In its international adjudication of contentious cases, like the present one of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, the ICJ has to bear in mind basic considerations of humanity, with their incidence on questions of admissibility and jurisdiction, as well as of substantive law.

Epilogue: A Recapitulation.

I feel at peace with my conscience: from all the preceding considerations, I trust to have made it crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the Judgment on the case of *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*, stands in clear and entire

opposition to the view espoused by the Court’s majority that the existence of a legal dispute has not been established before it, and that the Court has no jurisdiction to consider the Application lodged with it by the Marshall Islands, and cannot thus proceed to the merits of the case. Not at all: in my understanding, there was a dispute before the Court, which has jurisdiction to decide the case. There is a conventional and customary international law obligation of nuclear disarmament. Whether there has been a concrete breach of this obligation, the Court could only decide on the merits of the case.

My dissenting position was grounded not only on the assessment of the arguments produced before the Court by the contending parties, but above all on issues of principle and on fundamental values, to which I attach even greater importance. As my dissenting position covers all points addressed in the present Judgment, in its reasoning as well as in its conclusion, I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay on the records the foundations of my dissenting position thereon. I deem it fit, at this last stage, to recapitulate all the points of my dissenting position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

Primus: According to the *jurisprudence constante* of the Court, a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests; The existence of an international dispute (at the time of lodging a claim) is a matter for the objective determination of the Court. The existence of a dispute may be inferred.

Secundus: The objective determination of a dispute by the Court is not intended to protect respondent States, but rather and more precisely to secure the proper exercise of the Court's judicial function.

Tertius: There is no requirement of prior notice of the applicant State's intention to initiate proceedings before the ICJ, nor of prior "exhaustion" of diplomatic negotiations, nor of prior notification of the claim; it is, in sum, a matter for objective determination of the Court itself.

Quartus: The Marshall Islands and the United Kingdom/India/Pakistan have pursued distinct arguments and courses of conduct on the matter at issue, evidencing their distinct legal positions, which suffice for the Court's objective determination of the existence of a dispute.

Quintus: There is no legal ground for attempting to heighten the threshold for the determination of the existence of a dispute; in its *jurisprudence constante*, the Court has expressly avoided a formalistic approach on this issue, which would affect access to justice itself. The Court has, instead, in its *jurisprudence constante*, upheld its own *objective determination* of the existence of a dispute, rather than relying - as it does in the present case - on the subjective criterion of "awareness" of the respondent States.

Sextus: The distinct series of U.N. General Assembly resolutions on nuclear disarmament along the years (namely, warning against nuclear weapons, 19611981; on freeze of nuclear weapons, 19821992; condemning nuclear weapons, 1982 2015; followingup the ICJ's 1996 Advisory Opinion, 19962015) are endowed with authority and legal value. *Septimus:* Their authority and legal value have been duly acknowledged before the ICJ in its advisory proceedings in 1995. *Octavus:* Like the General Assembly, the Security Council has also expressed its concern on the matter at issue, in its work and its resolutions on nuclear disarmament.

Nonus: The aforementioned United Nations resolutions, in addition to other initiatives, portray the longstanding saga of the United Nations in the condemnation of nuclear weapons.

Decimus: The fact that weapons of mass destruction (poisonous gases, biological and chemical weapons) have been outlawed, and nuclear weapons, far more destructive, have not been banned yet, is a juridical absurdity. The obligation of nuclear disarmament has emerged and crystallized nowadays in both conventional and customary international law, and the United Nations has, along the decades, been giving a most valuable contribution to this effect.

Undecimus: In the *cas d'espèce*, the issue of United Nations resolutions and the emergence of *opinio juris communis* in the present domain of the obligation of nuclear disarmament has grasped the attention of the contending parties in submitting their distinct arguments before the Court.

Duodecimus: The presence of evil has marked human existence along the centuries. Ever since the eruption of the nuclear age in August 1945, some of the world's great thinkers have been inquiring whether humankind

has a future, and have been drawing attention to the imperative of respect for life and the relevance of humanist values.

Tertius decimus: Also in international legal doctrine there have been those who have been stressing the needed prevalence of human conscience, the universal juridical conscience, over State voluntarism.

Quartus decimus: The U.N. Charter is attentive to peoples; the recent cycle of World Conferences of the United Nations has had, as a common denominator, the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the conditions of living and the wellbeing of peoples everywhere.

Quintus decimus: General principles of law (*prima principia*) rest in the foundations of any legal system. They inform and conform its norms, guide their application, and draw attention to the prevalence of *jus necessarium* over *jus voluntarium*.

Sextus decimus: The nature of a case before the Court may well require a reasoning going beyond the strictly interState outlook; the present case concerning the obligation of nuclear

disarmament requires attention to be focused on peoples, in pursuance of a humanist outlook, rather than on interState susceptibilities.

Septimus decimus: The interState mechanism of adjudication of contentious cases before the ICJ does not at all imply that the Court's reasoning should likewise be strictly interState. Nuclear disarmament is a matter of concern to humankind as a whole.

Duodevicesimus: The present case stresses the utmost importance of fundamental principles, such as that of the juridical equality of States, following the principle of humanity, and of the idea of an objective justice.

Undevicesimus: Factual inequalities and the strategy of "deterrence" cannot be made to prevail over the juridical equality of States.

Vicesimus: Deterrence" cannot keep on overlooking the distinct series of U.N. General Assembly resolutions, expressing an *opinio juris communis* in condemnation of nuclear weapons.

Vicesimus primus: As also sustained by general principles of international law and international legal doctrine,

nuclear weapons are in breach of international law, of IHL and the ILHR, and of the U.N. Charter.

Vicesimus secundus: There is need of a peoplecentred approach in this domain, keeping in mind the fundamental right to life; the *raison d'humanité* prevails over the *raison d'État*. Attention is to be kept on the devastating and catastrophic consequences of the use of nuclear weapons.

Vicesimus tertius: In the path towards nuclear disarmament, the peoples of the world cannot remain hostage of individual State consent. The universal juridical conscience stands well above the "will" of the State.

Vicesimus quartus: The absolute prohibitions of arbitrary deprivation of human life, of infliction of cruel, inhuman or degrading treatment, and of infliction of unnecessary suffering, are prohibitions of *jus cogens*, which have and incidence on ILHR and IHL and ILR, and foster the current historical process of humanization of international law.

Vicesimus quintus: The positivist outlook unduly overlooks the *opinio juris communis* as to the illegality of all weapons of mass destruction, including and

starting with nuclear weapons, and the obligation of nuclear disarmament, under contemporary international law.

Vicesimus sextus: Conventional and customary international law go together, in the domain of the protection of the human person, as ruled in the Martens clause, with an incidence on the prohibition of nuclear weapons.

Vicesimus septimus: The existence of nuclear weapons is the contemporary tragedy of the nuclear age; today, more than ever, human beings need protection from themselves. Nuclear weapons have no ethics, and ethics cannot be separated from law, as taught by jusnaturalist thinking.

Vicesimus octavus: Humankind, a subject of rights, has been a potential victim of nuclear weapons already for a long time.

Vicesimus nonus: The law of nations encompasses, among its subjects, humankind as a whole (as propounded by the “founding fathers” of international law).

Trigesimus: This humanist vision is centred on peoples, keeping in mind the humane ends of States.

Trigesimus primus: Opinio juris communis necessitatis, upholding a customary and conventional obligation of nuclear disarmament, has been finding expression in the NPT Review Conferences, in the relevant establishment of nuclearweaponfree zones, and in the recent Conferences of the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, — in their common cause of achieving and maintaining a nuclearweaponfree world.

Trigesimus secundus: Those initiatives have gone beyond the Statecentric outlook, duly attentive to peoples’ and humankind’s quest for survival in our times.

Trigesimus tertius: Opinio juris communis - to which U.N. General Assembly resolutions have contributed - has a much broader dimension than the subjective element of custom, being a key element in the formation of a law of conscience, so as to rid the world of the inhuman threat of nuclear weapons.

Trigesimus quartus: U.N. (General Assembly and Security Council) resolutions are adopted on behalf of the United Nations Organization itself (and not only of the States which voted in their favour); they are thus valid for *all* U.N. member States.

Trigesimus quintus: The United Nations Organization, endowed with an international legal personality of its own, upholds the juridical equality of States, in striving for the realization of common goals such as nuclear disarmament.

Trigesimus sextus: Of the main organs of the United Nations, the contributions of the General Assembly, the Security Council and the Secretary-General to nuclear disarmament have been consistent and remarkable along the years.

Trigesimus septimus: United Nations resolutions in this domain address a matter of concern to humankind as a whole, which cannot thus be properly approached from a State voluntarist perspective. The universal juridical conscience stands well above the “will” of individual States.

Trigesimus octavus: The ICJ, as the principal judicial organ of the United Nations, is to keep in mind basic considerations of humanity, with their incidence on questions of admissibility and jurisdiction, as well as of substantive law.

Trigesimus nonus: In sum, the ICJ has jurisdiction to consider the *cas d'espèce*, and there is a conventional and customary international law obligation of nuclear disarmament; whether there has been a breach of this obligation, the Court could only decide on the merits phase of the present case.

Quadragesimus: A world with arsenals of nuclear weapons, like ours, is bound to destroy its past, dangerously threatens the present, and has no future at all. Nuclear weapons pave the way into nothingness. In my understanding, the International Court of Justice, as the principal judicial organ of the United Nations, should, in its Judgment, have shown sensitivity in this respect, and should have given its contribution to a matter which is a major concern of the vulnerable international community, and indeed of mankind as a whole.

- ¹ . PCIJ, case of *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30.08.1924, p. 11.
- ² ICJ, Advisory Opinion (of 30.03.1950) on the *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, p. 74.
- ³ ICJ, *South-West Africa* cases (Ethiopia and Liberia *versus* South Africa, Judgment on Preliminary Objections of 21.12.1962), p. 328; ICJ, case of *Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application - 2002, D.R. Congo *versus* Rwanda, Judgment on Jurisdiction and Admissibility of 03.02.2006), p. 40, para. 90.
- ⁴ ICJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Judgment on Preliminary Objections, of 11.06.1998), p. 275, para. 89.
- ⁵ Cf. paras. 50-105, and esp. paras. 31, 61 and 104-105, of the Court's Judgment of 01.04.2011.
- ⁶ ICJ, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (Judgment on Preliminary Objections, of 11.06.1998), p. 315, para. 89: "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests, or the positive opposition of the claim of one party by the other need not necessarily be stated *expressis verbis*. In the determination of the existence of a dispute, as in other matters, the position or the attitude of a party can be established by inference, whatever the professed view of that party".
- ⁷ Cf., to this effect, S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court (1920-2005)*, 4th. ed., vol. III, Leiden, Nijhoff/Brill, 2006, p. 1153.
- ⁸ *Application Instituting Proceedings* of the M.I., paras. 29-34; *Memorial* of the M.I., para. 19.
- ⁹ Cf. India's letter of 06.06.2014, *cit. in: Memorial* of the M.I., para. 20.
- ¹⁰ *Counter-Memorial* of India, para. 6.
- ¹¹ Cf., e.g., ICJ doc. CR 2016/8, of 16.03.2016, p. 36, para. 5, for the argument that the M.I. "is attempting to impose a legal obligation on India based on an imaginary principle of parallel customary law distinct from Article VI of the NPT", while providing "no source for this principle".
- ¹² As indicated by its Articles 11, 26 and 47(1); ICJ, doc. 2016/4, of 10.03.2016, p. 13, para. 2 (statement of India).
- ¹³ *Ibid.*, p. 19, paras. 11-12.
- ¹⁴ *Ibid.*, p. 19, para. 1; and cf. *ibid.*, p. 16, para. 6.
- ¹⁵ PCIJ, case of *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30.08.1924, p. 34.
- ¹⁶ PCIJ, case of *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case (Jurisdiction), Judgment of 25.08.1925, p. 14.
- ¹⁷ PCIJ, case of *Interpretation of Judgments ns. 7 and 8 - Chorzów Factory*, Judgment of 16.12.1927, pp. 10-11.
- ¹⁸ Cf., e.g., ICJ, Advisory Opinion (of 26.04.1988) on the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the U.N. Headquarters Agreement of 26.06.1947*, pp. 28-29, para. 38; ICJ, case of *Nicaragua versus United States* (Jurisdiction and Admissibility), Judgment of 26.11.1984, pp. 428-429, para. 83. Moreover, the critical date for the determination of the existence of a dispute is, "in principle" (as the ICJ says), the date on which the application is submitted to the Court (ICJ, case of *Questions Relation to the Obligation to Prosecute or Extradite*, Judgment of 20.07.2012, p. 20, para. 46; ICJ, case of *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea*, Preliminary Objections, Judgment of 17.03.2016, p. 25, para. 52); the ICJ's phraseology shows that this is not a strict rule, but rather one to be approached with flexibility.

¹⁹ ICJ, case of *East Timor* (Portugal *versus* Australia), *I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22 (Judgment of 30.06.1995).

²⁰ ICJ, case of the *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia-Herzegovina *versus* Yugoslavia, Preliminary Objections, Judgment), *I.C.J. Reports 1996*, pp. 595 and 614-615, paras. 27-29.

²¹ *Ibid.*, p. 615, para. 29.

²² ICJ, case of *Certain Property* (Liechtenstein *versus* Germany, Preliminary Objections, Judgment of 10.02.2005), *I.C.J. Reports 2005*, p. 19, para. 25, citing the Court's Judgments in the cases of *East Timor*, *I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22; and of the *Application of the Convention against Genocide* (Preliminary Objections), *I.C.J. Reports 1996*, p. 615, para. 29.

²³ As the present proceedings relate to jurisdiction, the opposition of views is captured in the various jurisdictional objections; it would be even more forceful in pleadings on the merits, which, given the Court's majority decision, will regrettably no longer take place.

²⁴ *Application Instituting Proceedings* of the M.I., pp. 22-23, paras. 58 and 60.

²⁵ *Counter-Memorial* of India, p. 41, para. 93(iii).

²⁶ *Counter-Memorial* of India, p. 15, para. 24.

²⁷ ICJ, doc. CR 2016/8, of 16.03.2016, p. 36, para. 5.

²⁸ For example, India states that:

“While asserting that RMI's position lacks any merit whatsoever, it is necessary at the outset to set out India's position in the matter of nuclear disarmament and nuclear proliferation. India explained in its Letter of 6 June 2014, it is ‘committed to the goal of a nuclear weapon free world through global, verifiable and non-discriminatory nuclear disarmament’”.

India's *Counter-Memorial*, p. 4, paras. 6-7, and cf. pp. 4-10, wherein India argues that its conduct supports disarmament.

²⁹ Namely, in sequence, General Assembly resolutions A/RES/33/71B of 14.12.1978, and A/RES/35/152D of 12.12.1980.

³⁰ Cf. General Assembly resolutions A/RES/34/75 of 11.12.1979, and A/RES/35/46 of 03.12.1980.

³¹ Cf. General Assembly resolutions A/RES/43/78L of 07.12.1988, and A/RES/45/62 A of 04.12.1990.

³² Reference is made to General Assembly resolutions A/RES/2934 of 29.11.1972; A/RES/2936 of 29.11.1972; A/RES/3078 of 06.12.1973; A/RES/3257 of 09.12.1974; A/RES/3466 of 11.12.1975; A/RES/3478 of 11.12.1975; A/RES/31/66 of 10.12.1976; A/RES/32/78 of 12.12.1977; A/RES/33/71 of 14.12.1978; A/RES/33/72 of 14.12.1978; A/RES/33/91 of 16.12.1978; A/RES/34/83 of 11.12.1979; A/RES/34/84 of 11.12.1979; A/RES/34/85 of 11.12.1979; A/RES/34/86 of 11.12.1979; A/RES/35/152 of 12.12.1980; A/RES/35/155 of 12.12.1980; A/RES/35/156 of 12.12.1980; A/RES/36/81 of 09.12.1981; A/RES/36/84 of 09.12.1981; A/RES/36/92 of 09.12.1981; A/RES/36/94 of 09.12.1981; A/RES/36/95 of 09.12.1981; A/RES/36/97 of 09.12.1981; and A/RES/36/100 of 09.12.1981.

³³ Cf. General Assembly resolutions A/RES/33/71B of 14.12.1978, and A/RES/35/152D of 12.12.1980.

³⁴ May I refer to General Assembly resolutions A/RES/37/100A of 13.12.1982; A/RES/38/73E of 15.12.1983; A/RES/39/63C of 12.12.1984; A/RES/40/151C of 16.12.1985; A/RES/41/60E of 03.12.1986; A/RES/42/39B of 30.11.1987; A/RES/43/76B of 07.12.1988; A/RES/44/117D of 15.12.1989; A/RES/45/59D of 04.12.1990; A/RES/46/37C of 06.12.1991; and A/RES/47/53E of 09.12.1992.

³⁵ ICJ, doc. CR 95/25, of 03.11.1995, pp. 52-53 (statement of Mexico).

³⁶ ICJ, doc. CR 95/22, of 30.10.1995, pp. 44-45 (statement of Australia).

³⁷ ICJ, doc. CR 95/26, of 06.11.1995, pp. 23-24 (statement of Iran).

³⁸ ICJ, doc. CR 95/28, of 09.11.1995, pp. 62-63 (statement of the Philippines).

³⁹ ICJ, doc. CR 95/31, of 13.11.1995, p. 46 (statement of Samoa).

⁴⁰ ICJ, doc. CR 95/27, of 07.11.1995, pp. 58-59 (statement of Malaysia).

⁴¹ Cf., e.g., ICJ, doc. CR 95/35, of 15.11.1995, p. 34, and cf. p. 22 (statement of Zimbabwe, on its initiative as Chair of the Non-Aligned Movement).

⁴² May I refer to General Assembly resolutions A/RES/37/100C of 09.12.1982; A/RES/38/73G of 15.12.1983; A/RES/39/63H of 12.12.1984; A/RES/40/151F of 16.12.1985; A/RES/41/60F of 03.12.1986; A/RES/42/39C of 30.11.1987; A/RES/43/76E of 07.12.1988; A/RES/44/117C of 15.12.1989; A/RES/45/59B of 04.12.1990; A/RES/46/37D of 06.12.1991; A/RES/47/53C of 09.12.1992; A/RES/48/76B of 16.12.1993; A/RES/49/76E of 15.12.1994; A/RES/50/71E of 12.12.1995; A/RES/51/46D of 10.12.1996; A/RES/52/39C of 09.12.1997; A/RES/53/78D of 04.12.1998; A/RES/54/55D of 01.12.1999; A/RES/55/34G of 20.11.2000; A/RES/56/25B of 29.11.2001; A/RES/57/94 of 22.11.2002; A/RES/58/64 of 08.12.2003; A/RES/59/102 of 03.12.2004; A/RES/60/88 of 08.12.2005; A/RES/61/97 of 06.12.2006; A/RES/62/51 of 05.12.2007; A/RES/63/75 of 02.02.2008; A/RES/64/59 of 02.12.2009; A/RES/65/80 of 08.12.2010; A/RES/66/57 of 02.12.2011; A/RES/67/64 of 03.12.2012; A/RES/68/58 of 05.12.2013; A/RES/69/69 of 02.12.2014; and A/RES/70/62 of 07.12.2015.

⁴³ Cf., e.g., *inter alia*, General Assembly resolution A/RES/50/71E, of 12.12.1995.

⁴⁴ May I refer to General Assembly resolutions A/RES/51/45 of 10.12.1996; A/RES/52/38 of 09.12.1997; A/RES/53/77 of 04.12.1998; A/RES/54/54 of 01.12.1999; A/RES/55/33 of 20.11.2000; A/RES/56/24 of 29.11.2001; A/RES/57/85 of 22.11.2002; A/RES/58/46 of 08.12.2003; A/RES/59/83 of 03.12.2004; A/RES/60/76 of 08.12.2005; A/RES/61/83 of 06.12.2006; A/RES/62/39 of 05.12.2007; A/RES/63/49 of 02.12.2008; A/RES/64/55 of 02.12.2009; A/RES/65/76 of 08.12.2010; A/RES/66/46 of 02.12.2011; A/RES/67/33 of 03.12.2012; A/RES/68/42 of 05.12.2013; A/RES/69/43 of 02.12.2014; and A/RES/70/56 of 07.12.2015.

⁴⁵ Note that in earlier resolutions, the following year is explicitly referenced, i.e., States should commence negotiations in “the following year”. This reference is removed in later resolutions.

⁴⁶ *inter alia*, Security Council resolutions S/23500, of 31.01.1992; S/RES/984, of 11.04.1995; S/RES/1540, of 28.04.2004; S/RES/1673, of 27.04.2006; S/RES/1810, of 25.04.2008; S/RES/1887, of 24.09.2009; and S/RES/1997, of 20.04.2011, S/RES/1695 of 15.07.2006; S/RES/1718 of 14.10.2006; S/RES/1874 of 12.06.2009; S/RES/1928 of 07.06.2010; S/RES/2094 of 07.03.2013; S/RES/2141 of 05.03.2014; S/RES/2159 of 09.06.2014; S/RES/2224 of 09.06.2015; S/RES/2270 of 02.03.2016.

⁴⁷ U.N. doc. S/23500, of 31.01.1992, pp. 1-5.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 2 and 5.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁵¹ Security Council resolutions 1540, of 28.04.2004, para. 2; 1810, of 25.04.2008, para. 3; and 1887, of 24.09.2009, para. 2.

⁵² Cf. e.g. Security Council resolutions 1540, of 28.04.2004; 1673, of 27.04.2006; 1810, of 25.04.2008; 1977, of 20.04.2011. And cf. also resolutions 1695, of 15.07.2006; 1718, of 14.10.2006; 1874, of 12.06.2009; 1928, of 07.06.2010; 2094, of 07.03.2013; 2141, of 05.03.2014; 2159, of 09.06.2014; 2224, of 09.06.2015; and 2270, of 02.03.2016.

⁵³ For a historical account and the perspectives of the CTBT, cf., e.g., K.A. Hansen, *The Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty*, Stanford, Stanford University Press, 2006, pp. 1-84; [Various Authors,] *Nuclear Weapons after the Comprehensive Test Ban Treaty* (ed. E. Arnett), Stockholm-Solna/Oxford, SIPRI/Oxford University Press, 1996, pp. 1-141; J. Ramaker, J. Mackby, P.D. Marshall and R. Geil, *The Final Test - A History of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Negotiations*, Vienna, Ed. Prep. Comm. of CTBTO, 2003, pp. 1-265.

⁵⁴ Those 44 States, named in Annex 2, participated in the CTBT negotiations at the Conference on Disarmament, from 1994 to 1996, and possessed nuclear reactors at that time.

⁵⁵ U.N. doc. SG/SM/17709-DC/3628, of 27.04.2016, pp. 1-2.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁷ Ever since, several G.A. resolutions have called for a 4th Special Session on Disarmament, but it has not yet taken place.

⁵⁸ And cf. also paras. 18 and 20.

⁵⁹ E.g., the aforementioned NPT, CTBT, the Biological Weapons Convention, and the Chemical Weapons Convention, in addition to the seabed treaties, and the Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.

⁶⁰ ICJ, doc. CR 2016/1, of 07.03.2016, para. 7.

⁶¹ *Ibid.*, para. 8.

⁶² *Ibid.*, para. 7.

⁶³ ICJ, doc. CR 2016/4, of 10.03.2016, para. 1, p. 19.

⁶⁴ *Counter-Memorial of India*, p. 9, para. 13.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 8, para. 12.

⁶⁶ *Counter-Memorial of Pakistan.*, p. 8, para. 2.3.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 8, para. 2.4.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 14, para. 4.4; p. 30, para. 7.55.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 38, paras. 7.95-7.97.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 38, para. 7.97.

⁷¹ ICJ, doc. CR 2016/8, of 16.09.2016, pp. 38-39.

⁷² *I.C.J. Reports 1996*, pp. 254-255, para. 70.

⁷³ Cf. ICJ, *Replies of the Parties [India] to the Questions Put to Them by Judge Cançado Trindade*, doc. MIIND 2016/14, of 23.03.2016, pp. 2-3, paras. 4-8.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 3, para. 11.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 5, para. 14.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 6, para. 17.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 6, para. 18.

⁷⁸ The Marshall Islands also cited the U.N. International Law Commission's Draft Conclusions on the *Identification of Customary International Law* (2015), which recognise the importance of the attitude of States towards General Assembly resolutions for establishing State practice and *opinio juris*. ICJ, *Replies of the Parties [Marshall Islands] to the Questions Put to Them by Judge Cançado Trindade*, doc. MIIND 2016/14, of 23.03.2016, pp. 2-3, paras. 2-5.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 4, para. 7.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 4, para. 7.

⁸¹ *Ibid.*, p. 4, para. 8.

⁸² *Ibid.*, p. 4, para. 9.

⁸³ Preceded by a nuclear test undertaken by the United States at Alamogordo, New Mexico, on 16.07.1945.

⁸⁴ M. Gandhi, "Atom Bomb and Ahimsa", *Harijan* (07.07.1946), reproduced in: *Journalist Gandhi - Selected Writings of Gandhi* (org. S. Sharma), 1st ed., Mumbai, Ed. Gandhi Book Center, 1994, p. 104; also *cit. in*: P.F. Power, *Gandhi on World Affairs*, London, Allen & Unwin, 1961, pp. 63-64.

⁸⁵ *Cit. in*: *What Mahatma Gandhi Said about the Atom Bomb* (org. Y.P. Anand), New Delhi, National Gandhi Museum, 1998, p. 5.

⁸⁶ From the Journal *Harijan* (29.09.1946), *cit. in*: Faisal Devji, *The Impossible Indian - Gandhi and the Temptation of Violence*, London, Hurst & Co., 2012, p. 150.

⁸⁷ K. Jaspers, *La bombe atomique et l'avenir de l'homme* [1958], Paris, Buchet/Chastel, 1963, pp. 22 and 336.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 576.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 621 and 640.

⁹⁰ B. Russell, *Has Man a Future?*, [London], Penguin Books, 1962 [reprint], pp. 27 and 37.

⁹¹ *Ibid.*, p. 45.

⁹² *Ibid.*, pp. 45-46, and cf. 69.

⁹³ *Ibid.*, pp. 97 and 79.

⁹⁴ K. Popper, *The Lesson of This Century* (interview with G. Bosetti), London/N.Y., Routledge, 1997, pp. 24 and 28. And cf. also, earlier on, K. Popper, *La Responsabilidad de Vivir - Escritos sobre Política, Historia y Conocimiento* [1994], Barcelona, Paidós, 2012 [reed.], p. 242, and cf. p. 274.

⁹⁵ M. Gallo, *Cain et Abel - Le premier crime*, [Paris], Fayard, 2011, pp. 112 and 141.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 174.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 236-237.

⁹⁸ B. Russell, *L'homme survivra-t-il?*, Paris, Éd. J. Didier, 1963, pp. 162-163.

⁹⁹ B. Russell, *Has Man a Future?*, *op. cit. supra* n. (85), pp. 109-110. Towards the end of his life, Bertrand Russell again warned against the extreme danger of atomic and hydrogen bombs, and expressed his concern that people seemed to get used to their existence; cf. B. Russell, *Autobiography* [1967], London, Unwin, 1985 [reed.], pp. 554-555.

¹⁰⁰ Cf. A.J. Toynbee, *A Study in History*, Oxford, Oxford University Press, 1970 [3rd reprint], pp. 48-558, 559-701, 702-718 and 826-850; A.J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford/N.Y., Oxford University Press, 1948, pp. 3-263.

¹⁰¹ A.J. Toynbee, *Guerra e Civilização* [*War and Civilization*], Lisbon, Edit. Presença, 1963, pp. 29, 129 and 178.

¹⁰² H. Hesse, *Sobre la Guerra y la Paz* [1946], 5th ed., Barcelona, Edit. Noguer, 1986, pp. 119 and 122.

¹⁰³ H. Hesse, *Guerre et Paix*, Paris, L'Arche Éd., 2003 [reed.], pp. 127 and 133.

¹⁰⁴ J. Maritain, "Dieu et la permission du mal", in *Oeuvres de Jacques Maritain — 1961-1967* (*Jacques et Raissa Maritain — Oeuvres Complètes*), vol. XII, Fribourg/Paris, Éd. Universitaires/Éd. Saint-Paul, 1992, p. 17, and cf. p. 41.

¹⁰⁵ Cf. J. Maritain, *Humanisme intégral*, Paris, Aubier, 2000 (reed.), pp. 18, 37, 137 and 230-232; J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 (reed.), pp. 29, 49-50, 92-93 and 104; J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4th ed., Rio de Janeiro, Livr. Agir Ed., 1966, pp. 96-102; J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatan, 1982, pp. 38, 44, 50, 69 and 94-95, and cf. pp. 79-82; J. Maritain, *Para una Filosofía de la Persona Humana*, Buenos Aires, Ed. Club de Lectores, 1984, pp. 164, 176-178, 196-197, 221 and 231.

¹⁰⁶ J. Maritain, *De la justice politique - Notes sur la présente guerre*, Paris, Libr. Plon, 1940, pp. 88, 90-91, 106-107 and 112-114.

¹⁰⁷ As shown in his posthumous book of essays: S. Zweig, *Messages from a Lost World*, London, Pushkin Press, 2016, pp. 55, 88-90, 97, 107 and 176.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 170 and 175.

¹⁰⁹ S. Zweig, *O Mundo que Eu Vi* [1944, *Die Welt von Gestern*], Rio de Janeiro, Edit. Record, 1999, p. 483, and cf. 272-274, 278, 462, 467, 474, 490 and 503-505.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 490.

¹¹¹ Sigmund Freud, *Civilization and Its Discontents* [1930], N.Y., Norton & Cia., 1962 [reed.], pp. 7-9, 26, 36-37 and 59-63.

¹¹² Cf. *ibid.*, pp. 23 and 67-92.

¹¹³ C.G. Jung, *Aspects du drame contemporain*, Genève/Paris, Libr. de l'Univ. Georg/Éd. de la Colonne Vendôme, 1948, pp. 99 and 145.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 173 and 179.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 198-200, 208, 218-219 and 223.

¹¹⁶ A. Schweitzer, *Filosofia da Civilização* [1923], São Paulo, Edit. Unesp, 2011 [reed.], pp. 80, 304, 311 and 315.

¹¹⁷ A. Schweitzer, *Pilgrimage to Humanity* [*Weg zur Humanität*], N.Y., Philosophical Library, 1961, pp. 87-88, 99 and 101.

¹¹⁸ M. Arnold, *Albert Schweitzer - La compassion et la raison*, Lyon, Éd. Olivétan, 2015, pp. 74-75 and 77.

¹¹⁹ *Cit. in ibid.*, p. 111.

¹²⁰ Extract from his book *Paix ou guerre atomique* (1958), reproduced in his posthumous book of essays: A. Schweitzer, *Respect de la vie* (org. B. Kaempf), Paris, Éd. Arfuyen/CIAL, 1990, p. 98.

- ¹²¹ L. Tolstói, *La Esclavitud de Nuestro Tiempo* [1900], Barcelona, Littera, 2000 [reed.], pp. 86-87, 89, 91 and 97.
- ¹²² *Ibid.*, pp. 101, 103-104 and 121.
- ¹²³ G. Duhamel, *Civilisation - 1914-1917*, Paris, Mercure de France, 1944, pp. 53 and 274-275; G. Duhamel, *Mémorial de la guerre blanche - 1938*, Paris, Mercure de France, 1945, pp. 41, 95, 100, 102 and 170.
- ¹²⁴ I. Berlin, *The Proper Study of Mankind*, N.Y., Farrar & Straus & Giroux, 2000 (reed.), pp. 78, 135, 155, 217, 235-236, 242, 247, 311 and 334; I. Berlin, "Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad", in *At Century's End* (ed. N.P. Gardels), San Diego/Cal., Alti Publ., 1995, p. 94.
- ¹²⁵ Cf. E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión — Una Autobiografía Intelectual* [1962], Barcelona, Paidós, 2008 [reed.], pp. 78 and 234-239.
- ¹²⁶ Cf. E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana* [1974], Mexico/Madrid/Buenos Aires, 2009 [reed.], pp. 16-468; and cf. also E. Fromm, *El Amor a la Vida* [1983 - *Über die Liebe zum Leben*], Barcelona, Paidós, 2016 (4th reprint), pp. 15-250.
- ¹²⁷ E. Fromm, *Las Cadenas de la Ilusión...*, *op. cit. supra* n. (120), pp. 240 and 250-251.
- ¹²⁸ E. Morin, *Vers l'abîme?*, Paris, L'Herne, 2012, pp. 9, 24-25 and 40-41.
- ¹²⁹ *Ibid.*, pp. 27, 30, 59, 85, 89, 126 and 181.
- ¹³⁰ E. Morin, *Breve Historia de la Barbarie en Occidente*, Barcelona, Paidós, 2009, p. 94, and cf. pp. 60 and 92-93.
- ¹³¹ E. Wiesel, *Silences et mémoires d'hommes*, Paris, Éd. Seuil, 1989, pp. 166, 173 and 175.
- ¹³² *Ibid.*, pp. 167-168.
- ¹³³ *Ibid.*, p. 174, and cf. p. 170.
- ¹³⁴ *Ibid.*, pp. 175-176.
- ¹³⁵ H. Bergson, *La conscience et la vie* [1911], Paris, PUF, 2012 [reprint], pp. 10-11, 13 and 26.
- ¹³⁶ *Ibid.*, pp. 5-6.
- ¹³⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 141-147 and 153-161.
- ¹³⁸ Cf. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3rd ed., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 9-180.
- ¹³⁹ Cf., e.g., R. Alexy, *The Argument from Injustice - A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 3-130.
- ¹⁴⁰ A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5th ed., Madrid, Aguilar, 1969 [reprint], pp. 15-19.
- ¹⁴¹ R. Ago, "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international", 92 *Revue générale de droit international public* (1988) p. 540, and cf. p. 541 on "la nature non volontaire de l'origine du droit coutumier".
- ¹⁴² A. de La Pradelle, *Droit international public* (cours sténographié), Paris, Institut des Hautes Études Internationales/Centre Européen de la Dotation Carnegie, November 1932/May 1933, p. 33, and cf. pp. 36-37.
- ¹⁴³ *Ibid.*, pp. 49-59, 149, 222 and 264.
- ¹⁴⁴ Cf. *ibid.*, pp. 412-413.

¹⁴⁵ Such as, e.g., those of Antonio Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia* [1963], Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 and 185; R. Quadri, “Cours général de droit international public”, 113 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1964) pp. 326, 332, 336-337, 339 and 350-351.

¹⁴⁶ S. Glaser, *L'arme nucléaire à la lumière du droit international*, Paris, Pédone, 1964, p. 18.

¹⁴⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade, *op. cit. supra* (132), ch. VI, pp. 139-161.

¹⁴⁸ S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-82, 84 and 130-131; S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Paris, Gallimard, 1955, pp. 124-125, and cf. pp. 114-115 and 144.

¹⁴⁹ R.P. Sertillanges, *Le problème du mal - l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, pp. 5-412.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 5-412.

¹⁵¹ Cf., *inter alia*, e.g., M. Neusch, *L'énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, pp. 7-193; J. Maritain, *Dio e la Permissone del Male*, 6th ed., Brescia, Edit. Morcelliana, 2000, pp. 9-100; E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana*, Mexico/Madrid/Buenos Aires, Siglo XXI Edit., 2009 [reprint], pp. 11-468; P. Ricoeur, *Evil - A Challenge to Philosophy and Theology*, London, Continuum, 2007, pp. 33-72; P. Ricoeur, *Le mal - Un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Éd. Labor et Fides, 2004, pp. 19-65; C.S. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé Edit., 1997, pp. 7-292; A. Morton, *On Evil*, N.Y./London, Routledge, 2004, pp. 1-148; T. Eagleton, *On Evil*, New Haven/London, Yale University Press, 2010, pp. 1-163; P. Dews, *The Idea of Evil*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 1-234.

¹⁵² Cf., moreover, *inter alia*, e.g., [Various Authors.] *Le Mal* (ed. C. Crignon), Paris, Flammarion, 2000, pp. 11-232; J. Waller, *Becoming Evil*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 3-330; S. Baron-Cohen, *The Science of Evil - On Empathy and the Origins of Cruelty*, N.Y., Basic Books, 2012, pp. 1-243; L. Svendsen, *A Philosophy of Evil*, Champaign/London, Dalkey Archive Press, 2011 [reprint], pp. 9-282; M. Salvioli, *Bene e Male - Variazioni sul Tema*, Bologna, Ed. Studio Domenicano (ESD), 2012, pp. 11-185; D. Livingstone Smith, *Less than Human*, N.Y., St. Martin's Press, 2011, pp. 1-316; R. Safranski, *El Mal, o el Drama de la Libertad*, 4th ed., Barcelona, Tusquets Edit., 2014, pp. 15-281; S. Neiman, *Evil in Modern Thought*, 2nd ed., Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2015, pp. 1-359; J.-C. Guillebaud, *Le tourment de la guerre*, Paris, Éd. de l'Iconoclaste, 2016, pp. 9-390.

¹⁵³ Max Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270, 286 and 291.

¹⁵⁴ Cf., e.g., the case of *Nottebohm* (1955, pertaining to double nationality); the cases of the *Trial of Pakistani Prisoners of War* (1973), of the *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Teheran* case (1980); of the *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia versus Serbia, 1996 and 2007); of the *Frontier Dispute between Burkina Faso and Mali* (1998); the triad of cases concerning consular assistance - namely, the cases *Breard* (Paraguay versus United States, 1998), the case *LaGrand* (Germany versus United States, 2001), the case *Avena and Others* (Mexico versus United States, 2004); the cases of *Armed Activities in the Territory of Congo* (D.R. Congo versus Uganda, 2000, concerning grave violations of human rights and of International Humanita-

rian Law); of the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (1996); of *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium *versus* Senegal, 2009-2013, pertaining to the principle of universal jurisdiction under the U.N. Convention against Torture); of *A.S. Diallo* (Guinea *versus* D.R. Congo, 2010), on detention and expulsion of a foreigner), of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, Greece intervening, 2010-2012); of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia *versus* Russian Federation, 2011); of the *Temple of Preah Vihear* (Cambodia *versus* Thailand, provisional measures, 2011); of the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia *versus* Serbia, 2015). To those cases one can add the two most recent Advisory Opinions of the ICJ, on the *Declaration of Independence of Kosovo* (2010); and on a *Judgment of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against the IEAD* (2012).

¹⁵⁵ B. Boutros-Ghali, *Nouvelles dimensions de la réglementation des armements et du désarmement dans la période de l'après-guerre froide - Rapport du Secrétaire Général*, N.Y., Nations Unies, 1993, pp. 21-22.

¹⁵⁶ E.g., in the U.N. Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 1992, in its World NGO Forum) and in the II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993, in the same Forum and in its Drafting Committee).

¹⁵⁷ A growing call was formed for the pursuance of social justice *among* and *within* nations.

¹⁵⁸ A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brazil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-356; A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, "The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights", in *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? - Études en hommage à Alexandre Kiss* (eds. M. Prieur and C. Lambrechts), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146; A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

¹⁵⁹ Those Conferences acknowledged that human rights do in fact permeate all areas of human activity, and contributed decisively to the reestablishment of the central position of human beings in the conceptual universe of the law of nations (*droit des gens*). Cf., on the matter, A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

¹⁶⁰ Even if only to dismiss it (para. 116).

¹⁶¹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), pp. 84-85, and cf. pp. 62-63, 65 and 73.

¹⁶² Cf. criticisms of such posture in, e.g., A. Sayed, *Quand le droit est face à son néant - Le droit à l'épreuve de l'emploi de l'arme nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 79-80, 84, 88-89, 96 and 113.

¹⁶³ Cf. *ibid.*, p. 147, and cf. pp. 129, 133, 151, 160, 174-175, 197 and 199-200.

¹⁶⁴ On the expansion of the material content of this latter, cf. A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29.

¹⁶⁵ A.A. Cançado Trindade, “La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado”, in *40 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte/Brazil* (2001), pp. 11-23.

¹⁶⁶ Cf., e.g., the testimonies of the Mayors of Hiroshima and Nagasaki, in part XIII, *infra*.

¹⁶⁷ ICJ, doc. CR 95/35, of 15.11.1995, p. 32 (statement of Zimbabwe).

¹⁶⁸ ICJ, doc. CR 95/27, of 07.11.1995, p. 37 (statement of the Mayor of Nagasaki).

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 45, para. 14 (statement of Malaysia).

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 55, para. 8; and cf. pp. 60-61 and 63, paras. 17-20 (statement of Malaysia).

¹⁷¹ Cf., e.g., G. E. do Nascimento e Silva, “A Proliferação Nuclear e o Direito Internacional”, in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Prof. A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 877-886; C.A. Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 114-179.

¹⁷² Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International - Session d'Edimbourg* (1969)-II, pp. 49-50, 53, 55, 60, 62-63, 66, 88-90 and 99.

¹⁷³ Text in: *Annuaire de l'Institut de Droit International - Session d'Edimbourg* (1969) II, pp. 375-376.

¹⁷⁴ Paras. 1-3, 5-6 and 8, in *ibid.*, pp. 376-377.

¹⁷⁵ Text in *ibid.*, pp. 376-377.

¹⁷⁶ International Law Association (I.L.A.), Committee: *Nuclear Weapons, Non-Proliferation and Contemporary International Law* (2nd Report: *Legal Aspects of Nuclear Disarmament*), I.L.A. Washington Conference, 2014, pp. 2-4.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 5-6.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 8-9.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁰ Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, London, Stevens, 1959, p. 242.

¹⁸¹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), ch. VI (“The Material Source of International Law: Manifestations of the Universal Juridical Conscience”), pp. 139-161.

¹⁸² Text of my lecture reproduced in: A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, ch. I (“L’illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit international contemporain”), pp. 61-90; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2015, ch. XVII (“The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction”), pp. 361-390.

¹⁸³ Michihiko Hachiya, *Journal d'Hiroshima - 6 août-30 septembre 1945* [1955], Paris, Éd. Tallandier, 2015 [reed.], pp. 25-281; Toyofumi Ogura, *Letters from the End of the World - A Firsthand Account of the Bombing of Hiroshima* [1948], Tokyo/N.Y./London, Kodansha International,

2001 [reed.], pp. 15-173; Naomi Shohno, *The Legacy of Hiroshima - Its Past, Our Future*, Tokyo, Kōsei Publ. Co., 1987 [reed.], pp. 13-140; Kenzaburo Oe, *Notes de Hiroshima* [1965], [Paris,] Gallimard, 1996 [reed.], pp. 17-230; J. Hersey, *Hiroshima* [1946], London, Penguin, 2015 [re-print], pp. 1-98.

¹⁸⁴ Kenzaburo Oe, *Hiroshima Notes* [1965], N.Y./London, Marion Boyars, 1997 [reed.], pp. 72 and 159.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 149 and 162.

¹⁸⁶ Cf. J. Borrie, “Humanitarian Reframing of Nuclear Weapons and the Logic of a Ban”, 90 *International Affairs* (2014) p. 633, and cf. pp. 637, 643-644 and 646.

¹⁸⁷ Cf. *I.C.J. Reports 1974*, pp. 63-455; and cf. *I.C.J. Reports 1995*, pp. 4-23, and the position of three dissenting Judges in *ibid.*, pp. 317-421.

¹⁸⁸ ICJ, *Application Instituting Proceedings* (of 09.05.1973), *Nuclear Tests* case (New Zealand *versus* France), pp. 8 and 15-16, cf. pp. 4-16.

¹⁸⁹ ICJ, *Application Instituting Proceedings* (of 09.05.1973), *Nuclear Tests* case (Australia *versus* France), pp. 12 and 14, paras. 40, 47 and 49(1).

¹⁹⁰ ICJ, *Pleadings, Oral Arguments, Documents - Nuclear Tests cases* (vol. II: New Zealand *versus* France, 1973-1974), pp. 256-257 and 264-266.

¹⁹¹ ICJ, *Pleadings, Oral Arguments, Documents - Nuclear Tests cases* (vol. I: Australia *versus* France, 1973-1974), p. 503.

¹⁹² For a critical parallel between the 1973 Orders and the 1974 Judgments, cf. P. Lellouche, “The *Nuclear Tests* Cases: Judicial Silence *versus* Atomic Blasts”, 16 *Harvard International Law Journal* (1975) pp. 615-627 and 635; and, for further criticisms, cf. *ibid.*, pp. 614-637;

¹⁹³ *I.C.J. Reports 1974*, pp. 272 and 478, respectively.

¹⁹⁴ ICJ, *Nuclear Tests* case, Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 and 520-521; and cf. Dissenting Opinion of Judge De Castro, *ibid.*, pp. 386-390; and Dissenting Opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 392-394, 404-405, 436-437 and 525-528. It was further pointed out that the ICJ should thus have dwelt upon the question of the existence of rules of *customary* international law prohibiting States from causing, through atmospheric nuclear tests, the deposit of radio-active fall-out on the territory of other States; ICJ, *Nuclear Tests* case, Separate Opinion of Judge Petrán, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 303-306 and 488-489. It was the existence or otherwise of such customary rules that had to be determined, - a question which unfortunately was left largely unanswered by the Court in that case.

¹⁹⁵ As recalled in the Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 362, 368-369 and 520-521; as well as in the Dissenting Opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 436-437.

¹⁹⁶ Cf. *I.C.J. Reports 1995*, pp. 288-308; once again, there were Dissenting Opinions (cf. *ibid.*, pp. 317-421). Furthermore, petitions against the French nuclear tests in the atoll of Mururoa and in that of Fangataufa, in French Polynesia, were lodged with the European Commission of Human Rights (EComHR); cf. EComHR, case *N.N. Tauria and 18 Others versus France* (appl. n. 28204/95), decision of 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995) p. 130.

¹⁹⁷ As the ICJ understood, as to the other application, that the WHO was not competent to deal with the question at issue, - despite the purposes of that U.N. specialized agency at issue and the devastating effects of nuclear weapons over human health and the environment...

¹⁹⁸ *I.C.J. Reports 1996*, pp. 266-267.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 266.

²⁰⁰ L. Doswald-Beck, "International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", 316 *International Review of the Red Cross* (1997) pp. 35-55; H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons", in *ibid.*, pp. 56-64. International Humanitarian Law prevails also over self-defence; cf. M.-P. Lanfranchi and Th. Christakis, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice*, Aix-Marseille/Paris, Université d'Aix-Marseille III/Economica, 1997, pp. 111, 121 and 123; S. Mahmoudi, "The International Court of Justice and Nuclear Weapons", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 77-100; E. David, "The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons", 316 *International Review of the Red Cross* (1997) pp. 21-34.

²⁰¹ ICJ, doc. CR 95/32, of 14.11.1995, p. 22 (statement of the Marshall Islands).

²⁰² *Ibid.*, p. 23.

²⁰³ ICJ, doc. CR 95/32, of 14.11.1995, p. 31 (statement of Solomon Islands). Customary international law and general principles of international law have an incidence in this domain; *ibid.*, pp. 36 and 39-40.

²⁰⁴ ICJ Advisory Opinion on *Threat or Use of Nuclear Weapons*, *I.C.J. Reports 1996*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, pp. 573-574 and 578.

²⁰⁵ Cf. *ibid.*, Dissenting Opinions of Judge Shahabuddeen, pp. 386-387, 406, 408, 410-411 and 425; and of Judge Weeramantry, pp. 477-478, 481, 483, 486-487, 490-491, 494, 508 and 553-554.

²⁰⁶ Notably, the ground-breaking General Assembly resolution 1653(XVI), of 24.11.1961.

²⁰⁷ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), pp. 415-418; L. Condorelli, "Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice - *Jura Novit Curia?*", 316 *International Review of the Red Cross* (1997) pp. 9-20; M. Mohr, "Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law - A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses", 316 *International Review of the Red Cross* (1997) pp. 92-102. The Opinion is not conclusive and provides no guidance; J.-P. Queneudec, "E.T. à la C.I.J.: méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs", 100 *Revue générale de Droit international public* (1996) 907-914, esp. p. 912.

²⁰⁸ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Geneva, ICRC, [2000], pp. 1-66.

²⁰⁹ Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012 [reprint], chs. II-III and VII, pp. 17-62 and 125-131.

²¹⁰ ICJ, doc. CR 2016/5, of 11.03.2016, p. 9, para. 10.

- ²¹¹ ICJ, doc. CR 2016/1, of 07.03.2016, p. 16, paras. 4-5.
- ²¹² ICJ, doc. CR 2016/2, of 08.03.2016, p. 10, paras. 5-7.
- ²¹³ ICJ, doc. CR 95/27, of 07.11.1995, pp. 22-23.
- ²¹⁴ *Ibid.*, pp. 24-25.
- ²¹⁵ *Ibid.*, pp. 25-27.
- ²¹⁶ *Ibid.*, p. 25.
- ²¹⁷ *Ibid.*, pp. 27-28.
- ²¹⁸ *Ibid.*, p. 30.
- ²¹⁹ *Ibid.*, pp. 30-31.
- ²²⁰ *Ibid.*, p. 31.
- ²²¹ ICJ, doc. CR 95/27, of 07.11.1995, p. 33.
- ²²² *Ibid.*, pp. 36-37.
- ²²³ *Ibid.*, pp. 39.
- ²²⁴ ICJ, doc. CR 95/35, of 15.11.1995, p. 28 (statement of Zimbabwe).
- ²²⁵ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), ch. XII, pp. 291-326.
- ²²⁶ A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29.
- ²²⁷ The Geneva Protocol of 1925, and the Conventions of 1972 and 1993 against Biological and Chemical Weapons, respectively.
- ²²⁸ E.g., the 1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.
- ²²⁹ The Roman-privatist influence - with its emphasis on the autonomy of the will - had harmful consequences in traditional international law; in the public domain, quite on the contrary, conscience stands above the “will”, also in the determination of competences.
- ²³⁰ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, p. 1099.
- ²³¹ Cf. Dissenting Opinion of Judge Loder, PCIJ, *Lotus* case (France *versus* Turkey), Series A, n. 10, Judgment of 07.09.1927, p. 34 (such conception was not in accordance with the “spirit of international law”).
- ²³² Cf. J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, pp. 409-412 and 94-96; and cf., subsequently, e.g., G. Herczegh, “Sociology of International Relations and International Law”, in *Questions of International Law* (ed. G. Haraszti), Budapest, Progresprint, 1971, pp. 69-71 and 77.
- ²³³ A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, *op. cit. supra* n. (225), p. 1099.

²³⁴ A.A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment”, 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Geneva (1981) p. 214, and cf. pp. 212-213. On the need of a universalist perspective, cf. also Cf. K. Tanaka, “The Character or World Law in the International Court of Justice” [translated from Japanese into English by S. Murase], 15 *Japanese Annual of International Law* (1971) pp. 1-22.

²³⁵ J. Salmon, “Le problème des lacunes à la lumière de l’avis ‘Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires’ rendu le 8 juillet 1996 par la Cour Internationale de Justice”, in *Mélanges en l’honneur de N. Valticos - Droit et justice* (ed. R.-J. Dupuy), Paris, Pédone, 1999, pp. 197-214, esp. pp. 208-209; R. Ticehurst, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, 317 *International Review of the Red Cross* (1997) pp. 125-134, esp. pp. 133-134; A. Azar, *Les opinions des juges dans l’Avis Consultatif sur la licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 61.

²³⁶ Which was intended to extend juridically the protection to the civilians and combatants in all situations, even if not contemplated by the conventional norms.

²³⁷ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 497-509.

²³⁸ Cf. comments in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (eds. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 389-420 and 597-600.

²³⁹ Cf. ICJ, doc. CR 95/31, of 13.11.1995, p. 45-46 (statement of Samoa); ICJ, doc. CR 95/25, of 03.11.1995, p. 55 (statement of Mexico); ICJ, doc. CR 95/27, of 07.11.1995, p. 60 (statement of Malaysia).

²⁴⁰ ICJ, doc. 95/26, of 06.11.1995, p. 32 (statement of Iran).

²⁴¹ ICJ, doc. 95/22, of 30.10.1995, p. 39 (statement of Australia).

²⁴² ICJ, doc. 95/35, of 15.11.1995, p. 33 (statement of Zimbabwe).

²⁴³ . Stefan Glaser, *L’arme nucléaire à la lumière du Droit international*, Paris, Pédone, 1964, pp. 15, 21, 24-27, 32, 36-37, 41, 43-44 and 62-63, and cf. pp. 18 and 53.

²⁴⁴ If, in other epochs, the ICJ had likewise limited itself to verify a situation of “legal uncertainty” (which, anyway, does not apply in the present context), most likely it would not have issued its *célèbres* Advisory Opinions on *Reparations for Injuries* (1949), on *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1951), and on *Namibia* (1971), which have so much contributed to the evolution of international law.

²⁴⁵ Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), pp. 1-726.

²⁴⁶ A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 166-167; and cf. C. Husson-Rochcongar, *Droit international des droits de l’homme et valeurs - Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 309-311, 451-452, 578-580, 744-745 and 771-772.

²⁴⁷ In another international jurisdiction, in my Separate Opinion in the IACtHR’s case of the *Massacres of Ituango versus Colombia* (Judgment of 01.07.2006), I devoted part of my reflections to “human cruelty in its distinct manifestations in the execution of State policies” (part II, paras. 9-13).

²⁴⁸ ‘General Comment’ n. 14 (of 1984) of the HRC, text *in*: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, of 15.08.1997, pp. 18-19. The HRC, further stressing that the right to life is a fundamental right which does not admit any derogation not even in time of public emergency, related the current proliferation of weapons of mass destruction to “the supreme duty of States to prevent wars”. Cf. also U.N. *Report of the Human Rights Committee, G.A.O.R. - 40th Session* (1985), suppl. n. 40 (A/40/40), p. 162.

²⁴⁹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), pp. 1-726. *Recta ratio* and universalism, present in the jusnaturalist thinking of the “founding fathers” of international law (F. de Vitoria, F. Suárez, H. Grotius, among others), go far back in time to the legacies of Cicero, in his characterization of *recta ratio* in the foundations of *jus gentium* itself, and of Thomas Aquinas, in his conception of *synderesis*, as predisposition of human reason to be guided by principles in the search of the common good; *ibid.*, pp. 10-14.

²⁵⁰ *Ibid.*, ch. XI, pp. 275-288; A.A. Cançado Trindade, “Quelques réflexions sur l’humanité comme sujet du droit international”, in *Unité et diversité du Droit international - Écrits en l’honneur du Prof. P.-M. Dupuy* (eds. D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville and J.E. Viñuales), Leiden, Nijhoff, 2014, pp. 157-173.

²⁵¹ Cf., to this effect, C.A.J. Coady, “Natural Law and Weapons of Mass Destruction”, in *Ethics and Weapons of Mass Destruction - Religious and Secular Perspectives* (eds. S.H. Hashmi and S.P. Lee), Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 122, and cf. p. 113; and cf. also J. Finnis, J.M. Boyle Jr. and G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 77-103, 207-237, 275-319 and 367-390. In effect, contemporary expert writing has become, at last, very critical of the “failed strategy” of “deterrence”; cf., *inter alia*, e.g., [Various Authors.] *At the Nuclear Precipice — Catastrophe or Transformation?* (eds. R. Falk and D. Krieger), London, Palgrave/MacMillan, 2008, pp. 162, 209, 218 and 229; A.C. Alves Pereira, *Os Impérios Nucleares e Seus Reféns: Relações Internacionais Contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Graal, 1984, pp. 87-88, and cf. pp. 154, 209 and 217.

²⁵² For an early study on this issue, cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987), ch. XI, pp. 271-283. And for subsequent developments on the notion of *potential victims*, cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012 [reprint], ch. VII, pp. 125-131.

²⁵³ Articles VIII-XI, in turn, are procedural in nature.

²⁵⁴ In particular the speech of President D. D. Eisenhower (U.S.) to the U.N. General Assembly in 1953, as part of his plan “Atoms for Peace”; cf., e.g., I. Chernus, *Eisenhower’s Atoms for Peace*, [Austin,] Texas A&M University Press, 2002, pp. 3-154.

²⁵⁵ J. Burroughs, *The Legal Framework for Non-Use and Elimination of Nuclear Weapons*, [N.Y.], Greenpeace International, 2006, p. 13.

²⁵⁶ H. Williams, P. Lewis and S. Aghlani, *The Humanitarian Impacts of Nuclear Weapons Initiative: The ‘Big Tent’ in Disarmament*, London, Chatam House, 2015, p. 7; D.H. Joyner, “The Legal Me-

aning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty”, in: *Nuclear Weapons and International Law* (eds. G. Nystuen, S. Casey-Maslen and A.G. Bersagel), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 397, 404 and 417, and cf. pp. 398-399 and 408; and cf. D.H. Joyner, *Interpreting the Nuclear Non-Proliferation Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 2013 [reprint], pp. 2, 104 and 126, and cf. pp. 20, 26-29, 31, 97 and 124.

²⁵⁷ A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

²⁵⁸ IACtHR, case of the *Community Moiwana versus Suriname* (Judgment of 15.06.2005), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 6-7.

²⁵⁹ *Ibid.*, paras. 6-7.

²⁶⁰ Cf. comments of A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, pp. 463-468.

²⁶¹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), pp. 137-138.

²⁶² U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations - Official Records*, vol. I (statement by the Representative of Brazil, A.A. Cançado Trindade, of 12.03.1986), pp. 187-188, para. 18.

²⁶³ *Application Instituting Proceedings*, p. 24, para. 66; and *Memorial*, pp. 29, 56-60, 61, 63, 68-69, 71 and 73, paras. 50, 123-128, 130, 136, 150, 153, 154, 161-162 and 168; and *Statement of Observations on [U.K.'s] Preliminary Objections*, pp. 15 and 47, paras. 32 and 126.

²⁶⁴ *Preliminary Objections*, pp. 1-2, 10 and 23, paras. 2-3, 21 and 50.

²⁶⁵ *Counter-Memorial*, p. 15, para. 23 n. 49, and Annex 23.

²⁶⁶ ICJ. doc. CR 2016/1, of 07.03.2016, pp. 26-27 and 50, paras. 9 and 17 (M.I.); ICJ. doc. CR 2016/6, of 14.03.2016, p. 32, para. 10 (M.I.).

²⁶⁷ ICJ. doc. CR 2016/5, of 11.03.2016, p. 47, para. 8 (M.I.).

²⁶⁸ ICJ. doc. CR 2016/4, of 10.03.2016, p. 14, para. 3 (India).

²⁶⁹ ICJ. doc. CR 2016/7, of 09.03.2016, pp. 14-16 and 18-19, paras. 20, 22, 24, 32 and 37 (United Kingdom).

²⁷⁰ For an assessment of these earlier NPT Review Conferences, cf. H. Müller, D. Fischer and W. Köttler, *Nuclear Non-Proliferation and Global Order*, Stockholm-Solna/Oxford, SIPRI/Oxford University Press, 1994, pp. 31-108.

²⁷¹ Decision 2, NPT/CONF.1995/32 (Part I), Annex, p. 2.

²⁷² *Final Document*, part II, p. 257, paras. 3-3^{ter}, and cf. pp. 258 and 260, paras. 4 and 9.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 271-273, paras. 36-39.

²⁷⁴ NPT/CONF.2000/4, paras. 12-13.

²⁷⁵ *Final Document*, vol. 1, part 1, pp. 14-15.

²⁷⁶ The “13 Practical Steps”, moreover, affirm that the principle of irreversibility should apply to all nuclear disarmament and reduction measures. At last, the 13 practical steps reaffirm the objective of general and complete disarmament under effective international control, and stress the importance of both regular reports on the implementation of NPT's Article VI obligations, and the further development of verification capabilities.

²⁷⁷ NPT/CONF.2005/57, part I, and cf. report on the 2005 Review Conference *in*: 30 U.N. *Disarmament Yearbook* (2005) ch. I, p. 23.

²⁷⁸ Hans Blix, *Why Disarmament Matters*, Cambridge, Mass./London, Boston Review/MIT, 2008, pp. 6 and 63.

²⁷⁹ Cf. U.N. Secretary-General (Ban Ki-moon), Address (at a conference at the East-West Institute): “The United Nations and Security in a Nuclear-Weapon-Free World”, *in* U.N. *News Centre*, of 24.10.2008, pp. 1-3.

²⁸⁰ It added that this could be pursued either by an agreement on “a framework of separate, mutually reinforcing instruments”, or else by negotiating “a nuclear-weapons convention, backed by a strong system of verification, as has long been proposed at the United Nations” (para. 2).

²⁸¹ On two other occasions, namely, during a Security Council Summit on Nuclear Non-Proliferation on 24.09.2009, and at a Conference organized by the East-West Institute on 24.10.2011.

²⁸² U.N. Secretary-General (Ban Ki-moon), “Opening Remarks to the Security Council Summit on Nuclear Non-Proliferation and Nuclear Disarmament”, *in* U.N. *News Centre*, of 24.09.2009, pp. 1-2.

²⁸³ D.H. Joyner, “The Legal Meaning and Implications of Article VI of the Non-Proliferation Treaty”, *in*: *Nuclear Weapons and International Law* (eds. G. Nystuen, S. Casey-Maslen and A.G. Bersagel), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 413 and 417.

²⁸⁴ NPT/CONF.2010/50, vol. I, pp. 12-14 and 19-20.

²⁸⁵ Cf. *2010 Review Conference - Final Document*, vol. I, doc. NPT/CONF.2010/50, of 18.06.2010, p. 12, para. 80.

²⁸⁶ Cf. *ibid.*, p. 15, para. 99.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 21, point (i).

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 19, point (v).

²⁸⁹ ICRC, “Eliminating Nuclear Weapons”, *Statement - 2015 Review Conference of the Parties to the NPT*, of 01.05.2015, p. 1.

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁹¹ *2015 Review Conference - Working Paper of the Chair of Main Committee I*, doc. NPT/CONF.2015/MC.I/WP.1, of 18.05.2015, p. 3, para. 17.

²⁹² *Ibid.*, p. 5, para. 27.

²⁹³ *Ibid.*, p. 5, para. 35.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 6, para. 43.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 7, paras. 45-46(1).

²⁹⁶ *Application Instituting Proceedings* of the M.I., p. 26, para. 73; and *Memorial* of the M.I., pp. 40, 53 and 56, paras. 84, 117 and 122.

²⁹⁷ *Preliminary Objections* of the U.K., p. 2, para. 4.

²⁹⁸ On the initial moves in the U.N. to this effect, by Brazil (in 1962) and Mexico (taking up the leading role from 1963 onwards), cf. Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, *op. cit. infra* n. (298), pp. 116, 20 and 139.

²⁹⁹ The first one concerning the States internationally responsible for territories located within the limits of the zone of application of the Treaty, and the second one pertaining to the nuclear-weapon States.

³⁰⁰ A. García Robles, “Mesures de désarmement dans des zones particulières: le Traité visant l’interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine”, 133 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye [RCADI]* (1971) p. 103, and cf. p. 71.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 99, and cf. p. 102.

³⁰² Which was originally prompted by a reaction to the *Cuban missiles crisis* of 1962.

³⁰³ Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, N.Y./Geneva, U.N.-OPANAL/UNIDIR, 1997, pp. 9, 25, 39 and 153.

³⁰⁴ Those Protocols contain the undertaking not only not to use nuclear weapons, but also not to threaten their use; cf. M. Roscini, *op. cit. infra* (n. 307), pp. 617-618.

³⁰⁵ The Treaty of Tlatelolco has in addition counted on its own regional organism to that end, the Organism for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America (OPANAL).

³⁰⁶ Cf., in general, M. Roscini, *Le Zone Denuclearizate*, Torino, Giappichelli Ed., 2003, pp. 1-410; J. Goldblat, “Zones exemptes d’armes nucléaires: une vue d’ensemble”, in *Le droit international des armes nucléaires* (Journée d’études, ed. S. Sur), Paris, Pédone, 1998, pp. 35-55.

³⁰⁷ Upon the initiative of Australia.

³⁰⁸ M. Hamel-Green, “The South Pacific - The Treaty of Rarotonga”, in *Nuclear Weapons-Free Zones* (ed. R. Thakur), London/N.Y., MacMillan/St. Martin’s Press, 1998, p. 59, and cf. p. 62.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 77 and 71.

³¹⁰ This extended territorial scope has generated resistance on the part of nuclear-weapon States to accept its present form; A. Acharya and S. Ogunbanwo, “The Nuclear-Weapon-Free Zones in South-East Asia and Africa”, in *Armaments, Disarmament and International Security - SIPRI Yearbook* (1998) pp. 444 and 448.

³¹¹ Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, *op. cit. supra* n. (298), pp. 60-61; and cf. J. O. Ihonvbere, “Africa - The Treaty of Pelindaba”, in *Nuclear Weapons-Free Zones*, *op. cit. supra* n. (303), pp. 98-99 and 109. And, for a general study, cf. O. Adeniji, *The Treaty of Pelindaba on the African Nuclear-Weapon-Free Zone*, Geneva, UNIDIR, 2002, pp. 1-169.

³¹² M. Roscini, “Something Old, Something New: The 2006 Semipalatinsk Treaty on a Nuclear Weapon-Free Zone in Central Asia”, 7 *Chinese Journal of International Law* (2008) p. 597.

³¹³ As to their shortcomings, cf., e.g., J. Goldblat, “The Nuclear Non-Proliferation Régime: Assessment and Prospects”, 256 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1995) pp. 137-138; M. Roscini, *op. cit. supra* n. (307), pp. 603-604.

³¹⁴ J. Enkhsaikhan, “Nuclear-Weapon-Free Zones: Prospects and Problems”, 20 *Disarmament - Periodic Review by the United Nations* (1997) n. 1, p. 74.

³¹⁵ Cf., e.g., H. Fujita, “The Changing Role of International Law in the Nuclear Age: from Freedom of the High Seas to Nuclear-Free Zones”, in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead - Essays in Honour of F. Kalshoven* (eds. A.J.M. Delissen and G.J. Tanja), Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 350, and cf. pp. 327-349.

³¹⁶ J. Prawitz, “Nuclear-Weapon-Free Zones: Their Added Value in a Strengthened International Safeguards System”, in *Tightening the Reins - Towards a Strengthened International Nuclear Safeguards System* (eds. E. Häckel and G. Stein), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 2000, p. 166.

³¹⁷ Cf. Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, *op. cit. supra* n. (298), pp. 27, 33-38 and 134.

³¹⁸ U.N., *Report of the Disarmament Commission - General Assembly Official Records* (54th Session, supplement n. 42), U.N. doc. A/54/42, of 06.05.1999, Annex I, pp. 6-7, paras. 1, 6 and 9.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 7, paras. 10-11 and 13.

³²⁰ *Ibid.*, Annex II, p. 11 3rd preambular paragraph.

³²¹ *Ibid.*, Annex I, p. 7, para. 5; and p. 8, para. 28.

³²² *Ibid.*, p. 9, para. 36.

³²³ *Ibid.*, p. 9, para. 41.

³²⁴ *Ibid.*, p. 9, para. 45.

³²⁵ Cf. G. Venturini, "Control and Verification of Multilateral Treaties on Disarmament and Non-Proliferation of Weapons of Mass Destruction", 17 *University of California Davis Journal of International Law and Policy* (2011) pp. 359-360.

³²⁶ E.g., in Central and Eastern Europe, in the Middle East, in Central and North-East and South Asia, and in the whole of the southern hemisphere.

³²⁷ Cf. A. Acharya and S. Ogunbanwo, *op. cit. supra* n. (305), p. 443; J. Enkhsaikhan, *op. cit. supra* n. (309), pp. 79-80. Mongolia in effect declared its territory as a nuclear-weapon-free zone (in 1992), and in February 2000 adopted national legislation defining its status as a nuclear-weapon-free State. This was acknowledged by U.N. General Assembly resolution 55/33S of 20.11.2000.

³²⁸ *In*: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/ud/vedlegg/hum/hum_india.pdf.

³²⁹ For accounts of the work of the 2013 Oslo Conference, cf., e.g., *Viewing Nuclear Weapons through a Humanitarian Lens* (eds. J. Borrie and T. Caughley), Geneva/N.Y., U.N./UNIDIR, 2013, pp. 81-82, 87, 90-91, 93-96, 99, 105-108 and 115-116.

³³⁰ Norway/Ministry of Foreign Affairs, *Chair's Summary - The Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, 05.03.2013, p. 2.

³³¹ *In*: https://www.regjeringen.no/en/aktuelt/nuclear_summary/id716343.

³³² Marshall Islands' Statement, Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons, Nayarit, Mexico, 13-14 February 2014 (*in*: <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/MarshallIslands.pdf>). The text is also quoted by the Marshall Islands in its *Memorial* in *Marshall Islands versus United Kingdom*, Annex 72.

³³³ http://www.un.org/en/ga/68/meetings/nucleardisarmament/pdf/MH_en.pdf the Marshall Islands' Minister of Foreign Affairs (Ph. Muller) added that

"It should be our collective goal as the United Nations to not only stop the spread of nuclear weapons, but also to pursue the peace and security of a world without them. Further, the Republic of the Marshall Islands has recently ratified the Comprehensive Test Ban Treaty and urges other member states to work towards bringing this important agreement into force.

The Marshall Islands is not the only nation in the Pacific to be touched by the devastation of nuclear weapon testing. (...) We express again our eventual aspirations to join with our Pacific neighbours in supporting a Pacific free of nuclear weapons in a manner consistent with international security(pp. 1-2).

³³⁴ *Memorial* of the M.I. in *Marshall Islands versus United Kingdom*, para. 99.

³³⁵ Mexico/Gobierno de la República, *Chair's Summary - Second Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Mexico, 14.02.2014, pp. 2-3.

³³⁶ On behalf of the International Campaign to Abolish Nuclear Weapons (ICAN), a coalition of over 350 entities in 90 countries.

³³⁷ For example, for its part, India favoured a step-by-step approach towards the elimination of nuclear weapons, ultimately leading to “a universal, non-discriminatory Convention on prohibition and elimination of nuclear weapons”; cf. www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/statements/India.pdf.

³³⁸ Cf. <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/nayarit-2014/chairs-summary.pdf>.

³³⁹ Cf. *Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons (08-09 December 2014)*, Vienna, Austria’s Federal Ministry for Europe, Integration and Foreign Affairs, 2015, p. 19.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 34.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 58.

³⁴² *Ibid.*, p. 17.

³⁴³ Statement reproduced in *ibid.*, p. 16.

³⁴⁴ Cf. *ibid.* pp. 1-88.

³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 5-7.

³⁴⁶ *In*: http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14Vienna_Pledge_Document.pdf. The Pledge only refers to States’ obligations under the NPT and makes no mention of customary international law.

³⁴⁷ *In*: http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/-HINW14/HINW14.

³⁴⁸ Encompassing measures relating to any use, threat of use, development, production, acquisition, possession, stockpiling and transfer of nuclear weapons.

³⁴⁹ From around 16,300 nuclear warheads in 2014 to 15,850 in 2015, and to 15,395 in early 2016.

³⁵⁰ Cf. *SIPRI Yearbook 2016: Armaments, Disarmament and International Security*, Stockholm-Solna, SIPRI, 2016, ch. 16, pp. 609-667.

³⁵¹ ILPI, *Evidence of Catastrophe - A Summary of the Facts Presented at the Three Conferences on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons*, Oslo, ILPI, 2015, p. 15.

³⁵² U.N. General Assembly, doc. A/C.1/70/L.13/Rev.1, of 29.10.2015, pp. 1-3.

³⁵³ Preamble, paras. 8 and 14-15.

³⁵⁴ Operative part, para. 2.

³⁵⁵ For an account, cf., e.g., *inter alia*, J. Lukacs, *L’héritage de la Seconde Guerre Mondiale*, Paris, Ed. F.-X. de Guibert, 2011, pp. 38-39, 55, 111 and 125-148; and cf. I. Kershaw, *To Hell and Back - Europe 1914-1949*, London, Penguin, 2016, pp. 7, 356, 407, 418, 518 and 521.

³⁵⁶ R. Aron, *Paix e Guerra entre as Nações* [1962], Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1979, pp. 413, 415, 421-422 and 610. R. Aron’s book contains his reflections on the new age of nuclear weapons, amidst the tensions of the cold-war era, and the new challenges and dangers it imposed, - persisting to date, - for the future of humankind; cf., for the French edition, R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, 8th ed., Paris, Éd. Calmann-Levy, 2015, pp. 13-770.

³⁵⁷ On the principle of self-determination of peoples, namely, G.A. resolutions 1514(XV) of 14.12.1960, and 2145(XXI) of 27.10.1966; cf. *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31, 45 and 49-51.

³⁵⁸ Cf. *I.C.J. Reports 1975*, pp. 20, 23, 26-37, 40, 57 and 67-68.

³⁵⁹ Cf. *I.C.J. Reports 1975*, pp. 171-172, paras. 86-88.

³⁶⁰ Cf. *I.C.J. Reports 2010*, p. 437, para. 80 (addressing a General Assembly resolution “which reflects customary international law”).

³⁶¹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), p. 137, and cf. p. 138; and cf. R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la ‘Opinio Juris’ en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pp. 30-31 and 36-38, and cf. pp. 76-77, 173, 192, 194, 199 and 204-205; R. E. Piza Escalante, “La ‘Opinio Juris’ como Fuente Autónoma del Derecho Internacional (‘Opinio Juris’ y ‘Jus Cogens’)”, 39 *Relaciones Internacionales* - Heredia/C.R. (1992) pp. 61-74; J. I. Charney, “International Lawmaking - Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered”, in *New Trends in International Lawmaking - International Legislation’ in the Public Interest* (Proceedings of the Kiel Symposium, March 1996), Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 180-183 and 189-190.

³⁶² Wang Tieya, “The Third World and International Law”, in *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (eds. R.St.J. Macdonald and D.M. Johnston), The Hague, M. Nijhoff, 1983, p. 964.

³⁶³ *Ibid.*, pp. 964-965.

³⁶⁴ B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)”, 58 *British Year Book of International Law* (1987) p. 80, and cf. pp. 116, 137 and 141.

³⁶⁵ For example, in the course of the proceedings in the *Nuclear Tests* cases (1973-1974), one of the applicant States (Australia) recalled, in the public sitting of 08.07.1974, that the ICJ had held, in the *North Sea Continental Shelf* cases (*I.C.J. Reports 1969*, p. 41), that a conventional norm can pass into the general *corpus* of international law thus becoming also a rule of customary international law; cf. ICJ, *Pleadings, Oral Arguments, Documents - Nuclear Tests cases* (vol. I: *Australia versus France*, 1973-1974), p. 503. In effect, - may I add, - just as a customary rule may later crystallize into a conventional norm, this latter can likewise generate a customary rule. International law is not static (as legal positivists wrongfully assume); it is essentially dynamic.

³⁶⁶ A.A. Cançado Trindade, “Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States”, in *Sources of International Law* (Thesaurus Acroasium, vol. XIX), Thessaloniki, Institute of Public International Law and International Relations, 1992, pp. 68 and 71.

³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 78-79.

³⁶⁸ *Ibid.*, pp. 126-129

³⁶⁹ *Ibid.*, pp. 128-129. And cf., more recently, in general, A.A. Cançado Trindade, “The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law”, 376 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (2014) pp. 9-92, esp. pp. 75-76.

³⁷⁰ Cf., in this sense, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6th rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2014, pp. 51 and 530-531.

³⁷¹ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (132), pp. 129-138.

³⁷² A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, 2015, pp. 6-24; A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, *op. cit. supra* n. (255), pp. 410-418.

³⁷³ A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, *op. cit. supra* n. (365), pp. 530-537.

About the Author

Antônio Augusto Cançado Trindade



Antônio Augusto Cançado Trindade is a Judge of the International Court of Justice (The Hague); Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Emeritus Professor of International Law of the University of

Brasília, Brazil; Doctor Honoris Causa of several Universities of Latin America and of Europe; Member of the Curatorium of the Hague Academy of International Law, and of the Institut de Droit International.

Sumario

Introducción;

I. *Finalidades del Estatuto de Roma;*

II. *- El Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas - Descripción orgánica funcional;*

III. *Recursos del Fondo;*

IV. *Disposición de los Fondos;*

V. *Razones sustantivas de la existencia del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas;*

Conclusión



El Fondo Fiduciario de la Corte Penal Internacional en Beneficio de las Víctimas

Felipe Michelini

Introducción

El Estatuto de Roma es un tratado multilateral suscrito en el año 1998 y vigente desde el año 2002, que crea un sistema internacional de carácter penal para la persecución punitiva del individuo en los casos de responsabilidad personal en el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y en el crimen de agresión¹. El objeto y fin del tratado es *combatir y erradicar la impunidad* de esos graves crímenes, basado en el concepto de complementariedad con las jurisdicciones penales nacionales.

Tal como establece el Preámbulo del tratado, estos crímenes han sido percibidos como los “...*más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*” que “...*no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia...*”.

Además de tipificar los crímenes, el Estatuto contiene un conjunto de normas tanto sustantivas como procesales. Asimismo, se conforma un sistema orgánico que se integra con una Corte Penal Internacional (CPI) con sus salas, Presidencia y Secretaría que incluye una Dependencia de Víctimas y Testigos; una Fiscalía; una Asamblea de Estados Partes y un Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas.

La creación de la CPI reconoce como antecedentes más remotos los que se ubican a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Asimismo, se individualizan como más cercanos en el tiempo y fundamentales en la concreción de esta iniciativa, a los Tribunales de Núremberg y de Tokio, así como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. La CPI pretende superar los tribunales *ad hoc* para situaciones específicas como los de la ex Yugoslavia y de Ruanda, diseñando un sistema del ejercicio de la acción punitiva en forma *permanente, imparcial y eficaz*.

La *Declaración y Programa de Acción de Viena* de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, indicaba en varios de sus párrafos la necesaria acción contra la impunidad y alentaba en el párrafo 92 a continuar los trabajos de un “*tribunal penal internacional*”.

Previo a su aprobación e instalación, no se era demasiado optimista sobre la concreción efectiva y puesta en práctica del Estatuto de Roma. En el mejor de los casos, muchos auguraban una lejana e improbable implementación. Pese a ese pronóstico negativo, la CPI se encuentra funcionando desde hace más de una década.

“El propósito explícito del Estatuto de Roma con la creación del sistema que consagra la CPI, es contribuir a que no queden impunes los criminales sospechosos de ser responsables de los delitos objeto del Estatuto.”

El propósito explícito del Estatuto de Roma con la creación del sistema que consagra la CPI, es contribuir a que no queden impunes los criminales sospechosos de ser responsables de los

delitos objeto del Estatuto. Por ello, si un Estado Parte no puede o no quiere juzgar a los autores de los mismos, la CPI podrá, a través del principio de complementariedad, asumir jurisdicción.

De todas formas, queda claro que para estos gravísimos crímenes la pretensión punitiva es de la humanidad *en su conjunto* y por lo tanto, no es disponible o renunciable por la voluntad de un Estado en forma unilateral. No obstante, el Estatuto de Roma no puede ser esgrimido como una excusa para no cumplir con las obligaciones previamente establecidas o en desarrollo por el derecho internacional tal como lo indica expresamente el artículo 10 del Estatuto.

La naturaleza jurídica del Estatuto de Roma es compleja en tanto combina normas de protección internacional de los derechos humanos, de derecho penal internacional y de derecho internacional procesal. De todas formas, la interpretación y aplicación del tratado corresponden a lo dictado por el derecho internacional público.

Esas reglas se han establecido a través de la costumbre internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la jurisprudencia,



constituyendo bases sólidas para identificar derechos y obligaciones para los Estados Partes como para las personas físicas que estén involucradas con el Estatuto. Es decir, la interpretación y por ende, la aplicación del tratado es de carácter reglado en virtud de las normas mencionadas.

El establecimiento del Estatuto de Roma tiene una especial vinculación con los países integrantes de la Organización de Estados Americanos (OEA). La iniciativa de Trinidad y Tobago en 1989 de tener una instancia judicial en casos de narcotráfico, reactivó la necesidad de una corte penal permanente.

Actualmente de los 124 Estados Partes de la CPI, veintinueve son Estados miembros de la OEA. Nicaragua, Jamaica y Bahamas firmaron pero no ratificaron, los Estados Unidos de América firmó pero luego “*retiró*” la firma expresando que no tiene intención de ratificar el mismo y la República de Cuba no firmó. De los treinta

estados que ratificaron las enmiendas de Kampala, cinco de ellos son integrantes de la OEA.

“La iniciativa de Trinidad y Tobago en 1989 de tener una instancia judicial en casos de narcotráfico, reactivó la necesidad de una corte penal permanente.”

Asimismo, existe un Texto Modelo de Crímenes preparado por el Relator de la OEA, Mauricio Herdocia, y se debe tener en cuenta que la Comisión de Asuntos Políticos y Jurídicos (CAJP) del Consejo Permanente de la Organización sostuvo nueve sesiones abiertas sobre CPI. El Comité Jurídico Interamericano (CJI), órgano consultivo de la OEA, ha tenido una activa participación en el tema.

Más allá de los aspectos formales, lo que cuenta son valores compartidos entre el Estatuto de Roma y la OEA tal como está establecido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la propia Carta de la Organización y el Pacto de San José de Costa Rica, todos instrumentos regionales que recogen la rica y prolífica experiencia de nuestra tradición jurídica garantista. Todo ello ha cimentado el Sistema de Protección Regional de Derechos Humanos, muy especialmente en la actuación de sus órganos principales como son la Comisión y la Corte.

Además, los pueblos integrantes de la OEA no pueden mirar los crímenes objeto del Estatuto de Roma desde la distancia o tan sólo mediante la literatura o la academia; éstos surgen desde nuestra propia experiencia histórica. Nuestros pueblos han conocido directamente la tragedia del colonialismo, la esclavitud, la discriminación y la segregación y sus secuelas aún están presentes. Lo mismo ocurre con los efectos perversos del conflicto armado que dividieron las familias de nuestros países o la instauración de regímenes de terrorismo de estado, en el pasado reciente.

Todas estas experiencias han causado enormes tragedias cuyas secuelas de terror aún hoy vivimos. Son

precisamente éstas las que nos desafían a un presente de justicia sin impunidad y a perseguir la plena vigencia de los derechos humanos.

I. Finalidades de Estatuto de Roma

El sistema tiene una finalidad triple: preventiva, punitiva y reparatoria. Es evidente que la existencia *per se* del Estatuto previene la comisión de los graves hechos que se prohíben en su articulado. Es una señal clara e inequívoca que éstos no pueden cometerse bajo ningún concepto y que la comunidad internacional no se quedará pasiva ante los mismos.

- La obligación de los Estados Partes de incorporar legislación interna específica coadyuva a la *prevención* en el marco del impacto que tienen las normas penales en el imaginario social y cultural de cada país.
- El carácter *punitivo* ya se ha puesto en funcionamiento. La Fiscalía está analizando a través de sus investigaciones preliminares varias situaciones.
- Actualmente hay cuatro casos de la CPI en fase de *reparación*: Lubanga y Katanga (República Democrática



del Congo), Bemba (República Centroafricana) y Al Mahdi (Mali), que incluyen condenas por crímenes que van desde el reclutamiento de niños, pillaje, rapto y muerte; a la destrucción internacional de importantes edificios religiosos y patrimonio cultural.

El Estatuto ubica la reparación a las víctimas como un componente central de su accionar, tal como lo establece el artículo 75. El concepto de *reparación* incluye la restitución, la indemnización y la rehabilitación a las víctimas o sus causahabientes por los daños, pérdidas o perjuicios.

La decisión de reparar de la Corte puede provenir de una petición de parte o ser promovida de oficio si existieren circunstancias excepcionales. Eventualmente se podrá convenir con la cooperación de los Estados Partes a los efectos, si correspondiese, a identificar activos y recursos de los condenados.

El concepto de reparación deviene de la lógica aplicación del principio de *quien comete un daño contrario a una norma de derecho, debe repararlo*. En ese sentido, las penas que eventualmente imponga la Corte incluyen multas o decomisos del producto, los bienes mismos y los haberes directos o indirectos vinculados a los crímenes objeto del proceso de acuerdo al artículo 77 numeral 2º del Estatuto.

Si bien el concepto es obvio en el derecho en general, lo es más aún en el caso de la protección de los derechos humanos. En ese sentido, la mencionada *Declaración y Programa de Acción de Viena* señalaba que “Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos” (párrafo 27) y en el párrafo 29 numeral 4º, se reafirma “... el derecho a las víctimas a ser asistidas por las organizaciones humanitarias...”

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el deber de reparación de los Estados

Partes deriva del concepto más general de la obligación de *garantizar los derechos* consagrados por el Sistema.

En el marco del sistema universal, tiene especial relevancia el *Informe van Bowen* sobre el tema² que recoge años de estudio y experiencia en el tema reparatorio, y que en su artículo VII establece inequívocamente que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos tienen derecho a “*b) Reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido;*” detallando la misma en el artículo IX – “*Reparación de los daños sufridos*”, que establece que la reparación de las víctimas, debe ser entendida como *integral* en la aplicación de los conceptos reseñados.

“El Fondo Fiduciario es una parte esencial de la integralidad en la rehabilitación y reparación de las víctimas.”

En este sentido, una reciente resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas destacaba en su *Preámbulo* (párr. 12) “...la importancia que el Estatuto de Roma acuerda a los derechos y las necesidades de las víctimas, en particular su derecho

a participar en los procedimientos judiciales y exigir reparaciones, y poniendo de relieve la importancia de informar a las víctimas y comunidades afectadas y hacerlas participar para hacer efectivo el mandato de la Corte Penal Internacional para con las víctimas;”³

Sin perjuicio de ello, las acciones reparatorias en aplicación de estos artículos no pueden interpretarse en detrimento de los derechos de las víctimas o sus causahabientes de acuerdo al derecho internacional o interno según su caso.

A los efectos del Estatuto de Roma, de acuerdo a las Reglas de Procedimiento y Prueba, las *víctimas* son las personas físicas y sus familiares que hayan sufrido un daño por la comisión de los crímenes, y las instituciones u organizaciones por daños directos en sus bienes dedicados a la religión, las artes, o la beneficencia y lugares u objetos que tengan fines humanitarios.

II. El Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas - Descripción orgánica funcional

El *Fondo Fiduciario* es una parte esencial de la integralidad en la rehabilitación y reparación de las víctimas, y así fue concebido y reflejado en el párrafo 1º

del artículo 79 del Estatuto de Roma, que impone a la Asamblea de Estados Partes el establecimiento del mismo.

Se explicita que se creará el Fondo Fiduciario y determina que la decisión de la Asamblea de Estados Partes establezca los criterios a través de los cuales será administrado. La inclusión del Fondo como parte del diseño institucional ha sido uno de los aspectos novedosos del Estatuto y refleja el propósito de amparar a los damnificados por los graves delitos que tipifica.

Se puede afirmar el sistema ha cumplido que su fin *reparatorio* a través de la resolución que cumple el mandato del Estatuto con crear el Fondo⁴ establecido en el anexo *Reglamentación del Fondo por Resolución del Año 2005*⁵, y la creación de la Secretaría del FFBV⁶ así como su posterior fortalecimiento institucional.

En efecto, el Estatuto de Roma mandató a la Asamblea de Estados Partes, para que desarrollara la creación del Fondo. Se decidió que el Directorio o Consejo de Dirección del Fondo tuviera una integración de cinco miembros⁷ electos en “representación” de las cinco regiones de los Estados partes integrantes del Estatuto por un período de tres años, con posibilidad de ser reelectos solo por un segundo período. Estas

personas deben tener idoneidad y conocimiento de la situación de las víctimas y manejar al menos uno de los idiomas de trabajo de la CPI (inglés o francés). Dentro de ellos se elige un Presidente del Fondo por mayoría absoluta.

Los integrantes del Directorio del Fondo actúan a título personal y de manera gratuita en carácter honorario y deben reunirse por lo menos en una sesión al año y en principio, deberían adoptar decisiones por consenso. El Secretario de la Corte podrá participar de las sesiones en calidad de asesor. Asimismo, el Directorio del Fondo es asistido por una Secretaría que actúa con independencia de la Corte, y está a cargo de un Director Ejecutivo.

En el marco de sus cometidos, el Consejo de Dirección del Fondo, de forma individual y colectiva, tiene una tarea de poner de manifiesto los cometidos del Fondo y el cumplimiento de los mismos, así como resaltar el sufrimiento de las víctimas y de sus familias y el trabajo de reparación de todo el sistema del Estatuto de Roma.

III. Recursos del Fondo

El Fondo se integra por las sumas o bienes que disponga la Corte a través de su actuación jurisdiccional de

multas y decomiso de propiedad de los condenados, así como las contribuciones voluntarias de los estados o la donación de particulares.

En este sentido, se entiende que el Directorio del Fondo debería realizar una tarea de búsqueda de fondos que acrecienten el acervo material del mismo. Pero esa búsqueda no es ni puede ser solamente de carácter *financiero*, debe también resaltar y señalar la necesidad de apoyo *moral, político y jurídico* para el Fondo Fiduciario de parte de todos y cada uno de los Estados, muy especialmente los que conforman la OEA.

IV. Disposición de los Fondos

Una primera hipótesis es la aplicación de una sentencia por parte de la Corte. Esta podría dictar una orden de reparación individual contra el condenado. Si hubiese una pluralidad de víctimas o estas no pudieran ser identificadas, se efectivizará la reparación a través del Fondo.

Además de la actuación indemnizatoria que ordene la CPI mediante sus sentencias, el FFBV tiene un mandato de asistencia inclusive en relación a casos que estén en una etapa procesal temprana de acuerdo al artículo 50 a

del Reglamento del Fondo, cuando se entienda necesario actuar para la rehabilitación física o psicológica, o el apoyo material de víctimas y familiares.

Una vez resuelto a actuar conforme a lo expresado anteriormente, el Comité de Dirección del Fondo deberá notificar oficialmente a la Corte, para que ésta evalúe si tal decisión pudiese interferir eventualmente en los procedimientos en curso ya sea en la etapa de competencia o amenazando la presunción de inocencia del procesado. Si la CPI no emite opinión dentro del plazo de 45 días, se entenderá que el Fondo podrá avanzar en el desarrollo de los planes de asistencia notificados.

La *ratio* es que más allá del carácter punitivo de sus cometidos, el sistema de la CPI pretende redignificar a las víctimas de gravísimos delitos y no limitarse a la condena o absolución de tal o cual acusado. En este contexto, el Fondo pretende ser una fuente de recursos materiales e iniciativa de acciones simbólicas al efecto de ubicar a la víctima en un lugar de privilegio en el sistema del Estatuto. Ello va en la línea de reubicar el eje central de la acción del sistema penal desplazándolo del aspecto punitivo al elemento reparador de quienes han sido vulnerados en sus derechos esenciales como seres humanos.

El Fondo Fiduciario es la unidad encargada de buscar y generar las reparaciones a las víctimas y sus familiares, más allá de las sentencias condenatorias de privación de libertad que en su función punitiva, la Corte pueda imponer. Actúa en coordinación con la Unidad de Asistencia a las Víctimas de la Secretaría de la CPI, las propias víctimas y en su caso, los representantes legales.

V. Razones sustantivas de la existencia del Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas:

1. **Concretar la justicia:** el sistema de la CPI fue establecido con carácter permanente e independiente para sancionar los crímenes *más graves* de trascendencia para la comunidad internacional como el genocidio, los de guerra, de lesa humanidad y de agresión, en forma complementaria a las jurisdicciones nacionales. Todos estos delitos dejan una secuela de dolor y sufrimiento con miles de víctimas, entre ellas niñas, niños y mujeres. El Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas, es el único ámbito institucional del sistema, que se centra en las víctimas, sus familiares y comunidades afectadas.
2. **Dignificar al ser humano:** la comisión de los crímenes competencia de la CPI desprecia al ser humano. El Fondo Fiduciario es la única herramienta que tiene el sistema para generar las condiciones en los que se *redignifique* al ser humano en un plano integral para el goce de sus derechos a la vida, la libertad, la integridad y seguridad personal, así como a la alimentación, la salud psicofísica y la educación.
3. **Afirmar la paz:** los graves crímenes constituyen *per se* una amenaza a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad en su conjunto. El Fondo Fiduciario es el único espacio del sistema que promueve los valores de una comunidad internacional civilizada, sensible, en paz, segura y en bienestar, contemplando y reparando a los más afectados: víctimas, sus familiares y comunidades.
4. **Erradicar la cultura de la impunidad:** la Corte Penal Internacional cumple una tarea fundamental

“El Fondo Fiduciario es la unidad encargada de buscar y generar las reparaciones a las víctimas y sus familiares.”

de contribuir en forma complementaria a la realización de la justicia penal de carácter internacional a través de la persecución, el proceso y la eventual condena a los responsables de crímenes atroces. El Fondo Fiduciario, al trabajar en forma activa en las comunidades *en conjunto* con las autoridades y las organizaciones no gubernamentales, es la única instancia en que se puede contribuir a erradicar el concepto de que quienes están por encima de la ley, pueden cometer atrocidades de todo tipo y no ser objeto de reproche penal alguno.

5. **Edificar el futuro:** existe un consenso universal de repudio a los crímenes contemplados por la Corte Penal Internacional. El Fondo Fiduciario, al actuar de forma independiente en sus dos mandatos, el judicial y el de asistencia, conjuga el concepto de “¡No más excusas!” Reparando a las víctimas se establecen bases sólidas para que la comisión de tales crímenes no se repita.

Conclusión

Tal como se ha expresado, el principio básico es que la Corte Penal Internacional tiene una competencia

complementaria a la de las jurisdicciones nacionales. Actúa en tanto y cuanto, aquellas no puedan o no quieran juzgar a los sospechados de tan graves crímenes tal como lo establece el artículo primero del Estatuto de Roma. En resumen: civilización o barbarie.

Sin perjuicio de la acción punitiva, el Estatuto diseña un sistema centrado en la víctima sobre la base de la reparación integral de estas, incluida la restitución, la indemnización y la rehabilitación tal como reza el artículo 75 del Estatuto.

El Fondo Fiduciario tiene, como lo expresó su actual Presidente, Noguchi Motoo en noviembre del año 2015 en la Asamblea de Estados Partes⁸, un enorme desafío en los tiempos que se avecinan. Se agrega a las tareas de asistencia desarrolladas en Uganda y en Congo, el cumplimiento de la sentencia sobre reparaciones en el caso Lubanga⁹. A la propuesta de reparación en forma colectiva para las víctimas, sus familiares, las comunidades y la sociedad en su conjunto, habrá que hacerles los ajustes de acuerdo a la reciente decisión de la Sala de Primera Instancia II que reenvía la propuesta al Fondo Fiduciario¹⁰.

Sabemos que honrar el objeto y fin de dicho tratado es múltiple y permanente. Es necesario sin duda, continuar

para que hayan más adhesiones y ratificaciones del tratado, establecer las normas nacionales de cooperación con la Corte, tipificar los crímenes, consolidar los acuerdos de inmunidad de los funcionarios, en fin el garantizar la independencia, integridad y efectividad de un sistema de justicia que se aboca a erradicar la impunidad de los crímenes más repugnantes.

Se impone apoyar la tarea de cumplir con el propósito fundamental de compensar las víctimas, sus familiares y sus comunidades.

La reparación integral de las víctimas, así como la asistencia a las mismas, son eslabones esenciales de la justicia, la lucha contra la impunidad y la rendición de cuentas. Estos hacen a la esencia de la dignidad del ser humano, del derecho como sistema de convivencia civilizada y del sentido último de una sociedad democrática. Factores fundamentales para su consolidación, así como que su ausencia, erosiona

sin duda la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Todos ellos, valores compartidos por la Organización de Estados Americanos tal como está establecido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la propia Carta de la Organización y el Pacto de San José de Costa Rica. Todos instrumentos regionales que recogen la rica y prolífica experiencia de nuestro constitucionalismo americano. Asimismo, han cimentado el Sistema de Protección Regional de Derechos Humanos, sobre la actuación de sus órganos principales como la Comisión y la Corte.

“La reparación integral de las víctimas, así como la asistencia a las mismas, son eslabones esenciales de la justicia, la lucha contra la impunidad y la rendición de cuentas.”

¹ A partir de la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto, Kampala 2010, se le ha dado contenido sustantivo al crimen de agresión.

² Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

³ Organización de las Naciones Unidas A/RES/70/264

⁴ AES Primer Período de Sesiones - Resolución ICC-ASP/1/Res.6; más las enmiendas de las Resoluciones ICC-ASP/4/Res.5 e ICC-ASP/4/Res.7

⁵ AES Cuarto Período de Sesiones - Resolución ICC-ASP/4/Res.32

⁶ AES Tercer Período de Sesiones ICC-ASP/3/Res. 7

⁷ Actualmente su Presidente es Motoo Noguchi de Japón, sus miembros: Mama Koité Doumbia de Mali, Baroness Arminka Helic del Reino Unido de Gran Bretaña, Alma Taso-Deljkovic de Bosnia y Felipe Michelini de Uruguay. Su Director Ejecutivo es el holandés Pieter de Baan.

⁸ https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP14/ASP14-Opening-ST-TFV-ENG.pdf

⁹ ICC-01/04-01/06

¹⁰ https://www.icccpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/court%20records/chambers/tcII/Pages/3198.asp

Sobre el autor

Felipe Michelini



Felipe Michelini ejerce como Miembro Honorario del Grupo de Trabajo por Verdad y Justicia, creado por el Presidente Tabaré Vázquez. Es Presidente de la Delegación Uruguaya en la Comisión Administradora del Río de la Plata (CARP) y Vicepresidente de la CARP, Buenos Aires – Montevideo.

Es docente grado III en Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDE-LAR) y ha dictado cursos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la Escuela Nacional de Policía, la Facultad de Ciencias Sociales de la UDELAR, el Diplomado Superior en Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Uruguay), el Programa Posgrado Derecho Internacional - Derechos Humanos: Derecho Internacional Público - Diplomático y Consular del Instituto Artigas del Servicio Exterior (IASE) del Ministerio de Relaciones Exteriores (MREE), entre otros.

En la esfera política, fue diputado (Nuevo Espacio - Frente Amplio) (1994-2015), integrante del Parlamento del MERCOSUR (Parlasur), Subsecretario y Ministro Interino del Ministerio de Educación y Cultura (2005-2009), y representó a Uruguay en el Consejo Ejecutivo de UNESCO, ejerciendo la vicepresidencia del mismo (2005-2007).

El Doctor Michelini ejerció la dirección ejecutiva del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional del Sur (CEJILSUR), es miembro fundador del Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos del MERCOSUR (OPPDHM), participó en el Human Rights Advocates Program del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Columbia y en el Americas Project del Instituto Baker de la Universidad de Rice, además de haber participado en el equipo técnico de Naciones Unidas en la Comisión de la Verdad en El Salvador (1992-1993).

Felipe Michellini es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) de Uruguay y

cuenta con una maestría (LL.M) de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia en Nueva York.

Sumario

Introducción;

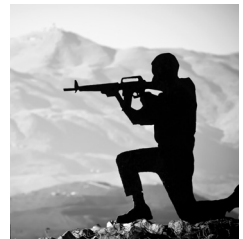
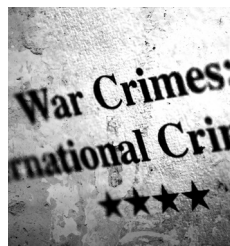
1. *Breve Historia de la Regulación del Uso de la Fuerza;*

2. *Prohibición del Uso de la Fuerza bajo la Carta de las Naciones Unidas;*

3. *Excepciones a la Prohibición del Uso de la Fuerza en la Carta de las Naciones Unidas;*

4. *Uso Legítimo de la Fuerza Basado en el Derecho Internacional General;*

Conclusiones



**Pablo César
Revilla Montoya**

Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional

Introducción

El uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales es un tema controvertido que ha tenido un desarrollo evolutivo en el Derecho Internacional Público. En estas páginas trataremos de explicar los aspectos más importantes de la regulación internacional del uso de la fuerza, especialmente desde la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional general.

1. Breve Historia de la Regulación del Uso de la Fuerza

No es nuestra intención elaborar un desarrollo histórico *amplio* para explicar la naturaleza jurídica del uso de la fuerza en el derecho internacional público. En tal sentido, sólo explicaremos brevemente la historia de la regulación del uso de la fuerza.

En la Edad Antigua nace la doctrina de la guerra como *bellum iustum* y *iusta*

causa. Llegada la Edad Media, fue la patrística la que se encargó de ampliar la doctrina de la guerra justa, en base a los tratadistas romanos.

Más adelante, los autores del siglo XVI al siglo XVIII, especialmente los teólogos-juristas de la escuela de Salamanca, Francisco de Vitoria (1483-1546), Luis de Molina (1535-1600) y Francisco Suárez (1548-1617), se ocuparon de las condiciones que deben reunirse para que los príncipes puedan *legítimamente* iniciar una guerra, desarrollando la doctrina del *ius ad bellum*.

Sin embargo, durante el siglo XIX se abandonan las consideraciones ético-jurídicas de la doctrina del *ius ad bellum* y la guerra se concibe como un atributo del Estado al que puede recurrir, como medio de autotutela (*self-help*) o como medio de asegurar su conservación.¹

Sin embargo, no es hasta la etapa del derecho internacional clásico cuando

el concepto de *guerra justa* se hace relativo ya que los doctrinarios de la época se dieron cuenta que los Estados podían interpretar que ciertas guerras eran o no justas (a esto le denominaron *probabilismo*).

“Cuando se adopta la II Convención de La Haya de 1907, relativa a la prohibición del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, se construye el primer hito en la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.”

En la etapa del derecho internacional clásico se desarrollaron doctrinariamente ciertas categorías de uso de la fuerza como la guerra misma o ciertas formas de medidas cercanas a la guerra como las retorsiones² o represalias, además los Estados aplicaban la autotayuda y la legítima defensa principio que hoy sobrevive.

La Primera Conferencia de Paz de la Haya de 1899 fue un gran avance en la prohibición del uso de la fuerza, ya que al menos se firmó un tratado sobre

solución pacífica de conflictos internacionales, en el que se prescribía que antes de iniciar una guerra, las Partes se comprometían a utilizar los buenos oficios o la mediación de una o varias potencias amigas o a aceptar la iniciativa mediadora de Partes ajenas al litigio.

A pesar de las buenas intenciones de la Primera Conferencia, no fue hasta la Conferencia de Paz de La Haya de 1907³ cuando se adopta la II Convención de La Haya de 1907, relativa a la prohibición del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, en que se construye el primer hito en la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Luego de la Primera Guerra Mundial, surge el Convenio de la Sociedad de Naciones (1919) que sin embargo no prohíbe la guerra, pero en su artículo 12 trata de retrasarla:

Todos los miembros de la Liga convienen en que si surge entre ellos alguna diferencia susceptible de producir una ruptura, la someterán bien al procedimiento del arbitraje, ya al examen del Consejo. Convienen, además, en que en ningún caso deberán recurrir a la guerra antes de que expire un plazo de tres meses después de la sentencia de los árbitros o del informe del Consejo.



En todos los casos previstos por este Artículo, la sentencia de los árbitros se dictará en un plazo razonable, y el Consejo deberá emitir su informe en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que se le haya sometido la diferencia.

Más adelante diversos Estados se comprometieron con el Pacto Briand-Kellogg de 1928⁴ o *Pacto general de renuncia a la guerra*. Sin embargo, a pesar de haberlo ratificado, muchos Estados siguieron utilizando su fuerza armada *sin declarar la guerra*, lo que no habría estado prohibido *in strictu sensu*.

2. Prohibición del Uso de la Fuerza bajo la Carta de las Naciones Unidas

Con el nacimiento de las Naciones Unidas, casi al final de la Segunda Guerra Mundial, se proclama como regla de Derecho Internacional el principio de prohibición del uso de la fuerza.

La Carta de las Naciones Unidas, artículo 2 párrafo 4, prescribe que:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Esta abstención no sólo de la fuerza, sino de la amenaza de su uso, significa que los Estados no podrán hacer uso de su *fuerza armada*⁵ en sus relaciones con otros Estados, mas no prohíbe otras medidas *coercitivas*, como por ejemplo las sanciones económicas.

La Asamblea General de la ONU ha contribuido al desarrollo del principio de prohibición del uso de la fuerza, así, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, referente a las relaciones de amistad

y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁶, indica que:

Todo Estado tiene el deber de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza [...]

Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz [...]

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursión en el territorio de otro Estado. Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos [...]

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado sobre la cualidad consuetudinaria del principio que estamos estudiando.

En el *Caso sobre las Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua*, la CIJ, en su sentencia del 27 de junio de 1986, expresó que existe en el Derecho Internacional Consuetudinario una *opinio iuris* respecto a la calidad obligatoria de tal principio, que puede ser deducida, *inter alia*, de la actitud de las Partes y de

los Estados hacia ciertas resoluciones de la Asamblea General, particularmente la Resolución 2625 (XXV)⁷.

El principio de no empleo de la fuerza, opina la Corte⁸, puede ser considerado como un principio de derecho internacional consuetudinario, no condicionado por las previsiones que se relacionan con la seguridad colectiva, o las facilidades o contingentes armados a ser suministrados bajo el artículo 43 de la Carta.

Sin embargo, en el caso citado, la CIJ opinó que, mientras suministrar armas y entrenar a los *Contras*⁹ puede indubitablemente involucrar la amenaza o el empleo de la fuerza contra Nicaragua, esto no necesariamente ocurre respecto a todas las formas de ayuda del gobierno de Estados Unidos. En particular, la Corte considera que el mero envío de fondos a *los contras*, aunque constituye sin duda una intervención en los asuntos internos, no supone en sí mismo un uso de la fuerza.¹⁰

3. Excepciones a la Prohibición del Uso de la Fuerza en la Carta de las Naciones Unidas

Tiempo atrás se quiso interpretar el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, especialmente la



frase “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado” en un sentido estricto.

Ejemplo de ello fue el *Caso del Canal de Corfú*, Reino Unido de Gran Bretaña vs. Albania (1949), en el que Gran Bretaña arguyó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que una operación de limpieza de minas efectuada por sus unidades navales en aguas territoriales albanesas no era contraria al artículo 2, párrafo 4, de la Carta, porque tal acción no amenazó ni la integridad territorial ni la independencia política de Albania.

En respuesta a ello, la CIJ en su sentencia sobre el *Caso del Canal de Corfú*, sostuvo que:

Sólo puede considerar al pretendido derecho de intervención como la manifestación de una política de fuerza, que en el pasado ha ocasionado los más graves abusos y que, cualesquiera que sean las deficiencias del sistema actual de organización internacional, no encuentra lugar alguno en el

*Derecho Internacional. La intervención es quizá menos aceptable en la forma particular que presenta en este caso, puesto que reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más poderosos, podría llevar fácilmente a falsear la administración de la justicia internacional.*¹¹

3.1. Legítima Defensa individual y colectiva

Podemos definir la legítima defensa como un mecanismo de autotutela por medio del cual un Estado puede hacer uso lícito de la fuerza para detener o rechazar un ataque armado previo.¹²

“Podemos definir la legítima defensa como un mecanismo de autotutela por medio del cual un Estado puede hacer uso lícito de la fuerza para detener o rechazar un ataque armado previo.”

La legítima defensa la encontramos regulada en la Carta de las Naciones Unidas, artículo 51, de la siguiente manera:

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

Este artículo, que recoge el derecho internacional consuetudinario, no hace más que reconocer el derecho de autotutela o autoayuda que ostentan todos los Estados soberanos.

Sin embargo, para algunos autores¹³ su interpretación debe ser *restrictiva* ya que sólo hace referencia a la respuesta ante un *ataque armado* y no ante otras situaciones como la amenaza a la paz.

“Se trata así de una medida de carácter perentorio pero provisional y en tanto no accione la comunidad internacional las medidas de tipo colectivo que tiene previstas”¹⁴.

Actuar en legítima defensa implica, entonces, un ataque armado *previo*, sin embargo, el 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General adoptó por consenso la Resolución 3314 (XXIX) sobre la Definición de Agresión, en cuyo artículo 2 se indica que:

El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad.

Para Díez de Velasco¹⁵, esta disposición admite la legítima defensa preventiva, pues reconoce que en algunos casos ‘el primer uso’ de la fuerza no sea un acto de agresión, pero en definitiva, según la resolución, la cuestión de si ha cometido un acto de agresión queda en manos del Consejo de Seguridad.

La acción militar de Estados Unidos en Irán llevada a cabo entre el 24 y 25 de abril de 1980 para liberar a su personal diplomático y consular que estaban tomados como rehenes en su propia embajada en Teherán, fue justificada por el entonces Presidente estadounidense, James Carter, como una intervención humanitaria, dados los riesgos existentes para los rehenes, legitimada en última instancia como ejercicio del derecho de legítima defensa por parte de los Estados Unidos de América.¹⁶

Al no existir ataque armado previo, podría pensarse que no se encuadra como legítima defensa, “aunque sí una intervención limitada, necesaria y proporcionada, y justificada como contramedida del Estado víctima respecto del ilícito previo imputable a la República Islámica de Irán, responsable internacionalmente del secuestro de personas internacionalmente protegidas cuyas vidas se encontraban seriamente amenazadas”¹⁷. Lamentablemente, la Corte Internacional de Justicia, que estaba viendo el *Caso concerniente al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos vs. Irán 1979-1981), no se pronunció sobre el tema de fondo.

La legítima defensa no sólo puede ser individual, sino colectiva, así lo indica

el artículo 51 de la Carta de la ONU. Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones con relación a ello.

En el caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, Estados Unidos expuso que su actuación fue en base al artículo 51 de la Carta, en otras palabras, el derecho de autodefensa colectiva.

Sin embargo la Corte sentenció que no pueden justificarse como legítima defensa colectiva conductas hostiles si los Estados agraviados no la requirieron:

*Está también claro que es el Estado que es la víctima de un ataque armado debe formar y declarar la opinión de que ha sido atacado. No hay ninguna regla en el derecho internacional consuetudinario permitiendo que otro Estado ejercite el derecho de la autodefensa colectiva en base de su propia valoración de la situación. Donde la autodefensa colectiva es invocada, es esperado que el Estado para cuyo beneficio es usado este derecho habrá declarado él mismo ser víctima de un ataque armado.*¹⁸ [...]

Es también evidente que si el Estado víctima desea que otro Estado venga a su ayuda en el ejercicio del derecho de la autodefensa colectiva, normalmente hará una solicitud expresa en tal efecto [...]¹⁹

3.2. Alcances de la Legítima Defensa

El ejercicio de la legítima defensa se encuentra condicionado a la *necesidad, proporcionalidad e inmediatez*.

En ese sentido, concordamos con la mayoría de la doctrina que establece que el ejercicio de la legítima defensa debe cumplir ciertas condiciones que “se derivan de la práctica inveterada de los Estados –necesidad, proporcionalidad e inmediatez–; otras corresponden a su articulación con el sistema de seguridad colectiva –provisionalidad y subsidiariedad–”²⁰.

Para graficar la condición del estado de necesidad y proporcionalidad es usual citar el *Caso del Caroline* (1837), entre EEUU y Gran Bretaña.

El *Caroline*, buque bajo pabellón estadounidense que suministraba ayuda a rebeldes canadienses contra Gran Bretaña, fue destruido –con pérdidas de vidas humanas– el 30 de diciembre de 1837 por los británicos cuando se encontraba fondeado en aguas de los Estados Unidos. Los británicos justificaron el hecho como legítima defensa. En respuesta, Daniel Webster, Secretario de Estado de EEUU, expuso que para que el recurso a la

legítima defensa fuera admisible, el país afectado debía demostrar “una necesidad de legítima defensa instantánea, irresistible, que no permitiera la opción de otros medios y no dejara momento alguno de deliberación”.²¹

En otras palabras, la **necesidad** indica que éste será el único medio a recurrir. La **proporcionalidad** incluye la magnitud en cuanto a la legalidad de la fuerza a utilizar.

Hay que recordar que la CIJ se planteó, en el *Caso sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* (1996), si la condición de proporcionalidad haría ilegal un ejercicio de la legítima defensa basado en la utilización de armas nucleares, concluyendo que para que un ejercicio proporcional de la legítima defensa sea lícito debe cumplir también con los requerimientos del Derecho aplicable a los conflictos armados.²²

Otra condición que se deriva del artículo 51 es la **inmediatez** esto es, inmediatamente después de producido el ataque armado. Así se deduce de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en el Caso Nicaragua, porque meses después de que fuera lanzada la ofensiva de la oposición armada en El Salvador no existía necesidad de legítima defensa.²³

Las condiciones de **provisionalidad** y **subsidiariedad** implican que las medidas tomadas en ejercicio del derecho de legítima defensa, tanto individual como colectiva, sólo continuarán hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias y “eficaces”²⁴ para mantener la paz y seguridad internacionales.

Bajo este análisis es imposible que doctrinas como la legítima defensa preventiva encuentren un acomodo en el Derecho Internacional actual, ya que nunca se “puede tener la certeza absoluta sobre las intenciones de la otra parte, y en momentos de crisis apenas hay tiempo para comprobar la información que indica la inminencia del ataque”²⁵, dejando de ser objetiva la respuesta final.

3.3. Uso de la Fuerza Legitimada por el Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tiene como responsabilidad primordial mantener la paz y seguridad internacionales y es el único autorizado para determinar qué situación la pone en peligro²⁶. Ante ello, el Consejo, en aplicación del Capítulo VII de la Carta, podrá utilizar medidas coercitivas como bloqueos navales.

Asimismo, el Consejo de Seguridad podrá utilizar la fuerza armada, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, según lo estimare conveniente, como lo indica la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 42:

Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41²⁷ pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.

Este artículo debe ser concordado con la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 39 que señala que es el propio Consejo el que determinará la existencia de una amenaza a la paz o acto de agresión:

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

La primera vez que el Consejo de Seguridad autorizó a una coalición de Estados el uso de la fuerza fue en la guerra de Corea. Otro caso paradigmático fue la autorización del uso de la fuerza a una coalición de Estados ante la invasión de Irak por Kuwait.

Por otro lado, la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 52 párrafo 1, prescribe que:

El Consejo de Seguridad utilizará dichos acuerdos u organismos regionales, si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se aplicarán medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, salvo que contra Estados enemigos [...]

Entonces, el Consejo de Seguridad podrá autorizar a un organismo regional a usar la fuerza en cumplimiento de su mandato de mantener la paz y seguridad internacionales.

4. Uso Legítimo de la Fuerza Basado en el Derecho Internacional General

Existen otras formas de uso de la fuerza que no estando previstas en la Carta de las Naciones Unidas, sin

embargo, son consideradas legítimas por el Derecho Internacional general. A continuación las desarrollamos.

4.1. Uso de la Fuerza Legitimado por Tratado y por Invitación

Este uso de la fuerza está basado en la soberanía. Los Estados pueden pactar intervenciones militares en su propio territorio. Estas intervenciones pueden ser autorizadas por un tratado previo o por una invitación realizada por el gobierno legítimo del Estado.

Ahora bien, no debemos confundir la legítima defensa colectiva con este planteamiento, ya que en el primer caso estamos hablando de una intervención prevista en la Carta de las Naciones Unidas y se basa en un tratado de seguridad colectiva como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), el Pacto de Varsovia o la intervención con participación de Organizaciones Internacionales como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), es decir intervenciones frente a ataques externos.

El caso que estamos planteando es un acuerdo específico para una intervención en caso de conflicto interno o una invitación frente a un conflicto externo sin tratado previo.

4.2. Uso Legítimo de la Fuerza de los Pueblos que Luchan por su Libre Determinación: Guerras de Liberación Nacional (Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra - 1977)

A pesar que el derecho internacional no ha definido con claridad el término “pueblo”, el Protocolo I a las Convenciones de Ginebra de 1977 ha regulado las luchas que algunos de ellos tienen contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas.

La expresión “*dominación colonial*” implica el caso en que un pueblo ha tenido que tomar las armas para liberarse de la dominación de otro pueblo.²⁸ Tal es el caso de Argelia que llevó a cabo, entre 1954 y 1962, un sangriento enfrentamiento contra la ocupación colonial de Francia.

La expresión “*ocupación extranjera*” cubre los casos de ocupación parcial o total de un territorio que aún no está plenamente constituido en Estado,²⁹ como es el caso de la invasión y ocupación israelí al territorio palestino desde 1948 hasta la fecha.

Por último, la expresión “*regímenes racistas*” implica si no la existencia de dos pueblos distintos, por lo menos

una separación que garantiza, en el seno de un pueblo, la hegemonía de una parte de éste según una concepción racial.³⁰ Como lo fue el caso del gobierno de Rhodesia, cuyo régimen racista fue duramente criticado a nivel internacional a tal punto de ser declarado como una amenaza a la paz y seguridad internacionales por el Consejo de Seguridad³¹.

La regulación de este tipo de conflictos tiene su basamento en el principio de libre determinación de los pueblos, que tiene sus raíces en la Revolución Francesa de 1789 y la Ilustración. De un principio europeo se convirtió en universal a causa del proceso histórico de la descolonización. Su fuerza legitimadora es tan grande que muchas comunidades humanas invocan dicho principio para justificar su recurso al empleo de la violencia e incluso del terrorismo.³²

4.3. Uso de la Fuerza en Guerras Civiles

Una guerra civil es una guerra entre dos o más grupos de habitantes del *mismo* Estado. Puede ser llevada a cabo para controlar el gobierno de un Estado o causada por el deseo de una parte de la población de separarse y formar un nuevo Estado.³³

Estos dos tipos de guerras civiles son las más comunes, sin embargo, pueden existir otros tipos, por ejemplo: los rebeldes pueden tratar de forzar a los gobernantes a efectuar concesiones, como consentir autonomías regionales. Es también posible que una guerra civil sea llevada a cabo entre facciones mientras el gobierno queda neutral o impotente.³⁴

En vista que la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 2 párrafo 4, prohíbe el uso de la fuerza sólo en las relaciones internacionales de los Estados, es evidente que un Estado soberano tiene el derecho de uso de la fuerza cuando sucede una guerra civil que no se encuentre regulada en el Protocolo I Adicional a las Convenciones de Ginebra (1977).

Es decir, tiene derecho a defender su territorio incluso de las amenazas internas no legítimas. Sin embargo, el Estado debe respetar a cabalidad el derecho internacional humanitario.

Entonces, si la guerra civil se establece como una guerra de liberación nacional, y por tanto, obtiene una dimensión internacional, el Estado debe abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos al ejercicio de su derecho a la libre determinación, a la libertad o a la independencia.

4.4. Uso de la Fuerza en otros Conflictos Internos

Para entender la regulación del uso de la fuerza en conflictos internos, partamos de la premisa que el principio de libre determinación de los pueblos tiene un sentido restringido en el derecho internacional público.

Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, auspiciados por las Naciones Unidas y las Declaraciones de Asamblea General de las Naciones Unidas, contenidas en la Resolución 1514 (XV) “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, del 14 diciembre 1960, y la Resolución 2625 (XXV) “Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, del 24 octubre 1970, que afirman que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, deben interpretarse de conformidad con el Protocolo I (1977) a las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, que sólo se refiere a casos muy puntuales.

Así, el principio de libre determinación de los pueblos sólo puede invocarse en ciertas circunstancias especiales que están expresamente establecidas en el Protocolo I (1977), sobre las Guerras de Liberación Nacional, y son la lucha que ciertos pueblos podrían estar llevando a cabo contra la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas.

Por otro lado, el principio que se encuentra firmemente asentado en los instrumentos mencionados es el de la integridad territorial del Estado. En ese sentido, es importante decir que es una regla de derecho internacional público la prohibición del uso de la fuerza contra la integridad de los Estados y sería un acto de intervención internacional ilícito prestar asistencia a movimientos separatistas³⁵.

En el *Caso de las Islas Aaland* (1921), sobre independencia de dichas islas de Finlandia, la Comisión de relatores especiales designados por la Liga de las Naciones, afirmó que

la soberanía de las Islas Aaland pertenece a Finlandia³⁶, además, la Comisión afirmó que:

*La separación de una minoría del Estado de que forma parte... (sic) puede solamente considerarse como una solución excepcional, un último recurso cuando un Estado no demuestra tener voluntad o capacidad para establecer y aplicar garantías justas y efectivas.*³⁷

Entonces, de este caso se puede deducir que el principio de autodeterminación o libre determinación de los pueblos, no es una regla de derecho internacional³⁸, desde la acepción más amplia.

Como ejemplos más modernos se encuentran el caso del pueblo bengalí, que obtuvo su independencia de Paquistán en 1971, con el nombre de Bangladesh, porque se sentían discriminados y explotados. En contraste se encuentra la *República Turca del Norte de Chipre*, que sólo es reconocida por Turquía, que proclamó su independencia en 1983, creada sólo como consecuencia de la invasión turca de 1974.³⁹

Tabla 1: Uso de la Fuerza en Conflictos Internos

Los estados pueden usar la fuerza en los siguientes casos	Los insurgentes pueden usar la fuerza en los siguientes casos
• Separatismo / guerras civiles • Si los Insurgentes violan los DDHH	• Guerra de Liberación Nacional • Si las autoridades violan masivamente los DDHH
Los estados tiene las siguientes prohibiciones	Los insurgentes tienen las siguientes prohibiciones
• Contra una Guerra de Liberación Nacional • Violaciones de los DDHH	• Violaciones de los DDHH • Si buscan instaurar un régimen violador de los DDHH

Fuente: Elaborado por el autor.

4.4.1. Contra la insurgencia

Un grupo insurgente no es sujeto de derecho internacional hasta que cumpla con las condiciones de subjetividad tales como “establecer un control estable sobre parte del territorio bajo una autoridad organizada”⁴⁰.

Caso contrario, su actividad será, entonces, “regulada por el derecho interno del Estado en que la insurgencia tiene lugar. El Estado puede adoptar, para eliminar dicha insurrección, todas las medidas que pone a su disposición su ordenamiento jurídico: estado de emergencia, ley marcial, estado de sitio, etcétera”⁴¹.

Sin embargo, si los grupos denominados insurgentes luchan por una causa legítima ya planteada líneas arriba (lucha contra la dominación colonial o los regímenes racistas), los Estados estarían prohibidos en usar la fuerza contra ellos.

Contrario sensu, un Estado se encuentra legitimado por el derecho internacional público para llevar a cabo una lucha contra los insurgentes, respetando los derechos humanos (si los insurgentes no logran mantener una guerra civil) o el derecho internacional humanitario (en caso la insurgencia establezca una guerra civil sostenida en el tiempo).

4.4.2. Contra el separatismo

Una lucha separatista podría ser la consecuencia de la falta de autonomía de una región dentro de un Estado, pero la autonomía no es un principio del derecho internacional, menos aún se deriva del principio de autodeterminación⁴², o libre determinación. Sin embargo, la autonomía es un mecanismo que utilizan y deberían utilizar los Estados para solucionar una controversia interna que podría devenir en separatismo.

Lo cierto es que no existe una regla de derecho internacional que obligue a los Estados a otorgar autonomía a sus minorías (étnicas, religiosas o de otra índole), esto es en base al principio de no intervención en los asuntos internos del los Estados estipulado en el artículo 2 párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas. Aunque, la consecuencia directa de una buena autonomía es el mantenimiento de la paz, al menos temporalmente.

Sin embargo, existen dos supuestos en los que existiría un derecho de separación. Uno, es el de la población de un territorio anexionado por un Estado mediante el uso de la fuerza prohibido por el DI [como el pueblo de Palestina]. El otro supuesto se daría cuando

un Estado violase los derechos de un pueblo, ejecutando o consintiendo su genocidio, discriminándolo políticamente de forma grave y sistemática o destruyendo su identidad.⁴³

“Una lucha separatista podría ser la consecuencia de la falta de autonomía de una región dentro de un Estado, pero la autonomía no es un principio del derecho internacional, menos aún se deriva del principio de autodeterminación , o libre determinación.”

Finalmente, podemos indicar que a pesar que un conflicto interno basado sólo en el separatismo se internacionalice por medio de la intromisión de otro Estado a favor de los separatistas y éstos proclamen un nuevo Estado, el Estado afectado tiene el derecho del uso legítimo de la fuerza. Caso concreto podemos citar que en 1931, luego de la segunda guerra chino-japonesa, Manchuria fue conquistada por Japón, que la declaró estado independiente en 1932 bajo el nombre de Manchukuo.

Conclusiones

1. El uso de la fuerza en el derecho internacional ha evolucionado hasta su prohibición en ciertas circunstancias, establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional General.
2. La prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales no sólo se aplica en casos de integridad territorial o independencia política de los Estados, sino también en casos cuya naturaleza impliquen una política de fuerza contraria a los principios de las Naciones Unidas.
3. La legítima defensa como excepción a la prohibición del uso de la fuerza deriva del Derecho Internacional Consuetudinario e implica el cumplimiento de sus elementos tales como necesidad, proporcionalidad e inmediatez.

¹ Cf. Oriol Casanovas y La Rosa, “EL principio de la prohibición del uso de la fuerza”, en: Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (Madrid: Tecnos, 2001), p. 845.

² Son medidas legales, como la imposición de derechos aduaneros especiales, la llamada del embajador a consulta, la ruptura de relaciones diplomáticas, etc. Esta categoría todavía subsiste y es regulada inclusive en la Organización Mundial del Comercio.

³ Conocida con el nombre de Convención Drago-Porter, surgió gracias al argentino Luis María Drago (1859-1921) como consecuencia de las represalias, bloqueos marítimos y bombardeos de puertos, ejercidos en 1902 por Italia, Alemania y el Reino Unido contra Venezuela, por su demora en el pago de deudas. El Convenio, que también lleva asociado el nombre del delegado norteamericano general Horacio Porter, establece el compromiso de no recurrir a la fuerza contra un país deudor, salvo que éste no acepte la solución del conflicto mediante el arbitraje. *Vid*: Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, *op. cit.*, p. 846.

⁴ Firmado en París el 27 de agosto de 1928.

⁵ En ese sentido *vid* Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas* (Madrid, 1958), *cit.* por Díez de Velasco, *Instituciones...*, *op. cit.* p. 848.

⁶ Resolución AG 2625 (XXV), adoptada el 24 de octubre de 1970.

⁷ *Caso sobre las Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua*, Sentencia del 27 de junio de 1986, párrafo 188.

⁸ *Ibid.*

⁹ Grupo armado de resistencia nicaragüense creado en 1981, con financiamiento estadounidense. Luchaba contra la revolución comunista impuesta por el Frente Sandinista de Liberación Nacional.

¹⁰ Cf. *Caso sobre las Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua*, Sentencia del 27 de junio de 1986, párrafo 228.

¹¹ Corte Internacional de Justicia, *Caso del Canal de Corfú*, Reino Unido de Gran Bretaña vs. Albania - Méritos, sentencia del 9 de abril de 1949, p. 32.

¹² Fabián Novak Talavera y Luis García-Corrochano Moyano, *Derecho Internacional Público*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p. 27.

¹³ Como Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*, (Madrid: Tecnos, 1994), p. 327.

¹⁴ Alejandro Rodríguez Carrión, *Uso de la Fuerza por los Estados. Interacción entre política y derecho: Algunos problemas*, (Málaga: Organización Sindical, 1974), p. 56.

¹⁵ Díez De Velasco, *Instituciones...*, *op. cit.*, p.851.

¹⁶ *Vid* Carrillo Salcedo, *op. cit.*, p. 328.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *Caso Concerniente a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua - Méritos*, Sentencia del 27 de junio de 1986, párrafo 195.

¹⁹ *Ibid*, párrafo 232.

²⁰ Antonio Remiro Brotóns *et al.*, *Derecho Internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), p. 921.

²¹ *Ibid*, p. 922-923.

²² *Ibid*, p. 922.

²³ Corte Internacional de Justicia, *Reports*, 1986, párrafo 237.

²⁴ Esta es la postura doctrinal dominante, “puesto que no se puede privar a ningún Estado de su derecho de legítima defensa hasta que otra entidad le asegure eficazmente su protección” (*Vid.* Fabian Novak y Luis García-Corrochano, *op. cit.*, p. 41.)

²⁵ Akehurst, Michael, *Introducción al derecho internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 317.

²⁶ Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁷ La Carta de las Naciones Unidas, Artículo 41, otorga al Consejo de Seguridad las facultades para “decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas”.

²⁸ *Cf.* Yves Sandoz *et al.*, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, tomo II, (Bogotá: CICR, Plaza & Janés, 2000), p. 87.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Resolución CS 232 (1966), aprobada en la 1340ª sesión, de 16 de diciembre de 1966.

³² Carrillo Salcedo, *op. cit.*, p. 32.

³³ Michael B. Akehurst, “Civil war”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I (1992), p. 597.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Remiro Brotons, *op. cit.*, p. 129.

³⁶ Tore Modéen, “Aaland Islands”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I (1992), p. 2.

³⁷ Remiro Brotons, *loc. cit.*, p. 129.

³⁸ Malcom N. Shaw, *International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 177.

³⁹ Pablo César Revilla Montoya, “Chechenia: ¿Separatismo, terrorismo o libre determinación de los pueblos?”, *Revista de Investigación Jurídica Docentia et Investigatio*, Lima, vol. 7, N° 1, (noviembre 2005), p. 191.

⁴⁰ Herman Mosler, “Subjects of International Law”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV (2000), p. 724.

⁴¹ *Cf.* Julio Barberis, *et al.*, *Sujetos del Derecho Internacional*, (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998), p. 116

⁴² *Cf.* Daniel Thürer, “Self-determination”, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV (2000), p. 369. El autor afirma que la autodeterminación como principio tiene alcance universal, y debe ser desarrollado en el sentido del proceso continuado de la autonomía interna, es decir, gobierno democrático y la protección de minorías (étnicas) dentro de Estados existentes.

⁴³ Remiro Brotons, *op. cit.*, p. 129.

Sobre el autor

Pablo César Revilla Montoya



Pablo César Revilla Montoya es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. En el ámbito gubernamental se ha desempeñado en el Congreso de la República de Perú como asesor de la Comisión de Relaciones Exteriores y de la Comisión Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo, y como asesor de la Dirección General de Educación y Doctrina del Ministerio de Defensa.

Como docente, su trayectoria se ha desarrollado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Tecnológica del Perú, Universidad Alas Peruanas en pregrado y en la Universidad Científica del Perú en la Sección de Postgrado.

Es autor del libro “Temas Controvertidos del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales” y ha participado en la redacción de obras colectivas como “Aspectos Jurídico-Políticos de la Guerra de Iraq”, editado en México; y los libros “Derecho Parlamentario” y “Los Derechos Humanos en el Perú y el Mundo Globalizado”, editados en Lima. También ha publicado diversos en Perú y México.

El profesor Revilla Montoya es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con un Máster en Relaciones Internacionales y Comercio, Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres y es egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Sumario

Introducción;

1. *Fundamentación Jurídica;*
2. *Principios de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP);*
3. *Clases de Operaciones de Mantenimiento de la Paz;*
4. *Evolución de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz;*
5. *Informe del Grupo Especial sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas (Informe Brahimi);*

Conclusiones



**Pablo César
Revilla Montoya**

Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz

Introducción

Terminada la Segunda Gran Guerra del Siglo XX, el mundo no se vio libre de conflictos armados. Muchos Estados fueron víctimas de agresiones o de conflictos internos que se internacionalizaron. En ese contexto, las Naciones Unidas (ONU) debieron actuar para cumplir con su función de mantener la paz internacional, sin embargo la Guerra Fría paralizaba cualquier acción en conjunto.

Las Operaciones de Mantenimiento de La Paz (OMP), como reconoció el ex Secretario General de las Naciones Unidas, U'Than, no son acciones colectivas contra una agresión comprendida en el capítulo VII de la Carta de la ONU, sino que su naturaleza está más cerca de una acción protectora y preventiva que de una acción militar represiva.¹

Finalmente, una OMP no es más que un *mecanismo* por el que las Naciones Unidas ejercen su función de mantenimiento de la paz.²

Como ya se ha dicho, “el mantenimiento de la paz es un concepto inventado por las Naciones Unidas que ha permitido llevar una medida de estabilidad a numerosas zonas de tensión en todo el mundo”³.

En ese sentido, en este curso esbozaremos la fundamentación jurídica, los principios, las clases y la evolución de las OMP.

Fundamentación Jurídica

A pesar que no existe basamento jurídico explícito que regule las OMP en la Carta de la ONU, su práctica se ha vuelto bastante, común ya que desde 1948 se han llevado a cabo más de 60 de ellas y 16 actualmente se encuentran en curso.

En tal respecto, estudiaremos las OMP desde la práctica del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de la ONU, confrontándolo con la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

1.1. Propósitos de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas, Artículo 1, párrafo 1 prescribe entre los propósitos de la ONU:

Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz [...]

Para algunos autores⁴ el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, primer propósito de las Naciones Unidas, es un elemento constitucional del orden internacional y sirve de fundamento a las OMP.

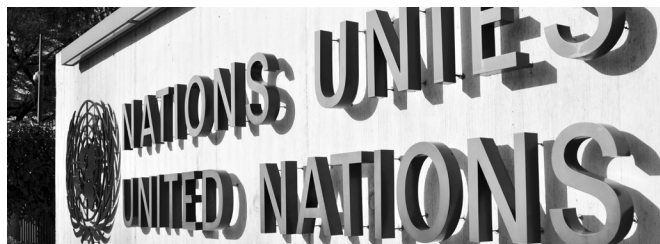
Como expone Degni-Ségui, “el propósito principal al cual el Consejo [de Seguridad] tiende a subordinar todos los otros propósitos y principios es el mantenimiento de la paz. Todos ellos entonces se reducen a ese propósito y ese propósito justifica todo. Al límite, todos los medios son buenos para preservar, mantener o restablecer la paz”⁵.

Por otro lado, la Carta de la ONU, Artículo 24, párrafo 2, indica que el Consejo de Seguridad, principal propulsor de las OMP, “procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”, de allí la importancia de ellos en el accionar del Consejo.

1.2. Funciones del Consejo de Seguridad

El Capítulo V de la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 24, referido a las funciones y poderes del Consejo de Seguridad prescribe que:

1. *A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.*
2. *En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII.*



Citar este artículo es importante, ya que de él se desprenden dos aspectos fundamentales: la Función y Poderes del Consejo de Seguridad, es decir el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Las OMP son un medio por el que las Naciones Unidas cumplen su función de mantenimiento de la paz, asimismo, están subordinadas a los propósitos y principios incluidos en la Carta de la más importante organización mundial.

En ese sentido, como “las OMP tienen que estar subordinadas a los Propósitos y Principios, luego no pueden ir contra ninguno de ellos, lo que justifica la base constitucional de las OMP en los Propósitos y Principios”⁶ de las Naciones Unidas.

Como afirma Fernández, “las OMP suponen un instrumento útil para la amortiguación de las crisis

internacionales que [...] se han extendido a la pacificación de conflictos internos y a la creación de condiciones de paz. Pero siempre sobre la base del consentimiento”⁷.

El capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas establece competencias tanto al Consejo de Seguridad como a la Asamblea General sobre la solución pacífica de controversias que sean susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.

De acuerdo con el artículo 33 de la Carta de la ONU, el Consejo tiene la competencia de instar a las partes a que arreglen sus controversias con los medios que allí se enumeran. De allí que: la exigencia que establece este artículo para que el Consejo de Seguridad pueda instar a las partes al arreglo pacífico de sus controversias se sitúa en el hecho de que la controversia sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Por tanto, para ejercer

sus competencias, el Consejo primero debe determinar si la continuidad de una controversia o situación es susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.⁸

Asimismo, el Consejo de Seguridad tiene la potestad de investigar una controversia o situación como lo prescribe la Carta de las Naciones Unidas, artículo 34 concordado con el artículo 29 que otorga la potestad al Consejo de creación de organismos subsidiarios necesarios para el desempeño de sus funciones.

Finalmente, el Consejo de Seguridad podrá, en virtud del artículo 36 de la Carta, recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados. Por tanto, como bien lo ha mencionado Fernández: “En el marco procedimental de las competencias del Consejo de Seguridad, las OMP son más que un procedimiento o método de ajuste establecido por el Consejo, para llevar a la práctica lo que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia. He aquí el origen del consentimiento de las partes en las OMP y su naturaleza”.⁹

Cabe preguntarse si el capítulo VII puede ser incluido como base constitutiva de las OMP. En vista de que no

existe ninguna referencia en la Carta de la ONU que suministre una base legal a las OMP, para responder esta interrogante tendremos que citar al ex Secretario de la Organización de las Naciones Unidas, Dag Hammarskjöld, que en la década de 1960’s las describió como el “Capítulo Seis y Medio”¹⁰.

El único artículo del Capítulo VII de la Carta, que puede servir de base de alguna OMP es el 40, ya que implica una previa aceptación de las Partes:

A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.¹¹

Observamos que cuando en una situación específica el Consejo insta a las partes a que acepten una OMP como medida provisional “se está previniendo o amortiguando el conflicto, que es la misión principal de las Naciones Unidas”¹².



1.3. Funciones de la Asamblea General

La Carta de las Naciones Unidas, Artículo 24, menciona que el Consejo de Seguridad tiene la función primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

En otras palabras, “el Consejo de Seguridad no tiene competencia exclusiva en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”¹³, prueba de ello la encontramos en el artículo 10 de la Carta que otorga a la Asamblea General suficientes potestades como para discutir cualquier asunto o cuestiones dentro de los límites de la Carta, salvo lo dispuesto en el artículo 12¹⁴. De allí que el papel de la Asamblea General sea también importante en el cumplimiento de dicha función.

Es decir, la Asamblea General puede *discutir* pero no *recomendar* si el Consejo de Seguridad ya está desempeñando las funciones asignadas, tal como lo indica el Artículo 12.

Sin embargo, otros artículos de la Carta hacen referencia a los poderes de la Asamblea General para participar en la solución de controversias, fundamento para la creación de OMP. Tal es el caso del Artículo 11 párrafo 2, el Artículo 14 y el 35.

A pesar que la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 11 párrafo 2, indica que “toda cuestión [que ponga en peligro la paz y seguridad internacionales] con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla”, se debe interpretar “que es posible que la acción la tome la Asamblea General y después la refiera al Consejo para que éste ejecute dicha acción o vigile su cumplimiento”¹⁵.

La Asamblea General tiene la potestad de recomendar medidas de arreglo pacífico incluso cuando éstas no pongan en peligro la paz y seguridad internacionales, como lo indica la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 14 y Artículo 35.

“La Asamblea General tiene la potestad de recomendar medidas de arreglo pacífico incluso cuando éstas no pongan en peligro la paz y seguridad internacionales.”

Entonces podemos deducir del articulado, que la Asamblea General podría recomendar la creación de una OMP.

Por otro lado, hay que recordar que han existido iniciativas, desde el mismo sistema de Naciones Unidas, para verificar el alcance de las OMP. Tal es el caso de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Ciertos Gastos de la Organización (1962). Como consecuencia de ello se creó un Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz¹⁶ que continúa operando.

Los informes de este Comité Especial han sido de tal importancia que la Asamblea General constantemente ha reiterado que continúe con su labor y otras veces que analice concretamente algunas OMP creadas por el Consejo de Seguridad.

Un significativo avance en el análisis de las OMP lo dio el ex Secretario General de la ONU Boutros Boutros-Ghali al presentar su Informe “*Un Programa de Paz: Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*”, cuya preparación se dio de conformidad con la declaración aprobada el 31 de enero de 1992, en la Reunión de la Cumbre del Consejo de Seguridad, invitando al Secretario General a realizar dicho informe, para que sea presentado a los Miembros de la Organización, antes del 1 de julio de 1992¹⁷.

La Asamblea General acogió con agrado la presentación del Informe indicando que los conceptos y propuestas contenidos en él deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de la Carta, en particular sus propósitos y principios. Asimismo, recordó su resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, en cuyo anexo figura la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y su resolución 43/51, de 5 de diciembre de 1988, en cuyo anexo figura la Declaración sobre la prevención y la eliminación de controversias y de situaciones que puedan amenazar la paz y la seguridad internacionales y sobre el papel de las Naciones Unidas en esa esfera.¹⁸

Por otro lado, la Asamblea General, en otra resolución, pone de relieve que:

Todo despliegue de operaciones de mantenimiento de la paz debe ir acompañado, según convenga, por el aumento de gestiones políticas coordinadas por los Estados interesados, las organizaciones regionales y las propias Naciones Unidas como parte del proceso político para el arreglo pacífico de situaciones de crisis o conflicto de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta.¹⁹

1.4. El Secretario General

La Carta de las Naciones Unidas, Artículo 7, párrafo 1, prescribe que:

Se establecen como órganos principales de las Naciones Unidas: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional de Justicia y una Secretaría.

Este artículo pone en el mismo nivel a la Secretaría con el Consejo de Seguridad o la Asamblea General, ya que la contempla como órgano principal de la Organización. Pero eso no significa que tengan las mismas funciones.

Las funciones de la Secretaría se encuentran reguladas en el Capítulo XV de la Carta. Precisamente, la Secretaría

está compuesta de un Secretario General y del personal que requiera la organización²⁰. Como “el personal de la Secretaría será nombrado por el Secretario General”²¹, se deduce que el Secretario General es el responsable de la Secretaría.

Por otro lado, la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 99, “confiere al Secretario General autoridad y responsabilidad comparables a los Estados Miembros”²², al señalar lo siguiente:

El Secretario General podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Ahora bien, “el Secretario General claramente puede, bajo su propia autoridad, investigar asuntos para determinar si debe ejercitar sus poderes bajo el Artículo 99”²³ de la Carta.

La importancia del Secretario General para las OMP radica tanto en su capacidad de investigar como en su capacidad para administrarlas.

Como afirma Schwebel, “está generalmente acordado que el Secretario General no puede establecer fuerzas de operaciones de mantenimiento de

la paz sin autorización expresa de un órgano político. Este consenso general, sin embargo, no existe con respecto a las varias responsabilidades que pueden ser ejercitadas por el Secretario General una vez que una operación existe”²⁴.

“Una OMP es un órgano subsidiario que puede ser creado tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad en vista a los poderes de mantenimiento de la paz que la Carta les ha otorgado .”

1.5. Establecimiento de Organismos Subsidiarios

Ya hemos mencionado que la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 7 párrafo 1, enumera los órganos principales de la Organización. El párrafo 2 de dicho artículo menciona que se podrán establecer, de acuerdo con las disposiciones de la Carta, los órganos subsidiarios que se estimen necesarios.

Los artículos 22 y 29 de la Carta indican respectivamente que la Asamblea

General y el Consejo de Seguridad podrán establecer los organismos subsidiarios que estimen necesarios para el desempeño de sus funciones.

Entonces, del articulado se infiere que una OMP es un órgano subsidiario que puede ser creado tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad en vista a los poderes de mantenimiento de la paz que la Carta les ha otorgado y que ya hemos estudiado.

Asimismo, se afirma²⁵ que el Secretario General también puede crear como órgano subsidiario una OMP fundamentado en el Artículo 99 y por ser cabeza visible de la Secretaría, órgano principal de la ONU.

Lamentablemente, no ha habido consenso en este sentido ya que algunos Estados, especialmente la ex Unión Soviética, no han aceptado la creación de OMP por el Secretario General sin autorización del Consejo de Seguridad a pesar que las Partes involucradas lo soliciten²⁶.

Mientras no exista voluntad política para que el Secretario General pueda ejercer libremente sus funciones, seguirá existiendo este entrampamiento.

A pesar que “la contribución del Secretario General [en el mantenimiento de la paz] radica en la relación de confianza y cooperación establecida entre él y los órganos deliberantes de las Naciones Unidas”²⁷, la “Unión Soviética ha persistido con el paso de los años y con un poco de éxito, en tratar de constreñir la autoridad del Secretario General, particularmente en las operaciones de mantenimiento de la paz”²⁸.

Con el Fin de la Guerra Fría se esperaba que la situación cambie, sin embargo situaciones complejas de política internacional enfriaron el cambio.

1.6. Resolución *Unión Pro Paz* (1950)

La Resolución Unión Pro Paz es consecuencia de la parálisis del Consejo de Seguridad durante la Guerra de Corea de 1950.

Recordemos que la Península de Corea había sido oficialmente un protectorado Japonés hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, luego de ello tanto la Unión Soviética (URSS), al norte, como Estados Unidos (EEUU), al sur, habían ocupado el territorio con el fin de que se independice u obtenga soberanía.

Sin embargo, hacia 1950 sólo en Corea del Sur se habían llevado a cabo elecciones democráticas con la ayuda de Naciones Unidas²⁹, que para ese entonces ya había creado la Comisión para Corea (UNCOK)³⁰, para que preste sus buenos oficios para lograr la unificación de Corea.

El 25 de junio de 1950, la UNCOK comunicó al Secretario General la invasión de Corea del Sur por Corea del Norte, el Consejo de Seguridad se reunió aprovechando la ausencia soviética³¹, determinando que dicha invasión constituía un quebrantamiento a la paz³² y decidió medidas³³ que supusieron más tarde la intervención militar.³⁴

Ante la complicada situación, la URSS retomó su asiento en el Consejo de Seguridad y empezó a utilizar su derecho al veto paralizando así el accionar del Consejo de Seguridad.

En ese contexto, y por iniciativa de EEUU, la Asamblea General adoptó la *Resolución Unión Pro Paz*³⁵ con una abrumadora aceptación tomando en cuenta que sólo la URSS, Bielorrusia, Checoslovaquia y Polonia votaron en contra, y sólo Argentina e India se abstuvieron.

En la Parte A de la Resolución Unión Pro Paz, la Asamblea General:

Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales. De no estar a la sazón reunida, la Asamblea General puede reunirse en período extraordinario de sesiones de emergencia dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud al efecto. Tal período extraordinario de sesiones de emergencia será convocado si así lo solicita el Consejo de Seguridad por el voto de siete cualesquiera de sus miembros³⁶, o bien la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas.

Tres son los temas que nos interesan, que se derivan de esta resolución. El primero es cómo interpretar la “falta de unanimidad” de los miembros

permanentes del Consejo de Seguridad. El segundo es el establecimiento de una OMP basada en esta resolución. El tercer tema es la legalidad del uso de la fuerza por la Asamblea General como consecuencia de esta resolución.

La Resolución Unión Pro Paz indica que “por falta de unanimidad entre [los] miembros permanentes” del Consejo de Seguridad, “la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto”. Nos preguntamos si esa “falta de unanimidad” implica sólo el veto de algunos de los miembros permanentes.

Para algunos autores, la “falta de unanimidad” implica no sólo el veto, sino también que “no se obtenga la mayoría de nueve votos o porque la cuestión no haya sido ni siquiera inscrita en el orden del día del Consejo”³⁷, y yo agregaría la demora en la adopción de la Resolución.

Ahora bien, nos preguntamos si una vez asumida la responsabilidad de mantener la paz y seguridad internacionales por la Asamblea General, ésta podría establecer una OMP en base a la Resolución Unión Pro Paz.

Creemos que sí siempre y cuando cuente con el consentimiento de las Partes. Inclusive, esta Resolución

otorga poderes suficientes para que la Asamblea General retome un tema que el Consejo de Seguridad estaba viendo, como el establecimiento de una OMP.

Finalmente, el tercer tema que nos interesa analizar y que se deriva de la Resolución Unión Pro Paz es el de la legalidad del uso de la fuerza por parte de la Asamblea General como consecuencia de la aplicación de dicha resolución.

La Asamblea General también tiene como función la solución pacífica de controversias internacionales. Así, la Carta de la ONU, artículo 11 párrafo 2, prescribe con relación al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que “[...] toda cuestión de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla”.

La Corte Internacional de Justicia se pronunció en su opinión consultiva sobre Ciertos Gastos de las Naciones Unidas (1962), considerando a la palabra “acción” como “acciones coercitivas”³⁸ solamente. Es decir, que sólo se tendrían que enviar al Consejo de Seguridad las situaciones que requieran medidas coercitivas.

Entonces, la Resolución Unión Pro Paz contradeciría los mandatos derivados de la Carta, en el sentido de la adopción de medidas colectivas que impliquen el uso de fuerzas armadas. Empero, en la práctica, la Asamblea General nunca utilizó la Resolución Unión Pro Paz para recomendar el uso de la fuerza armada.

La primera vez que fue invocada la Resolución Unión Pro Paz, para el establecimiento de una OMP, fue con ocasión de la crisis del Canal de Suez³⁹, en 1956. Tras entrapamiento de las discusiones en el Consejo de Seguridad, Yugoslavia sugiere la aplicación de la Resolución 337(V).

El Reino Unido y Francia objetaron que la resolución fue invocada incorrectamente, pero sus objeciones fueron invalidadas. La Unión Soviética fue uno de los países que votó por la resolución convocando a sesión extraordinaria de sesiones de emergencia de la Asamblea General⁴⁰. Varias resoluciones fueron aprobadas en la sesión especial de emergencia de la Asamblea General⁴¹, facilitando la retirada de tropas extranjeras de la zona y estableciendo la fuerza de emergencia de Naciones Unidas en Egipto.⁴²

1.7. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia: Ciertos Gastos de las Naciones Unidas (20 de Julio 1962)

Esta Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia se dio como consecuencia de la inacción de la Asamblea General ante la crisis económica de la Organización.

Tras la independencia del Congo Belga, tuvo lugar la proclamación de la independencia de Katanga, región rica en minerales. Gracias a la intervención de la ONU, el país se estabilizó. Estando ya desplegada una OMP en el Congo (ONUC)⁴³, ante la parálisis del Consejo de Seguridad, se aprobó la Resolución 157(1960), del 17 de septiembre de 1960, en la que se convoca a Asamblea General para un período extraordinario de sesiones de emergencia, según lo previsto en la Resolución 377A(V) (Resolución Unión Pro Paz).

La Asamblea General tampoco pudo tomar decisión importante y dejó al Secretario General que se ocupe del asunto, sin embargo, éste ni desautorizó ni paralizó la OMP. El sistema estaba estancado no sólo por la inacción del Consejo, sino también por la inacción de la Asamblea, lo cual

aunado a la bancarrota financiera de la Organización, habría de crear una crisis de incalculables consecuencias.⁴⁴

Tanto la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (UNEF I)⁴⁵ como la Operación de las Naciones Unidas en el Congo (ONUC) significaban un aumento significativo en los gastos de la ONU. A pesar que la Carta de las Naciones Unidas, Artículo 17 párrafo 2, que indica que “los miembros sufragarán los gastos de la Organización en la proporción que determine la Asamblea General”, “algunos Estados se opusieron a este procedimiento y se negaron a pagar las sumas, por lo tanto, repartirlas a ellos”⁴⁶.

Ante esta situación, la Asamblea General, reconociendo que debe contar con una pauta jurídica autorizada respecto de las obligaciones que impone la Carta a los Estados Miembros en lo que se refiere a la financiación de las operaciones de las Naciones Unidas en el Congo y en el Medio Oriente, decidió solicitar la siguiente opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia:

“¿Constituyen “gastos de la Organización”, en el sentido del párrafo 2 del Artículo 17 de la Carta de las Naciones Unidas, los gastos autorizados en virtud

de las Resoluciones de la Asamblea General 1583 (XV) y 1590 (XV) de 20 de diciembre de 1960, 1595 (XV) de 3 de abril de 1961, 1619 (XV) de 21 de abril de 1961 y 1633 (XVI) de 30 de octubre de 1961 relativas a las operaciones de las Naciones Unidas en el Congo emprendidas en cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad de 14 de julio, 22 de julio y 9 de agosto de 1960 y de 21 de febrero y 24 de noviembre de 1961 y de las resoluciones de la Asamblea General 1474 (ES-IV) de 20 de septiembre de 1960 y 1599 (XV), 1600 (XV) y 1601 (XV) de 15 de abril de 1961, así como los gastos autorizados en virtud de las resoluciones de la Asamblea General 1122 (XI) de 26 de noviembre de 1956, 1089 (XI) de 21 de diciembre de 1956, 1089 (XI) de 27 de febrero de 1957, 1151 (XII) de 23 de noviembre de 1957, 1204 (XII) de 13 de diciembre de 1957, 1337 (XIII) de 13 de diciembre de 1958, 1441 (XIV) de 5 de diciembre de 1959 y 1575 (XV) de 20 de diciembre de 1960 relativas a las operaciones de la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas emprendidas en cumplimiento de las resoluciones de la Asamblea General 997 (ES-I) de 2 de noviembre de 1956, 998 (ES-I) y 999 (ES-I) de 4 de noviembre de 1956, 1000 (ES-I) de 5 de noviembre de 1956, 1001 (ES-I) de 7

de noviembre de 1956, 1121 (XI) de 24 de noviembre de 1956 y 1263 (XIII) de 14 de noviembre de 1958?”⁴⁷

La respuesta de la Corte fue afirmativa, ya que para ella los gastos realizados por la Organización relativos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales son primordiales. Asimismo, “Cuando la organización toma las acciones que justifican la afirmación de que era apropiado para la realización de uno de los propósitos de las Naciones Unidas, la presunción es que tal acción no es *ultra vires*”⁴⁸.

1.8. Teoría de los Poderes Implícitos ante los supuestos actos *ultra vires* de las Organizaciones Internacionales

Las competencias de las organizaciones internacionales son las atribuciones que tienen ellas para realizar sus fines y se derivan de su carta constitutiva. Sin embargo, añade Rodríguez:

“Ningún tratado constitutivo de organización internacional puede pensar nunca en su capacidad para prever *todas* las cambiantes y ricas circunstancias de la realidad internacional; de ahí se debe desprender que en cada momento el tratado constitutivo necesita de una

adaptación de dichas circunstancias cambiantes, adaptación que debe realizarse a la vista de los objetivos originariamente previstos”.⁴⁹

“La necesidad de la vida internacional puede apuntar a la exigencia de que las organizaciones internacionales, para la consecución de sus propósitos, puedan comprender competencias subsidiarias, no expresamente previstas en los instrumentos básicos que rigen sus actividades.”

Como lo hemos mencionado líneas arriba, es el tratado constitutivo el que concede a una organización internacional sus competencias y poderes, sin embargo, éstas no solamente son explícitas, sino también pueden ser implícitas.

Se trata en este último caso de las llamadas *competencias implícitas* que resultan de una concepción teleológica

y no formalista ni restrictiva de las organizaciones internacionales. Se entiende, en efecto, que las organizaciones internacionales no sólo tienen las competencias que expresamente les atribuyan los respectivos tratados instituyentes sino también aquellas *que resulten necesarias* para el ejercicio de las funciones previstas en los tratados fundacionales.⁵⁰

La Corte Internacional de Justicia, en su dictamen del caso de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996), consideraba que las competencias y poderes conferidos a las organizaciones internacionales son normalmente objeto de una formación expresa en el tratado constitutivo. Sin embargo, la necesidad de la vida internacional puede apuntar a la exigencia de que las organizaciones internacionales, para la consecución de sus propósitos, puedan comprender competencias subsidiarias, no expresamente previstas en los instrumentos básicos que rigen sus actividades. Se acepta de forma general que las organizaciones internacionales pueden ejercer tales poderes, llamados implícitos⁵¹.

Entonces podemos deducir que los órganos de las Naciones Unidas pueden establecer OMP en base a

las competencias y poderes implícitos que se derivan de la Carta de la organización. La misma Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre Ciertos Gastos de las Naciones Unidas (1962) lo reconoce.

2. Principios de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP)

Debemos tomar en cuenta que las OMP “son medidas transitorias destinadas a favorecer la solución de los conflictos y cuyo mandato no puede, por tanto, renovarse automáticamente”⁵², en tal sentido deben cumplir con ciertos principios rectores para que sean legítimas y útiles.

El Secretario General Boutros-Ghali incluyó dentro de los principios y las prácticas de mantenimiento de la paz las siguientes:⁵³

- un mandato claro y viable;
- la cooperación de las partes en la ejecución de dicho mandato;

- el apoyo constante del Consejo de Seguridad;
- la buena disposición de los Estados Miembros para aportar el personal militar, de policía y civil necesario, incluidos especialistas;
- mecanismos eficaces de mando de las Naciones Unidas en la Sede y en el terreno, y;
- apoyo financiero y logístico suficiente.

Como hemos mencionado líneas atrás, una OMP no puede ser impuesta, sino que debe ser consentida por las partes interesadas, de allí que se necesite la cooperación de las partes, como menciona Boutros-Ghali: “Sin embargo, debe entenderse que al aceptar la cooperación, implícitamente se da también el consentimiento”⁵⁴.

En un manual del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas se dividen los principios de las OMP en tres áreas bien definidas: los principios universales, los principios tácticos y operacionales, y los principios de conducta.

Los enumeramos en la siguiente tabla:⁵⁵

Tabla 1.
Principios de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz

Principios Universales	Principios tácticos y operacionales	Principios de conducta
• Consentimiento y cooperación • Imparcialidad y objetividad • Uso mínimo de la fuerza • Credibilidad • Negociación y mediación • Unidad	• Transparencia • Coordinación • Enlace • Información • Limitaciones y restricciones • Autosuficiencia • Armamentos • Visibilidad • Movilidad	• Disciplina • Honradez e Integridad • Imparcialidad • Iniciativa • Sensibilidad cultural • Normas de conducta • Relaciones profesionales • Respeto • Confidencialidad oficial • Confidencialidad oficial • Consumo de alcohol • Cuestiones de equiparación de los géneros

Elaborada por el autor en base a los principios del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas (DPKO).

- Otros autores enumeran los principios de la siguiente manera: ⁵⁶

 - Consentimiento y cooperación de las partes interesadas donde se desarrolla.
- Objetivo político claro y mandato preciso sujeto a revisión periódica.
 - Apoyo a un proceso político o a un arreglo pacífico de controversias.

- Imparcialidad en la aplicación de las decisiones de las Naciones Unidas.
- Uso limitado de la fuerza.
- Mecanismos eficaces de mando y apoyo financiero y logístico suficiente.

Lo cierto es que, como las OMP no están normadas en la Carta de las Naciones Unidas, mientras no exista una regulación expresa sobre ellas, los principios se pueden deducir de la práctica internacional. Por ello, a continuación expondremos tanto las clases de OMP así como su evolución en generaciones.

3. Clases de Operaciones de Mantenimiento de la Paz

Existen varias clases de OMP de acuerdo a las circunstancias especiales que se presenten. Sin embargo, a pesar de la división metodológica que a continuación haremos, la práctica no necesariamente es tan estricta. Más adelante veremos que inclusive se pueden dar al mismo tiempo y en un mismo lugar.

3.1. Misiones de Observadores

Este tipo de operaciones de mantenimiento de la paz, llamadas también

*observación de paz*⁵⁷, tienen como antecedente más relevante la práctica de la Sociedad de las Naciones que se deriva del artículo 11 de su Carta Constitutiva, que prescribe que:

*Se declara expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, ya afecte o no directamente a alguno de los Miembros de la Liga, interesa a toda la Liga, y que ésta deberá adoptar las medidas que sean propias a asegurar efectivamente la paz de las naciones.*⁵⁸

“Como las OMP no están normadas en la Carta de las Naciones Unidas, mientras no exista una regulación expresa sobre ellas, los principios se pueden deducir de la práctica internacional.”

Con el advenimiento de las Naciones Unidas el término observación adquiere un significado diferente. Ahora observación implica no sólo la supervisión del cese al fuego, la tregua o el armisticio, sino también al control del personal de la ONU para asegurar un embargo militar o el control de un proceso electoral⁵⁹.

Encontramos ejemplos de operaciones de observación desde el primer despliegue de OMP, que la doctrina denominó misiones de observaciones, como por ejemplo los casos de Indonesia (Indias Orientales Holandesas) 1947⁶⁰ o Palestina 1948⁶¹. Sin embargo, existen otros casos paradigmáticos como el establecimiento por parte del Consejo de Seguridad del Grupo de Observadores de las Naciones Unidas en la Franja de Aouzou (UNASOG) en 1994⁶².

La misión, que fue bastante exitosa, consistía en la observación del cumplimiento del Acuerdo de Surt de 1994⁶³, suscrito entre Libia y Chad para cumplir con la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la disputa territorial de la Franja de Aouzou⁶⁴.

Por otro lado, las OMP de observación no se restringen al ámbito militar; por el contrario, también existen OMP de observación policial, política, civil, que estudiaremos más adelante.

3.2. Fuerzas de Mantenimiento de la Paz o Fuerzas de Interposición

A diferencia de las OMP de “observación”, las fuerzas de mantenimiento de la paz o fuerzas de interposición,

tradicionalmente llevan consigo un armamento más sofisticado, pero defensivo, y son capaces de realizar sus funciones en zonas tan peligrosas como en el mismo campo de batalla.

Si, como era lo habitual en las operaciones de mantenimiento de la paz, de lo que se trataba era de controlar un auténtico cese permanente de hostilidades, en el que además de las actividades propias de los “alto el fuego”, provisionales por definición, citadas antes, las fuerzas de interposición debían establecer una auténtica *zona colchón* o tierra de nadie, en las cuales las fuerzas contendientes deben retirarse de una determinada línea, que suele coincidir con la de la última línea de frente, un número determinado de kilómetros; distancia que debe calcularse en función del alcance del armamento y capacidad de movimiento táctico de cada tipo de unidad.⁶⁵

Las fuerzas de interposición también suelen utilizarse para las denominadas *misiones multifuncionales* o de segunda generación que desde una perspectiva evolutiva estudiaremos más adelante.

White divide a las OMP en Equipos de Observación y Fuerzas de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz⁶⁶. Para dicho autor, “la

observación, la supervisión y la ejecución son las tres etapas posibles de la participación militar de las Naciones Unidas en un conflicto. Los primeros dos envuelven funciones de mantenimiento de la paz⁶⁷.

Sin embargo, para Fernández no se puede hablar de etapas o fases en el campo de las OMP “puesto que éstas tiene que responder a los mismos principios jurídicos, lo único que puede distinguirse es una diferencia en cuanto a la naturaleza de su mandato que estará en función del conflicto y de las características de la situación”⁶⁸.

Como ejemplo de fuerza de interposición podemos encontrar a la primera Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (FENU I) de 1956⁶⁹, que fue establecida para garantizar y supervisar el cese de las hostilidades, causados por la Segunda Guerra Árabe-israelí, desarrollada en Egipto, que incluía la retirada de las fuerzas armadas de Francia, Israel y del Reino Unido, para luego interponerse entre las fuerzas egipcias y las israelíes. La FENU I dio nacimiento a los denominados “cascos azules”.

Otro ejemplo importante lo encontramos en la Misión de Naciones Unidas en el Congo (ONUC) de 1960⁷⁰, que

prefiguró lo que más adelante se les denominaría como Segunda Generación de OMP.

Por causa de los constantes ataques en contra del personal de la ONU en el Congo, el Consejo de Seguridad instó a las Naciones Unidas a que “adoptaran inmediatamente todas las medidas apropiadas para impedir que se produjera una guerra civil en el Congo, inclusive arreglos para la cesación del fuego, la suspensión de todas las actividades militares, la prevención de los choques y el uso de la fuerza, en caso necesario, como último recurso”⁷¹. Asimismo, en esta operación se encargó también de garantizar ayuda humanitaria.

Hay que recordar que estas dos OMP (FENU I y ONUC) dieron lugar a la Opinión Consultiva sobre Ciertos Gastos de las Naciones Unidas (1962), que ya hemos estudiado.

3.3. Operaciones Civiles

A pesar que las OMP no son *meramente* civiles, generalmente necesitan personal tanto militar, civil o policial para cumplir con su misión. Recordemos que las primeras OMP fueron netamente civiles, conformadas por una Comisión Consular⁷² y también por un Comité de Buenos Oficios⁷³.

Hoy en día, el componente civil es bastante visible en las OMP, por las actividades realizadas. Así, una OMP puede administrar un país, organizar o supervisar elecciones, controlar el respeto de los derechos humanos o proteger la ayuda humanitaria necesaria.

4. Evolución de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz

Las OMP han experimentado una sustancial evolución desde su aparición. Sin embargo, su falta de regulación, la Guerra Fría y la desidia de algunos Estados paralizó muchas veces su despliegue o buen funcionamiento.

El acercamiento entre la ex Unión Soviética y Estados Unidos, tras el Fin de la Guerra Fría, conllevó, en gran medida, a que se duplicaran las OMP en el mundo.

El Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas indica que el mantenimiento de la paz es una empresa que ya tiene 50 años y ha evolucionado rápidamente en el último decenio de un modelo tradicional y principalmente militar de observar las cesaciones del fuego y las separaciones de las fuerzas después de guerras entre Estados a un modelo complejo que

incorpora muchos elementos, militares y civiles, que cooperan para establecer la paz en el peligroso interregno que sigue a las guerras civiles.⁷⁴

Finalmente, queremos agregar que algunos autores dividen la evolución de las OMP en Operaciones de Primera Generación y Segunda Generación, otros incluyen una Tercera Generación y otros incluyen hasta una cuarta generación. En los siguientes acápites explicaremos dichos planteamientos.

4.1. Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Primera Generación

La Primera Generación de OMP surge debido a la necesidad de solucionar pacíficamente controversias internacionales.

A pesar de su falta de regulación por la Carta de las Naciones Unidas, se implementó la primera OMP en Indonesia de 1947⁷⁵, cuyas funciones fueron de observación del cese al fuego e incentivar conversaciones con miras a llegar a un entendimiento político, básicamente.

Más adelante, las OMP de Primera Generación encuentran su basamento jurídico en la Resolución Unión Pro Paz, que ya hemos estudiado.

En general, las tareas encargadas a las OMP de primera generación incluían: monitoreo de ceses al fuego; vigilancia de fronteras y mediación entre las partes beligerantes.⁷⁶

Sin embargo, otros autores incluyen además las siguientes características:⁷⁷

- Se envían a solicitud o con aceptación de las partes en conflicto;
- El Consejo de Seguridad les define su mandato y su plazo;
-
- Están dirigidas operativamente por la Secretaría General;
- Su personal y equipo son aportados voluntaria y transitoriamente por Estados miembros y quedan bajo el mando de la ONU. No constituyen una fuerza permanente de la Organización;
- El uso de la fuerza que pueden hacer está limitado a la defensa propia, y, por lo tanto, no incluye la imposición coercitiva del mandato de la operación;
- Se despliegan una vez que se ha alcanzado algún tipo de acuerdo de cese de fuego entre los contendientes;

- El mandato puede ser muy variado: vigilar la separación de las tropas, asistir en la retirada de las facciones, hacer observar el respeto de las líneas fronterizas, supervisar el desarme, patrullar una zona desmilitarizada, etc. De este modo colaboran para evitar una reanudación de las hostilidades, pese a que el conflicto principal puede quedar subyacente y sin solucionar;
- Mantienen una cabal imparcialidad.

Asimismo, debemos tomar en cuenta que en algunos casos, las OMP de la primera generación debían llevarse a cabo por oficiales (misiones de observación llevadas a cabo por oficiales militares desarmados) o fuerzas militares (fuerzas de mantenimiento de la paz) porque interponerse en este sentido es algo más que ponerse en medio. Un alto el fuego no sólo implica comprobar, y en su caso denunciar (que es la *verdadera* esencia de la finalidad de este tipo de operaciones), que los contendientes no se disparan o se atacan, sino además que no realizan ningún tipo de “movimientos tácticos” para ocupar posiciones más ventajosas de las que tenían en el momento del alto el fuego, no realizan

“mejoras tácticas” en las posiciones ocupadas, no establecen nuevos campos de minas ni obstaculizan los que se puedan estar levantando, etcétera. Actividades que parecen exigir el tipo de conocimientos y experiencias típicos de los ejércitos.⁷⁸

Como podemos observar, estas características todavía siguen vigentes en muchas OMP. Es así que, de las 16 OMP que siguen en curso, la mayoría responde a esta tipología.

Por ejemplo, la UNMOGIP (Grupo de Observadores Militares de las Naciones Unidas en la India y el Pakistán, que fue creada en 1949), que supervisa el alto al fuego acordado entre India y Pakistán. Asimismo, la UNFICYP (Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre, que fue creada en 1964), que supervisa el alto al fuego, mantiene la zona de contención y lleva a cabo actividades humanitarias. Finalmente, la UNDOF (Fuerza de las Naciones Unidas de Observación de la Separación, que fue creada en 1974), que supervisa la ejecución del acuerdo entre Siria e Israel sobre el alto al fuego en las alturas del Golán, etc.

4.2. Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Segunda Generación

El fin de la Guerra Fría trajo consigo un nuevo orden mundial y por tanto un reacomodo en las situaciones conflictivas. Es decir, si antes la mayoría de situaciones que devenían en conflictos se encontraban directamente relacionadas con el conflicto Este – Oeste, ahora aparecerían nuevas situaciones derivadas del nacionalismo, los conflictos interétnicos o viejas disputas regionales.

Al mismo tiempo, las soluciones a dichos conflictos, que la sociedad internacional trataba de darles, cobraban una dimensión mucho más compleja que las ya conocidas. Nos referimos entonces a la aparición de las operaciones de mantenimiento de la paz de segunda generación o multifuncionales.

En su Memoria sobre la Labor de la Organización en 1993, el Secretario General de las Naciones Unidas Boutros Boutros-Ghali, señaló que:

En la actualidad, en las operaciones de paz pueden participar prácticamente todos y cada uno de los departamentos

*y funciones establecidos de las Naciones Unidas. No hay duda de que la segunda generación de actividades de mantenimiento de la paz tendrá no sólo dimensiones militares, sino además políticas, económicas, sociales, humanitarias y ambientales, todas las cuales exigirán un enfoque unificado e integrado.*⁷⁹

Se han mencionado entre las razones para la aparición de estas nuevas OMP las siguientes:⁸⁰

- Fin de la Guerra Fría y nueva operatividad del Consejo de Seguridad, reflejada en una casi total ausencia del uso del veto, que ha permitido alcanzar acuerdos respecto a la intervención del organismo en conflictos específicos;
- Conflictos con características inéditas, básicamente de carácter intraestatal, consecuencia de reivindicaciones étnicas y nacionalistas que en algunos casos implicaron el colapso de Estados;
- La disminución de conflictos interestatales en contraposición a conflictos internos. Estos últimos llegaron a alcanzar, en varias ocasiones, una dimensión internacional.

- Conflictos de apariencia irresoluble que requerían acciones decididas para evitar una tragedia humanitaria;
- Grandes expectativas del papel que podían desempeñar las Naciones Unidas, pero sin dotar a este organismo de los recursos necesarios;
- Creciente importancia del respeto a los derechos humanos; y
- Reivindicación del “derecho de injerencia” por parte de los países industrializados.

A priori encontramos que la diferencia sustancia entre las operaciones de primera generación y las operaciones de segunda generación se encuentra en que estas últimas adquieren una dimensión política como “parte integrante de la solución substancial elaborada para solucionar el conflicto”⁸¹.

Las OMP de segunda generación tienen como características la inclusión de personal civil, como observadores de derechos humanos, observadores electorales, expertos en manejo de refugiados y en asistencia humanitaria, entre otros.

Algunos autores⁸² incluyen dentro de las OMP de segunda generación a las denominadas operaciones de *peace enforcement* (operaciones de imposición de la paz), sin embargo no concordamos con dicha apreciación ya que dichas operaciones tienen una distinta naturaleza jurídica. Nos inclinamos más por Cosigli cuando expresa que:

*Los fines perseguidos por estas operaciones de segunda generación no eliminan el componente militar. Por lo general el mismo sigue siendo prioritario, pues se precisa mantener un mínimo de paz y orden para poner en práctica las actividades que hacen directamente a la misión encomendada, pero enfrentan la dificultad de que las fuerzas policiales y de seguridad locales suelen ser inexistentes o padecer graves problemas de operatividad.*⁸³

Sin embargo, no por ello creemos que el uso de la fuerza debe estar contemplado como forma de imponer la paz en esta segunda generación de operaciones de mantenimiento de la paz.

Como ejemplos podemos citar a la Autoridad Provisional de las Naciones Unidas en Camboya (APRONUC)⁸⁴, que organizó las elecciones y la

reconstitución del país en Camboya entre marzo de 1992 y septiembre de 1993. Asimismo, la ONUSAL⁸⁵ que ayudó a El Salvador en el desarme de la guerrilla, a la reinserción social de los insurgentes, a supervisar las elecciones, entre otras cosas.

En la actualidad podemos encontrar a la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO) creada en 1991⁸⁶, cuya misión principal es vigilar la organización de un referéndum en el Sahara Occidental, sin embargo por motivos ajenos a la misión el referéndum todavía no se ha llevado a cabo.

Por su parte, la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC)⁸⁷ que en noviembre de 1999 tenía un mandato de verificación del cese del fuego, adoptó en el 2000 una ampliación de su mandato⁸⁸ convirtiéndola así en una operación de mantenimiento de la paz de segunda generación, ya que el Consejo de Seguridad le atribuyó además competencias de asistencia humanitaria, de desminado, así como facilitador del diálogo nacional, entre otras cosas.

4.3. Operaciones de Mantenimiento de la Paz de Tercera Generación

Para algunos autores existiría una tercera e incluso cuarta generación de OMP, sin embargo, no existe unanimidad doctrinaria. Nosotros entendemos por OMP de tercera generación a aquellas que interactúan con las operaciones de imposición de la paz, es decir, no sólo tienen mandatos multifuncionales, sino que el uso de la fuerza más allá de la legítima defensa es parte de la operación.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que algunas OMP han devenido en operaciones de imposición de paz por las circunstancias particulares. El caso de Somalia es paradigmático ya que cuando en abril de 1992 se creó la Operación de las Naciones Unidas en Somalia I (ONUSOM I)⁸⁹, su mandato era sólo el de supervisar el cese al fuego en Mogadishu y escoltar la entrega de suministros humanitarios.

En agosto de 1992⁹⁰, el Consejo de Seguridad, gravemente alarmado por el deterioro de la situación humanitaria en Somalia, amplió el mandato y autorizó el aumento de los efectivos de la ONUSOM I para que ésta pudiera proteger los convoyes humanitarios y

los distintos centros de distribución en Somalia, que incluían otras ciudades importantes.

Mediante resolución 794 (1992)⁹¹, el Consejo de Seguridad, destacando la necesidad urgente de proporcionar rápidamente asistencia humanitaria en todo el país, autorizó a los Estados Miembros para formar la Fuerza de Tareas Unificada (UNITAF) con el fin de establecer un ambiente seguro para la prestación de asistencia humanitaria, autorizando además con arreglo al Capítulo VII de la Carta, el empleo de “todos los medios necesarios”⁹² para llevar a cabo dicha tarea. La UNITAF trabajó en coordinación con la ONUSOM I para proteger los principales centros de población y garantizar la prestación y distribución de la asistencia humanitaria.

“Entendemos por OMP de tercera generación a aquellas que interactúan con las operaciones de imposición de la paz, es decir, no sólo tienen mandatos multifuncionales, sino que el uso de la fuerza más allá de la legítima defensa es parte de la operación.”

La resolución 794 (1992), “estableció un precedente en la historia de las Naciones Unidas: decidió por primera vez intervenir militarmente por razones estrictamente humanitarias”⁹³.

Tabla 2.
La evolución del mantenimiento de la paz: Los cuatro tipos o “Generaciones” de Operaciones de la ONU.

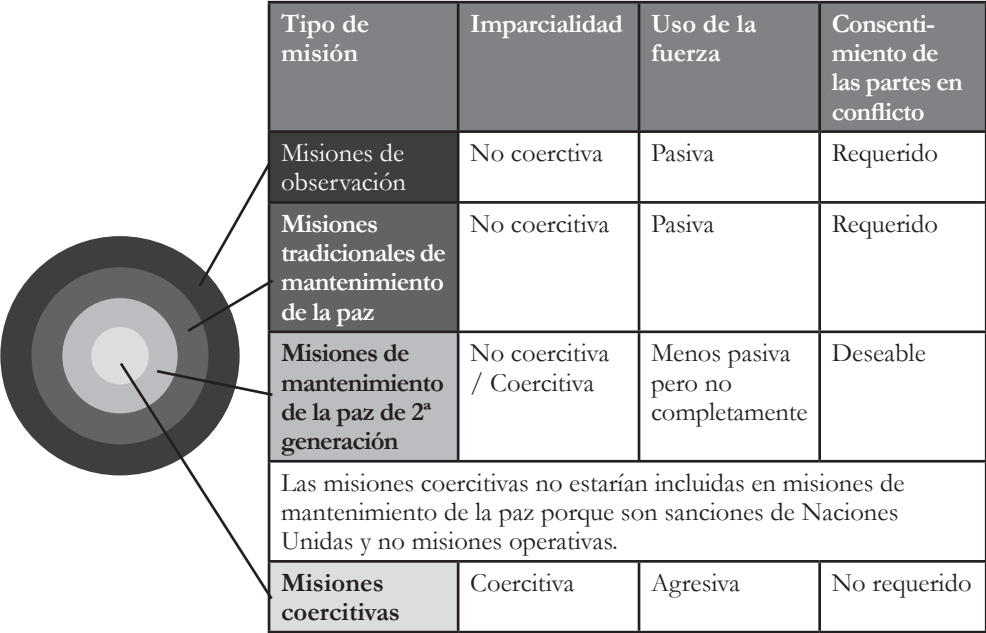
Tipo de Operación	Propósito	Medios y métodos	Ejemplos
Misiones de observación	Determinar si las partes respetan el cese de fuego u otros acuerdos de paz, y asistir en acuerdos locales.	Monitoreo a través de patrullas pie/vehiculares, observación de puestos de control, etc. Generalmente se usan observadores militares de ONU (UNMOs)	UNTSO (1948-) en el Medio Oriente fue la primera misión oficial de su tipo; UNMOGIP (1949-) en Cachemira siguió brevemente.
Fuerzas interposicionales	Prevenir o poner fin al combate entre las partes.	Tropas de mantenimiento de la paz entre combatientes. Uso de patrullas, puntos de control (fijo o móvil), búsquedas, escolta, presencia/fuerza ONU	UNEF (1956-67), entre fuerzas israelíes y egipcias. Primera fuerza de mantenimiento de la paz.

Operaciones multidimensionales	Supervisar o ayudar en la implementación de un acuerdo de paz complejo. Puede envolver desarme, desmovilización y reintegración de ex combatientes, asistencia humanitaria, electoral, DDHH, policía civil, etc.	Todas las anteriores, más protección de áreas de la asamblea y civiles, almacenamiento y destrucción de armas rendidas, escoltas y protección de personal/ instalaciones clave, vigilancia de fuerzas policiales y otras partes del sector seguridad, etc. Militares, policía civil y personal civil.	La operación de ONU en el Congo (ONUC, 1960-64) fue la primera de su tipo; UNTAG (1989-90) en Namibia lideró este tipo de misión; UNTAC (1992-93): en Camboya vio un gran incremento en roles y responsabilidades de la ONU.
	Protección de población vulnerable	Vehículos de asistencia humanitaria, autorización de caminos, planes de evacuación para personas vulnerables, lugares seguros y territorio. Fuerzas militares y policía civil, trabajadores humanitarios, etcetera.	UNPROFOR (1992-95) tuvo la responsabilidad de “Áreas protegidas de la ONU”; trabajaron en cercana cooperación con las agencias humanitarias (ej. UNHCR)

Administraciones transicionales	Gobiernan un territorio durante la transición a la independencia y auto gobierno.	Misiones que cubran los aspectos de la sociedad (militar, legal, educación, saneamiento). Soldados, policías y administradores de todos los tipos.	UNMIK (1999-) en Kosovo y UNTAET (1999-2002). Primero UN-TEA (1962-63) en Nueva Guinea Oeste (Indonesia)

Fuente: Traducido por el autor de A. Walter Dorn, “Blue Sensors: Technology and Cooperative Monitoring in UN Peacekeeping”, Cooperative Monitoring Center Occasional Paper 36, SAND 2004-1380, Sandia National Laboratories (SAND), Abril 2004, p. 13.
 <[http:// www.cmc.sandia.gov/links/cmc-papers/sand2004-1380.pdf](http://www.cmc.sandia.gov/links/cmc-papers/sand2004-1380.pdf)>

Figura 1.
El espectro de las Misiones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas.



Fuente: Elaborado por el autor en base a Yuko Kurashina, “Peacekeeping participation and identity changes in the Japan self-defense forces: military service as ‘dirty work’”, Digital Repository at the University of Maryland, 2005, p. 17.
 <<http://drum.lib.umd.edu/bitstream/handle/1903/2967/umi-umd-2760.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

El caso de Haití (2004), es bastante particular, ya que nace como consecuencia de una intervención militar de Naciones Unidas mediante la denominada Fuerza Multinacional Provisional (FMP)⁹⁴, que actuó como fuerza de avanzada ante la crisis que se había agudizado.

La creación de la Fuerza Multinacional Provisional en Haití, por el Consejo de Seguridad, fue resultado de una serie de hechos que ocasionaron un deterioro de la situación política, humanitaria y de seguridad en el Estado más pobre de América. Como la situación en Haití seguía constituyendo una amenaza a la paz y la seguridad en la región y actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, mediante su Resolución 1542 (2004), de 30 de abril de 2004, decidió establecer la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití, que más que una OMP es una operación de imposición de la paz.

Lo particular de esta operación es que combina en su mandato funciones tanto de imposición de la paz, como el uso de la fuerza, con funciones de OMP asistencia humanitaria, asistencia electoral, reforma policial, promover y proteger los derechos humanos, entre otras cosas.

5. Informe del Grupo Especial sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas (Informe Brahimi)

Siendo Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan convocó, el 7 de marzo de 2000, a un grupo de alto nivel, para que realizara un examen a fondo de las actividades de las Naciones Unidas relativas a la paz y la seguridad y formulara un conjunto claro de recomendaciones específicas, concretas y prácticas para ayudar a las Naciones Unidas a llevar a cabo esas actividades en el futuro.⁹⁵

El “Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas” o Informe Brahimi⁹⁶ fue presentado el 21 de agosto de 2000 ante la Asamblea General.

El informe, a modo de introducción, nos recuerda que “las Naciones Unidas fueron fundadas, como se declara en la Carta, para preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra”⁹⁷, sin embargo, “en el último decenio, en reiteradas oportunidades, las Naciones Unidas no han estado a la altura de este desafío, ni pueden estarlo hoy en día”⁹⁸. Ya que para llevar a cabo

una OMP se necesita apoyo político, financiero y operacional de los Estados Miembros de la Organización.

Por otro lado, el informe hace patente que a partir de los años 90 “las Naciones Unidas han tendido a desplegarse en situaciones en que el conflicto no ha terminado en la victoria de ninguna de las partes: se puede haber llegado a un callejón sin salida desde el punto de vista militar, o la presión internacional puede haber detenido las hostilidades. Pero en todo caso, los conflictos no están terminados”⁹⁹.

En otras palabras, el despliegue de una operación de Naciones Unidas serviría para crear una situación posconflicto que pasa de lo militar a lo político. Sin embargo, las Naciones Unidas tienen que hacer frente a dos problemas importantes: la acción de los “saboteadores”¹⁰⁰ y la posible incapacidad de las autoridades locales de hacer frente el conflicto interno.

Acertadamente, el Informe advierte que “la cooperación de las autoridades locales adquiere una importancia crítica para determinar el éxito [o fracaso] de una operación de paz”¹⁰¹.

Asimismo, es importante para el éxito de una OMP la coordinación continua

entre el personal de mantenimiento de la paz con el de consolidación de la paz; cuando las operaciones de paz complejas se despliegan en el terreno, incumbe a su personal mantener un clima local de seguridad para la consolidación de la paz e incumbe al personal de consolidación de la paz la tarea de apoyar los cambios políticos, sociales y económicos que crean un ambiente seguro que pueda autopetpetuarse.

Las fuerzas de mantenimiento de la paz podrán retirarse fácilmente sólo si se crea este ambiente, mientras que los encargados de la consolidación de la paz tal vez no puedan funcionar sin el apoyo del personal de mantenimiento de la paz.¹⁰²

Por otro lado, el Informe expone que se hace necesario un cambio en la estrategia de prevención de conflictos y hace suyas las recomendaciones del Secretario General relativas a la prevención de conflictos que figuran en el Informe del Milenio¹⁰³:

Cada una de las medidas adoptadas para reducir la pobreza y lograr un crecimiento económico de base amplia es un paso adelante en pos de la prevención de los conflictos. En muchos casos de conflicto interno, “la pobreza corre pareja con profundas diferencias

étnicas o religiosas” cuando los derechos de las minorías “no se respetan lo suficiente [y] las instituciones de gobierno no incluyen debidamente a todos los grupos de la población”. Por consiguiente, en tales casos hay que adoptar estrategias de prevención a largo plazo “para promover los derechos humanos, proteger los derechos de las minorías e instituir mecanismos políticos en que estén representados todos los grupos [...] Es necesario que cada grupo se convenza de que el Estado pertenece a todos”.¹⁰⁴

En tal orden de ideas, el Informe indica que “el fondo de la cuestión de la prevención [de conflictos] a corto plazo está en el recurso a misiones de determinación de los hechos y otras iniciativas clave del Secretario General”¹⁰⁵. Asimismo, el Grupo “hace hincapié en las obligaciones que tienen los Estados Miembros, en virtud del apartado 5) del Artículo 2 de la Carta, de prestar ‘toda clase de ayuda’ a estas actividades de las Naciones Unidas”¹⁰⁶.

En relación a la consolidación de la paz, el Informe indica que, en primer lugar:

Todas las operaciones de mantenimiento de la paz se les debe dar la capacidad de mejorar claramente las vidas de las

*personas [...] El jefe de la misión debe tener autoridad para aplicar un pequeño porcentaje de los fondos de la misión en “proyectos de efecto inmediato” dirigidos a producir mejoras reales en la calidad de la vida, a fin de contribuir a establecer la credibilidad de una nueva misión.*¹⁰⁷

Asimismo, son necesarias unas elecciones libres e imparciales que:

*Deben considerarse parte de esfuerzos más amplios para fortalecer las instituciones de gobierno. [...] Las elecciones necesitan el apoyo de un proceso más amplio de democratización y consolidación de la sociedad civil que incluya una administración civil eficaz y una cultura de respeto a los derechos humanos fundamentales, sin lo cual las elecciones se limitan a ratificar una tiranía de la mayoría o a derrocarla por la fuerza una vez que se haya marchado la operación de paz.*¹⁰⁸

El Informe contiene un cambio en la doctrina del uso de la policía civil y los aspectos del respeto del imperio de la ley, es decir:

Los instructores de policía civil de las Naciones Unidas no son consolidadores de la paz si se limitan a documentar —o a intentar desalentar con su presencia— comportamientos abusivos o

inaceptables en cualquier otro sentido de los oficiales de la policía civil: es ésta una perspectiva tradicional y limitada de las capacidades de la policía civil. En la actualidad, las misiones pueden requerir que la policía civil se encargue de reformar, capacitar y reestructurar las fuerzas locales de policía [...], y además tener la capacidad de responder con eficacia a situaciones de desorden civil, y tener capacidades de autodefensa. Cuando las misiones de consolidación de la paz lo requieran, es necesario disponer de suficientes expertos judiciales internacionales, expertos penales, especialistas en derechos humanos y policías civiles para fortalecer las instituciones jurídicas. Cuando la justicia, la reconciliación y la lucha contra la impunidad lo requieran, el Consejo de Seguridad debe autorizar a estos expertos, así como a los investigadores penales y especialistas forenses pertinentes, a que prosigan la labor de detención y enjuiciamiento de las personas acusadas de crímenes de guerra en apoyo de los tribunales penales internacionales de las Naciones Unidas.¹⁰⁹

Finalmente, el Informe indica que se debe llevar a cabo un programa de reconciliación nacional de las comunidades que salen de un conflicto, así como programas de desarme, desmovilización y reintegración¹¹⁰ de los ex combatientes.

Con relación a los principios básicos del mantenimiento de la paz, el Informe subraya que el consentimiento de las partes locales, la imparcialidad y el uso de la fuerza únicamente en legítima defensa deben seguir siendo los principios fundamentales¹¹¹; no obstante, la experiencia demuestra que:

En el contexto de las operaciones modernas de paz relacionadas con conflictos intraestatales o transnacionales, las partes locales pueden manipular el consentimiento de diversas maneras. Una parte puede dar su consentimiento a la presencia de las Naciones Unidas simplemente con el fin de ganar tiempo para reorganizar sus fuerzas y retirarlo cuando la operación de mantenimiento de la paz deje de servir para sus propósitos, o puede tratar de restringir la libertad de circulación de los integrantes de la operación, adoptar una política de incumplimiento sistemático de las disposiciones de un acuerdo o retirar por completo el consentimiento. Además, independientemente del empeño que demuestran los líderes de las partes en conseguir la paz, las fuerzas combatientes pueden estar sometidas a un control mucho menor que los ejércitos convencionales [...] y dividirse en facciones cuya existencia e incidencia no se previeran en el acuerdo de paz con arreglo al cual funciona la misión de las Naciones Unidas.¹¹²

Por tales razones, el Informe recomienda, para hacer frente a estos problemas, que “las unidades militares de las Naciones Unidas puedan defenderse, defender a otros componentes de la misión y al mandato de ésta, no deben limitar la acción de los contingentes a respuestas proporcionales sino que deben prever réplicas que sirvan para silenciar una fuente de fuego mortífero”¹¹³.

Precisamente porque existen en la práctica esos problemas mencionados líneas arriba, el principio de imparcialidad, según el informe, debe significar “el cumplimiento de los principios de la Carta y de los objetivos de un mandato basado en esos principios. Ese tipo de imparcialidad no equivale a neutralidad ni a igualdad de tratamiento de todas las partes, en todos los casos, en todo momento, lo cual puede llegar a equivaler a una política de contemporización.”¹¹⁴

En ese sentido, el Informe recomienda que el Consejo de Seguridad, antes de aprobar una resolución de creación de una OMP, debe asegurarse que el acuerdo reúna unas condiciones mínimas, como que cumpla las normas internacionales de derechos humanos y que las tareas y

calendarios establecidos sean viables; asimismo, la resolución debe contener una línea de mando clara y una unidad de acción.¹¹⁵

El Informe incluye además temas de gestión, como la creación de la Secretaría de Información y Análisis Estratégico (SIAE) que apoye al Comité Ejecutivo de Paz y Seguridad (CEPS)¹¹⁶, y la reunión de una plana mayor que participe en todo lo referente a la creación de una OMP, incluida una lista de posibles representantes y oficiales, así como posibles jefes de otros componentes de misión¹¹⁷, la ampliación de la fuerza de reserva, etc.

Otro punto importante al que se refiere el Informe es la capacidad de despliegue rápido de una OMP. El Grupo sugiere que por “capacidad de despliegue rápido y eficaz” las Naciones Unidas deben entender la capacidad, desde una perspectiva operacional, para desplegar plenamente operaciones tradicionales de mantenimiento de la paz dentro de los 30 días de la aprobación de una resolución del Consejo de Seguridad, y dentro de los 90 días cuando se trate de operaciones complejas, o multidimensionales, de mantenimiento de la paz.¹¹⁸

Uno de los problemas más serios con los que debe lidiar las Naciones Unidas es el *financiamiento* de las OMP. Para hacer frente a este reto, el Grupo recomienda en su Informe que el apoyo de la Sede de las Naciones Unidas para OMP se considere una actividad central de las Naciones Unidas y, por lo tanto, sea financiada en su mayor parte por el presupuesto ordinario de la Organización.

En la actualidad, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y las demás oficinas encargados de funciones de planificación y apoyo de esas operaciones se financian primordialmente mediante la cuenta de apoyo, que se repone cada año y sólo sufraga puestos *temporales*.¹¹⁹

A pesar del entusiasmo mostrado por el Grupo y los pedidos de ampliación de recursos para las operaciones de mantenimiento de la paz, el Informe también indica una serie de dificultades para la aplicación de las recomendaciones. Si la Organización no cambia sus estructuras internas, no habrá solución satisfactoria para los desafíos del siglo XXI.

Así, el Grupo advierte que si el proceso de reforma de las operaciones de

mantenimiento de la paz no va paralelo a un cambio de mentalidad de la ONU, no se tienen presente las iniciativas de la sociedad civil, así como el convertir a las Naciones Unidas en una verdadera meritocracia (recompensando la excelencia y poniendo término a la incompetencia), podría fracasar. Pero también los Estados Miembros deben reflexionar sobre el método y mentalidad de trabajo.¹²⁰

Conclusiones

1. Las Operaciones de Mantenimiento de La Paz (OMP) constituyen un mecanismo mediante el cual las Naciones Unidas ejercen su función de mantenimiento de la paz
2. Tanto el Consejo de Seguridad como la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden crear OMP, de acuerdo a sus funciones, limitándose la Asamblea General a *recomendar* la creación de una OMP o crearla con el acuerdo de las Partes.
3. La *imparcialidad*, principio base de las OMP, no equivale a *neutralidad* ni a igualdad de tratamiento de todas las partes.

4. Las OMP han experimentado una sustancial evolución desde su aparición; en la actualidad podemos encontrar OMP tan diversas como aquellas que coadyuvan en la reconstrucción de un país, entregan ayuda humanitaria o interactúan con otro tipo de operaciones de paz de las Naciones Unidas.

- ¹ Cf. United Nations Press Release, SG/SM/76, 26 de mayo de 1964, p. 5, cit. por Pablo Antonio Fernández Sánchez, *Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz*, vol. I, Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1998, p. 25.
- ² En ese mismo sentido vid Fernández Sánchez, *loc cit.*, p. 53. El mismo autor afirma que las OMP “son técnicas, medios o métodos preventivos y pacíficos utilizados en la función de mantenimiento de la paz, lo mismo que otros mecanismos de la seguridad colectiva”, p. 53.
- ³ Boutros Boutros-Ghali, *Un Programa de Paz: Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*, New York: Naciones Unidas, 1992, p. 29.
- ⁴ Cf. Fernández Sánchez, *Operaciones...*, vol. I, *loc cit.*, p. 15.
- ⁵ René Degni-Ségui, “Fonctions et pouvoirs. Article 24 Paragraphes 1 et 2”, en: Jean-Pierre Cot y Alain Pellet (dirs.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2a ed. Paris: Economica, 1991, p. 463.
- ⁶ Fernández Sánchez, *Operaciones...* vol. I, *op. cit.*, p. 23.
- ⁷ *Ibid*, p. 25.
- ⁸ *Ibid*, p. 26.
- ⁹ *Ibid*, p. 30.
- ¹⁰ Dag Hammarskjöld, cit. por Leon Gordenker, *The UN Secretary-General and Secretariat*, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2005, p. 43.
- ¹¹ Carta de las Naciones Unidas, Capítulo VII, Artículo 40.
- ¹² Fernández Sánchez, *Operaciones...* vol. I, *op. cit.*, p. 36.
- ¹³ Alan M. James, “Unit Veto Dominance in United Nations Peace-keeping”, en: Lawrence S. Kiskelstein (ed.), *Politics in the United Nations System*, Durham y Londres: Duke University Press, 1988, pp 77-78, cit. por Fernández Sánchez, *Operaciones...* vol. I, *ibid*, p. 23.
- ¹⁴ Carta de las Naciones Unidas, Art. 12.1. “Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad”.
- ¹⁵ Fernández Sánchez, *loc cit.*, p. 47.
- ¹⁶ Resolución AG 2006 (XIX), “Examen amplio de toda la cuestión relativa a las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos”, 1330ª sesión plenaria, de 18 de febrero de 1965. El tema que recoge esta resolución sigue siendo incluido en la agenda de la Asamblea General.
- ¹⁷ Boutros-Ghali, *Un Programa de Paz: Diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz*, *op. cit.*, p. 1.
- ¹⁸ A/RES/47/120, “Un programa de paz: diplomacia preventiva y cuestiones conexas”, Cuadragésimo séptimo período de sesiones, tema 10 del programa, de 10 de febrero de 1993, p. 2.
- ¹⁹ A/RES/47/71, “Examen amplio de toda la cuestión relativa a las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos”, Cuadragésimo séptimo período de sesiones, tema 475 del programa, de 12 de febrero de 1993, párrafo 53. Resolución aprobada sobre la base del Informe de la Comisión Política Especial (A/47/613).
- ²⁰ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 97.
- ²¹ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 101 párrafo 1.

²² Nabil Elaraby, “The Office of the Secretary-General and the Maintenance of International Peace and Security”, en: United Nations Institute for Training and Research, *The United Nations and Maintenance of International Peace and Security*, Amsterdam: Nijhoff, 1987, p. 187, cit. por Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 62.

²³ Stephen M. Schwebel, “United Nations Secretary General”, en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Amsterdam: Elsevier Science B. V., 2000, p. 1165.

²⁴ Erik Suy, “United Nations Peacekeeping System”, en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Amsterdam: Elsevier Science B. V., 2000, p. 1145.

²⁵ Cf. Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 82.

²⁶ Tal fue el caso de la Misión de Observadores de Yemen 1963. *Vid.* Rosalyn Higgins, “A General Assessment of United Nations Peace-keeping”, en: Antonio Cassese (ed.), *United Nations Peace-keeping: Legal Essays*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1978, p. 7.

²⁷ Boutros Boutros-Ghali, *Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de paz*, Nueva York: Naciones Unidas, 1992, p. 9.

²⁸ M. Schwebel, *op. cit.*, p. 1167.

²⁹ A propuesta de EEUU, la Asamblea General aprobó el establecimiento de la Comisión Temporal de las Naciones Unidas para Corea (UNTCOK) para observar las elecciones en Corea, aunque sólo lo pudo hacer en la zona dominada por EEUU. *Vid.* Resolución AG 112 (II) de 14 de noviembre de 1947.

³⁰ Resolución AG 195 (III) de 12 de diciembre de 1948.

³¹ La URSS, en forma de protesta, no asistía a las reuniones del Consejo de Seguridad, ya que el asiento de China estaba siendo utilizado por el gobierno nacionalista y no por el gobierno comunista, que efectivamente controlaba gran parte del país.

³² Mediante la Resolución CS 82 (1950) de 25 de junio de 1950.

³³ Mediante la Resolución CS 83 (1950) de 27 de junio de 1950 se deduce la intervención militar bajo la autoridad de EEUU.

³⁴ *Vid.* Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 84.

³⁵ Resolución 377 (V), “Unión Pro Paz”, 302ª Sesión Plenaria, 3 de noviembre de 1950.

³⁶ Por Resolución AG 2046 (XX) del 8 de diciembre de 1965, la Asamblea General enmendó este procedimiento aumentando de 7 a 9 los miembros del Consejo de Seguridad necesarios para convocar a un período extraordinario de sesiones, ya que en 1963 se había modificado el número de miembros del Consejo. *Vid.* A/520/Rev.15, “Rules of Procedure of the General Assembly”, New York: ONU, mayo de 1985, Regla 8 (texto con las enmiendas y adiciones aprobadas por la Asamblea General hasta diciembre de 1984).

³⁷ Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 86.

³⁸ I.C.J., *Certain Expenses of the United Nations*, Advisory Opinion 20 July 1962, Reports 1962, pp. 164-165.

³⁹ Luego de la retirada del Reino Unido del Canal de Suez en junio de 1956, Abdel Gamal Nasser, entonces Presidente de Egipto, nacionalizó, el 26 de julio de 1956, el Canal de Suez, como represalia a las potencias occidentales a la negativa del financiamiento de la represa de Assuán, provocando la intervención militar de Francia, Reino Unido e Israel, del 26 de octubre al 7 de noviembre de 1956.

⁴⁰ Resolución CS 119 (1956), aprobada en la 751ª sesión, del 31 de octubre de 1956: “Considerando que con la acción emprendida contra Egipto se ha creado una situación grave, Tomando nota de que la falta de unanimidad de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en las sesiones 749ª y 750ª ha impedido que el Consejo cumpla con su responsabilidad primordial de mantenimiento la paz y la seguridad internacionales, Decide convocar a un período extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General, con arreglo a lo dispuesto en la resolución 377A(V) de la Asamblea General, del 3 de noviembre de 1950, a fin de hacer las recomendaciones oportunas”.

⁴¹ La Resolución AG 997 (ES-I), del 2 de noviembre de 1956, insta a la cesación del fuego. La Resolución AG 998 (ES-I), del 4 de noviembre de 1956, que le pide al Secretario General de la ONU que le presente dentro de cuarenta y ocho horas un plan para establecer una fuerza internacional de emergencia de las Naciones Unidas para lograr y vigilar la cesación de las hostilidades, la Resolución AG 1000 (ES-I), del 5 de noviembre de 1956, que estableció un Mando de las Naciones Unidas para una Fuerza internacional de emergencia, y la Resolución AG 1001 (ES-I) del 7 de noviembre 1956, que aprueba el informe del Secretario General sobre el plan para establecer una Fuerza internacional de emergencia de las Naciones Unidas (UNEF I) Doc. A/3302, que la declara como OMP.

⁴² Cf. Eric Stein y Richard C. Morrissey, “Uniting for Peace Resolution”, en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. IV, Amsterdam: Elsevier Science B. V., 2000, p. 1234.

⁴³ En cumplimiento con la Resolución CS 143 (1960), del 14 de julio de 1960, el Secretario General propone al Consejo la creación de una Fuerza de Naciones Unidas, que fue aprobada luego en la Resolución CS 145 (1960). del 22 de julio de 1960.

⁴⁴ Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁵ Resolución AG 998 (ES-I), del 4 de noviembre de 1956. FENU I (siglas en Castellano).

⁴⁶ Michael Bothe, “Certain Expenses of the United Nations (Advisory Opinion)”, en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Amsterdam: Elsevier Science B. V., 1992, p. 557.

⁴⁷ Resolución AG 1731 (XVI), “Procedimientos presupuestarios y administrativos de las Naciones Unidas”, del 20 de diciembre de 1961.

⁴⁸ Michael Bothe, *loc. cit.*, p. 558.

⁴⁹ Alejandro Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 152.

⁵⁰ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 704-705.

⁵¹ Rodríguez, *loc. cit.*, p. 152.

⁵² Victoria Abellán Honrubia, “Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz”, en: Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 258.

⁵³ Boutros-Ghali, “Un programa de Paz”, *op. cit.*, párrafo 50.

⁵⁴ Fernández Sánchez, *op. cit.*, p.107.

⁵⁵ Departamento de g de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas (DPKO), Equipos de las Naciones Unidas de Asistencia a la Formación (UNTAT). *Manual para Asesores*, Nueva York: Naciones Unidas, 1996, pp. 43-53.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Término internacional introducido por el Liga de las Naciones para describir su envío, en base a los artículos 10, 11, 15 y 16 de su Carta, de observadores de paz o investigadores para regiones en conflicto. La Liga usó estos medios en el caso de las disputas entre Alemania y Lituania sobre Klaipeda (Memel) en 1919-1924; en el Caso de la isla de Aaland en 1920; en el conflicto entre Polonia y Lituania sobre Vilna; en el Saar en 1920-1933; en las disputas territoriales entre Yugoslavia y Grecia; en el caso de Corfú en 1923; en Mosul en 1925; en la crisis entre Grecia y Bulgaria en 1925; en el conflicto entre China y Japón sobre Manchuria; en el caso de Leticia en 1932-1935; y en relación con la agresión de Italia en Etiopía en 1934-1936. Cf. Edmund Jan Osmańczyk, “Peace Observation”, en: *Encyclopedia of the United Nations and International Agreements*, vol. 3, Nueva York - Londres: Taylor & Francis Books - Routledge, 2003, p. 1782.

⁵⁸ Convenio de la Sociedad de las Naciones.

⁵⁹ Cf. Sydney Bailey, *How wars end. The United Nations and the termination of armed conflict 1946-1964*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 95. Cit. por Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 184.

⁶⁰ Resolución CS 31(1947), del 25 de agosto, que crea la Comisión de Observación.

⁶¹ Resolución CS 48(1948), del 23 de abril, que crea la Comisión de Tregua para Palestina.

⁶² S/RES/915 (1994), del 4 de mayo de 1994.

⁶³ Suscrito el 4 de abril de 1994.

⁶⁴ La sentencia de la Corte Internacional de Justicia fue favorable a Chad. Vid: CIJ, Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya Vs. Chad), Sentencia del 3 de febrero de 1994.

⁶⁵ Enrique Vega Fernández, “De las operaciones de mantenimiento de la paz a las operaciones de estabilización: la última generación de operaciones de paz”, Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado”, p. 2. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4578922.pdf>

⁶⁶ N. D. White, *Keeping the Peace. The United Nations and the maintenance of international peace and security*. Manchester y Nueva York: Manchester University Press, 1993, pp. 215-260.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 192.

⁶⁸ Fernández Sánchez, *op. cit.*, p. 194.

⁶⁹ *Vid.*: Resolución 998 (ES-I), 563ª sesión plenaria, 4 de noviembre de 1956, en la que se pide al Secretario General presente un plan para establecer, con el consentimiento de las naciones interesadas, una Fuerza internacional de emergencia de las Naciones Unidas. Y la Resolución 1000 (ES-I), 565ª sesión plenaria, 5 de noviembre de 1956, que establece el mando.

⁷⁰ Resolución CS 143 (1960), del 14 de julio de 1960. En ella se autorizó “al Secretario General a tomar las medidas necesarias, previa consulta con el Gobierno de la República del Congo, para prestar a dicho Gobierno la asistencia militar que pudiera necesitar hasta que, a través de los esfuerzos del Gobierno y la asistencia técnica de las Naciones Unidas, las fuerzas de seguridad nacionales fueran capaces, en la opinión del Gobierno, de cumplir plenamente con sus cometidos».

⁷¹ Resolución CS 161 (1961), de 21 de febrero de 1961.

⁷² Resolución CS 31 (1947), de 25 de agosto de 1947.

⁷³ Resolución CS 36 (1947), de 1 de noviembre de 1947.

⁷⁴ A/55/305-S/2000/80921, “Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas”, (Informe Brahimi), 21 de agosto de 2000, párrafo 12.

⁷⁵ En la Resolución CS 31 (1947), el Consejo de Seguridad ofrece sus buenos oficios, creándose luego la Comisión de Buenos Oficios. En la Resolución CS 35 (1947), el Consejo pide al Secretario General que organice el trabajo de la misma. En la Resolución CS 36 (1947), el Consejo pide a la Comisión Consular, creada con la Resolución CS 30 (1947), que, en colaboración con sus asesores militares, ponga a disposición de la Comisión de Buenos Oficios.

⁷⁶ Martha Bárcena, “La evolución del sistema de seguridad colectiva de la ONU”, p. 75. <https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/numeros/n65/barcena.pdf>

⁷⁷ José Alejandro Consigli, “Algunos aspectos de la relación entre las operaciones de paz de las Naciones Unidas y el derecho internacional”, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), 23 de diciembre del 2003, Publicado en: Pablo Valladares (compilador), *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Lecciones y Ensayos N° 78, Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, pp. 1-2. https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/07_consigli.pdf

⁷⁸ Vega Fernández, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁹ A/48/1, Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, 10 de septiembre de 1993, párrafo 6.

⁸⁰ Martha Bárcena Caqui, “El futuro de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz en el nuevo contexto Internacional”, en: Comisión de Relaciones Exteriores América Latina y el Caribe del Senado de la República de México (Ed.), México y América Latina ante las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, Monterrey: Senado de la República, 2001, p. 30

⁸¹ Georges Abi-Saab, “La deuxième generation des operation de maintien de la paix”, *Le Timestre du Monde*, N° 20, 4° trimestre de 1992, p. 91.

⁸² Vid: Jarat Chopra y John Mackinlay, “Second Generation Multinational Operations”, *The Washington Quarterly*, vol. 15, N° 3, summer, 1992, pp. 113-131.

⁸³ Consigli, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁴ United Nations Transitional Authority in Cambodia (UNTAC o APRONUC en Castellano). Establecida por Resolución CS 745 (1992), de 28 de febrero de 1992, luego de la presentación de un Informe del Secretario General que daba cuenta de los Acuerdos de París entre las Partes involucradas, del 23 de octubre de 1991.

⁸⁵ Resolución CS 693 (1991), del 20 de mayo de 1991.

⁸⁶ Resolución CS 690 (1991), del 29 de abril de 1991.

⁸⁷ Creada por Resolución S/RES/1279 (1999), de 30 de noviembre de 1999.

⁸⁸ Vid: S/RES/1291 (2000), del 24 de febrero de 2000.

⁸⁹ Resolución CS 751 (1992), del 24 de abril de 1992.

⁹⁰ S/RES/775 (1992), del 28 de agosto de 1992.

⁹¹ S/RES/794 (1992), 3145ª sesión, del 3 de diciembre de 1992.

⁹² Ibid, párrafo 10.

⁹³ Doc. A/48/1, “Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización”, del 10 de setiembre de 1993, párrafo 431.

⁹⁴ S/RES/1529 (2004), 4919ª sesión, del 29 de febrero de 2004.

⁹⁵ A/55/305-S/2000/80921, “Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de las Naciones Unidas”, (Informe Brahimi), Quincuagésimo quinto período de sesiones, tema 87: Examen amplio de toda la cuestión de las operaciones de mantenimiento de la paz en todos sus aspectos, 21 de agosto de 2000.

⁹⁶ El informe fue denominado así en referencia al Presidente del Grupo: Lakdar Brahimi, ex Ministro de RREE de Argelia.

⁹⁷ Informe Brahimi, *op. cit.*, párrafo 1.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 20.

¹⁰⁰ Por ejemplo los que se opusieron al establecimiento de la paz en Camboya, volvieron a sumir a Angola, Somalia y Sierra Leona en la guerra civil y orquestaron el asesinato de nada menos que 800.000 personas en Ruanda. *Ibid.*, párrafo 21.

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 27.

¹⁰² *Ibid.*, párrafo 28.

¹⁰³ El Secretario General Kofi Annan presentó el 3 de abril de 2000 el informe A/54/2000, «Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI», conocido como el Informe del Milenio, que fue presentado como preparación de la Cumbre del Milenio, que se llevó a cabo del 6 al 8 de septiembre de 2000.

¹⁰⁴ Informe Brahimi, *op. cit.*, párrafo 29, citando al Informe del Milenio, párrafos 202, 2003 y 2004.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 32.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 34.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 37.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 38.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 39.

¹¹⁰ Vid: Informe Brahimi, párrafos 41-43.

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 48.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, párrafo 49.

¹¹⁴ *Ibid.*, párrafo 50.

¹¹⁵ *Vid.*: Informe Brahimi, párrafos 56-63.

¹¹⁶ *Vid.*: Informe Brahimi, párrafos 68-74.

¹¹⁷ *Vid.*: Informe Brahimi, párrafos 92-101.

¹¹⁸ *Ibid.*, párrafo 91.

¹¹⁹ Cf. *Ibid.*, página XIII.

¹²⁰ Cf. *Ibid.*, página XV y párrafos 265-280.

Sobre el autor

Pablo César Revilla Montoya



Pablo César Revilla Montoya es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. En el ámbito gubernamental se ha desempeñado en el Congreso de la República de Perú como asesor de la Comisión de Relaciones Exteriores y de la Comisión Multipartidaria Encargada del Ordenamiento Legislativo, y como asesor de la Dirección General de Educación y Doctrina del Ministerio de Defensa.

Como docente, su trayectoria se ha desarrollado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de San Martín de Porres, Universidad Tecnológica del Perú, Universidad Alas Peruanas en pregrado y en la Universidad Científica del Perú en la Sección de Postgrado.

Es autor del libro “Temas Controvertidos del Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales” y ha participado en la redacción de obras colectivas como “Aspectos Jurídico-Políticos de la Guerra de Iraq”, editado en México; y los libros “Derecho Parlamentario” y “Los Derechos Humanos en el Perú y el Mundo Globalizado”, editados en Lima. También ha publicado diversos en Perú y México.

El profesor Revilla Montoya es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con un Máster en Relaciones Internacionales y Comercio, Instituto de Gobierno de la Universidad de San Martín de Porres y es egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Sumario

Introducción;

1. *El CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario;*

2. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario;*

3. *Las nuevas tecnologías de guerra;*

Conclusión



El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario a las Nuevas Tecnologías de Guerra

Gabriel Pablo Valladares

Introducción

El presente artículo retoma una sección de la exposición realizada el día 13 de octubre de 2016 en el marco del espacio que la Organización de Estados Americanos (OEA) cedió por invitación al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) durante la XLIII edición de su Curso de Derecho Internacional en Rio de Janeiro.

En tal ocasión, el autor expuso sobre el “*Derecho internacional humanitario, los desafíos que se plantean en los conflictos armados contemporáneos*”, abordando, entre otros temas, la cuestión de los retos que ciertos métodos y medios de combate, en especial las nuevas tecnologías de guerra, plantean a la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos contemporáneos.

Este artículo plantea básicamente, la preocupación del CICR respecto a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a métodos y medios de

combate actuales y futuros, ilustrándose en parte a través de referencias al informe titulado “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos” presentado por el CICR a los Estados participantes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza entre los días 8 y 10 de diciembre de 2015.

Para facilitar la comprensión del tema, tomando en cuenta que se abordan en particular las preocupaciones del CICR, ésta se presenta con énfasis en su condición de guardián y promotor del derecho internacional humanitario.

En segundo término, se introduce el derecho internacional humanitario, con referencia a algunas de sus características principales y los medios para su aplicación, sus normas fundamentales, su ámbito de validez material y con mayor detalle se hace referencia a la sección de este derecho que contiene

las normas que prohíben o restringen algunos métodos y medios de combate, con la esperanza que facilite la comprensión de los planteos realizados en la última sección del artículo, donde se presentan los desafíos que plantean las nuevas tecnologías de guerra a la aplicación del derecho internacional humanitario en los conflictos contemporáneos.

1. El CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario.

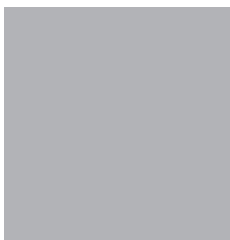
El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) nació del gesto solidario y de las ideas de un ciudadano suizo, Henry Dunant que tenía un fuerte sentimiento de humanidad y lo preocupaba el sufrimiento de las víctimas de las guerras. A través de los años, el CICR ha sido consecuente con la acción inicial de su mentor que presente en la Batalla de Solferino, ayudó a las víctimas sin hacer ningún tipo de distinción de índole desfavorable.

El CICR, es una organización imparcial, neutral e independiente que tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. Asimismo,

procura prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho internacional humanitario y de sus principios universales. En las situaciones de conflicto, dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Este Movimiento, del cual el CICR es fundador, está integrado también por las Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja y la Federación Internacional que las aglutina.

El CICR tiene su sede en Ginebra, Suiza y cuenta con delegaciones en 80 Estados, trabajando en muchos más. Por lo general, estas delegaciones celebran un Acuerdo de Sede con las autoridades nacionales, similar al que poseen las organizaciones intergubernamentales acreditadas ante el gobierno de un Estado, que le conceden las inmunidades básicas para el desempeño de sus funciones.

El CICR, recibió de la comunidad internacional un derecho de iniciativa humanitaria en favor de las víctimas de los conflictos armados y también la posibilidad de desempeñar actividades como intermediario neutral entre los beligerantes en favor de las víctimas, además de las tareas humanitarias propias de las Potencias Protectoras - en



calidad de sustituto de éstas - y así velar por el respeto a las normas y principios del derecho internacional humanitario.

El fundamento legal de las acciones del CICR se encuentra en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en sus Protocolos adicionales I y II de 1977 y III de 2005 y en los Estatutos del Movimiento y los propios, según deban actuar en:

- Conflicto armado Internacional: se reconoce al CICR un derecho de iniciativa humanitaria en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en su Protocolo Adicional I de 1977. Este derecho de iniciativa comprende por ejemplo, el derecho a visitar a los prisioneros de guerra, a los internados civiles, el asistir a la población civil afectada por el conflicto, etc.
- Conflicto armado sin carácter internacional: el CICR también tiene reconocido un derecho de

iniciativa humanitaria convencional en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional II de 1977, a fin de poder formular propuestas para brindar asistencia y protección humanitaria a todas las partes en conflicto.

- Otras situaciones de violencia: el CICR funda su accionar en el marco de ciertas situaciones de violencia armada, como tensiones internas o disturbios interiores, en el derecho de iniciativa humanitaria que le reconocen los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Así, el CICR puede ofrecer sus servicios a los Estados, sin que tal ofrecimiento pueda ser considerado una injerencia en los asuntos internos.

En cuanto a la estructura de la institución, observamos que el más alto nivel jerárquico está constituido por

un grupo de quince a veinticinco personas de origen suizo, elegidas por cooptación. Ellos conforman el Comité o Asamblea. La mono-nacionalidad encuentra su base en los orígenes históricos de la Institución. El CICR tiene una estructura definida a partir de las competencias de sus órganos, tal como se describen en sus estatutos y los del Movimiento. Actualmente el personal expatriado de la Institución se integra con personas procedentes de países de todos los continentes.

El CICR es un sujeto de derecho internacional, y como tales decir que, se trata de un ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones en forma directa en el ámbito internacional, según las disposiciones de los instrumentos internacionales que refrendan su mandato.

Desde el año 1990, el CICR cuenta con el estatuto de Observador ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, lo que le permite expresar su opinión en todos aquellos temas concernientes al ámbito humanitario, tanto ante este foro como ante sus comisiones de trabajo.

En el plano de las organizaciones regionales, el CICR ha adquirido un estatuto similar en la mayor parte de

ellas; por ejemplo, es observador ante la Organización de la Unión Africana (OUA) y su Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y posee un estatuto especial en el seno del Consejo de Europa, de la Organización OSCE y de sus respectivas comisiones parlamentarias.

Con la Organización de los Estados Americanos (OEA) el CICR mantiene relaciones estrechas de trabajo y desde hace varios años alienta y asesora a sus Miembros para la adopción de resoluciones sobre la promoción y respeto del derecho internacional humanitario y de otros temas vinculados.

El CICR sufraga sus operaciones con las contribuciones que proceden de las donaciones voluntarias de los gobiernos de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra, de las sociedades nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja, de organizaciones supranacionales, de donaciones privadas y de ingresos varios generados por la propia Institución. Todas las contribuciones son voluntarias y pueden realizarse en dinero, en especie o en servicios.

En virtud de ello, el CICR trabaja en una gama variada de actividades que surgen de su mandato internacional y de su condición de intermediario



neutral entre los beligerantes, que se materializan, para citar solo unas pocas de ellas, en visitas a prisioneros de guerra y detenidos de seguridad; en la búsqueda de personas dadas por desaparecidas y la asistencia a sus familiares; en los intercambios de mensajes entre familiares separados por un conflicto o en la reunión de las familias dispersas; en proporcionar alimentos, agua y asistencia médica a las víctimas; en dar a conocer el derecho internacional humanitario y velar por su aplicación, como así también en llamar la atención sobre las violaciones de este derecho y contribuir a su desarrollo.

En su acción humanitaria, el CICR pone todos los medios a su alcance para asistir y proteger a las víctimas de los conflictos. A ello, se suma que su cometido también consiste en “trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario” y “preparar el eventual desarrollo del mismo”.

Este papel que el CICR desempeña en un plano de apoyo y asesoramiento a los Estados, quizás no es tan conocido como sus actividades de asistencia y protección sobre el terreno. Los Estados le han confiado de manera formal esta responsabilidad en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos Adicionales I y II¹. Los trabajos realizados en su calidad de promotor y guardián del derecho internacional humanitario, son varios e importantes.

Como sostenía Yves Sandoz, ex jefe de la Dirección de Asuntos Jurídicos del CICR, la Organización ha tenido siempre una relación privilegiada con el derecho internacional humanitario y a lo largo de toda su historia ha funcionado de conformidad con las secuencias de la aventura inicial de su fundador, Henry Dunant.

Ello así, porque presente en el campo de batalla, el CICR procura constantemente adaptar su acción a las nuevas

realidades de los conflictos armados. En segundo lugar, porque da cuenta de los problemas que encuentra en el terreno y sobre esta base, formula propuestas concretas con miras a mejorar el derecho internacional humanitario. Parte de ese trabajo, en calidad de guardián y promotor del derecho internacional humanitario, se ha traducido en informes sobre los desafíos actuales del derecho internacional humanitario que han sido presentados para el conocimiento y el análisis de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 durante las últimas cuatro Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja celebradas en 2003, 2007, 2011 y 2015. La finalidad de estos informes es reseñar algunos de los desafíos que los conflictos armados contemporáneos plantean al derecho internacional humanitario, incitar a la reflexión sobre esos desafíos y hacer una síntesis de la acción, posición e interés del CICR.

El respeto al derecho internacional humanitario implica la adopción de diversas medidas jurídicas, como, por ejemplo, la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes y la aprobación de una legislación y una reglamentación adecuada. Sin embargo, sería erróneo pensar que se trata de un simple trabajo jurídico. Como sostenía

Yves Sandoz, para hacer respetar el derecho internacional humanitario es imprescindible también darle vida, difundir su contenido y garantizar el respeto de sus principios y normas, estableciendo también los mecanismos de represión de sus violaciones.

Sandoz explicaba que no es fácil identificar y presentar de manera cartesiana y en una secuencia lógica los diferentes aspectos del cometido del CICR como promotor y guardián del derecho internacional humanitario, tanto más, por cuanto que hay superposiciones de algunas de sus funciones²:

- la función de “vigía”, es decir, el examen constante de la adecuación de las normas humanitarias a las realidades de las situaciones de conflicto, a fin de preparar su adaptación y su desarrollo;
- la función de “animación”, o sea, la de instar, en particular en el marco de grupos de expertos, gubernamentales o no, a la reflexión sobre los problemas encontrados y sobre las soluciones que hay que darles, sean éstas o no de índole normativa;
- la función de “promoción”, que es la de abogar por este derecho, ayudar a su difusión y a su enseñanza, y alentar a los Estados a tomar, en el ámbito nacional, las medidas necesarias para su puesta en práctica;

- la función de “ángel custodio”, es decir, la defensa de ese derecho frente a los desarrollos normativos que ignoren su existencia o tiendan a debilitarlo;

- la función de “actor”, o sea, la contribución directa y concreta a la aplicación de ese derecho en las situaciones de conflicto armado;

- por último, la función de “perro guardián”, o sea, la de alertar en caso de violaciones graves de este derecho a la comunidad internacional siguiendo las modalidades de comportamiento de la institución³.

En caso de conflicto armado, el CICR recuerda a los Estados Parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y/o en sus Protocolos Adicionales, la obligación de respetar las normas del derecho internacional humanitario. Cuando las circunstancias lo requieren, el CICR puede hacer un llamamiento a todos los miembros de la comunidad internacional para que intervengan ante las partes en conflicto y les insistan en el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional humanitario. Los Convenios disponen en su artículo 1 común:” *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias*”.

Para colaborar con los Estados en la implementación de medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario, el CICR instituyó en 1995 el Servicio de Asesoramiento⁴ que se ocupa de asesorar a los gobiernos en estas cuestiones; asimismo, ha sugerido a los Estados que creen comisiones nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario para trabajar en la materia.

Todas las actividades del CICR en las áreas de asistencia, protección, prevención y cooperación al unísono, asegura la eficacia en el cumplimiento de su mandato y se realiza bajo un único propósito, el de mejorar la asistencia y la protección de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia.

2. Introducción al Derecho Internacional Humanitario

2.1 Concepto, fuentes, características y medios de aplicación del derecho internacional humanitario

Los conflictos armados han estado siempre presentes en la historia de la humanidad, siendo que la literatura religiosa, jurídica, socio-económica y militar como así también otras expresiones de la cultura de los pueblos y las naciones lo atestiguan⁵.

Existen evidencias históricas que confirman que la guerra organizada existe desde finales de la era del paleolítico, por ende es tan antigua como la civilización. Jean Pictet sostenía que en los últimos cinco mil años habrían acontecido más de catorce mil conflictos armados causantes de la muerte de cinco mil millones de personas⁶. El Profesor colombiano Alejandro Valencia Villa ha mencionado en una de sus obras sobre derecho internacional humanitario que en 1969, Will y Ariel Durant calcularon que de los tres mil cuatrocientos veintiún años de civilización, solo en doscientos sesenta y ocho de ellos no habían ocurrido conflictos armados⁷.

Los orígenes del derecho internacional humanitario se remontan a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. En tiempos de los primeros grupos humanos socialmente organizados la guerra se caracterizaba por la ausencia de toda regla, con la excepción de la ley del más fuerte. Sin embargo, progresivamente, cada pueblo estableció criterios de control de la guerra y también para la protección de quienes estaban afectados por el conflicto⁸. En la antigüedad se establecían y regulaban los derechos del vencedor y las obligaciones del vencido mediante pactos,

generándose con el tiempo reglas de carácter consuetudinario que fueron formando un plexo normativo cuya misión consistió en regular situaciones de conflicto armado, antes, durante o después de estos y también, de similar modo, se fueron estableciendo reglas sobre los elementos que determinaban la licitud del uso de la fuerza en las relaciones de los pueblos⁹. La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la experiencia de los conflictos armados que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las necesidades militares.

La historia, por un lado nos sirve para verificar la existencia de hechos de extrema violencia y crueldad acaecida entre seres humanos y, por otro nos permite descubrir que han existido en muchas otras ocasiones, expresiones y actos de solidaridad o humanitarismo y de respeto por la dignidad humana. Así, es notorio que la humanidad ha permanentemente intentado establecer formas, herramientas o normas que permiten atenuar el sufrimiento y dar un trato humano a quienes no participan de las contiendas bélicas y a aquellos que aun habiendo combatido, quedan a merced del vencedor,

sea por captura, enfermedad, herida, o cualquier otra circunstancia. Esto demuestra que la sociedad humana consideró desde hace mucho tiempo que, proteger a la persona humana en todas las circunstancias nace de la creencia en la dignidad inherente al ser humano, que es incluso anterior a su reconocimiento legal y que constituye el fundamento del orden social e integra el núcleo irreducible de los derechos humanos que también deben ser respetados en tiempo de conflicto armado.

En síntesis, la comunidad internacional del mismo modo que se ha dotado de normas para controlar el recurso al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, ha desarrollado también un cuerpo de normas para proteger a las víctimas de los conflictos armados y para limitar ciertos métodos y medios para la conducción de las hostilidades por consideraciones de estricta índole humanitaria.

En doctrina existen muchas definiciones del derecho internacional humanitario, que es conocido indistintamente en la actualidad como derecho de la guerra o derecho internacional de los conflictos armados. Varios autores denominaban a las normas internacionales que protegían a las víctimas de los conflictos armados como derecho

internacional humanitario “*stricto sensu*”, o como “*Derecho de Ginebra*”, por cuanto la mayor parte de los textos de los tratados internacionales que contenían disposiciones tuitivas destinadas a las personas y bienes esenciales para su subsistencia, se habían negociado y sus textos habían sido adoptados en la ciudad de nombre homónimo.

Por otra parte, las normas que limitaban ciertos métodos y medios para conducir las hostilidades eran parte del denominado “*Derecho de la Guerra*” o “*Derecho de los Conflictos Armados*” y como la mayoría de los tratados internacionales que contenían ese tipo de normas habían sido adoptados en la ciudad de La Haya, la doctrina llamaba a esta sección del derecho internacional con el nombre de “*Derecho de La Haya*”¹⁰.

A partir de la Resolución 2.444 de 1968 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas sobre el respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, se produce una convergencia entre el denominado “*Derecho de la Guerra*”, que como ya fuera mencionado, regula los medios y los modos de conducir las hostilidades y el derecho internacional humanitario “*stricto sensu*”, que da protección a las víctimas de los conflictos armados, puesto que se advierte que,

para proteger con mayor eficacia a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, población civil y bienes culturales, es preciso limitar el uso de la fuerza estableciéndose reglas para la conducción de las hostilidades¹¹. Con la aprobación de los Protocolos adicionales del 8 de junio de 1977, en los que se han reunido ambas ramas, hoy esta distinción sólo tiene un valor histórico y didáctico.

“Podemos preguntarnos si “humanizar la guerra” no está en total contradicción con la esencia misma de los contextos bélicos, e incluso si es siquiera un objetivo deseable.”

Este derecho no tiene la pretensión de prohibir, ni la ambición de definir la legalidad o la legitimidad de los conflictos armados, y ha sido creado para ser aplicado cuando estos acontecen y lo que queda es limitar los sufrimientos de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades y de regular los métodos y los medios utilizados por quienes comandan las operaciones militares, por ello su calificación de “*ius in bello*” o derecho aplicable en la guerra ya que se

trata de un derecho de orientación típicamente humanitaria diferente del “*ius ad bellum*”, o derecho de hacer la guerra. Por ello, los beligerantes deben cumplir con sus obligaciones humanitarias en todas las circunstancias, independientemente de la conducta del enemigo y de la naturaleza o el origen del conflicto y en consecuencia, se abandona el criterio de reciprocidad en la aplicación del derecho; es decir, un Estado no puede alegar como causa para justificar su incumplimiento el que otro Estado no sea parte de los instrumentos jurídicos señalados o no los cumpla¹².

Como fuese mencionado precedentemente, el derecho internacional humanitario se propone mitigar el sufrimiento humano causado por los conflictos armados. Algunos autores suelen utilizar la expresión: “*humanizar la guerra*”. Sin embargo, no obstante el noble objetivo que se propone este derecho no siempre es respetado, no tanto por ausencia de normas, sino más bien por la falta de voluntad política o el desconocimiento que tienen de este cuerpo jurídico las partes involucradas en los conflictos armados.

Podemos preguntarnos si “*humanizar la guerra*” no está en total contradicción con la esencia misma de los contextos bélicos, e incluso si es siquiera un

objetivo deseable. No cabe duda que existe una apatía generalizada sobre la eficacia del derecho internacional humanitario, que hace difícil poder convencer con cierta facilidad sobre el importancia y valor que tienen las normas del derecho internacional humanitario para la humanidad toda, al menos, si primero no intentamos superar con cierta objetividad el tremendo desgaste emocional que nos provoca la visión de tantos actos de crueldad en los conflictos armados, generadores de cuantiosos e indecibles sufrimientos humanos.

Frits Kalshoven responde a la pregunta indicando que el derecho internacional humanitario de ningún modo pretende hacer de la guerra una actividad “*de buen tono*” y esencialmente humana, más o menos comparable a una justa de la Edad Media. Asimismo, este autor sostiene que el derecho internacional humanitario, mucho más modestamente, se propone impedir que las partes en un conflicto armado actúen con una crueldad ciega e implacable, y proporcionar la protección fundamental que los afectados por el conflicto necesitan, sin que por ello el conflicto armado deje de ser lo que siempre ha sido: un fenómeno aterrador¹³.

La doctrina mayoritaria coincide en que el derecho internacional humanitario es un conjunto de reglas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que buscan limitar las consecuencias humanitarias de los conflictos armados. El propósito principal del derecho internacional humanitario es restringir los medios y los métodos de guerra que las partes de un conflicto puedan emplear y garantizar la protección y el trato humano de las personas que no participan, o que han dejado de participar directamente en las hostilidades¹⁴.

En pocas palabras, el derecho internacional humanitario comprende las normas del derecho internacional que establecen normas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado pudiéndose concluir que tiene dos propósitos bien definidos: 1) proteger a las víctimas de los conflictos armados de carácter internacional o no internacional y 2) regular las hostilidades basadas en un equilibrio entre la necesidad militar y los principios de humanidad¹⁵.

Christophe Swinarski sostiene que “*el bien jurídico protegido por el derecho internacional humanitario es la humanidad percibida, no tanto su última “ratio legis”*”

*como un sentimiento o una actitud de un ser humano ante las vicisitudes del destino de otro sino, sobre todo, como la actitud ante un conjunto de seres humanos que tiene que seguir existiendo, superando los peligros de la guerra*¹⁶”.

La historia de la codificación del derecho internacional humanitario, que desembocó en una larga serie de tratados cuyo ámbito de aplicación es global, empezó en 1864 con la aprobación del primer Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos de los Ejércitos en Campaña. Mientras que el derecho de los tratados es la fuente más tangible del derecho internacional humanitario, sus reglas y principios, están arraigados en la costumbre, es decir, la práctica general de los Estados aceptada como derecho¹⁷.

En realidad, la práctica de los Estados tiende a ser examinada y las costumbres identificadas por cortes nacionales e internacionales y los tribunales se encargan de la interpretación y la adjudicación del derecho internacional. El extenso estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario es también una fuente ampliamente reconocida de referencia a este respecto¹⁸.

No podemos dejar de referirnos aquí a una cláusula diseñada por Fiódor Martens, delegado ruso que presidió uno de los comités de la Primera Conferencia de Paz de La Haya de 1899 y que va a repetirse en los Reglamentos de La Haya de 1907 y luego en otros tratados de derecho internacional humanitario, como por ejemplo el Protocolo Adicional I.

La “*Cláusula Martens*” establece que en los casos no previstos expresamente, los civiles y los beligerantes quedan bajo la protección de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública. La Profesora Silvina González Napolitano de la Universidad de Buenos Aires, ha señalado que la finalidad de la cláusula de mención, no es otra que descartar la aplicación automática del principio general de derecho que dispone que “*todo lo que no está prohibido está permitido*”, de modo que, en derecho internacional humanitario todo lo que no se encuentra expresamente prohibido por el tratado en cuestión, no necesariamente debe considerarse permitido, sino que, en tal caso debe remitirse a las normas consuetudinarias que puedan ser aplicables a dicha situación¹⁹.

Si bien la mayoría de los publicistas del derecho suelen identificar las fuentes del derecho internacional humanitario con el sistema de fuentes del derecho internacional, en la práctica, también otorgan valor a las normas de “*soft law*” que cada vez juegan un papel más importante en la interpretación de las normas individuales del derecho internacional humanitario²⁰.

El derecho internacional humanitario es sólo aplicable cuando una situación de violencia armada reúne los elementos que caracterizan a un conflicto armado y por ende al ser solo aplicable en estos contextos se trata de un derecho de excepción. Debido a esta característica, no están permitidas las excepciones a la aplicación de sus disposiciones, por ende sus normas son irrenunciables y no pueden ser desconocidas por las partes en conflicto bajo ninguna circunstancia²¹.

Para la aplicación del derecho internacional humanitario existen algunos medios que pueden denominarse *preventivos*, cuyo objeto es hacer cumplir a los Estados la obligación contraída al ratificar los tratados internacionales de derecho internacional humanitario, es decir, para respetar y hacer respetar esta rama del derecho internacional público. Algunos de estos medios

preventivos son la difusión y la integración del derecho internacional humanitario en los planes de estudios, la educación y la doctrina militar; el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; la adopción en tiempo de paz de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto de sus normas y la traducción de los textos convencionales a las lenguas vernáculas para su mejor comprensión.

Por otra parte, existen medios de control que están previstos para toda la duración de los conflictos con el objeto de velar por la observancia del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, la designación de potencias protectoras o la presencia de una organización independiente e imparcial, tal como el CICR que pueda cumplir con el cometido de ellas. También podemos incluir en este rubro a la Comisión Internacional de Encuesta o ciertas medidas que puede tomar el Consejo de Seguridad de la ONU, si determina que las violaciones al derecho internacional humanitario configuran una amenaza la paz o la seguridad internacionales.

Por último, los Estados han consensuado también varios medios de represión de las violaciones a este derecho.

Es fundamental que los Estados persigan y lleven ante la Justicia a todos los sospechosos de haber cometido o dado orden de cometer violaciones del derecho internacional humanitario. Para ello, deben, en particular, promulgar leyes para castigar las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos adicionales, denominadas en los artículos 11 y 85 del Protocolo adicional I como crímenes de guerra.

“Si bien la finalidad del derecho internacional humanitario es limitar los efectos de los conflictos armados, éste no contiene una definición precisa y detallada de las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación.”

2.2 Ámbito de validez material del derecho internacional humanitario.

La Profesora Emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Hortensia D.T. Gutiérrez Posse

sostiene que el derecho internacional humanitario intenta someter a un ordenamiento positivo, de fuente convencional como consuetudinaria, situaciones de violencia actual, limitando la soberanía del Estado en la conducción de las hostilidades y la conducta de los implicados en ella y como consecuencia de ello ha de tener precisos ámbitos de validez, debiendo caracterizarse en primer lugar las situaciones en relación con las cuales resultan pertinentes sus reglas, en otras palabras, precisar la noción de conflicto armado²².

Si bien la finalidad del derecho internacional humanitario es limitar los efectos de los conflictos armados, éste no contiene una definición precisa y detallada de las situaciones que quedan comprendidas dentro de su ámbito material de aplicación. Los convenios pertinentes hacen referencia a diversos tipos de conflictos armados y por ende proporcionan un panorama *general* de los aspectos jurídicos de ese concepto multifacético, esos instrumentos no proponen criterios lo suficientemente precisos para determinar de manera inequívoca el contenido de esas categorías. De hecho, las normas aplicables varían de un caso a otro en función de cómo se defina jurídicamente cada

uno de ellos. Los regímenes jurídicos que se deben tener en cuenta no son siempre los mismos, pues su aplicación depende, por ejemplo, de si la situación constituye un conflicto armado internacional o no internacional²³. Análogamente, algunas formas de violencia, denominadas “tensiones internas” o “disturbios interiores”, no alcanzan el umbral de aplicabilidad del derecho internacional humanitario y, en consecuencia, quedan dentro del alcance de otras normativas²⁴.

La historia del derecho de los conflictos armados internacionales revela que el ámbito de aplicación de ese régimen jurídico se ha ido ampliando con el desarrollo progresivo del derecho de los tratados. Mientras que, en un primer momento, predominaba una concepción formalista de la guerra, la reforma del sistema introducida con la revisión de los Convenios de Ginebra en 1949 dio origen a un abordaje más amplio, basado en un concepto más *objetivo* de conflicto armado²⁵.

Un conflicto armado internacional es aquel en que se enfrentan Estados²⁶. Este tipo de conflicto armado ocurre cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, sin tener en cuenta las razones

o la intensidad del enfrentamiento²⁷. Las normas pertinentes del derecho internacional humanitario pueden ser aplicables incluso si no hay hostilidades abiertas. No hace falta que se haga oficialmente una declaración de guerra o un reconocimiento de la situación. La existencia de un conflicto armado internacional y, por consiguiente, la posibilidad de aplicar el derecho internacional humanitario a esa situación, depende de lo que efectivamente ocurre sobre el terreno. Se basa en las condiciones de hecho. Por ejemplo, puede haber un conflicto armado internacional, aunque uno de los beligerantes no reconozca al Gobierno de la parte adversaria²⁸.

Queda claro entonces que se trate de una guerra o cualquier tipo de conflicto armado entre Estados, estamos frente a un conflicto armado de carácter internacional. Según el caso en cuestión, las situaciones pueden adoptar la forma de un conflicto directo entre Estados o de una intervención en un conflicto interno preexistente. En el segundo caso, se trata de conflictos “internacionalizados”, como aquellos en los que una potencia envía tropas al territorio de otro país para apoyar a un movimiento opositor al gobierno de ese Estado. La participación puede

ser indirecta, cuando una potencia apoya y guía un alzamiento desde la distancia. En esas circunstancias, resulta fundamental determinar el nivel de control que hace posible clasificar el conflicto armado como conflicto internacional. No todas las formas de influencia conducen a la internacionalización del conflicto²⁹.

La ampliación del ámbito de aplicación continuó con la aprobación del Protocolo adicional I, instrumento que añadió al ámbito del derecho de los conflictos armados internacionales un nuevo tipo: los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (guerras de liberación nacional), tal como lo establecen la Carta de la ONU y la declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Carta.

El régimen jurídico del conflicto armado *internacional* comprende también un cuerpo específico de normas cuyo ámbito de aplicación está determinado por un concepto independiente: el de ocupación.

Por otro lado, en el caso de los conflictos armados *no internacionales* es necesario examinar dos fuentes jurídicas importantes para determinar lo que es bajo la luz del derecho internacional humanitario, primero el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y segundo, el artículo 1 del Protocolo adicional II.

El artículo 3 común se aplica a un “*conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*”³⁰. Puede ser un conflicto armado en que participen uno o más grupos armados no estatales. Según la situación, puede haber hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no estatales o entre esos grupos únicamente. Dado que los cuatro Convenios de Ginebra han sido ratificados universalmente, el requisito de que el conflicto armado ocurra “*en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*” ha perdido su importancia en la práctica.

Para hacer una distinción entre un conflicto armado en el sentido del artículo 3 común y formas menos graves de violencia, como las tensiones y los disturbios interiores, los motines o los actos de bandidaje, denominadas habitualmente como otras situaciones de

violencia o, por algunos autores como situaciones por debajo del umbral de aplicación del derecho internacional humanitario, la situación debe alcanzar cierto umbral de enfrentamiento. Por lo general, se ha aceptado que el umbral más bajo que figura en el artículo 1.2 del Protocolo adicional II, que excluye los disturbios y las tensiones interiores de la definición de un conflicto armado no internacional, también se aplica al artículo 3 común.

Al respecto, se utilizan generalmente dos criterios³¹, por una parte, las hostilidades deben alcanzar un nivel mínimo de intensidad. Puede ser el caso, por ejemplo, cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando un gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía³². Por otra, los grupos no estatales que participan en el conflicto deben ser considerados “*partes en el conflicto*”, en el sentido de que disponen de fuerzas armadas organizadas. Esto significa, por ejemplo, que estas fuerzas tienen que estar sometidas a una cierta estructura de mando y tener la capacidad de mantener operaciones militares³³.

En el sentido del artículo 1 del Protocolo adicional II existe una definición más restringida de conflicto armado

no internacional ya que solo se aplica a los conflictos armados “*que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”.

Esta definición es más restringida que la noción de conflicto armado no internacional según el artículo 3 común en dos aspectos: 1) introduce la exigencia de control territorial, disponiendo que las partes no gubernamentales deben ejercer un control territorial “*que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo*”, y 2) el Protocolo adicional II se aplica expresamente sólo a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados. Contrariamente al artículo 3 común, el Protocolo adicional II no se aplica a los conflictos armados que ocurren sólo entre grupos armados no estatales.

Aunque determinar el derecho aplicable es sin duda importante, lo es mucho más que los Estados reconozcan su aplicabilidad cuando se cumplen los criterios fácticos necesarios.

2.3 Normas fundamentales del derecho internacional humanitario

El CICR elaboró en 2004 un resumen de las normas fundamentales del derecho internacional humanitario *que no tienen la autoridad de un instrumento jurídico* y no pretenden reemplazar los tratados vigentes. Este resumen fue redactado para facilitar la difusión del derecho mencionado y señalaba que podían considerarse como tales las siguientes reglas:

- Las partes en conflicto harán distinción, en todo momento, entre población civil y combatientes, con miras a preservar a la población civil y los bienes de carácter civil. Ni la población civil como tal ni las personas civiles serán objeto de ataques. Los ataques sólo podrán ser dirigidos contra los objetivos militares.
- Las personas que no participan – o que ya no pueden participar - en las hostilidades tienen derecho a que se respeten su vida y su integridad física y moral. Dichas personas serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.
- Se prohíbe matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate.
- Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no gozan de un derecho ilimitado por lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra. Queda prohibido emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.
- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto en cuyo poder estén. El personal sanitario, las instalaciones, los medios de transporte y el material sanitarios serán protegidos. El emblema de la cruz roja o el de la media luna roja sobre fondo blanco –se agrega a partir de 2005 el cristal rojo- es el signo distintivo que indica que dichas personas y objetos han de ser respetados.
- Los combatientes capturados y las personas civiles que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones (políticas, religiosas u otras). Serán protegidos contra cualquier acto de violencia o de represalias. Tendrán

derecho a intercambiar correspondencia con sus familiares y a recibir socorros. Se beneficiarán de las garantías judiciales fundamentales.

Gran parte de la doctrina considera que la mayoría de las normas recogidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y algunas normas de los protocolos adicionales han adquirido el carácter de imperativas o “*ius cogens*”, en razón de su aceptación y reconocimiento por los Estados, porque son reglas fundamentales de carácter humanitario cuya derogación no es posible sin negarse las consideraciones básicas de humanidad que pretenden proteger.

Si bien los Convenios de Ginebra y los Protocolos adicionales I, II y III representan el cuerpo jurídico más extenso e importante del derecho internacional humanitario, desde 1864 a partir de la adopción del Primer Convenio de Ginebra, la comunidad internacional ha celebrado una serie de conferencias diplomáticas donde se han adoptado varios tratados internacionales³⁴.

2.4 Los métodos y medios para la conducción de las hostilidades

Como se ha mencionado al comienzo de este artículo, una sección importante del derecho internacional

humanitario está dedicada a la limitación de métodos y medios para la conducción de las hostilidades. Así los principales tratados que imponen límites a los métodos y medios bélicos son la Convención de La Haya de 1907, los Protocolos adicionales de 1977 y una serie de acuerdos sobre armas específicas³⁵. El CICR ha participado en el proceso de elaboración de todos los tratados adoptados en este ámbito.

“En términos generales, el derecho internacional humanitario prohíbe los métodos y medios de guerra que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios, métodos como la perfidia, el terror u ordenar que no se dé cuartel están específicamente prohibidos. Por lo tanto, no se permiten algunos tipos de armas y se restringe la manera en que otras armas se emplean.”

En términos generales, el derecho internacional humanitario prohíbe los métodos y medios de guerra que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios, métodos como la

perfidia, el terror u ordenar que no se dé cuartel están específicamente prohibidos. Por lo tanto, no se permiten algunos tipos de armas y se restringe la manera en que otras armas se emplean. Los protocolos adicionales establecen que “*en todo conflicto armado, el derecho de las partes en conflicto a elegir los métodos o medio de hacer la guerra no es ilimitado*”.

Para introducirse correctamente en el tema de las armas y el derecho internacional humanitario, es preciso hacer una mención inexcusable de la “*Declaración de San Petersburgo*”³⁶ adoptada en 1868, en cuyas consideraciones iniciales ya se establecía una referencia al principio rector de la prohibición de no causar males superfluos y de evitar sufrimientos inútiles en la guerra. El alcance de esta declaración, inicialmente destinada a prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, ha constituido una de las principales bases sobre las cuales los Estados realizan, desde entonces, múltiples intentos destinados a prohibir o limitar el empleo de ciertas armas que causan especialmente graves consecuencias humanitarias.

La dificultad de encontrar una solución equilibrada entre los argumentos que son propios de la seguridad nacional de los Estados y por otra parte el respeto a los principios de humanidad en los

conflictos armados, es parte necesaria de esta discusión cada vez que la Comunidad Internacional de Estados realiza los intentos ya mencionados.

Durante las últimas décadas se han desarrollado numerosos avances científicos y tecnológicos que contribuyeron notoriamente al bienestar de hombres y mujeres y al desarrollo de la sociedad; en igual medida, se ha podido observar una proliferación de nuevas armas y tecnologías militares de considerable poder mortífero y de destrucción, de anunciada alta precisión, aunque muchas veces no lo sean tanto así.

El derecho del desarme y el derecho internacional humanitario forman parte del derecho internacional público y se vinculan con la prohibición específica de ciertas armas, pero cada una de estas ramas lo hace desde un enfoque diferente. Desde la óptica del derecho del desarme se destacan los problemas de seguridad individual y colectiva. La finalidad de esta rama del derecho internacional público tiene como objetivo llegar progresivamente a un desarme general y completo, pero sin que se vea afectada la seguridad de los Estados³⁷.

En los conflictos armados internacionales, los combatientes tienen derecho a participar directamente en las

hostilidades. En otras palabras, tienen permitido cometer actos de guerra lícitos destinados a lograr un objetivo militar de la manera más efectiva posible. Sin embargo, el principio de distinción requiere que esos actos de guerra se dirijan sólo contra combatientes del enemigo y objetivos militares y eviten los daños innecesarios y excesivos a las personas civiles.

Por lo tanto, la aplicación del principio de distinción exige definir claramente las personas y los bienes que es lícito atacar. Por lo que respecta a las personas, los combatientes del enemigo son miembros de las fuerzas armadas de una parte en un conflicto, salvo el personal médico y el personal religioso. Las personas que no sean miembros de las fuerzas armadas son civiles y, por ende, no deben ser objeto de los ataques. Sin embargo, hay una excepción: es lícito atacar a los civiles que participan directamente en las hostilidades, sea en forma individual o como parte de un grupo, aunque sólo mientras dure su participación directa en las hostilidades.

Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se definen mediante dos pruebas: el objetivo por atacar debe contribuir eficazmente, por su naturaleza, ubicación, fin o empleo,

a la acción militar del enemigo, y su destrucción parcial o total, su captura o neutralización, debe ofrecer, en las circunstancias del caso, una ventaja militar concreta. Todos los bienes que no respondan a la definición de objetivo militar son bienes de carácter civil y se los debe preservar de los ataques.

“La aplicación del principio de distinción exige definir claramente las personas y los bienes que es lícito atacar.”

El derecho internacional humanitario incluye varios corolarios del principio de distinción a fin de garantizar la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil. Por ejemplo, establece que los combatientes en un conflicto armado internacional deben distinguirse de la población civil (en general, llevando un uniforme), mientras participan en un ataque o en una operación militar preparatoria de un ataque. Además, el derecho internacional humanitario prohíbe los ataques indiscriminados y establece el principio de proporcionalidad, según el cual las partes deberán evitar causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter

civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista. A fin de aplicar las restricciones y las prohibiciones relativas a los ataques, todas las partes en conflicto armado deben tomar precauciones específicas.

Por último, las normas sobre conducción de las hostilidades también conceden protección específica a algunos bienes, incluidos los bienes culturales y los lugares de culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas. Además, como ya se ha mencionado precedentemente los métodos y medios de guerra con el potencial de causar daños graves, generalizados y a largo plazo al medio ambiente están prohibidos, ya que amenazan la salud y la supervivencia de la población civil. Sin embargo, las armas nucleares no están prohibidas por ninguna convención, pero la Corte Internacional de Justicia estableció en 1996 que el uso de armamento nuclear sería contrario a los principios y normas del derecho internacional humanitario.

La naturaleza de los conflictos armados contemporáneos plantea continuamente retos a la aplicación y al respeto del derecho internacional humanitario en numerosos ámbitos. Es necesario

comprender esos retos y abordarlos para que el derecho internacional humanitario siga cumpliendo su función de protección en las situaciones de conflicto armado. Uno de los retos actuales es la aplicabilidad de sus normas a la amplia gama de nuevas tecnologías que ha ingresado o, que ingresarán en algún tiempo más, a los teatros de operaciones bélicos, entre ellos los drones armados, los sistemas de armas autónomos, como así también la denominada “guerra cibernética”.

3- Las nuevas tecnologías de guerra

En los últimos años han crecido exponencialmente las reivindicaciones políticas, étnicas, nacionales o religiosas y la lucha por el acceso a los recursos clave como vector de las dinámicas que dan origen o continuidad a los conflictos armados. Las tensiones sin resolver en distintos puntos del planeta se siguen acumulando, los recursos esenciales para las sociedades son cada vez más escasos y el tejido social y los medios de resiliencia de las poblaciones afectadas se desgasta peligrosamente.

Por un lado, los medios de comunicación nos exhiben la devastación de aldeas y ciudades, miles de personas

muertas, heridas, desplazadas o cruzando fronteras, asoladas por el dolor, la desesperación y la miseria, muchas veces a partir de la utilización, sea por ejércitos regulares o grupos armados, de nueva tecnología de guerra. La sofisticación de la maquinaria militar y la distancia física de los soldados respecto del campo de batalla no son novedad. Sin embargo, los recientes avances en el ámbito de la robótica y de la informática, combinadas con las demandas operacionales militares, plantean la posibilidad de reducir o eliminar por completo el control humano directo sobre los sistemas de armas y el uso de la fuerza, lo que puede ser altamente riesgoso para las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Estas nuevas realidades sin duda generan una sensación de incertidumbre que nos obliga a cuestionarnos sobre el respeto debido a las reglas y normas del derecho internacional humanitario y la pertinencia de su aplicación a las nuevas tecnologías de guerra.

Muchos de los nuevos desarrollos tecnológicos, son funcionales a nuevos métodos y medios de guerra. Por ejemplo, los drones armados, los sistemas de armas autónomos y la denominada “guerra cibernética”. Todos ellos

plantean nuevos retos humanitarios, éticos y jurídicos. Aunque las nuevas tecnologías de guerra no se hallan reglamentadas específicamente en los tratados de derecho internacional humanitario, su desarrollo y empleo no caen en un vacío jurídico.

Como sucede con todos los sistemas de armas, éstas deben poderse utilizar sin infringir el derecho internacional humanitario, en particular las normas sobre la conducción de hostilidades. Esta responsabilidad recae en cada Estado que desarrolla estas nuevas tecnologías de guerra de conformidad con normas específicas del derecho internacional humanitario que disponen que cuando un Estado estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el derecho internacional³⁸.

Estas normas buscan asegurar que las fuerzas armadas de un Estado sean capaces de conducir las hostilidades con arreglo a sus obligaciones internacionales y que las armas nuevas no se empleen prematuramente en condiciones en las que no se pueda garantizar el respeto del derecho internacional

humanitario. Sin embargo, pese a este requisito jurídico y al gran número de Estados que desarrollan o adquieren nuevos sistemas de armas cada año, se sabe que sólo unos pocos han implementado procedimientos para realizar exámenes jurídicos de las armas nuevas³⁹.

3.1 Los drones armados

El derecho internacional humanitario no prohíbe los drones expresamente, ni considera que su índole sea inherentemente discriminatoria o pérfida. Los drones no son diferentes de las armas que se disparan desde aeronaves tripuladas como los helicópteros u otras aeronaves de combate. Sin embargo, es importante señalar que, si bien los drones no son ilícitos en sí mismos, su uso está sujeto al derecho internacional. Por otra parte hay que mencionar que no todos los drones portan armas o se utilizan para combatir. En realidad, muchos drones militares no llevan armas y se utilizan exclusivamente para vigilancia o inteligencia militar.

Hay quienes defienden que los drones mejoran la precisión de los ataques, lo que reduciría el número de víctimas y causaría menos daños materiales. Esto es materia de debate por la falta de información confiable sobre los efectos

de la mayoría de los ataques efectuados con drones y porque además, al menos en algunas ocasiones, los ataques con drones han matado o lesionado a personas protegidas por el derecho internacional humanitario.

Los tratados de armas y demás instrumentos jurídicos del derecho internacional humanitario no se refieren expresamente a los drones. Sin embargo, está claro que el uso en conflictos armados de cualquier sistema de armamento, incluidos los drones, está sujeto a las normas de este derecho. Esto significa, entre otras cosas, que al utilizar drones armados, las partes en un conflicto siempre deben distinguir entre combatientes y civiles y entre objetivos militares y bienes de carácter civil, además de tomar todas las precauciones factibles para preservar a los civiles y sus bienes, y deben suspender o cancelar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente daños a personas civiles o a bienes de carácter civil que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

Del mismo modo, los drones no deben en modo alguno utilizarse para transportar armas prohibidas, como agentes químicos o biológicos.

Aunque los operadores de sistemas de armas controladas a distancia, como los drones, pueden hallarse lejos del campo de batalla, son quienes operan el sistema, identifican el objetivo y disparan los misiles. Por lo general, estas personas operan bajo un mando responsable; por consiguiente, de conformidad con el derecho internacional humanitario, los operadores de drones y su cadena de mando son responsables por sus acciones y consecuencias. El hecho de que estén a cientos de kilómetros del campo de batalla no los exime de sus responsabilidades, entre ellas la obligación de aplicar los principios de distinción y proporcionalidad y la de tomar todas las precauciones necesarias en el ataque. Así pues, los operadores de drones no son diferentes de los pilotos de aeronaves tripuladas -como los helicópteros u otras aeronaves de combate- en lo que respecta a su obligación de respetar el derecho internacional humanitario y, del mismo modo, también pueden ser objeto de ataques lícitos conforme a las normas del derecho internacional humanitario.

3.2 La guerra cibernética

El CICR entiende la “guerra cibernética” como las operaciones lanzadas contra un ordenador o un sistema de

ordenadores a través de una corriente de datos, cuando se usan como medios y métodos de guerra en el contexto de un conflicto armado según se encuentra definido en el derecho internacional humanitario. Se puede recurrir a la guerra cibernética como parte de un conflicto armado que en otros aspectos se libra mediante operaciones cinéticas. La noción de guerra cibernética también comprende el empleo de medios cibernéticos en ausencia de operaciones cinéticas cuando su uso se equipara a un conflicto armado, aunque, que se sepa, ningún Estado ha calificado públicamente una operación cibernética hostil real como tal.

Afortunadamente, hasta ahora la guerra cibernética no ha conducido a consecuencias humanitarias dramáticas. Si bien el potencial militar del ciberespacio aún no se conoce del todo, parecería que los ciberataques contra los sistemas de transporte, las redes eléctricas, los diques y las plantas químicas o nucleares son técnicamente posibles. Esos ataques pueden tener consecuencias graves, con elevados números de muertos o heridos civiles e importantes daños a los bienes de carácter civil. Tal vez haya más probabilidades de que las operaciones cibernéticas se usen para manipular la infraestructura o los servicios civiles, causando problemas de

funcionamiento o perturbaciones que no necesariamente ocasionen muertes o lesiones inmediatas⁴⁰.

Pese al hecho de que es relativamente nueva y que se desarrolla con rapidez, la tecnología cibernética, como se ha dicho, no actúa en un vacío jurídico.

“El CICR declaró que el empleo de capacidades cibernéticas en los conflictos armados debe observar todos los principios y normas del derecho internacional humanitario, como sucede con cualquier otra arma, o método de guerra, nuevo o antiguo. No hace diferencia alguna el hecho de que el ciberespacio se considere un nuevo dominio para la guerra.”

El CICR acogió con beneplácito el hecho de que en los informes de 2013 y 2015 del Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas sobre los Avances en el Campo de la Información y las Telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional se haya confirmado que

“el derecho internacional y, en particular, la Carta de las Naciones Unidas es aplicable...” y que se hayan señalado que *“los principios jurídicos internacionales establecidos, con inclusión, cuando procede, de los principios de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción”*. Un creciente número de Estados y organizaciones internacionales han afirmado públicamente que el derecho internacional humanitario se aplica a la guerra cibernética.

Ya en 2011, el CICR declaró que el empleo de capacidades cibernéticas en los conflictos armados debe observar todos los principios y normas del derecho internacional humanitario, como sucede con cualquier otra arma, o método de guerra, nuevo o antiguo. No hace diferencia alguna el hecho de que el ciberespacio se considere un nuevo dominio para la guerra similar al aire, la tierra, el mar y el espacio exterior; que se considere un nuevo dominio diferente, por ser de origen humano, en tanto que los otros son naturales; o que no se considere un dominio como tal.

Durante los últimos cuatro años, el CICR ha mantenido diálogos bilaterales y confidenciales con varios Estados, expertos y *think tanks* acerca del posible costo humano de la ciberguerra y de los desafíos señalados.

3.3 Sistemas de armas autónomos

Durante los últimos años, tanto el desarrollo como el uso de sistemas robóticos por las fuerzas armadas han experimentado un notable aumento, sobre todo en lo que respecta a diversos sistemas no tripulados que operan en el aire, en tierra y en el agua. Este cambio de paradigma no es un desarrollo súbito sino que es resultado del incremento gradual, a lo largo del tiempo, de la autonomía de los sistemas de armas, en particular en sus “funciones críticas”, es decir, la selección y el ataque de objetivos.

En los últimos años, se han multiplicado los debates acerca de los sistemas de armas autónomos, que tienen lugar en diversos foros. Entre esos debates figuran las reuniones de expertos en el marco de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, celebradas en 2014 y 2015, y las reuniones de expertos convocadas por el CICR en 2014. Las opiniones acerca de este complejo tema, incluso las del CICR, siguen evolucionando a medida que se comprenden mejor las capacidades tecnológicas actuales y potenciales, el propósito militar de la

autonomía en las armas, y las cuestiones resultantes relacionadas con el respeto del derecho internacional humanitario y la aceptabilidad ética.

Uno de los problemas centrales es que no existe una definición internacionalmente aceptada de *sistemas de armas autónomos*, pero un elemento común en varias definiciones propuestas, es la idea de un sistema de armas que puede seleccionar y atacar objetivos en forma independiente. El CICR ha propuesto que éste es un término amplio que abarcaría cualquier tipo de sistemas de armas, sea que operen en el aire, en la tierra o en el mar, con autonomía en sus “*funciones críticas*”, esto es, un arma que puede seleccionar y atacar objetivos sin intervención humana. Tras la activación inicial, es el propio sistema de armas —usando sus sensores, programas y armas— el que se encarga de los procesos de selección de objetivos y de acciones que normalmente son controlados directamente por seres humanos.

Es decir, es la autonomía de las funciones *críticas* lo que distingue a los sistemas de armas autónomos de todos los otros sistemas de armas, incluso de los drones armados, en los cuales, como se ha mencionado precedentemente, las funciones críticas son controladas a distancia por un operador humano.

Algunos sistemas de armas que se utilizan hoy en día tienen autonomía en sus funciones críticas, entre ellos los sistemas de defensa aérea y antimisiles, los sistemas de armas de “*protección activa*” para vehículos terrestres, y los sistemas de armas centinelas entre otros.

“Habida cuenta del ritmo actual de los avances tecnológicos, es urgente que se examinen las implicaciones jurídicas, humanitarias y éticas de estas armas. Sobre la base del estado actual y previsible de la tecnología robótica, garantizar que los sistemas de armas autónomos puedan utilizarse de conformidad con el derecho internacional humanitario será un desafío tecnológico muy difícil de solucionar.”

Habida cuenta del ritmo actual de los avances tecnológicos, es urgente que se examinen las implicaciones jurídicas, humanitarias y éticas de estas armas. Sobre la base del estado actual y previsible de la tecnología robótica,

garantizar que los sistemas de armas autónomos puedan utilizarse de conformidad con el derecho internacional humanitario será un desafío tecnológico muy difícil de solucionar a medida que se asigne a estas armas tareas más complejas y se las despliegue en entornos más dinámicos que hasta hoy.

Uno de los desafíos principales es si el sistema de armas sería capaz de distinguir en forma autónoma los objetivos militares de los bienes de carácter civil, los combatientes de los civiles y los combatientes activos de las personas fuera de combate. Otro desafío es si se podría programar un arma para que detecte y evalúe los numerosos factores y variables contextuales que se necesitan para determinar si puede esperarse que el ataque cause daños civiles incidentales y a bienes de carácter civil, o una combinación de esos daños, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera, conforme con los requisitos de la norma de la proporcionalidad.

Asimismo, la capacidad de programar un arma para que cancele o suspenda un ataque si resulta aparente que el objetivo no es un objetivo militar o que está sujeto a protección especial o que el ataque violaría la norma de la proporcionalidad, conforme lo

exigen las normas sobre precaución en los ataques, plantea una cuestión muy problemática. Así pues, en cuanto a los sistemas de armas autónomos que se prevé emplear en contextos donde probablemente se encuentren con personas o bienes protegidos, existen graves dudas respecto de si es técnicamente posible programarlos para que lleven a cabo las complejas evaluaciones dependientes del contexto que exigen las normas del derecho internacional humanitario sobre distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque. Éstas son evaluaciones inherentemente cualitativas en las cuales seguirán necesitándose los razonamientos y juicios que únicamente pueden realizar los seres humanos.

Por su condición de máquina, no podría responsabilizarse a un sistema de armas autónomas por una violación del derecho internacional humanitario. Más allá de la responsabilidad de quienes despliegan las armas, se plantea la cuestión sobre quién sería jurídicamente responsable si las operaciones de un sistema de armas autónomas provocaran un crimen de guerra.

Si no puede determinarse la responsabilidad de conformidad con el derecho internacional humanitario, ¿es lícito o ético desplegar tales sistemas?

El CICR insta a los Estados a considerar las cuestiones jurídicas y éticas fundamentales relacionadas con el uso de sistemas de armas autónomas antes de que se los desarrolle más o se los emplee en un conflicto armado y en especial ha comunicado su preocupación por el costo humano potencial de los sistemas de estas armas y si se los puede utilizar conforme al derecho internacional humanitario.

Conclusión

El derecho internacional humanitario se ve interpelado en forma permanente por la evolución de los conflictos armados contemporáneos.

Si se pretende lograr una mayor protección de los civiles en los conflictos armados, es necesario respetar, aplicar e implementar el derecho internacional humanitario. Para el CICR, es una prioridad *permanente* garantizar que el derecho internacional humanitario aborde adecuadamente la realidad de los escenarios bélicos y preste protección a las víctimas de los conflictos armados.

Las normas del derecho internacional humanitario, que desde hace larga data rigen la conducción de hostilidades, en particular las normas de distinción, proporcionalidad y precaución en el

ataque, se aplican para la totalidad de los nuevos armamentos y desarrollos tecnológicos en la guerra, incluidos los drones, la guerra cibernética y los sistemas de armas autónomas.

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva acerca de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, recordó que los principios y normas establecidos en el derecho internacional humanitario se aplican a *todas* las formas de la guerra y a todos los tipos de armas, incluso las del futuro.

Es importante tomar conciencia también de las cuestiones éticas serias que estos sistemas de armas plantean, en especial los sistemas de armas autónomos, en tanto que su uso generalizado representaría un cambio de paradigma en la conducción de las hostilidades.

Creemos que es hora de que la Comunidad Internacional se pregunte si, en base a los principios de humanidad y los dictados de la conciencia pública, se puede permitir a las máquinas que tomen decisiones de vida o muerte.

¹ Este cometido particular del CICR está hoy formalmente reconocido también en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que son aprobados por los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y por los Estados Partes en los Convenios de Ginebra en el marco de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja. El artículo 5 de estos Estatutos, referente al CICR, asigna, en efecto, a éste el cometido de *“asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho”* (inciso 2, letra c); así como el de *“trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo”* (inciso 2, letra g).

² Ver «El CICR: guardián del derecho Internacional Humanitario», CICR, Ginebra 1998, pag. 4.

³ Conf. SANDOZ, Yves, “El CICR: guardián del derecho internacional humanitario”, en <http://www.cicr.org/spa>.

⁴ En la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja, reunida en Ginebra en el año 1995, se recordó la importancia de la aplicación del derecho internacional humanitario en el ámbito nacional. Mediante la aprobación de las recomendaciones del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra, se puso de relieve la imperiosa necesidad de que los Estados adoptaran medidas legislativas internas y reglamentarias de aplicación del derecho internacional humanitario. Con tal motivo, el CICR instituyó el Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario a fin de reforzar su apoyo a los Estados comprometidos en la aplicación de este derecho en el ámbito nacional. El objetivo del Servicio de asesoramiento es obtener la más amplia participación de los Estados en los Tratados de derecho internacional humanitario y ayudarles a dotarse de un sistema legal conforme a las exigencias de esos instrumentos internacionales y propicios para su eficaz aplicación. Para ello, apoyan las gestiones de las autoridades en dicho ámbito y les ofrecen asistencia técnica, tras solicitud o por iniciativa propia. En ambos casos, trabajan en estrecha colaboración con los gobiernos, teniendo presente, al mismo tiempo, los requerimientos específicos y los respectivos sistemas políticos y jurídicos. Esta asistencia técnica se refiere particularmente a los siguientes ámbitos: 1) Promoción de los tratados de derecho internacional humanitario para consolidar su universalidad y asistencia a las autoridades en el proceso de ratificación y/o adhesión. 2) Traducción de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977 a los idiomas nacionales. 3) Incorporación según el caso, del derecho internacional humanitario en el derecho nacional. 4) Adopción de las medidas legislativas pertinentes para garantizar la represión de los crímenes de guerra y de otras violaciones del derecho internacional humanitario. 5) Adopción de las leyes apropiadas para garantizar el respeto de los emblemas protectores. 6) Integración de la enseñanza del derecho internacional humanitario en los programas oficiales. 6) Establecimiento de comisiones u organismos nacionales para la aplicación del derecho internacional humanitario.

⁵ A mayor abundamiento, se encuentran pruebas fehacientes sobre la existencia de algunas reglas humanitarias y otras sobre el control del uso de la fuerza en obras de la literatura antigua. Algunas de esas obras dan cuenta de reglas tales como, la prevención al adversario sobre el inicio de las hostilidades, el establecimiento de treguas, la inmunidad de los templos, la prohi-

bición de matar a los prisioneros, la protección de mujeres, niños y ancianos, entre otras. No obstante ello, sabemos que no siempre las reglas mencionadas en estas obras eran respetadas, algo que no ha variado sustancialmente en la actualidad. Por ejemplo, en la literatura épica de la India encontramos obras tales como la “Mahabharata” y el Ramayana, escritos en los años 200 y 300 AC respectivamente, con referencias a varias de las reglas precedentemente citadas. Así, en la Mahabharata y luego en la ley de Manú, se proclaman para los guerreros principios muy avanzados en aquel tiempo, tales como la prohibición de matar al enemigo desarmado o que se rindiera y la obligación de enviar los heridos a sus hogares después de haberlos curado. Según Pictet, algunas disposiciones recuerdan con un paralelismo asombroso el Reglamento de La Haya de 1907 sobre las leyes y costumbres de la guerra. En el Deuteronomio del Antiguo Testamento hay un capítulo que contiene leyes de la guerra. En ciertos pasajes bíblicos se recomienda a los hebreos no matar al enemigo que se rinda, y dar pruebas de misericordia para con los heridos, las mujeres, los niños y los ancianos. También se menciona la aplicación de la ley del Tali3n que segun Jean Pictet refleja la circunscripci3n de los alcances a la respuesta a la violencia bajo el principio de proporcionalidad ya que el Tali3n aparece como una limitaci3n de la violencia, pues no reclama m3s que un ojo o un diente, en lugar de la vida.

⁶ Conf. PICTET, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, TM editores, Ginebra, 1997, pag.93.

⁷ Conf. FERRILL, Arther, *The origins of war* citado por KAGAN, Donald, *Sobre las causas de la Guerra y la preservaci3n de la paz*, Turner, Fondo de Cultura Econ3mica, Madrid, 2003, p. 18, citado por VALENCIA VILLA, Alejandro en *Derecho internacional humanitario, Conceptos b3sicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*.

⁸ Conf. NAMIHAS, Sandra, en “Antecedentes, origen y evoluci3n hist3rica del derecho Internacional humanitario” publicado en “Derecho Internacional Humanitario” publicaci3n de la Pontificia Universidad Cat3lica del Per3, Institutos de Estudios Internacionales (IDEI, Fondo Editorial 2003, pag. 32.

⁹ Conf. GARCIA ZEBALLOS, Juan Herminio, en “El Derecho Internacional Humanitario... un poco de apasionante historia” en “Derecho Internacional y Conflictos Armados. Aportes para una comprensi3n hist3rica, normativa y pr3ctica”, Emiliano J. Buis y Laura M. Giosa, compiladores, publicaci3n del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, editado por Libro X, mayo de 2013, pag. 13.

¹⁰ V3ase SWINARSKI, Christophe, en *Introducci3n al Derecho Internacional Humanitario*, CICR, Ginebra, 1984, pag.5: “Paralelamente al desarrollo de la protecci3n de las v3ctimas de conflictos armados, los Estados consideraron necesario poner l3mites de derecho a los m3todos y a los medios de combate. La guerra, considerada a3n como una necesidad, no deb3a ocasionar m3s sufrimientos ni m3s destrucciones que los imprescindibles para el desempe3o de su cometido. En otras palabras, cualquier medio y cualquier m3todo tendente a extenderla m3s all3 de sus objetivos, causando sufrimientos in3tiles, fueron excluidos por la comunidad internacional, es decir, declarados il3citos desde el punto de vista del derecho internacional p3blico. El principio de la guerra l3cita, que utilizar3a s3lo m3todos y medios admitidos por el derecho, se hab3a fortalecido en el 3mbito de las codificaciones que tuvieron lugar en los a3os 1899 y 1907 en La Haya con el t3tulo de Convenios de La Haya. A partir del Convenio de Ginebra de 1864, de la Declaraci3n de San Petersburgo de 1868 y de los Convenios de La Haya, el derecho de la guerra se orienta, en el campo del derecho internacional convencional,

hacia perspectivas bien articuladas: la protección internacional de las víctimas de conflictos armados, por una parte, y, por otra parte, la limitación de los medios y de los métodos de combate. Estos dos cuerpos de normas son conocidos como Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya, respectivamente. El conjunto de ambos cuerpos de normas forma lo que se ha solido llamar jus in bello, es decir, la parte del derecho de la guerra por la que se rige el comportamiento del Estado en caso de conflicto armado.”

¹¹ Conf. RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, artículo *El Derecho Internacional Humanitario como Instrumento de Paz*, en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8992>, pag.26. Véase también, PEYTRIGNET, Gerard, en su artículo “Los Sistemas Internacionales de Protección de la Persona Humana: el Derecho internacional humanitario” en el libro *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*, de CANÇADO TRIMDADE, António Augusto, PEYTRIGNET, Gérard y RUIZ de Santiago, Jaime, Editorial Porrúa México y Universidad Iberoamericana, 2003 pag 4. “Por otro lado, se puede considerar que la evolución actual de la codificación del derecho internacional humanitario, con algunas iniciativas tomadas por las Naciones Unidas en materia de derechos humanos aplicables en situaciones de conflictos armados y con la adopción de Convenciones relativas a la limitación o prohibición de ciertas armas convencionales produjo el surgimiento de un “derecho humanitario de Nueva York”.

¹² Conf. MELZER, Nils con la coordinación de KUSTER, Etienne, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, CICR, 2016, Ginebra, pag.17, “IHL is specifically designed to apply in situations of armed conflict. The belligerents therefore cannot justify failure to respect IHL by invoking the harsh nature of armed conflict; they must comply with their humanitarian obligations in all circumstances.¹ This also means that IHL is equally binding on all parties to an armed conflict, irrespective of their motivations or of the nature or origin of the conflict.² A State exercising its right to self-defense or rightfully trying to restore law and order within its territory must be as careful to comply with IHL as an aggressor State or a non-State armed group having resorted to force in violation of international or national law, respectively (equality of belligerents). Moreover, the belligerents must respect IHL even if it is violated by their adversary (non-reciprocity of humanitarian obligations).³ Belligerent reprisals are permitted only under extremely strict conditions and may never be directed against persons or objects entitled to humanitarian protection.”

¹³ Conf. KALSHOVEN, Frits y ZEGBELD, Lisbeth, *Restricciones en la conducción de la Guerra*, CICR, Buenos Aires, abril 2005, pag. 12.

¹⁴ En el ámbito latinoamericano prestigiosos académicos y publicistas han formulado definiciones de derecho internacional humanitario. Así, por ejemplo la profesora emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Hortensia D.T. Gutierrez Posse ha definido al derecho internacional humanitario en GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., *Moderno derecho internacional y seguridad colectiva*, Zavallia editor, 1995, Buenos Aires, pag. 347 “como un cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto” ver en. El profesor Emiliano J. Buis, de la Universidad de Buenos Aires y coordinador del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de Estudios de Buenos Aires ha señalado BUIS, Emiliano J., artículo “El Derecho Internacional Humanitario en perspectiva histórica: las restricciones jurídicas en tiempos de conflicto armado en la Grecia Antigua” en <http://faa.edu.br/>

revistas/docs/RID/2010/RID_2010_25.pdf, pag. 287 que “*el Derecho Internacional Humanitario (DIH), tal como se conoce hoy, es una rama del Derecho Internacional Público que se ocupa de poner límites a los derechos de las partes en el seno de un conflicto armado entre los ejércitos regulares de dos o más Estados (conflicto armado de carácter internacional [CAI]), o bien entre las fuerzas militares de un Estado con grupos beligerantes o guerrillas dentro de su propio territorio (conflicto armado de carácter no internacional [CANI]). En tanto disciplina normativa, entonces, parece claro que las disposiciones del DIH presentan una doble finalidad: por un lado, brindar protección a las víctimas y a todos aquellos que no participan o dejaron de participar en los combates y, en segundo lugar, establecer limitaciones a los medios y métodos de conducir las hostilidades. Estas dos vertientes -que constituyen por cierto las caras de una misma moneda- han recibido, con un criterio teórico, las denominaciones de Derecho de Ginebra y de Derecho de La Haya, respectivamente, teniendo en cuenta la ciudad en donde fueron aprobados mayoritariamente los textos convencionales que estipulan sus regímenes de regulación*”. La Profesora Elisabeth Salmon, catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú ha señalado en SALMON, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, PUCP & CICR, Lima, 2004, pag. 23 que “*el Derecho Internacional Humanitario (DIH) o ius in bello no permite ni prohíbe los conflictos armados, tanto internacionales como internos, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos y limitar sus efectos a lo estrictamente necesario. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate. Así entendido, el DIH pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad. En suma, oponer la civilización de los límites ante el desenfreno de la barbarie que pueden suponer per se los enfrentamientos armados*.”

¹⁵ Conf. MELZER, Nils with the coordination of KUSTER, Etienne, *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*, CICR, 2016, Geneva, pag.17: “*IHL is a set of rules that seek to limit the humanitarian consequences of armed conflicts. It is sometimes also referred to as the law of armed conflict or the law of war (Jus in Bello). The primary purpose of IHL is to restrict the means and methods of warfare that parties to a conflict may employ and to ensure the protection and humane treatment of persons who are not, or no longer, taking a direct part in the hostilities. In short, IHL comprises those rules of international law which establish minimum standards of humanity that must be respected in any situation of armed conflict*.”

¹⁶ Conf. SWINARSKI, Christophe, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1991, pag.20.

¹⁷ Algunos autores suelen citar el Preámbulo del IV Convenio de La Haya de 1907, en el sentido de que la idea que preside estas Convenciones es la de revisar las leyes y costumbres de la guerra y, en defecto de regulación convencional, tanto la población civil como los beligerantes están protegidos por los principios del Derecho de gentes “*tal como resulta de los usos establecidos entre los pueblos civilizados*”. Por ejemplo, un Estado beligerante puede no haber ratificado ni la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales, ni el Protocolo adicional I, que prohíbe el uso de “*armas, proyectiles y material y métodos de guerra cuya naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios*.” Sin embargo, existe una prohibición consuetudinaria universalmente reconocida contra tales medios y métodos de guerra. Por lo tanto, a ese Estado se le prohibiría el uso de tales municiones conforme al derecho internacional humanitario consuetudinario.

¹⁸ En diciembre de 1995, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja ordenó oficialmente al CICR que preparara un informe sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales. En 2005, después de una amplia investigación y consultas con expertos en todo el mundo, el CICR publicó su informe. El estudio no intenta examinar cada artículo del tratado de derecho internacional humanitario en cuanto a su naturaleza consuetudinaria; por el contrario, su objetivo es establecer, y de ser así, hasta qué punto se regulan algunos temas de relevancia práctica en el derecho internacional humanitario consuetudinario. En el volumen I del estudio figuran 161 reglas que el CICR considera vinculante como un tema de derecho internacional humanitario consuetudinario y explica el fundamento de esa evaluación; El volumen II cataloga la práctica en la que se basan las conclusiones del volumen I. El estudio muestra que ciertas normas y principios del tratado de derecho internacional humanitario han alcanzado el carácter consuetudinario o han influido enormemente en la formación del derecho consuetudinario. El estudio también indica que 143 reglas del derecho de los tratados aplicable en los conflictos armados internacionales también se han vuelto vinculantes en los conflictos armados no internacionales como un tema de derecho internacional humanitario consuetudinario, y que sólo 13 reglas son aplicables únicamente en los conflictos armados no internacionales.

¹⁹ Conf. GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina en *Introducción al derecho Internacional Humanitario*, publicado en portalacademico.derecho.uba.ar, pag.5.

²⁰ Conf. SWINARSKI, Christophe, op.cit. , pag.22, existe otra doctrina específicamente dedicada a la interpretación y a la implementación del derecho internacional humanitario vigente, llamada de “doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja” que son un conjunto de reglas elaboradas por el Comité para dar coherencia a su actuación internacional humanitaria. Entiende el autor citado, que estas reglas pueden servir de fundamento a las que luego aceptarán los Estados como normas obligatorias, sean estas convencionales o consuetudinarias y puede ser considerado como el proceso de transformación del llamado “soft law” en “hard law”. Swinarski también considera otra fuente particular del derecho internacional humanitario en los instrumentos aprobados en el marco de las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Entiende el autor que los estatutos, resoluciones y declaraciones adoptadas en el seno de estas Conferencias Internacionales, donde participan no solo los componentes del Movimiento internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, sino también los 194 Estados Partes del Convenio I de Ginebra de 1949 con voto decisivo preponderante, confiriendo a las decisiones de la mencionada Conferencia un rango jurídico comparable al de las decisiones de los organismos internacionales gubernamentales en el ámbito del progresivo desarrollo y de la interpretación del derecho internacional humanitario

²¹ Como la finalidad del derecho de Ginebra es proteger a las víctimas de la guerra, cuando se redactaron las Convenciones de Ginebra de 1949 era importante proteger a esas personas, en toda la medida de lo posible, contra las presiones que puedan ejercerse sobre ellas para obligarlas a renunciar a sus derechos. Por ello, las personas protegidas no pueden, en ningún caso, renunciar, parcial ni totalmente, a los derechos que se les otorgan en los Convenios y el Protocolo. Se trata, esencialmente, del personal de los servicios sanitarios militares y civiles, y

de los heridos, los enfermos y los náufragos militares y civiles, así como de los prisioneros de guerra, de los internados civiles, de los habitantes de los territorios ocupados y de los extranjeros en el territorio de una parte en conflicto. El principio de inalienabilidad se aplica a todos los derechos que protegen a esas víctimas de la guerra.

²² Conf. GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T, Elementos de Derecho Internacional Humanitario, Eudeba, 2014, pag.89.

²³ Ciertos politólogos e historiadores utilizan categorías o etiquetas diferentes para denominar lo que jurídicamente puede constituir un conflicto armado internacional o no internacional. Por ejemplo, la referencia a conflictos asimétricos o a conflictos de tercera generación, entre otras, no dejan de ser situaciones que constituyen conflictos armados que se encuadran, según sean sus características, en una u otra de las dos categorías reconocidas por el derecho internacional humanitario. Desde el punto de vista jurídico, no existe ningún otro tipo de conflicto armado.

²⁴ VITE, Sylvain, “*Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*” separata de la International Review of the Red Cross, nro. 873, marzo de 2009, Ginebra, pag. 3.

²⁵ VITE, Sylvain, “*Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales*” separata de la International Review of the Red Cross, nro. 873, marzo de 2009, Ginebra, pag. 3

²⁶ El Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia propuso una definición general de conflicto armado internacional. En el caso de Tadic, el Tribunal afirmó que “*existe conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados*” conf. TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

²⁷ De conformidad con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: “*Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar*”.

²⁸ En los Comentarios de los Convenios de Ginebra de 1949, se confirma que “cualquier diferencia que surja entre dos Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del artículo 2, incluso si una de las Partes niega la existencia de un estado de guerra. No influye en nada la duración del conflicto ni la mortandad que tenga lugar”. Véase también *Joint Services Regulations (ZDv) 15/2*, en: D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 45.

²⁹ En ese sentido, el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia (TPIY) señaló que el “*control de fuerzas armadas subordinadas o milicias o unidades paramilitares por parte de un Estado puede tener carácter general (y no comprende sólo la provisión de asistencia financiera o equipamiento o entrenamiento militar). Este requisito, sin embargo, no implica, por ejemplo, que el Estado dé órdenes concretas o que comande cada una de las operaciones individuales*”. El criterio de “control general” se cumple cuando un Estado extranjero “*desempeña un papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares del*

grupo militar, además de financiar, instruir y equipar o prestar apoyo operacional a ese grupo”. La participación debe, entonces, exceder el mero apoyo logístico, pero no implica que todas las acciones del grupo en cuestión sean dirigidas a distancia por el Estado extranjero.

³⁰ Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949: *Conflictos no internacionales*. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

³¹ TPIY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, Judgment, IT-94-1-T, 7 May 1997, para. 561-568; v. también TPIY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párr. 84.

³² Para un análisis detallado de estos criterios, v. TPIY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 135-170.

³³ V. D. Schindler, *The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols*, RCADI, Vol. 163, 1979-II, p. 147. Para un análisis detallado de estos criterios, v. TPIY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj*, Judgment, IT-03-66-T, 30 de noviembre de 2005, párrs. 94-134.

³⁴ . Se lista a continuación tratados o instrumentos internacionales de mayor relevancia del derecho internacional humanitario o con contenidos de este derecho atendiendo a la cronológica de la adopción de su texto: 1864: Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña; **1868: Declaración de San Petersburgo de 1868 (prohíbe el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra)**; **1899: Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre**. 1899: Convenio sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864. 1906: Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864; **1907: Convención y Reglamentos relativos a las leyes y costumbres de la guerra terrestre**; **1925: Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos**. **1929**: Se actualizan el primer Convenio de Ginebra (se actualiza la protección de los heridos y enfermos) se adopta un Convenio sobre el trato debido a los prisioneros de guerra. 1949: I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña ; II Convenio de Ginebra para

aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.; III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; 1954: Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Primer Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (adoptado en 1999). 1968: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad; **1972: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción; 1976: Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (ENMOD); 1977: Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional; 1980: Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. Protocolo sobre fragmentos no localizables (Protocolo I). Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos (Protocolo II). Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III) Protocolo sobre Armas Láser Cegador (Protocolo IV). Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra (Protocolo V) (adoptado en 2003). Enmienda a la Convención de 1980 (adoptada en 2001); 1993: Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su destrucción.; 1997: Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción; 1998: Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional; 2001: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; 2005: Protocolo III Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional; 2006: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; **2008: Convención de Oslo sobre la Prohibición de las Municiones en Racimo; 2013: Convención sobre la Transferencia y Comercio de Armas.****

³⁵ Todos ellos destacados con negrilla en la cita anterior.

³⁶ Conf. CAMARGO, Pedro Pablo, *Derecho Internacional Humanitario* Tomo I, Jurídica Radar Ediciones, Colombia 1995, pag. 465 «La primera codificación de armas prohibidas es la Declaración de San Petersburgo de 1868 a los fines de prohibir la utilización de ciertos proyectiles en tiempo de guerra. Los principios rectores de tal declaración son: a-Que los progresos de la civilización deben tener por efecto mitigar en la medida de lo posible las calamidades de la guerra; b-Que el único objetivo legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra es la debilitación de las fuerzas militares del enemigo; c-Que a este efecto, es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres; d-Que este objetivo sería sobrepasado por el empleo de armas que agravarían inútilmente los sufrimientos de los hombres puestos fuera de combate,

o haría su muerte inevitable; e-Que, por lo tanto, el empleo de armas semejantes sería contrario a las leyes de la humanidad, (Las Altas Partes contratantes «se comprometen a renunciar mutuamente, en caso de guerra entre ellas, al empleo por sus tropas de tierra o de mar de todo proyectil de peso inferior a 400 gramos, que o sea explosivo, o esté cargado de materias fulminantes o inflamables»)).»

³⁷ Yves Sandoz, ex-Director del Departamento de Derecho, Comunicación y Doctrina del CICR solía decir que el objetivo del derecho internacional humanitario no es ajeno a los problemas de seguridad de los Estados, pero aclaraba que, sin embargo no tiene la importancia vital que conlleva en materia de desarme. También señalaba Sandoz que sería ilusorio pensar que se pueden impedir los conflictos fijando a los beligerantes, límites estrictos en cuanto a los medios de combate que hagan de este un imposible y por ello no hay razón alguna para pensar que tal barrera resistiría mejor que la erigida por el derecho que prohíbe recurrir al uso de la fuerza. Es difícil que los Estados prohíban -en el ámbito del derecho internacional humanitario-, ciertas armas cuya importancia estratégica hace que toda negociación sea ardua por lo que atañe al desarme. En cambio, hay ciertas armas cuya posesión no tienen real influencia en el equilibrio del poder bélico de los Estados y cuya utilización no es indispensable a nivel militar, pero cuyo empleo tiene efectos particularmente crueles o provoca, sin justificación militar, daños muy extensos y consecuencias humanitarias importantes. En otros términos, el derecho internacional humanitario prohíbe las armas, proyectiles, etc., que causen “*males superfluos o sufrimientos innecesarios*”, y aquellos que “*hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural*”.

³⁸ Véase artículo 36 del Protocolo adicional I.

³⁹ Véase el informe titulado “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*” presentado por el CICR a los Estados participantes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza entre los días 8 y 10 de diciembre de 2015.

⁴⁰ Véase el informe titulado “*El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*” presentado por el CICR a los Estados participantes de la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra, Suiza entre los días 8 y 10 de diciembre de 2015 que reza “*el entendimiento tradicional del concepto de objetivo militar es que, cuando un objeto particular se usa con fines tanto civiles como militares (los así llamados «objetos de uso doble»), se transforma en un objetivo militar (a excepción de las partes que pueden separarse del mismo). Una aplicación estricta de este entendimiento podría llevar a concluir que muchos objetos que forman parte de la infraestructura del ciberespacio constituirían objetivos militares y no estarían protegidos contra los ataques (cibernéticos o cinéticos). Esto causaría graves preocupaciones debido al impacto que esa pérdida de protección podría causar en términos de la perturbación del creciente uso civil concomitante del ciberespacio. No obstante, dado que el ciberespacio está diseñado con un alto nivel de redundancia, una de sus características es la capacidad de determinar de inmediato rutas alternativas para el tráfico de datos. Esta resiliencia incorporada debe tenerse en cuenta al evaluar si la destrucción o neutralización del objetivo realmente ofrecería una ventaja militar definida en las circunstancias imperantes en el momento, tal como exige la segunda condición de la definición de «objetivo militar». Incluso si ciertas partes de la infraestructura del ciberespacio de la que dependen las funciones civiles esenciales se transformasen en objetivos lícitos, los ataques seguirían sujetos a la prohibición de realizar ataques indiscriminados y a las normas de proporcionalidad y de precaución en el*

ataque. Para la aplicación de ambos principios, es esencial evaluar el daño incidental que se espera de cualquier operación planificada. Precisamente debido a la importante interconexión entre las redes civiles y militares es que cabe esperar daños civiles incidentales en la mayoría de los casos, y deben tomarse en cuenta todos los daños razonablemente previsibles, incluso los daños incidentales causados indirectamente por los efectos indirectos del ataque. Por ejemplo, los ataques contra servidores primarios o cables submarinos suscitarían problemas en relación con la prohibición de los ataques indiscriminados debido a la dificultad de limitar los efectos de esos ataques tal como exige el derecho internacional humanitario. En este contexto, también habría que tener en cuenta la protección otorgada por el derecho de la neutralidad?

Sobre el autor

Gabriel Pablo Valladares



Gabriel Pablo Valladares es Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay desde 1998. Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina. Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado “*lato sensu*” em direito dos conflitos armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil, también del módulo de derecho internacional humanitario del Postgrado en jurisdicción penal internacional

y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina y del Postgrado sobre Ser Humano y Conflicto Armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Entre 2004 y 2009 fue profesor de derecho internacional humanitario de la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Desde 1997 hasta el presente es corresponsal del Asser Instituut de Holanda para su Yearbook of International Humanitarian Law. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional. El contenido del presente artículo es de exclusiva responsabilidad del autor.

Parte III

El Derecho Internacional y el Desarrollo Económico



Sumario

Introducción;

I. *Introducción a los Contratos Internacionales y sus Conflictos;*

II. *Desafíos en Materia de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*



María Mercedes Albornoz

Contratos Internacionales: Desafíos en Materia de Derecho Aplicable

I. Introducción a los Contratos Internacionales y sus Conflictos

Para abordar el estudio de los contratos internacionales y algunos de los conflictos que éstos pueden presentar en la práctica, es preciso situarse en el contexto del derecho internacional privado (en adelante, DIPr.), una disciplina jurídica susceptible de ser definida como un sistema normativo cuya finalidad es prevenir y solucionar problemas derivados de la internacionalidad de relaciones jurídicas entre particulares¹.

Tal internacionalidad implica la presencia de puntos de conexión con más de un sistema jurídico nacional. Por eso mismo suele ser complejo determinar cuál sería el tribunal internacionalmente competente para resolver una controversia derivada de las relaciones jurídicas que trascienden las fronteras, qué derecho aplicaría ese órgano, si la decisión que el mismo tomara sería

reconocida y eventualmente ejecutada en otros países -y, en su caso, bajo qué condiciones-, además de cómo implementar la cooperación entre autoridades de diferentes Estados.

Estas cuestiones corresponden a los cuatro sectores constitutivos del DIPr., a saber: jurisdicción, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y finalmente, aunque se presenta en distintos momentos bajo distintas modalidades, cooperación internacional entre autoridades². El óptimo funcionamiento de estos cuatro sectores contribuye a lograr un acceso efectivo a la justicia en las relaciones jurídicas internacionales entre particulares.

En esta sección introductoria se presentará la noción de “*contrato internacional*” para posteriormente concentrarse en algunos conflictos de DIPr. vinculados con los contratos internacionales; en especial, el problema de la determinación del derecho aplicable.

A. Noción de *contrato internacional*

Se considera que un contrato es *internacional* cuando presenta puntos de conexión relevantes con más de un Estado³. Los elementos que vinculan un contrato con distintos Estados pueden ser diversos. Así, por ejemplo, el lugar del domicilio o del establecimiento de las partes contratantes, su nacionalidad, el lugar de celebración del contrato, el lugar de cumplimiento o de ejecución del contrato o de alguna de las prestaciones, el lugar de ubicación de la cosa objeto del contrato, la moneda de pago, el idioma en el cual el contrato fue redactado.

“La internacionalidad de un contrato puede fundarse en factores económicos, a pesar de que los principales puntos de conexión jurídicos vinculen la relación contractual con el ordenamiento de un solo país.”

Pero no todos estos factores de conexión tienen el mismo peso para todos los sistemas jurídicos ni para todos los efectos⁴. En otras palabras, *la relevancia de los puntos de conexión con sistemas jurídicos extranjeros dependerá del sistema desde el cual se analice el caso.*

Asimismo, mientras la mayoría de los ordenamientos acoge un criterio jurídico para determinar la internacionalidad del contrato, otros, como el francés, consagran también un criterio económico. El criterio *jurídico* implica considerar qué puntos de conexión netamente jurídicos son los elementos susceptibles de convertir un contrato interno en internacional. Se trata de puntos de conexión como los mencionados en el párrafo previo. La internacionalidad de un contrato puede fundarse en factores económicos, a pesar de que los principales puntos de conexión jurídicos vinculen la relación contractual con el ordenamiento de un solo país. Por ejemplo, una compraventa celebrada entre dos empresas establecidas en territorio galo, con lugar de ubicación y de entrega de las mercancías, así como lugar de pago en Francia; pero donde el cumplimiento de la prestación dineraria implica un flujo transfronterizo de divisas.

B. Conflictos de Derecho Internacional Privado: la determinación del derecho aplicable al contrato internacional como problema

Los contratos internacionales constituyen una pieza fundamental en el engranaje del comercio internacional. Y



devienen cada vez más importantes en épocas como la actual, de integración regional y de globalización, donde se incrementa la contratación internacional en el número de contratos y en las cifras involucradas. De ahí la relevancia del DIPr., que regula, con respecto a los contratos, conflictos derivados del carácter internacional de los mismos.

Dos de esos conflictos son la jurisdicción y el derecho aplicable. Cuando no existen normas de jurisdicción internacional adecuadas, cuando no hay normas claras acerca de las reglas de derecho que rigen los contratos, cuando no son eficaces los acuerdos de elección de foro o los de elección del derecho aplicable, se genera una falta de certeza para los sujetos que son partes del contrato. La inseguridad jurídica resultante no propicia el desarrollo estable y sostenido del comercio internacional ni la inserción en el ámbito global de los Estados donde prevalece la incertidumbre.

La determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales puede ser concebida como un problema, cuyas causas radican en la internacionalidad de los contratos y en el tratamiento no uniforme del tema en distintos sistemas jurídicos. En efecto, debido a la vinculación de cada contrato internacional con una pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales, surge la duda acerca de qué reglas de derecho lo rigen. Pero, además, las normas cuyo objetivo es resolver esa duda, difieren de un país a otro.

El problema de la determinación del derecho aplicable trae como consecuencia una falta de certeza jurídica. Esta incertidumbre afecta directamente a las partes contratantes, o al menos a una de ellas e, indirectamente, puede perturbar la economía de un país y el grado de su participación en el comercio internacional.

Ante la pregunta de quién puede resolver el problema, cabe considerar tres posibilidades:

- En primer lugar, especialmente en países donde es plenamente acogida la autonomía de la voluntad, la solución puede estar en manos de las partes, mediante la elección del derecho aplicable a su contrato internacional.
- En segundo lugar, si las partes no han logrado resolverlo por sí mismas, normalmente recurrirán a un tercero neutral. De ser así, la tarea de encontrar una respuesta adecuada para el problema estará en manos de un juez estatal, o bien de un tribunal arbitral.
- Finalmente, el legislador también puede contribuir, a través de la elaboración de normas claras y justas.

En efecto, las herramientas a emplear a fin de dar solución al problema son algunos de los métodos de los que disponen el DIPr. y las normas en las cuales dichos métodos se plasman. Así, al método de autolimitación corresponden las normas de policía o normas de aplicación inmediata; al de creación, las normas materiales; al

conflictual, las normas de conflicto. A su vez, las normas pueden emanar de diversas fuentes: no estatal, o estatal; y en este último caso, nacional, internacional, o incluso comunitaria.

Tales herramientas serán utilizadas desde una perspectiva y de un modo diferente por cada uno de los sujetos facultados para, en mayor o en menor medida, contribuir a solucionar el problema de la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Por ejemplo, las partes contratantes podrían efectuar una elección expresa, un legislador nacional podría dictar cierta norma de conflicto, un juez podría aplicar una norma de policía para una parte de la controversia contractual y una norma de conflicto para otra, o un árbitro tendría la posibilidad de resolver el diferendo valiéndose exclusivamente de la *lex mercatoria*.

Como se puede apreciar, las herramientas para resolver el problema son normas jurídicas. Se comprende así la importancia que adquiere la creación de dichas normas de DIPr. que luego serán aplicadas por un tercero neutral llamado por las partes del contrato a resolver un litigio, o que darán fundamento al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.



II. Desafíos en Materia de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

El primer y gran desafío de carácter general que se presenta es: ¿cómo resolver el problema de la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales? Inmediatamente emerge como respuesta la necesidad de regulación, ya que son las normas de DIPr. las herramientas necesarias para avanzar hacia una solución. Entendiendo que es preciso contar con normas jurídicas claras a fin de atacar el problema, surgen algunos desafíos específicos, estudiados a continuación:

A. El desafío del contenido de la regulación

Al pensar en cómo dotar de contenido a la regulación en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales, se hace patente la tensión que existe entre flexibilidad y certeza, entre justicia material y seguridad jurídica.

Dicha tensión se verifica tanto entre la elección del derecho aplicable y la ausencia de elección, como, en el supuesto de que las partes no hayan efectuado una elección válida, entre puntos de conexión rígidos –por ejemplo, lugar de celebración del contrato, lugar de cumplimiento- y puntos de conexión flexibles –por ejemplo, los vínculos más estrechos o principio de proximidad-. Es oportuno preguntarse si flexibilidad y certeza son opciones absolutamente contrapuestas, o si sería posible encontrar un equilibrio entre ellas.

“Al pensar en cómo dotar de contenido a la regulación en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales, se hace patente la tensión que existe entre flexibilidad y certeza, entre justicia material y seguridad jurídica.”

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, firmada en México el 17 de marzo de 1994 en el seno de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), en el marco de la V Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, CIDIP V (en adelante, *Convención de México o Convención*), es un interesante esfuerzo por lograr un equilibrio entre flexibilidad y certeza. El Anexo I de este artículo presenta un caso práctico basado en la Convención.

B. El desafío de las técnicas de codificación utilizadas o disponibles

Otro desafío importante, que se añade al del contenido de la regulación, es el de qué técnica emplear para codificar las normas sobre derecho aplicable a los contratos internacionales⁵. Básicamente, existen dos caminos: el *hard law*, o derecho rígido, y el *soft law*, o derecho blando. Y dentro de ellos hay carriles específicos, como la ley nacional y el tratado internacional en el caso del *hard law*, y principalmente las compilaciones de principios, leyes modelos, guías legislativas, guías de buenas prácticas, en el caso del *soft law*. No se estudiarán ahora los

diversos carriles por los que se puede optar en cada camino. Sin embargo, serán presentadas las características fundamentales de cada camino.

Los instrumentos de *hard law* tienen la gran ventaja de ser vinculantes, de cumplimiento obligatorio para los sujetos a quienes van dirigidos. Sin embargo, se caracterizan porque quienes los negocian tienden a ser funcionarios políticos, generalmente no expertos en la materia: legisladores en el plano interno, diplomáticos en el plano internacional.

Además, frecuentemente se presentan dificultades para llegar a un acuerdo acerca del contenido exacto del instrumento, lo que conlleva una valiosa inversión de tiempo. Si el instrumento a negociar es una convención internacional, la negociación del texto suele llevar años. A esto se añade el hecho de que su aceptación depende de la voluntad soberana de los Estados Parte, mientras que la obtención de ratificaciones y adhesiones es cada vez más compleja. En consecuencia, la entrada en vigor del tratado puede verse obstaculizada, lo que implicaría echar por la borda el tiempo, el dinero y los esfuerzos que hayan sido destinados a la negociación.

Incluso si el instrumento llegara a entrar en vigor, su ámbito espacial de aplicación podría quedar limitado a un reducido número de países. Asimismo, dado que el proceso de adopción de las normas cuando se sigue la técnica del *hard law* es tan rígido, es difícil que se reúnan las condiciones para llegar a actualizar su contenido.

En cambio, si bien el camino del *soft law* no genera instrumentos vinculantes, los destinatarios pueden voluntariamente referirse a ellos, e incluso incorporarlos a sus contratos o a sus sistemas jurídicos y volverlos obligatorios dentro de cierto ámbito. A diferencia de lo que suele ocurrir con el *hard law*, en la vía *soft* los negociadores son expertos en la disciplina a regular, lo que debería redundar en la buena calidad técnica del contenido del instrumento. En comparación con la negociación de una convención internacional, acordar el texto de un instrumento de *soft law* puede ser más fácil y más rápido.

Adicionalmente, la aceptación de la que éste goce depende de sus valores intrínsecos y no de la voluntad política de los Estados o de los gobiernos de turno. Además, al no ser vinculante, el instrumento blando no requiere la obtención de ratificaciones ni de

adhesiones estatales. Finalmente, la flexibilidad que caracteriza al *soft law* facilita que éste sea modificado o actualizado cuando así se requiera.

La adopción del camino rígido o del camino blando para codificar internacionalmente determinada materia es una decisión delicada, que ha de tomarse con precaución.

Es necesario considerar el tema a regular, las posibilidades concretas de llegar a un acuerdo en aspectos medulares y/o accesorios, el tipo de foro codificador (por ejemplo, si es estatal o no, si su alcance es regional o universal), el impacto que se pretende generar en la práctica y cuál sería la vía más adecuada para lograrlo.

En cuanto al derecho aplicable a los contratos internacionales, encontramos instrumentos de ambos tipos. La Convención de México, por ejemplo, es un instrumento de *hard law*, en tanto que los “Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales”, aprobados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, Conferencia de La Haya) el 19 de marzo de 2015 (en adelante, Principios de La Haya o Principios), son un instrumento de *soft law*.

El Anexo II de este artículo contiene un ejercicio comparativo entre ambos instrumentos, que propiciará la reflexión.

C. El Desafío de una Regulación para las Américas: ¿dónde estamos y hacia dónde vamos?

Si se parte del gran desafío general que hay que enfrentar para hallar una solución al problema de la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, la necesidad de regulación, junto a los desafíos específicos del contenido y de la técnica de codificación a escoger, se encuentra otro, de carácter regional. Se trata de saber cuál es el estado actual y cuál es el rumbo de la regulación de esta materia, en el continente americano.

1. El estado actual de la regulación en las Américas

Más allá de la normativa de fuente interna, vigente en cada uno de los países del continente americano, en el plano internacional nuestra región cuenta con un instrumento que se debate entre el éxito y el fracaso: la ya mencionada Convención de México, que en su momento fue objeto de elogios en círculos académicos. De los treinta y cinco Estados miembros de la OEA, sólo cinco la firmaron -Bolivia,

Brasil, México, Uruguay y Venezuela-, y únicamente dos la ratificaron -México y Venezuela-.

Los méritos de la Convención, que permiten considerarla como exitosa, son la recepción de: el principio de autonomía de la voluntad, el principio de proximidad y la *lex mercatoria*.

Una de las virtudes fundamentales de la Convención es la consagración explícita y amplia de la autonomía de la voluntad. La fórmula del artículo 7, “*El contrato se rige por el derecho elegido por las partes*”, comporta un avance significativo para los países latinoamericanos, de tradición eminentemente territorialista⁶.

La tendencia a favorecer la aplicación de la *lex fori* ha sido muy fuerte en la región y en ocasiones continúa siéndolo. Por eso es tan importante que se les permita a los contratantes someter su contrato internacional al derecho que ellos prefieran, sin importar que se trate de derecho extranjero. Las preocupaciones por la defensa de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro quedan lo suficientemente cubiertas con la aplicación necesaria de las normas internacionalmente imperativas del foro (artículo 11, primer párrafo) y

por la excepción de contrariedad manifiesta al orden público del foro (artículo 18).

Otra característica positiva de la Convención de México es que acoge el principio de proximidad como herramienta para determinar el derecho aplicable al contrato internacional cuando las partes no han efectuado una elección eficaz. En este supuesto, “*el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos*” (artículo 9, primer párrafo).

La introducción de un punto de conexión flexible como “*los vínculos más estrechos*” -por oposición a un punto de conexión rígido como sería, por ejemplo, el lugar de celebración del contrato-, dota al juzgador de cierta discrecionalidad para seleccionar el derecho aplicable en función de las características del caso concreto que tiene entre sus manos. Pero además de considerar “*todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato*”, también deberá tomar en cuenta “*los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*” (*lex mercatoria*), a fin de determinar el derecho del Estado con el cual el contrato tiene mayor proximidad (artículo 9, segundo párrafo).

Asimismo, la Convención ha sido elogiada por incorporar la *lex mercatoria* y por mostrar receptividad hacia “*las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional*” (artículo 3). La *lex mercatoria*, a la que el instrumento designa como “*los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*” (artículo 9, segundo párrafo), o como “*las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación*” (artículo 10), le son asignadas dos funciones. En primer lugar, la de elemento a ser tenido en cuenta para identificar el derecho más próximo al contrato (artículo 9, segundo párrafo), ante la ausencia de una elección eficaz por las partes. En segundo lugar, sin importar si hubo o no hubo elección formulada por los contratantes, la función de complemento “*para realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*” (artículo 10).

Ahora bien, a pesar de que la Convención solamente le confiere esas dos funciones a la *lex mercatoria*, y de que el artículo 17 indica que se entiende por “*derecho*” el vigente en un Estado, hay autores que entienden que el texto interamericano autoriza a interpretar la elección de la *lex mercatoria* hecha por

las partes, como una elección válida en los términos del artículo 7 y no como un ejercicio de la autonomía de la voluntad material, que implicaría una incorporación de ciertas reglas de la *lex mercatoria* al contrato internacional.

Esta lectura del texto convencional, además de propugnar un resultado concreto —la admisión de la elección de reglas no estatales—, pretendería subsanar la poca claridad de la Convención en este punto, generada por las dificultades para llegar a un consenso entre posturas contrapuestas. He aquí una muestra de las limitaciones del *hard law* como técnica de codificación⁷.

Un mérito adicional de la Convención de México consiste en que, a pesar de sus escasas ratificaciones, fue fuente directa de inspiración para la reforma de las normas de DIPr. de fuente interna en materia de contratación internacional en varios países del continente. Además de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, del año 1998⁸, tuvo una fuerte incidencia en la Ley de Derecho Internacional Privado de República Dominicana, de 2014⁹, en la Ley sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de Paraguay, del año 2015¹⁰, así como en el Código de Derecho Internacional Privado de Panamá, de 2015¹¹.

Por otro lado, a pesar de sus méritos, la Convención de México también podría ser vista como un fracaso. Como se ha visto, a más de veinte años de su aprobación en la CIDIP V, solamente fue ratificada por dos Estados por razones que no son del todo claras. En todo caso, es factible pensar que podrían ser varias y que cada una de ellas podría tener más o menos peso, dependiendo del Estado del que se tratase. Entre los posibles motivos del poco entusiasmo de los Estados de la región por convertirse en Estados Parte de este instrumento interamericano, algunos son intrínsecos, mientras que otros tienen carácter extrínseco.

Los motivos intrínsecos a la propia Convención de México serían la adopción de soluciones de compromiso, y la formulación de algunos artículos, un tanto imprecisa o poco clara. Piénsese, a modo de ejemplo, en las pautas que al juez deberá tomar en cuenta para determinar cuál es el Estado con el cual el contrato internacional presenta mayor proximidad, a fin de aplicar su derecho como *lex contractus* (artículo 9, segundo párrafo).

Por otro lado, como motivos extrínsecos a la Convención pero que pueden haber incidido en la exigua acogida de

la misma por parte de los Estados del continente americano, se hallan la falta de voluntad política y la relativamente escasa divulgación del instrumento y de su utilidad práctica.

Ambos motivos están interrelacionados. Porque si bien es legítimo que los Estados tengan otras prioridades —más aún en América Latina, donde hay altos índices de inseguridad, de pobreza, carencias en materia de salud, de educación, entre otros problemas acuciantes—, es probable que aún no hayan permeado lo suficiente en ellos el contenido de la Convención de México y los beneficios que su aplicación conlleva, para la participación de un país y sus empresas en el comercio internacional.

2. El rumbo de la regulación en las Américas

Ante la situación descrita en el apartado precedente, cabe preguntarse qué hacer con la Convención de México. ¿Vale la pena intentar rescatarla o fortalecerla? ¿Alcanzaría con explicarla y difundirla más? ¿Habría que redoblar esfuerzos para lograr que más Estados la adopten? Eventualmente, ¿podrían los Principios de La Haya contribuir en estas tareas? Recuérdese el caso de la nueva ley paraguaya sobre derecho aplicable a los contratos

internacionales, que sigue los lineamientos de la Convención y de los Principios.

Otras preguntas que es necesario formularse son si sería apropiado reemplazar la Convención de México por otra nueva, modificarla, reforzarla con un instrumento adicional de *soft law*, o incluso convertirla en un instrumento de *soft law*. Por ejemplo, convertirla en una guía legislativa o en una ley modelo.

El Comité Jurídico Interamericano ha estado reflexionando al respecto y ha considerado que, más que insistir en la adopción y eventual modificación de tratados, es preferible procurar que los Estados adopten normas de fuente interna que acojan los criterios aceptados por la Convención de México y los Principios de La Haya, y que para tal fin sería beneficioso contar con una guía legislativa.

Por eso, la OEA está preparando una “Guía para las Américas sobre la ley aplicable a los contratos internacionales”¹². La intención de quienes están directamente involucrados en su elaboración¹³ es que no solamente esté dirigida a los legisladores nacionales, sino que se amplíe el abanico de destinatarios, de manera tal que también sea útil para jueces nacionales,

árbitros, contratantes y académicos. Se espera, de este modo, lograr incidir en el contenido de las normas de DIPr. de fuente interna en esta materia.

La discusión y la adopción de una guía legislativa con estas características determina el rumbo que seguirá en los próximos años la regulación del

derecho aplicable a los contratos internacionales en el continente americano. Se espera que la utilización de esta herramienta pueda contribuir de una manera propositiva a resolver el problema de cómo identificar el derecho aplicable y, por consiguiente, también a incrementar la seguridad jurídica del comercio internacional en la región.

Anexo I

Con el objeto de estimular la reflexión sobre la Convención de Mexico, se propone el siguiente ejercicio para resolver un caso ficticio, el caso “Cables de aluminio”¹⁴.

Caso “Cables de aluminio”

En la ciudad de Porlamar, Isla de Margarita, tuvo lugar hace algunos meses la celebración de un contrato internacional entre una sociedad mercantil venezolana y una persona física mexicana. En efecto, Aralven S.A., empresa constituida y domiciliada en Caracas, Venezuela, que tiene por objeto la fabricación de cables de diversos tipos, celebró con el señor Ignacio Rincón Corona, de nacionalidad mexicana y con domicilio en la Ciudad de México, un contrato de compraventa de un cargamento de cables de aluminio. Según declaraciones formuladas en ocasión de la negociación por el propio Rincón, él planeaba a su vez revender dichos cables, dentro del territorio de la República Mexicana, a diversos compradores que les darían uso industrial.

Hace quince días, Rincón recibió, en el lugar y dentro del período de tiempo pactados, el cargamento de cables de aluminio. Él cumplió íntegra y temporáneamente con la prestación contractual a su cargo: el pago del precio. Al día

siguiente, uno de sus colaboradores advirtió que los cables no tenían el grosor requerido, sino uno levemente inferior. Esta leve diferencia, sin embargo, frustraba toda posibilidad de llegar a revender los cables a los compradores con quienes ya se estaba en tratativas.

De inmediato, Ignacio se comunicó telefónicamente con su contacto en Aralven, el Gerente de Comercio Exterior, quien le aseguró que los cables despachados a México cumplían con todos los requisitos establecidos en el contrato. Ante la insistencia de Rincón, el gerente venezolano le dijo que daba por terminado todo diálogo acerca de esa cuestión y decidió finalizar la llamada. El señor Rincón envió entonces esa misma tarde un formal reclamo por escrito a Aralven.

No habiendo recibido respuesta dentro del tiempo esperado, Ignacio Rincón Corona (parte compradora) entabla una demanda contra Aralven (parte vendedora) ante un juzgado de Distrito de la Ciudad de México.

Usted es el juez a cuyo juzgado fue cursada la demanda. Una vez que ha verificado ser competente, se enfrenta con el problema de qué derecho aplicar para resolver esta controversia contractual, dado el silencio de las partes sobre el punto. Se encuentra ante un conflicto de leyes, pues el contrato

con respecto al cual tiene que decidir presenta puntos de conexión con el ordenamiento jurídico venezolano y con el ordenamiento jurídico mexicano.

Consignas

- Obtener el texto de la Convención de México.
- Como parte de su análisis del caso, conteste y fundamente las siguientes preguntas que lo ayudarán a reflexionar antes de decidir qué derecho aplicar al fondo de la controversia:
 - 1) Desde el punto de vista espacial, ¿sería aplicable al caso la Convención de México?
 - 2) Y si las partes hubiesen elegido el derecho cubano, ¿sería aplicable la Convención?
 - 3) Desde el punto de vista temporal, ¿sería aplicable la Convención?
 - 4) Desde el punto de vista material, ¿sería aplicable la Convención?
 - 5) Si el comprador de los cables no hubiera sido el Ignacio Rincón Corona sino el gobierno del Estado de Puebla, ¿sería aplicable la Convención?

6) Si el vendedor de los cables no hubiera sido Aralven sino una sociedad brasileña con sede en Río de Janeiro, ¿sería aplicable la Convención?

7) ¿Podrían Aralven y Rincón haber elegido expresamente el derecho aplicable al contrato de compraventa internacional que los vincula?

8) Dado que Aralven y Rincón no han formulado un acuerdo expreso de elección del derecho aplicable, ¿habría posibilidad de concluir de todas formas que han elegido cierto derecho? ¿Cuál? ¿Qué elementos fácticos permitirían arribar a tal conclusión?

9) Suponga que usted entiende que las partes del contrato no han elegido el derecho aplicable al mismo, ¿cómo procedería a determinarlo, haciendo aplicación de la Convención?

10) Complemente los hechos del caso para ilustrar cómo juega la *lex mercatoria* dentro de la Convención de México.

11) ¿Cómo se determina el derecho aplicable a un contrato internacional según las normas de fuente interna de su propio país?

Anexo II

Ejercicio de comparación y reflexión

Consignas

- Obtener los textos de la Convención de México y de los Principios de La Haya.
- Efectuar un breve análisis comparativo y reflexionar, tomando como guía las siguientes preguntas o reactivos.

1) ¿Cuál es la materia regulada por la Convención de México? ¿Y por los Principios de La Haya?

2) ¿Qué técnica de codificación fue seguida para la adopción de la Convención? ¿Y para la adopción de los Principios?

3) ¿Qué semejanzas y diferencias existen entre el régimen establecido en los artículos 7 a 10 de la Convención y el consagrado en los artículos 2 a 5 de los Principios?

4) En cuanto al contenido de ambos instrumentos, ¿considera usted que sería posible decir que uno es más avanzado que el otro? En su caso, indique cuál y por qué.

5) Tome en cuenta, por un lado, que la Convención de México, negociada y firmada en el foro codificador regional de la OEA, tiene solamente dos Estados Parte (México y Venezuela) y, por otro lado, que aún no se conoce la trascendencia real que tendrán los Principios elaborados en el foro universal de la Conferencia de La Haya en el mundo ni en el continente americano. Suponga que actualmente se discute la posible adopción de un nuevo instrumento para las Américas sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. ¿Qué técnica de codificación (hard law o soft law) recomendaría usted emplear? ¿Por qué?

¹ “El derecho internacional privado es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional”. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, p. 8.

² GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, p. *Derecho internacional privado. Doscientos años de tratados internacionales ratificados por México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 27.

³ ALBORNOZ, María Mercedes, “El derecho aplicable a los contratos internacionales en el sistema interamericano”, *Iustitia, Revista del Departamento de Derecho*, Monterrey, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, núm. 16, mayo de 2007, pp. 89-95.

⁴ Un mismo sistema jurídico se podría seguir un criterio amplio en cuanto a los puntos de conexión que convierten a un contrato en internacional para fines de jurisdicción internacional (por ejemplo: cualquier punto de conexión con el extranjero) y un criterio más restringido a efectos de permitir que entre en juego la norma de conflicto (por ejemplo: sólo se aplicará la norma de conflicto, que a su vez posibilita la aplicación de un derecho extranjero, cuando el contrato deba ser cumplido en el exterior).

⁵ Acerca de las técnicas de codificación disponibles, véase ALBORNOZ, María Mercedes y GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, n° 3, 2016, pp. 455 y ss.

⁶ ALBORNOZ, María Mercedes, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, n° 1, p. 23.

⁷ En los Principios de La Haya, en cambio, se incluyó expresamente la posibilidad de que las partes elijan como derecho aplicable al contrato, reglas o normas de derecho “generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del derecho del foro” (artículo 3). Para un comentario al respecto, véase MICHAELS, Ralph, “Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, en Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos. Jornadas de la ASADIP 2016, Buenos Aires, Argentina*, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y Organización de los Estados Americanos, 2016, pp. 153-186.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.511 de 6 de agosto de 1998.

⁹ Ley N° 544-14, de 15 de octubre de 2014.

¹⁰ Ley 5.393, promulgada el 14 de enero de 2015 y publicada en la Gaceta Oficial de la República del Paraguay N° 13, del 20 de enero de 2015.

¹¹ Ley 61, del 7 de octubre de 2015, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Panamá N° 27885-A, del día 8 de octubre de 2015.

¹² MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, “Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?”, en Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (dir.), op. cit. nota 8, p. 195.

¹³ Elizabeth Villalta y José Antonio Moreno Rodríguez, en su carácter de miembros del Comité Jurídico Interamericano.

¹⁴ Basado en el caso del mismo nombre, publicado en ALBORNOS, María Mercedes, *Derecho Internacional Privado para un mundo globalizado*, México D.F., Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014, pp. 224-226.

Sobre la autora

María Mercedes Alborno



María Mercedes Alborno es Profesora Investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE, localizado en la Ciudad de México. Doctora en Derecho Internacional Privado, egresada de la *Université de Paris II, Panthéon-Assas*, de París, Francia, en la que también obtuvo un DEA (*Diplôme d'Études Approfondies*) en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional. Previamente, se graduó como Abogada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, Argentina.

Es Asesora Externa de la Secretaría de Relaciones Exteriores del gobierno mexicano, en materia de Derecho Internacional Privado. Asimismo, integra el Grupo de Expertos en Filiación y Maternidad subrogada de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Ha sido ponente y conferencista en múltiples eventos

académicos y ha realizado estancias de investigación en diversos países del continente americano y de Europa.

Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT de México. También es miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

Es autora del libro “Derecho Internacional Privado para un Mundo Globalizado”, publicado en 2014 por el CIDE en la Colección Estudios de Casos. Varios de sus artículos y contribuciones han sido publicados en revistas académicas tales como el *Journal of Private International Law*, el *Journal du Droit International* (Clunet), la *Inter-American Law Review*, el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones y el Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

Sumario

Introducción;

A. *Primer Paso: La elección del Arbitraje;*

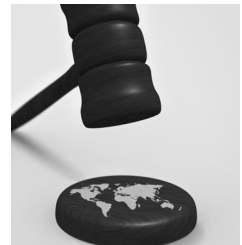
B. *Segundo Paso: determinar la internacionalidad del Arbitraje;*

C. *Tercer Paso: El pacto de arbitraje;*

D. *Cuarto Paso: Las características del proceso arbitral;*

E. *Quinto Paso: La etapa decisoria y recursos;*

Conclusión



Verónica Sandler Obregón

Nociones Generales de Arbitraje Internacional

Introducción

La propuesta de este trabajo es plantear ciertas nociones generales del arbitraje, en particular del arbitraje internacional, a los fines de poder lograr un entendimiento acabado de lo que implica esta figura en el campo jurídico y su impacto en la práctica profesional actual.

A efectos metodológicos, el trabajo está dividido en cinco pasos. Cada uno de ellos analiza aspectos que deben ser considerados previamente a la elección del arbitraje como mecanismo idóneo para resolver el conflicto existente entre las partes.

A. Primer Paso: La elección del Arbitraje

1. Diferencias con otros tipos de métodos alternativos

Primariamente debemos precisar que, en términos sencillos, un conflicto es

definido como *una divergencia de intereses entre dos o más personas*. Ante una situación de conflicto, se hace necesario utilizar algún método para solucionarlo, a través del cual las partes procurarán satisfacer sus respectivos intereses.¹

En este punto se abren dos grandes caminos para las partes:

- (i) buscar en conjunto un resultado que sea mutuamente satisfactorio; o
- (ii) pretender mantener su interés particular sobre el de la otra parte.

En el primer caso nos encontramos frente a los llamados *métodos autocompositivos* en los cuales la resolución del conflicto se da por medio de un acuerdo, es decir, una solución querida por ambas. Dentro de los métodos de autocomposición, hallamos como característicos a la negociación y la mediación, que procuran resolver el conflicto por medio de un acuerdo, sabiendo que el trabajo conjunto

maximiza los intereses buscados. En la negociación las partes buscan ese acuerdo de manera “directa”, sin asistencia externa; en la mediación buscar la colaboración de un tercero que facilite el acuerdo.²

En el segundo caso, encontramos los *métodos adversariales o heterocompositivos* en los cuales cada parte confronta con la otra pretendiendo obtener la satisfacción de sus intereses despreocupándose de la posible insatisfacción de los de la otra parte. Aquí encontramos como métodos en particular el arbitraje y el litigio judicial. Su característica común es que en estos casos, la divergencia produce una situación *competitiva* en la que cada parte procurará obtener la satisfacción de sus intereses a expensas del otro, buscando la decisión de un tercero neutral que, al decidir sobre la cuestión, adjudica la solución a favor de una u otra parte.³

Es decir que, aunque los estados de derecho han asumido la administración de la justicia por medio de la creación de tribunales judiciales, esta función no es exclusivamente del Estado.⁴ Tanto el arbitraje como el proceso judicial persiguen un fin de justicia,⁵ pero a diferencia del último, el primero opera en el ámbito privado y no forma parte de la estructura del Estado. La interacción

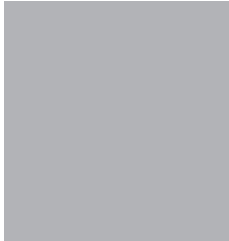
y la cooperación entre ambos permite brindar a los ciudadanos un *mejor* sistema de justicia,⁶ operando el arbitraje en aquellos asuntos en que no existen más intereses que los particulares.

Así, el arbitraje surge como un método de resolución de conflictos privado, alternativo y complementario del sistema judicial establecido por el Estado e idóneo para proporcionar un medio eficaz de resolver el conflicto.⁷

2. Elementos Tipificantes del Arbitraje

De manera general, se podría determinar que el arbitraje es un método de resolución de conflictos que reúne ciertas características:

- Es **heterocompositivo**, porque las partes actúan como adversarios, procurando cada una hacer prevalecer sus intereses por encima de los de la otra.
- Es **adjudicativo**, ya que implica la existencia de un tercero neutral, árbitro, que tiene el poder de disponer la solución, en función de una autoridad que le permite imponérselas aún contra su voluntad.



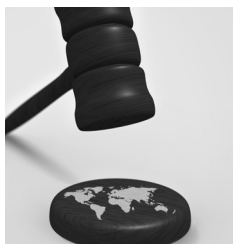
- Es **privado**, porque a pesar de tener atribuciones similares a las de un juez estatal, los árbitros no son funcionarios públicos ni administran justicia en nombre del Estado.
- Es **consensual** y **voluntario** toda vez que el mismo sólo puede surgir de un acuerdo entre las partes, que implica excluir la intervención de la justicia ordinaria para dirimir el conflicto surgido entre ellas.
- Es **definitivo** en cuanto a que el procedimiento concluye con el dictado de un laudo arbitral, que equivale a una sentencia judicial: produce efectos de cosa juzgada y, en caso de incumplimiento, su ejecución forzosa puede obtenerse a través del Poder Judicial, con los mismos efectos reconocidos a los fallos judiciales.
- Es **ejecutable**, dada la posibilidad de ejecutar y hacer cumplir los laudos arbitrales en cualquier parte del mundo por medio de la existencia de convenciones internacionales. El convenio más significativo en materia de ejecución de laudos arbitrales es la Convención de Naciones Unidas de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).
- Aunque ciertas premisas básicas deben cumplirse, es **informal**, en comparación con el riguroso y ritualista proceso judicial. En el arbitraje se dejan de lado ciertos formalismos, buscando una mayor eficacia.
- Suele ser más **veloz** que la mayoría de los procesos judiciales, buscando siempre resolver las controversias en un tiempo corto y razonable. Impactando así en los costos económicos del proceso.

- Es **especializado**, ya que a diferencia del proceso judicial, las partes pueden elegir que el tercero que dirime la controversia tenga un conocimiento especializado y experiencia en el tema objeto de la misma.
- Es **confidencial**, por oposición al carácter público del proceso judicial. Como regla, los hechos que se debaten en un proceso arbitral son de conocimiento exclusivo de las partes involucradas, resguardándose con ello el prestigio, la imagen empresarial y la economía de las empresas participantes de un proceso arbitral.
- Es tutelado por dos principios fundamentales: (i) **separabilidad del acuerdo arbitral** y (ii) **principio kompetenz-kompetenz**. Ambos principios tienen objetivos específicos y se refieren a situaciones diferenciadas, pero usualmente funcionan de manera articulada.

Históricamente se consideraba que la cláusula arbitral contenida en un contrato era accesoria de éste y, por lo tanto, la nulidad del contrato llevaría también a la nulidad del acuerdo arbitral, cuestionándose de esa manera la competencia del árbitro para resolver la controversia.

Para evitar estas situaciones, la mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje han incluido en sus textos los principios de separabilidad del acuerdo arbitral y *kompetenz-kompetenz*. El primero se expresa sencillamente, estableciendo que un convenio arbitral que forma parte de un contrato es un contrato autónomo o separable de éste, y que su existencia, validez o eficacia debe juzgarse con independencia de las vicisitudes del contrato principal.

El segundo implica autorizar a los árbitros a decidir sobre el alcance de su propia competencia. La combinación de ambos procura garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes acerca de la inexistencia o la nulidad del acuerdo arbitral no conduzca a la obstaculización del procedimiento arbitral. En conclusión, el principio *kompetenz-kompetenz* apunta a dar a los árbitros la posibilidad de examinar y decidir en primera instancia sobre los cuestionamientos que se hagan a su competencia⁸ mientras que el principio de la separabilidad del acuerdo arbitral procura que si los árbitros, actuando dentro de los límites de su jurisdicción, deciden que el contrato en el que estaba la cláusula arbitral es nulo, ello no implique la pérdida de su jurisdicción.⁹



3. Jurisdicción arbitral

El concepto de jurisdicción suele interpretarse, en un sentido general, como *la función monopólica del Estado de administrar justicia*. Sin embargo, en una interpretación amplia, “jurisdicción” es la función consistente en administrar justicia, juzgar y resolver de manera obligatoria y definitiva una situación de conflicto, mediante un acto revestido de autoridad.

Lo esencial del concepto de jurisdicción reside en la intervención de un tercero ajeno e imparcial a las partes, a quien se le dota del poder de dictar una decisión *obligatoria* y ejecutable. Y ello, como lo demuestra el arbitraje, puede lograrse aunque la decisión no emane de un tribunal judicial.¹⁰

En el caso de los tribunales judiciales, esta potestad generalmente es encomendada constitucionalmente,¹¹ a sus propios órganos. En cambio, la de los

tribunales arbitrales surge de un acuerdo de voluntad de las partes, que crean *convencionalmente* su propio sistema privado para resolver sus controversias. En este sentido, el arbitraje implica el reconocimiento de la capacidad de las partes de disponer el sometimiento de sus derechos en quienes les genere mayor confianza,¹² ejerciendo así plenamente su autonomía de la voluntad sobre sus derechos disponibles establecidos por su legislación.

“Lo esencial del concepto de jurisdicción reside en la intervención de un tercero ajeno e imparcial a las partes, a quien se le dota del poder de dictar una decisión obligatoria y ejecutable. Y ello, como lo demuestra el arbitraje, puede lograrse aunque la decisión no emane de un tribunal judicial.”

De la mano de esta conclusión, se desprende que una de las consecuencias de reconocer a los árbitros facultades jurisdiccionales es la posibilidad que tienen de dictar medidas cautelares. Hoy es admitido que los árbitros pueden adoptar medidas cautelares en los procesos que son de su conocimiento.¹³ Esto mismo se justifica, entre varias razones, porque el tribunal arbitral es el “juez” elegido por las partes para juzgarlas, porque su jurisdicción alcanza a las cuestiones principales que le sometieron y a las que son accesorias de aquellas, y porque para “dictar” una medida cautelar no es preciso contar con facultades de *imperium* que, a lo sumo, serán necesarias para obtener la ejecución compulsiva de las medidas dispuestas por los árbitros.¹⁴

A la postre, es importante resaltar que si bien los árbitros ejercen jurisdicción, de modo similar a los jueces estatales, sus atribuciones no son exactamente iguales a las de estos. En primer lugar como se mencionó, la fuente de la que emana esa jurisdicción es distinta en ambos casos, ya que mientras la de los jueces es legal o constitucional, la de los árbitros es convencional.¹⁵ Por otro lado, con relación a su alcance y su extensión: la jurisdicción de los jueces es general, mientras que la de los árbitros

está limitada a las cuestiones que las partes les sometieron; asimismo los jueces cuentan con la potestad de *imperium* que les permite ejercer la coerción para hacer cumplir forzosamente las decisiones, mientras que los árbitros carecen de este atributo.¹⁶ Finalmente, la jurisdicción de los jueces es permanente; tanto que la de los árbitros es temporaria a la duración del proceso.

En definitiva, si bien existen diferencias entre la jurisdicción judicial y arbitral, sus funciones son coincidentes en lo sustancial: ambos conocen y resuelven de manera vinculante y con efecto de cosa juzgada las cuestiones que se someten a su decisión.¹⁷

4. Importancia del Arbitraje para el Comercio Internacional

Es indudable que cada vez es mayor el volumen y variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, lo que lleva indubitavelmente a la generación de más conflictos surgidos en base a estas múltiples operaciones realizadas en el tráfico mercantil.¹⁸ Y como los operadores buscan eficientes y confiables sistemas de resolución de conflictos, el arbitraje, por su características intrínsecas, resulta una alternativa atractiva, en tanto permite

dar la certidumbre necesaria para proyectar negocios, realizar inversiones o comerciar en países extranjeros.¹⁹

En la actualidad, el arbitraje es el método alternativo de solución de conflictos elegido por excelencia en el ámbito comercial. Es reconocidamente el mecanismo más idóneo para resolver conflictos en este tipo de actividades. El arbitraje internacional aporta celeridad, economía, seguridad y posibilidad de especialización, en un marco más flexible, que asegurando que sus disputas se resolverán conforme las disposiciones contenidas en las cláusulas arbitrales que han suscrito y que las sentencias que de ellas se deriven se podrán ejecutar en los tribunales nacionales conforme con los principios y las normas aceptados a nivel internacional.

En este contexto, las partes que participan en transacciones internacionales tienden a considerar que de no pactar arbitraje, ante de eventuales conflictos surgidos en sus operaciones, pueden verse forzadas a litigar ante bajo un sistema de derecho, jurisdicción o una ley a la que no estén familiarizados, en otro idioma o con procesos desarrollados lejos de sus centros de actividades. Así, el arbitraje aparece como la modalidad que

a los comerciantes les ofrece mayor previsibilidad, seguridad y les resulta más ajustado a sus necesidades. Precisamente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad puede conducirlos a elegir una vía alternativa, de eficacia probada, con méritos reconocidos, de tradicional prestigio y en franca expansión en el ámbito de los negocios internacionales, como es el arbitraje comercial internacional.²⁰

“Difícilmente sería imaginable un mercado tan grande y con fronteras desdibujadas si no se dispusiera de mecanismos legales rápidos y eficaces que aseguraran los efectos derivados de los contratos.”

Difícilmente sería imaginable un mercado tan grande y con fronteras desdibujadas si no se dispusiera de mecanismos legales rápidos y eficaces que aseguraran los efectos derivados de los contratos. El proceso de globalización no sería factible si no existiera la posibilidad de celebrar contratos internacionales cuya jurisdicción fuese neutral para las partes y generase mayor confianza en los intervinientes del mercado.²¹

B. Segundo Paso: determinar la internacionalidad del Arbitraje

1. Internacionalidad del arbitraje. Efectos.

Una vez definida la elección del arbitraje como método de resolución de conflictos, resulta necesario determinar si el mismo se encuentra dentro de la categoría de arbitraje interno o nacional o si, por el contrario, califica como *internacional*. En general, las legislaciones suelen contener ciertos criterios para determinar la internacionalidad del arbitraje: la nacionalidad o el domicilio de las partes, el lugar de firma del contrato o de cumplimiento de sus obligaciones, o bien, el lugar del arbitraje.²²

Actualmente se pueden identificar dos principales tendencias respectivas al tema. La primera tiene relación con las partes de la disputa, en la que se considera que un arbitraje es internacional cuando su lugar de domicilio, residencia o asiento de sus negocios se encuentran en distintos Estados. La segunda, pone su foco en la naturaleza de la disputa, siendo un arbitraje internacional cuando comprende intereses de comercio internacional.

El primer criterio surge, por ejemplo, de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.²³ El segundo, más moderno, considera que un arbitraje es internacional cuando la disputa comprende transacciones comerciales internacionales. Aquí encontramos como referente el Nuevo Código de Procedimiento Civil francés en su Artículo 1492.²⁴

Por su lado, el Artículo 1º la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL toma un enfoque más extenso y mixto, considerando tanto el lugar de negocios de las partes, como la naturaleza de la disputa.²⁵

En términos generales, puede decirse que el arbitraje es internacional cuando excede el marco de un Estado, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes, sea que la sede del arbitraje o el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones exceden los límites de un Estado.²⁶

2. Algunos conceptos básicos en el arbitraje internacional

En el arbitraje internacional suelen utilizarse ciertos conceptos de manera frecuente, sin a veces comprender el verdadero alcance, significado y efectos de los mismos. Es por ello que a continuación trataremos de precisar alguno de ellos.

(i) Sede del arbitraje

En la práctica arbitral, en varias oportunidades el lugar legal (o “sede”) del arbitraje no coincide con el lugar donde se desarrolla el procedimiento arbitral. Esta circunstancia no es de sorprender, si se comprende que la “sede” del arbitraje lo que hace es determinar el marco legal en el que el arbitraje ocurre, y no la ubicación en que las partes o el tribunal eligen (por conveniencia) para reunirse o celebrar ciertos actos procesales.

Ello porque la generalidad de las normas legales y reglamentos sobre materia arbitral²⁷ permiten que el tribunal delibere y realice actos procesales (incluyendo audiencias de prueba, de mérito o jurisdicción) en cualquier lugar que le resulte más conveniente, a pesar de que sea distinto al escogido como sede del arbitraje.²⁸

Es fundamental que a la hora de elegir la sede del arbitraje, tanto las partes como los abogados entiendan acabadamente los efectos que esta elección podría tener a lo largo del desarrollo del arbitraje y al momento de la ejecución del laudo final. Cuando las partes escogen la sede, lo que están determinando, más que un lugar físico donde se desarrolle el proceso, es la ley procesal que se aplicará al arbitraje. Esto hace que siempre sea recomendable, previo a la elección de la sede, realizar una pesquisa sobre las leyes procesales aplicables al lugar elegido, ya que por supuesto hay leyes más *favorables* al arbitraje (ej: Londres, Nueva York, París, Colombia, Perú o Singapur) que otorgan a las partes mayor libertad y flexibilidad en cuanto a la elección del procedimiento, aseguran de los tribunales locales un *mínimo* de intervención, principalmente para apoyar el proceso arbitral prestando su *imperium* en los casos necesarios como dictado de medidas cautelares o, en su caso, para hacer cumplir el laudo arbitral.²⁹

“Cuando las partes escogen la sede, lo que están determinando, más que un lugar físico donde se desarrolle el proceso, es la ley procesal que se aplicará al arbitraje.”

Asimismo, la sede del arbitraje tiene importancia con relación a la ejecución del laudo, ya que como surge de la Convención de Nueva York, cada uno de los Estados firmantes, sujeto a ciertas excepciones, debe hacer cumplir los laudos arbitrales comerciales dictados en otros Estados firmantes. Con lo cual, al seleccionar un Estado firmante de la Convención de Nueva York como sede del arbitraje, existe una alta probabilidad de que el laudo sea ejecutado en los términos dictados por el tribunal arbitral, de manera más rápida y eficiente a través de los favorables términos de la Convención.

(ii) Ley aplicable: sustantiva, procesal y aplicable al acuerdo arbitral

La internacionalidad del arbitraje hace que la noción de “ley aplicable” requiera de ciertas apreciaciones, ya que bajo su concepto se hace referencia a distintas situaciones.

- **Ley sustantiva aplicable:** es aquella que intenta determinar cuál es el derecho sobre el cual los árbitros basarán la decisión en cuanto a los méritos o al fondo de la cuestión.³⁰ Generalmente, es pactada expresamente por las partes,³¹ ya que la autonomía de la voluntad les permite a las partes

elegir directamente las normas aplicables de un determinado Estado,³² o fijar más de una legislación aplicable para regir diferentes aspectos de la relación jurídica,³³ o remitirse a los principios y usos generales del comercio internacional o *lex mercatoria*,³⁴ pudiendo ser complementados con la referencia a la legislación nacional.

En la práctica arbitral, los reglamentos y leyes de arbitraje internacional autorizan a los árbitros a determinar la ley de fondo si esta no fue expresamente determinada por las partes, teniendo en cuenta las posibles estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles aplicables. Históricamente, el tribunal arbitral elegía la norma de reenvío de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable,³⁵ pero una corriente más liberal está ganando terreno, permitiendo que el tribunal arbitral escoja por vía directa la ley aplicable, sin necesidad de recurrir a las normas de conflicto.³⁶

- **Ley procesal aplicable:** ¿cuál es el derecho que rige las cuestiones de naturaleza procedimental que surjan en el curso del arbitraje? Usualmente, las partes a través

del reglamento de la institución administradora del arbitraje se someten a normas específicas que regulan los aspectos *instrumentales* del procedimiento, también siendo aplicables las normas legales que establecen reglas imperativas para reconocer la validez del proceso arbitral.³⁷

Existen diferentes criterios para determinar la legislación procesal aplicable. Por un lado, generalmente las partes pueden estipular de manera expresa cuál será la ley procesal aplicable, *aun cuando la escogida sea una ley diferente de la que rige en la sede del arbitraje*.³⁸

Aunque no existe impedimento para hacerlo,³⁹ tener una ley procesal diferente de la de la sede puede generar dificultades prácticas: igualmente serán de aplicación las normas imperativas de la sede, y en caso de intervención de la justicia local en el arbitraje, estos probablemente no se encuentren cómodos en una Ley procesal diferente.

Si las partes no han estipulado nada al respecto, se establecen dos posibles soluciones: (i) una concepción más tradicional, establece que debe regir la ley de la sede del arbitraje,⁴⁰

presumiéndose que la elección de la sede es una forma implícita o indirecta de elegir la ley procesal aplicable⁴¹ o (ii) un criterio más moderno en el cual dejan librado a los árbitros la determinación de la ley procesal aplicable sin limitarlo al derecho de la sede.⁴²

- **Ley aplicable al acuerdo arbitral:** El arbitraje “descansa sobre la base de la validez y eficacia” del acuerdo arbitral.⁴³ Es por ello que *sin acuerdo válido no hay arbitraje*. La cláusula compromisoria debe ser considerada válida y eficaz por los árbitros y/o jueces que deban pronunciarse al respecto. Pero esa validez o eficacia debe juzgarse a la luz de una determinada ley: la ley aplicable al acuerdo arbitral.

Queda claro que al igual que en los distintos casos analizados, rige la autonomía de la voluntad de las partes, pudiendo estas determinarla, mientras que no es tan claro el escenario en caso de ausencia de esta estipulación.⁴⁴ Podemos identificar dos criterios principales aplicables para definir cuál es la ley aplicable al acuerdo arbitral:

- (i) aplicar al acuerdo arbitral la Ley aplicable al contrato, y

(ii) que el acuerdo arbitral se someta a la ley de la sede del arbitraje.

Nueva York, que remite a la “ley del país en que se haya dictado la sentencia”⁴⁸ como derecho aplicable al acuerdo arbitral.

“La ley del acuerdo arbitral alude a si los árbitros pueden intervenir y hasta qué punto; la ley sustantiva alude a qué deciden los árbitros, y la ley procesal alude a cómo llegan a esa decisión.”

A manera de conclusión, podemos afirmar que las tres nociones de *ley aplicable* difieren entre ellas, regulando cada una cuestiones diferenciadas. Así, la ley del acuerdo arbitral alude a si los árbitros pueden intervenir y hasta qué punto; la ley sustantiva alude a qué deciden los árbitros, y la ley procesal alude a cómo llegan a esa decisión.⁴⁹

El primer criterio se basa en la creencia de que la elección de la ley aplicable al contrato demuestra la voluntad tácita de las partes de que el acuerdo arbitral también se rija por esta.⁴⁵ Sin embargo, este criterio ha sido prácticamente abandonado a partir del amplio reconocimiento al *principio de la separabilidad del acuerdo arbitral*,⁴⁶ y tanto la jurisprudencia como la doctrina con fundamento en la diferente naturaleza de ambos instrumentos, reconocen la posibilidad de que el acuerdo arbitral y el contrato puedan estar sometidos a leyes diferentes.⁴⁷

Por su lado, el segundo criterio, el territorial, es el que surge por ejemplo de la Convención de

Por último, recordamos que el arbitraje internacional puede no estar en su totalidad regido una misma legislación,⁵⁰ ya que en todos los casos las partes se encuentran en condición de estipular distintas leyes para cada uno de los aspectos involucrados.

3. Principales instrumentos universales aplicables

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, 1985 (Ley Modelo de UNCITRAL)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, conocida con más frecuencia por sus siglas en inglés UNCITRAL) tuvo como desafío

la creación de fórmulas modernas y equitativas con el fin de homogeneizar la regulación de las operaciones comerciales internacionales.⁵¹ En materia de arbitraje, la Comisión logró ampliamente su cometido, ya que su Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional fue tomada como base—sino lisa y llanamente copiada— en múltiples regulaciones internas de los países. La Ley Modelo, que se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje y ante la necesidad de perfeccionamiento y armonización de las leyes nacionales inadecuadas para regular los arbitrajes internacionales,⁵² ha tenido una notable aceptación, inclusive en países de muy distinta tradición o cultura jurídica.

La Ley Modelo de UNCITRAL cuenta con una regulación de todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Desde su aprobación, su texto y mensaje han pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base parcial o totalmente.⁵³

Todo proceso de homogeneización se basa en dos aspectos: por un lado, la uniformidad de las legislaciones internas, con relación a los requisitos de validez de los laudos, lográndose por medio de leyes modelo, que se ofrecen como ejemplos cuya adopción por los Estados se recomienda, y por el otro, la uniformidad de los medios para hacer cumplir forzosamente en un Estado los laudos extranjeros, lográndose este fin por medio de convenciones o tratados internacionales que, una vez ratificados por los Estados parte, se convierten en obligatorios.⁵⁴

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958 (La Convención de Nueva York)

Uno de los instrumentos jurídicos más importantes sobre arbitraje comercial internacional es, sin duda alguna, la Convención de Nueva York. Es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones a nivel mundial.⁵⁵ Se trata, verdaderamente, de un instrumento que por su precisión y por su vigencia, al pasar de los años demuestra la importancia de su aplicación en la práctica arbitral y en el crecimiento a nivel mundial del arbitraje. La Convención estableció por primera vez un

régimen internacional coordinado con respecto a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos arbitrales, y los laudos.⁵⁶

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá 1975 (La Convención de Panamá)

La Convención de Panamá fue el primer instrumento local que permitió el encuadramiento y aplicación del arbitraje comercial internacional en la región, debido a que a la fecha eran pocos los países de América que habían ratificado la Convención de Nueva York. Su existencia representó un paso significativo en la evolución del arbitraje en Latinoamérica, y su aprobación fue un factor decisivo en las reformas legislativas internas que se han aprobado en materia de arbitraje en distintos países latinoamericanos en los últimos años.⁵⁷

Hoy no existen dudas de que la similitud del texto general con la Convención de Nueva York es oportuna y

no desacertada. Salvo algunos rasgos distintivos entre ambas convenciones, y algunas imprecisiones de la Convención de Panamá que vemos más eficientemente trabajadas en la Convención de Nueva York, la parte medular de ambos instrumentos es casi idéntica, toda vez que el texto de la Convención de Panamá fue diseñado cuidadosamente para ser compatible con el texto de la Convención de Nueva York.⁵⁸ Lo anterior se hizo con el propósito de lograr una interpretación y aplicación uniforme sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. En principio, mientras que la Convención de Nueva York tiene un alcance universal, la Convención de Panamá podría decirse que goza de un alcance regional en la práctica arbitral.⁵⁹

C. Tercer Paso: El pacto de arbitraje

I. Acuerdo Arbitral. Concepto. Requisitos.

Se suele decir que el acuerdo arbitral es la piedra basal del arbitraje.⁶⁰ Este acuerdo condiciona el rumbo, desarrollo y éxito del arbitraje. Dicho de otra manera, el acuerdo arbitral es fuente fundamental de la jurisdicción arbitral,⁶¹ ya que por medio de su

“El acuerdo arbitral es la piedra basal del arbitraje. Este acuerdo condiciona el rumbo, desarrollo y éxito del arbitraje.”

implementación se brinda a las partes la posibilidad de resolver sus diferencias por un método de solución privada de controversias, basado en el consentimiento de ambas, excluyendo la intervención de los tribunales estatales.⁶² En definitiva, es el acuerdo arbitral el que abre las puertas al arbitraje,⁶³ permitiendo su progreso, perfeccionamiento y aplicación, motivos que lo convierten en la figura jurídica fundamental para la aplicación del arbitraje comercial internacional.⁶⁴

Al ser una justicia privada de fuente convencional, el arbitraje tiene un presupuesto esencial: que las partes acuerden que las controversias que se susciten entre ellas o que se hayan suscitado, sean resueltas a través de arbitraje, por medio de la autonomía de la voluntad expresada en un acuerdo arbitral.⁶⁵ Tan elemental como es para la vida del arbitraje esta expresión de voluntad plasmada en un acuerdo, la forma en que en los instrumentos legales se regula la validez formal y material de este acuerdo, ya que de ello depende la eficacia del arbitraje.

El punto central de esta cuestión radica en que esas disposiciones legales permiten a las partes iniciar sin mayores trabas el arbitraje, y que contemplen la posibilidad de ejecutar la cláusula

arbitral que somete un litigio futuro a arbitraje, con apoyo efectivo del tribunal con potestad de obligar a aquel participe que no quisiera ajustarse a las obligaciones establecidas por el acuerdo arbitral a hacerlo efectivamente.

Con relación a las modalidades de este acuerdo arbitral, las leyes e instrumentos jurídicos relevantes han utilizado distintos conceptos de “acuerdo arbitral”, “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral” para hacer referencia a la forma en que debía plasmarse el *consentimiento* de las partes necesariamente válido para desplegar los efectos de este acuerdo y delegar la jurisdicción de los jueces naturales a árbitros privados.

Comparativamente, hasta hace no mucho tiempo y en ciertas jurisdicciones, no se reconocía eficacia al “acuerdo arbitral” previo al conflicto (“cláusula compromisoria”) si no era complementado luego por un *nuevo* acuerdo de voluntades posterior al surgimiento de la controversia (“compromiso arbitral”). Como veremos, este concepto fue erradicado, ante la comprobación de que ello reducía significativamente la utilidad del proceso arbitral al dejarlo al arbitrio de una de las partes que, una vez surgida la controversia, podría tener motivaciones menos propensas

a someterse al proceso, y tendientes más a dificultar la resolución de la controversia que a facilitarla.⁶⁶

Actualmente se ha logrado consagrar al “acuerdo arbitral” con carácter *auto-suficiente*. Conforme la redacción de la mayoría de los instrumentos actuales,⁶⁷ ya no es necesario, complementar la “cláusula compromisoria” con un acuerdo adicional (el “compromiso arbitral”). Ello le permite que un acuerdo arbitral adquiera plena eficacia y carácter definitivo independientemente del momento en que se celebra, ya que, como observáramos, todo acuerdo arbitral que debiera perfeccionarse después de que surja la controversia carece en la mayoría de los casos de utilidad práctica.

Podemos concluir entonces que, en la normativa jurídica moderna, el acuerdo arbitral —así sea previo al conflicto— es suficiente para poner en funcionamiento el proceso arbitral, y que en pro del desarrollo del arbitraje, el “acuerdo arbitral” debe ser considerado una denominación comprensiva de las dos modalidades a través de las cuales históricamente se pudo pactar el arbitraje (“cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”) sorteando de esa manera los inconvenientes que generaban las anteriores modalidades en la práctica arbitral.

El acuerdo arbitral es un contrato y, como tal, genera obligaciones y derechos a cargo de las partes. Esto implica también que debe cumplir con requisitos de existencia y validez establecidos por las condiciones específicas de cada legislación a ser aplicada. Como primer y básico requisito del acuerdo arbitral, como en todo contrato, encontramos el consentimiento libre de las partes. Es decir que para que un acuerdo arbitral sea válido y ejecutable, debe en primer lugar ser “el resultado de un acuerdo de voluntades común que claramente disponga el sometimiento al arbitraje”,⁶⁸ sin que este consentimiento esté afectado o viciado. Adicionalmente, podemos mencionar entre otros requisitos básicos (i) la capacidad legal de las partes para otorgar el acto,⁶⁹ (ii) que las controversias a las que se refiere este acuerdo sean sobre materias arbitrables, es decir que el conflicto pueda ser sometido a una jurisdicción privada,⁷⁰ y (iii) que el acuerdo se refiera a una relación jurídica concreta, contractual o no, pero expresada en términos que no sean tan ambiguos o genéricos que no permitan delimitar el alcance del mismo.

Existen también requisitos en cuanto a la forma en que debe celebrarse: aunque muchas legislaciones siguen exigiendo la forma “escrita”, casi siempre contienen un amplio elenco

de supuestos en que se considerará cumplida esa forma, no solamente tomando en consideración las nuevas tecnologías,⁷¹ sino también buscando asimilar a la forma escrita cualquier modalidad que deje constancia de la existencia de una manifestación de voluntad.

En conclusión, para que un acuerdo arbitral sea válido, pleno y ejecutable debe surgir de un acuerdo de voluntades, celebrado entre partes capaces legalmente, referido a materias arbitrables y a una relación jurídica determinada, cumpliéndose además los requisitos de forma exigidos en particular.

2. Efectos negativo y positivo

La celebración del acuerdo arbitral implica el sometimiento de las partes a la decisión de los árbitros respecto de aquellas cuestiones que ellas mismas han identificado como la materia a resolver en el juicio arbitral. Las partes deciden allí que ciertas cuestiones serán resueltas por árbitros, en lugar de ser decididas por los tribunales judiciales.⁷²

La suscripción de dicho acuerdo conlleva dos efectos principales: uno “negativo” y otro “positivo”:⁷³ en primer

lugar, renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia;⁷⁴ y en segundo lugar le asignan funciones y facultades jurisdiccionales los árbitros, a quienes convierten en “jueces privados”.

“Para que un acuerdo arbitral sea válido, pleno y ejecutable debe surgir de un acuerdo de voluntades, celebrado entre partes capaces legalmente, referido a materias arbitrables y a una relación jurídica determinada, cumpliéndose además los requisitos de forma exigidos en particular.”

(i) El efecto negativo

El efecto negativo del acuerdo arbitral consiste en el impedimento de los tribunales ordinarios – que devienen incompetentes – para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje.⁷⁵ Si alguna de las partes inicia una acción judicial relacionada con las cuestiones sometidas a arbitraje, la otra parte podrá plantear la incompetencia del tribunal judicial, sobre la base de que su jurisdicción ha sido renunciada. Y,

ante la comprobación de que existe un acuerdo arbitral que cubre las cuestiones controvertidas, el tribunal judicial debe remitir a las partes al arbitraje salvo que el acuerdo arbitral le aparezca manifiestamente nulo o de ejecución imposible.

Es decir, que el acuerdo arbitral (aunque se trate de una cláusula compromisoria) produce el efecto *extraer de la jurisdicción de los jueces ordinarios*, las cuestiones que las partes han delegado en la justicia privada. Una vez pactado el arbitraje no existe para las partes la libertad de optar por accionar en la justicia ordinaria. Quedan obligados a solucionarlo por la vía arbitral, salvo que exista un nuevo acuerdo—expreso o tácito— a través del cual se renuncie al arbitraje.

(ii) El efecto positivo

El efecto positivo del acuerdo arbitral consiste en atribuir jurisdicción, desde la concepción de administración de justicia, a los árbitros a fin de que ellos resuelvan las controversias que se les someten, incluyendo la facultad de decidir sobre su propia competencia.⁷⁶

En conclusión, mediante el acuerdo arbitral las partes desplazan por vía convencional la competencia del órgano judicial al que normalmente le hubiera

correspondido el conocimiento de tales cuestiones. Es decir que en cuanto al alcance de este sometimiento, el mismo es obligatorio, ya que importa una renuncia a la jurisdicción de los tribunales judiciales.⁷⁷

D. Cuarto Paso: Las características del proceso arbitral

I. Características generales

El procedimiento arbitral se caracteriza por ser más flexible que el judicial. Como regla, las partes son libres de convenir el procedimiento aplicable, con el único límite de no afectar la garantía del debido proceso. Ello es así porque el sometimiento a arbitraje lleva implícita la voluntad de las partes de ser juzgadas sobre la base de un procedimiento que, aunque leal y respetuoso de las garantías procesales, permita a los árbitros dar una recta solución al problema de fondo, sin rígidas ataduras ni complejos artificios formales.⁷⁸

Es claro que el procedimiento arbitral implica que el árbitro siga una secuencia lógica de los hechos presentados en el desarrollo del arbitraje e interpretarlos. Y que, al tratarse de una actividad jurisdiccional, el respeto a las garantías

del debido proceso es un presupuesto de validez del procedimiento y del laudo que se dicte en su consecuencia.

Bajo esta perspectiva, el procedimiento arbitral debe ser *legal*, pero también debe ser *eficaz*. Para ello se requiere reconocerle un mayor margen de flexibilidad y amplitud. Los límites de esa flexibilidad están dados por la necesidad de respetar los principios inherentes al debido proceso legal: garantía del derecho de defensa, igualdad entre las partes, posibilidad de audiencia y contradicción.⁷⁹

II. Etapas habituales en un arbitraje internacional

El proceso arbitral puede tomar muchas formas. En algunos arbitrajes, las partes pueden acordar que todo el conflicto se resuelva en base a presentaciones escritas, sin audiencias orales. En otros, se requiere celebrar varias audiencias, con pocas memorias escritas presentadas. Ello significa que si bien pueden determinarse etapas que generalmente se presentan en los arbitrajes internacionales, siempre existen particularidades caso por caso.⁸⁰ Típicamente, un arbitraje internacional incluirá estos pasos siguientes:

- Solicitud de arbitraje, incluyendo al menos un resumen de las afir-

maciones y reclamos presentados por la parte demandante;

- Contestación a la solicitud de arbitraje, que fijará genéricamente su posición frente a las afirmaciones y reclamos de la demandante y que, en su caso, indicará cualquier demanda reconvenzional que de-sea plantear contra la demandante;
- Contestación a la solicitud de demanda reconvenzional (en su caso);
- Nombramiento del tribunal;
- Audiencia preliminar o conferencia telefónica en la que se establecen los pasos y el calendario del arbitraje;
- Escrito o Memoria de Demanda, que usualmente incluye el aporte de la prueba documental, las declaraciones escritas de los testigos y los dictámenes de los expertos de que la demandante pretenda valerse;
- Escrito o Memoria de contestación (y, eventualmente, Memoria de Demanda reconvenzional), usualmente acompañada de los mismos elementos probatorios de la Memoria de Demanda;

- Escrito o Memoria de contestación a la Demanda reconvencional (en su caso);
- Solicitud de documentos en poder de la otra parte;
- Conferencia telefónica para organizar las audiencias;
- Audiencias de actuación de las pruebas: declaración oral de testigos y expertos y, eventualmente, alegatos orales finales;
- Alegatos finales escritos; y
- Laudo arbitral

En muchos casos, algunas de estas etapas pueden darse simultáneamente. En cuanto al cálculo del tiempo del procedimiento, es necesario contemplar como variables la disponibilidad del tribunal y la conducta de las partes, más allá de las particularidades de cada caso.

E. Quinto Paso: La etapa decisoria y recursos

I. El laudo arbitral: naturaleza y efectos

Un laudo es una sentencia. Las legislaciones le asignan *idéntica* validez jurídica a los laudos dictados por los

árbitros que a las sentencias dictadas por los jueces. Se le reconoce la condición de *res judicata* y se habilitan, para su ejecución, los mismos medios y procedimientos que los previstos para las sentencias judiciales.

Como explicamos al inicio, el arbitraje es un sistema de resolución de conflictos por el cual se busca poner fin a una controversia. Y esta controversia es resuelta por jueces privados, que no revisten la calidad de jueces del Estado pero que tienen jurisdicción suficiente para hacer obligatoria su decisión. Los ordenamientos jurídicos en general reconocen esta justicia administrada por particulares, al admitir expresamente que mediante un acuerdo de voluntades se pueda excluir —respecto de ciertos casos que no afectan intereses generales— la jurisdicción judicial, y asimismo le atribuyen a las decisiones arbitrales el valor de la cosa juzgada, habilitando para su ejecución los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales.

Como se ha señalado, los árbitros carecen del *imperium* propio de los jueces estatales, pero ello no significa que tengan menos jurisdicción, ya que los jueces solo deberán prestarles auxilio para hacer cumplir forzosamente aquellas decisiones arbitrales en que se requiera el empleo de coerción. Si bien no se concede a los árbitros la potestad

de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, se pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla.⁸¹

El juicio arbitral es un proceso destinado a que un tercero imparcial declare un derecho que una de las partes cree tener y la otra controvierte y, sobre esa base, imponga la solución. El laudo, que adjudica los derechos de cada parte conforme las pretensiones deducidas, no es sino el resultado de un juicio contradictorio de conocimiento, que tiene por objeto obtener certidumbre respecto de una situación fáctica y jurídica determinada y, eventualmente, una sentencia de condena.⁸²

II. Recursos contra el laudo

Se debe partir del principio de que las partes, al acordar el arbitraje, se comprometen a cumplir *obligatoriamente* con el laudo dictado en el proceso. Sin embargo, los laudos pueden ser incumplidos o sujetos a ciertas vías recursivas.

Contra los laudos pueden caber, en general, dos recursos: apelación y nulidad. El primero abre al tribunal de alzada una jurisdicción revisora amplia, que le permite examinar *inclusive* los méritos del laudo, es decir valorar la

“Los árbitros carecen del imperium propio de los jueces estatales, pero ello no significa que tengan menos jurisdicción, ya que los jueces solo deberán prestarles auxilio para hacer cumplir forzosamente aquellas decisiones arbitrales en que se requiera el empleo de coerción. Si bien no se concede a los árbitros la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, se pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla.”

prueba nuevamente y dictar una nueva sentencia que modifique o confirme la anterior. En el caso del recurso de nulidad, este sólo provoca una revisión limitada a determinadas causales de nulidad contempladas en la ley, sin que pueda examinarse el fondo. Estas causales suelen ser taxativas y reducidas justamente en base al principio pro-arbitral.⁸³ Sin perjuicio de ello, la tendencia legislativa mundial, con escasísimas excepciones, ha consagrado un modelo de arbitraje de instancia única: los laudos no son apelables ni

revisables judicialmente en cuanto a sus méritos, siendo únicamente impugnables a través de un recurso de anulación por causales consideradas universalmente aceptables.⁸⁴

Conclusión

El arbitraje encarna la idea misma de un derecho natural, que no depende de la voluntad del Estado. Es la expresión más genuina de la libertad individual y del derecho de las personas a escoger, en la medida que no existan intereses públicos en juego, la forma de resolver sus controversias privadas. Incluyendo el derecho de elegir a quienes habrán de juzgarlos, que son los “primeros jueces” a quienes se aconsejaba recurrir desde la antigüedad. Su preexistencia al sistema estatal de administración de justicia –al fin de cuentas una derivación del positivismo jurídico y de la expansión de la presencia estatal en la regulación de la vida cotidiana de la gente– y la condición de inalienable que se ha reconocido al derecho a convenirlo,⁸⁵ lo convierten en un ejemplo vivo de la supervivencia del iusnaturalismo, aun en los sistemas jurídicos modernos, fuertemente impregnados de positivismo jurídico.

El arbitraje internacional, pensado para dirimir controversias entre personas de diferentes culturas y valores,

encuentra sus raíces más profundas en el derecho de gentes, en la medida que a través de las decisiones de los árbitros –una labor que guarda notorias semejanzas con la de los pretores– va conformando y modelando un conjunto de reglas, la *lex mercatoria*, cuya obligatoriedad no surge de su imposición por una autoridad estatal sino de la convicción de la comunidad internacional de estar, con ellas, brindando soluciones equitativas, compartidas casi universalmente por quienes, no obstante sus diferencias, comparten la condición de humanidad.

Como se ve, la función de ese derecho de gentes, ahora como entonces, es defender la universalidad de la regla jurídica, tutelar la expectativa de todos los hombres sin discriminación, y custodiar bienes y valores esenciales para la humanidad. Y el arbitraje, herramienta derivada del derecho natural a escoger cómo dirimir sus controversias, sirve a ese mismo propósito.

La idea de este trabajo es poder brindar elementos necesarios para poder comprender de manera genérica la figura del arbitraje y poder aplicarlo en la realidad jurídica de cada uno en busca de lograr satisfacer los intereses de los operadores del sistema: una justicia eficiente y justa.

¹ CAIVANO, Roque J., GOBBI, Madrcelo y PADILLA, Roberto E.: *Negociación y Mediación*, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2006, pag. 105 y ss.

² RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration – Law and Practice*-, Third edition, 2014, pag. 22.

³ NAVARRINE, Susana C. Y ASOREY, Rubén, *Arbitraje*, Ed. La Ley, 1993, pag. 11 y ss.

⁴ “La justicia se observa, en primer lugar, como un fenómeno universal: responde a una necesidad que se ha expresado en todo tiempo y lugar por parte del hombre, desde el instante en que renunció a obtener satisfacción por la fuerza de aquello que consideraba le era debido (...) [P]ero, a partir del momento en que la justicia se define por su finalidad (atribuir a cada cual lo que le corresponde), es susceptible de comprender la totalidad de los medios que permiten realizarla, siendo uno de ellos el arbitraje.” OPPETIT, Bruno: *Teoría del arbitraje*, trad. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demoulin, ed. Legis, Bogotá, 2006, pag. 43 y 46.

⁵ “El arbitraje, cualesquiera sean sus modalidades, se inscribe actualmente en la búsqueda del mismo ideal de justicia que aquel que persiguen las jurisdicciones estatales.” OPPETIT, Bruno: “Philosophie de l’arbitrage commercial international”, *Journal du Droit International*, vol. 4, 1993, pag. 811 y ss. [traducción libre]

⁶ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pag. 255.

⁷ “La justicia del Estado y la justicia arbitral no se encuentran en situación de conflicto. El éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías se logra tan solo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia”. FELDS-TEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M.: *El Arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pag. 58.

⁸ CAIVANO, Roque J., *Los métodos alternativos de resolución de conflictos en América Latina: logros y desafíos*, Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 1, N° 1, septiembre de 2007, pag. 51 y ss.

⁹ “La justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje (...) Así, el principio ‘*compétence-compétence*’ establece una regla de prioridad en el tiempo y no crea, como lo sugería su significado de origen, una regla de competencia”. SILVA ROMERO, Eduardo, *Breves observaciones sobre el principio kompetenz-kompetenz*, en SILVA ROMERO, Eduardo (Dir.): *El contrato de arbitraje*, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pag. 580.

¹⁰ COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, pag. 36 y ss.

¹¹ En principio corresponde a los tribunales de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución de cada país.

¹² PISANELLI, Giuseppe, *Relazione ministeriale sul progetto del codice di procedura civile*, presentada al Senado italiano el 26 de noviembre de 1863, Rev. La Legge, tomo V, 1865, citado por JOFRÉ, Tomás, *El juicio arbitral*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1923, tomo II, pag. 545 y ss.

¹³ La legislación sobre arbitraje en el derecho comparado han establecido en forma expresa que, salvo pacto en contrario, los árbitros pueden decretar medidas cautelares o provisionales. Por ejemplo, de las legislaciones sobre arbitraje de Alemania (artículo 1041), Austria (artículo 593), Bélgica (artículo 1696.1), Bolivia (artículo 35), Canadá (artículo 17), Chile (artículo 17), Colombia (artículo 152), Ecuador (artículo 9), España (artículo 23), Guatemala (artículo 22), Japón (artículo 24), Malasia (artículo 19.1), México (artículo 1433), Nicaragua (artículo 43), etc.

¹⁴ CAIVANO, Roque J., *Sistemas cautelares en arbitraje*, Revista de Derecho Procesal, ed. Rubin-zal-Culzoni, vol. 2010-1, abril de 2010, pag. 255 y ss.

¹⁵ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pag. 1758.

¹⁶ “[La función de] juzgar puede atribuirse a los árbitros como consecuencia de la autonomía de la voluntad y de la disposición sobre los derechos subjetivos privados, pero [la de] hacer ejecutar lo juzgado no, y ello por la elemental razón de que en la ejecución se actúa siempre la potestad coactiva del Estado, que sólo puede atribuirse a sus órganos”. MONTERO AROCA, Juan, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 265.

¹⁷ No obstante sus diferencias, existe, entre jueces y árbitros, una “identidad profunda”. JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, Ed. LGDJ, París, 1987, N° 180, citado por CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Ed. Dalloz, París, 2001, pag. 103.

¹⁸ GAMBOA MORALES, Nicolás, *Consideraciones sobre la práctica arbitral internacional: Un tema de reflexión*, Revista Internacional de Arbitraje, N° 2, ed. Legis, Bogotá, enero-junio de 2005, pag. 97 y ss.

¹⁹ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration – Law and Practice*-, Third edition, 2014, pag. 97

²⁰ FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, *Los Beneficios del Arbitraje Comercial Internacional*, en Revista La Ley (Suplemento Especial sobre Solución de Conflictos), 16 de noviembre de 1998 (I.L. 1998-F, pag. 1019).

²¹ CAIVANO, Roque J., *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. pag. 704

²² Fouchard, Gaillard, Ph., E., & Goldman, B., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer Law International, 1999), pag. 45.

²³ La Convención establece como criterio particular de internacionalidad el domicilio, residencia o asiento de los negocios de las partes. El Artículo 1° dispone que la misma se aplica a los acuerdos de arbitraje celebrados para resolver las disputas que surjan en el comercio internacional entre personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio o residencia habituales o su asiento en diferentes países contratantes.

²⁴ Artículo 1492, Introducido por el Decreto Nro. 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981: “*Se considera internacional el arbitraje que afecta a intereses del comercio internacional*”.

²⁵ El Artículo 1° califica de internacional a un arbitraje en el que: “(a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: (i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de

arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; (ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o (c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”. Asimismo, aclara que “a los efectos del párrafo 3) de este artículo: (a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; (b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”. CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, (2ª ed.; Buenos Aires: Ad-hoc, 2000), pag. 313.

²⁶ “La internacionalidad de la relación jurídica estará dada, para la opinión preponderante, cuando los elementos esenciales del contrato (lugares de celebración, de ejecución y domicilio de las partes al momento de la celebración del contrato) se encuentren repartidos en más de un país.” GRIGERA NAÓN, Horacio A., *El Estado y el arbitraje internacional con particulares*, Revista Jurídica de Buenos Aires (UBA), 1989, tomo II-III, pag. 127 y ss.

²⁷ Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, con enmiendas de 2006, artículo 20.2: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.” Artículo 18.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI 2012 (“El Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado”).

²⁸ Estas normas hacen flexible el procedimiento cuando la prueba y los abogados de las partes se encuentran en países distintos al de la sede del arbitraje, o cuando por ejemplo los árbitros deciden deliberar en la ciudad de su residencia de cada uno.

²⁹ ALVAREZ, Henri C.: “La escogencia del lugar del arbitraje”, Revista Internacional de Arbitraje, N° 3, ed. Legis, Bogotá, julio-diciembre de 2005, pag. 13 y ss.

³⁰ CAIVANO, Roque J., *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. Pag. 1003 y ss.

³¹ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pag. 2105.

³² Conforme la tendencia actual de las modernas leyes y reglamentos, se entenderá que las partes han elegido directamente las normas sustantivas de ese Estado y no sus normas de conflicto o de reenvío.

³³ GERTZ, Craig M.: *The selection of choice of law provisions in international commercial arbitration: A case for contractual depeçage*, Journal of International Law & Business, vol. 12, 1991, pag. 163 y ss.

³⁴ MUSTILL, Michael J. (Lord): *The New Lex Mercatoria: The first twenty-five years*, Arbitration International, 1988, pag. 86 y ss., con cita de Goldman.

³⁵ A modo de ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL dispone: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables” (artículo 28.2).

³⁶ Reglamento de Arbitraje de la CCI 2012 dispone: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas” (artículo 21.1).

³⁷ PARK, William W., *El arbitraje comercial internacional y la lex loci arbitri: Perspectiva de la Ley de Arbitraje inglesa*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. II, 1985, pag. 57 y ss.

³⁸ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, ed. Litec, Paris, 1996, pag. 660.

³⁹ DAVIS, Kenneth R., *Unconventional wisdom: A new look at articles V and VII of the Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards*, Texas International Law Journal, vol. 37, 2002, pag. 43 y ss.

⁴⁰ LEE, João Bosco, *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, ed. Juruá, Curitiba, 2002, pag. 148.

⁴¹ “La sede del arbitraje, con todo lo ficticia que pueda ser, es elegida por las partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral. Desde que esa elección no necesariamente se refiere al lugar donde se llevan a cabo los actos procesales, ¿qué propósitos puede tener? La elección de la sede indirectamente acarrea la elección de la ley que gobierna el procedimiento arbitral (...) En lugar de elegir directamente la ley que gobierna el arbitraje, las partes escogen la sede como un método indirecto de elegir la ley”. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Globalization of arbitral procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 36, N° 4, octubre de 2003, pag. 1313 y ss. [Traducción libre]

⁴² CAIVANO, Roque J, *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. pag. 1150 y ss.

Igualmente, el Reglamento de la CCI dispone: “El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje” (artículo 15.1).

⁴³ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *El Acuerdo Arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez*, Organización de Estados Americanos, OEA, 2015.

⁴⁴ LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, Ed. Kluwer Law International, 2003, pag. 108.

⁴⁵ LEW, Julian D.M., *The law applicable to the form and substance of the arbitration clause*, ICCA Congress Series, vol. 9, 1999, pag. 114 y ss.

⁴⁶ GRIGERA NAÓN, Horacio A., “*The scope of the separability of the arbitration agreement under Argentine Law*”, The American Review of International Arbitration, vol. 1, N° 2, 1990, pag. 264.

⁴⁷ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration – Law and Practice*-, Third edition, 2014, pag. 265.

⁴⁸ El criterio territorial surge de la Convención de Nueva York, en su Artículo V.1.a que dispone que se podrá denegarse el reconocimiento de un laudo extranjero si el acuerdo arbitral no era válido “en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

⁴⁹ CAIVANO, Roque J, *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. pag. 1170 y ss.

⁵⁰ TIEDER, John B., *Factors to consider in the choice of procedural and substantive law in international arbitration*, Journal of International Arbitration, vol. 20, N° 4, 2003, pag. 393 y ss.

⁵¹ Ver www.uncitral.org

⁵² Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #5. Alvarez, H., Kaplan, N., & Rivkin, D.W., *Model Law Decisions: Cases Applying the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2003; Binder, Peter, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Sweet & Maxwell, 2a Ed., 2005; Broches, Aron, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

⁵³ Notas explicativas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, preparadas por la Secretaría de UNCITRAL de 1985, en su versión enmendada en 2006, #2. La Ley Modelo UNCITRAL cuenta con 36 artículos que cubren la amplia esfera del arbitraje y su regulación. Contiene cláusulas sobre el reconocimiento de acuerdos arbitrales (Arts. 7-9), designación e impugnación de árbitros (Arts. 10-15), poderes de los árbitros (Art. 16), medidas cautelares (Art. 17), el procedimiento arbitral, su conducta y procedimientos (Arts. 18-26), evidencia (Art. 27), sobre el efecto de los laudos (Arts. 29-33), impugnación de laudos (Art. 34), y sobre el reconocimiento y efectividad de los laudos, como así también las causales de no-reconocimiento (Arts. 35-36). Es sin duda, con la Convención de Nueva York, una de las dos piedras basales del arbitraje comercial internacional moderno. BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pag. 119 (“the Model Law and its revisions represent a significant further step, beyond the New York Convention, towards the development of a predictable “pro-arbitration” legal framework for commercial arbitration”). Más de 50 países han adoptado legislación arbitral interna que toma la ley UNCITRAL como su modelo, cuyo listado actual puede consultarse en www.uncitral.org.

⁵⁴ CAIVANO, Roque J, *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. pag. 1155 y ss.

⁵⁵ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pag.95. La Convención de Nueva York fue más allá del régimen del Protocolo de Ginebra y de la Convención de Ginebra. Particularmente importantes fueron sus requisitos de que la carga de la prueba sobre la validez (o invalidez) del laudo recayese en aquella parte que quisiera objetar al reconocimiento de este (no en el que lo propusiera), en su respeto a la autonomía de la voluntad de las partes al contrato arbitral de establecer reglas arbitrales de común acuerdo, y por sobre todo la eliminación del “*double exequatur*”, el requisito de que un laudo antes de ser reconocido en el extranjero debía ser confirmado en la jurisdicción en la que se lo emitió. Summary, Record of the Twenty Fifth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration, UN Doc. E/CONF. 26/SR. 25, 2 (1958), accesible en www.uncitral.org.

⁵⁶ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pag. 97.

⁵⁷ Norberg, CH., *General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration*, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 7, 1987, pag.3 citado en VAN DEN BERG, A. J., *New York Convention 1958 and Panama Convention 1975, Redundancy or Compatibility?*, *Arbitration International*, Vol. 5, No.3, 1989, pag.215.

⁵⁸ Medalie, Richard J.(ed), *Commercial Arbitration for the 1990s*, American Bar Association, Chicago, 1991, pag.123 y ss.; House Rep. No. 501, 101st Cong., 2d Sess. 4, 1990 (material legislativo pertinente a la adopción en los EE.UU. de la Convención de Panamá), reimpreso en 1990 U.S.C.C.A.N. 675, 678 (“The New York Convention and the Inter-American Convention are intended to achieve the same results, and their key provisions adopt the same standards...”).

⁵⁹ A pesar de que la Convención de Panamá está abierta a la ratificación de países fuera del continente Americano, ningún país fuera de la OEA la ha ratificado. (Ver Art. 9 de la Convención de Panamá). La Convención de Panamá introduce algunos conceptos ausentes de la Convención de Nueva York. Por ejemplo, si las partes de un acuerdo arbitral no hubieran acordado reglamento arbitral alguno, las reglas de la Comisión Inter-Americana de Arbitraje Comercial —moldeadas sobre las reglas de UNCITRAL— serían aplicables. También contempla la libertad contractual de designar árbitros sin distinción de nacionalidad, y la presunción de validez de los laudos, sujeta siempre a causales de impugnación similares a las de la Convención de Nueva York.

⁶⁰ CAIVANO Roque J., *La cláusula arbitral - Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, pag.20.

⁶¹ Kleinheisterkamp, Jan, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005, pag.225 y ss.

⁶² Carbonneau, Thomas E., *The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreement*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, Vol. 4, 2003, pag.1189 y ss.

⁶³ “The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: an arbitrator’s power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute” Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #44.

⁶⁴ “The contract between the parties is the fundamental consent of international arbitration. It is the parties’ common intention which confers powers upon the arbitrators”, Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, Part 1, Section I, #46.

⁶⁵ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Editorial Zavalía, 2003, pag.213.

⁶⁶ CAIVANO, Roque J., *La cláusula arbitral - Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, pag.23.

⁶⁷ Por ejemplo: Protocolo de Ginebra de 1923, Convenciones de Nueva York de 1958 y Panamá 1975 (CIDIP I), Ley modelo de UNCITRAL, Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia No. 1.770, Ley sobre Arbitraje Comercial internacional de Chile No. 19.971, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, Decreto legislativo No. 914, Ley de Arbitraje de Perú No. 25.935, entre otros. La problemática histórica en ese sentido en la América Latina y otras jurisdicciones está ampliamente cubierta y queda más allá de este trabajo. Grigera Naón, H., *Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility*, 5 Arb. Int’l 137, 1989, pag.141 y ss.

⁶⁸ CAIVANO, Roque J., *La cláusula arbitral - Evolución histórica y comparada*, Facultad de Jurisprudencia Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.28. Precisamente cuáles son los requisitos probatorios de dicho consentimiento y en nivel de prueba necesaria para establecer la

existencia de un acuerdo arbitral queda más allá de la esfera de este trabajo. Observemos sólo que se puede distinguir aquellos tribunales que requieren prueba clara o manifiesta de su existencia (*Lepera v. ITT Corp*, 1997 WL 535165, E.D.Pa. 1997, Sentencia del 6 de octubre de 1998, *Delta Cereales de España SL v. Barredo Hnos. SA*, XXVI Y.B. Comm. Arb. 854, 2001, (Tribunal Supremo)), aquellos que son neutrales al respecto (*Bridas SAPIC v. Turkmenistan*, 5th Cir. 2003; 345 F.3d 347, 354 n.4, *EEOC v. Wa e House, Inc.*, 534 U.S. 279, 2002, pp.291-292 (Corte Suprema de los EE.UU.)), y aquellos para los que la carga de la prueba es mínima (o reducida) en ese sentido (*Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 9th Cir. 1991; 937 F.2d 469, 478).

⁶⁹ Es importante señalar que en algunas legislaciones propias al arbitraje se requiere expresamente de las partes capacidad para “disponer” o “transigir”, mientras que otras más genéricas se exige simplemente la capacidad de “contratar” o “de obligarse”.

⁷⁰ Generalmente se hace referencia en las legislaciones a “derechos patrimoniales disponibles”, utilizando conceptos de “transigibilidad” o “disponibilidad de los derechos” para definir cuando una materia es arbitrable. El tema también se relaciona íntimamente con los límites del “orden público” en cuanto a limitar en base a este qué controversias pueden someterse al arbitraje y en ciertas jurisdicciones, como los EE.UU., con la problemática de si ciertos derechos constitucionales o de naturaleza “pública” pueden someterse a la justicia “privada”. Gaillard, E. and Savage J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, ¶¶ 5-59; Mistelis, Lew, J. L. & Kroll, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, ¶¶ 9-35.

⁷¹ BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Volumen 1, Ed. Wolters Kluwer, 2010, pp. 535 y 552 (requisitos formales bajo la Convención de Nueva York).

⁷² CAIVANO, Roque J., *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. pag. 1180 y ss.

⁷³ El acuerdo arbitral es un contrato bilateral en el que las partes son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras de dos obligaciones principales: una de “no hacer”, consistente en no someter los conflictos a los tribunales estatales, y otra de “hacer”, consistente en someter la controversia presente o futura a la solución mediante arbitraje. SILVA ROMERO, Eduardo (dir.): *El contrato de arbitraje*, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pag. 525 y 695.

⁷⁴ CARBONNEAU, Thomas E.: *The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 36, N° 4, octubre de 2003, pag. 1189 y ss.

⁷⁵ “Para que el respeto al acuerdo arbitral esté asegurado, es necesario que, además del efecto positivo consistente en obligar a las partes a respetar el compromiso de someter a los árbitros las controversias a que ese acuerdo se refiere, tenga un efecto negativo que impida a los tribunales judiciales resolver los litigios que forman el objeto del acuerdo arbitral”. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Ed. Litec, París, 1996, pag. 416.

⁷⁶ “El primer efecto del acuerdo arbitral es el de investir a una persona del poder de juzgar”, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité*, en *Liber Amicorum Claude Reymond*, ed. Litec, París, 2004, pag. 153 y ss.

⁷⁷ “El acuerdo arbitral obliga a las partes a remitir a los árbitros la solución de los litigios a que aquel se refiere”. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: op. cit., pag. 395.

⁷⁸ MAYER, Jeffrey J. y SEITZ, Theodore W., *Recognizing and understanding consent issues in arbitration*, Michigan Bar Journal, vol. 79, N° 5, mayo de 2000.

⁷⁹ PELLERIN, Jacques, *Les droits des parties dans l'instance arbitrale*, Revue de l'arbitrage, 1990, N° 2, pag. 395 y ss.

⁸⁰ WAINCYMER, Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2012, pag. 1263 y ss.

⁸¹ KERR, Michael, *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law*, The International and Comparative Law Quarterly, vol. 34, 1985, pag. 1 y ss.

⁸² WAINCYMER, Jeffrey, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2012, pag. 1344 y ss.

⁸³ CAIVANO, Roque J, *Control judicial en el arbitraje*, 1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011. pag. 1188 y ss.

⁸⁴ Ello sin perjuicio de la posible existencia, que algunos reglamentos han incorporado recientemente, de una segunda instancia arbitral.

⁸⁵ La Constitución francesa de 1793 y la Constitución de Cádiz de 1812 establecían que el legislador no podrá impedir el recurso de las partes a arbitraje para resolver sus controversias.

Sobre la autora

Verónica Sandler Obregón



Verónica Sandler es directora jurídica de la empresa Bellavision Entertainment. Cuenta con amplia experiencia en la docencia, se desempeña como profesora adjunta de arbitraje de inversiones en la Universidad de Buenos Aires (UBA), de derecho de los negocios internacionales y Seminario de Práctica Corporativa en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), profesora auxiliar de la materia arbitraje en la Universidad Austral, profesora de arbitraje en la Maestría de Derecho y Economía de la Universidad Di Tella y en la materia práctica legal corporativa de en la Maestría de Derecho Empresarial de la UADE, además de ser entrenadora Académica del equipo representante de la UBA en la Competencia de Arbitraje de Inversiones “*Foreign Direct Investment Moot Competition* (FDI)”.

La Dra. Sandler ha participado como experta internacional en los Talleres de

Alto Nivel sobre Arbitraje Comercial Internacional organizados por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA en Uruguay y Chile, además de impartir conferencias y cursos en distintos países de las Américas y publicado numerosos artículos sobre arbitraje tanto en Argentina como a nivel internacional.

Es miembro del Tribunal Arbitral Antidopaje en el Deporte en Argentina. Socia fundadora del Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILDEA), miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y de *Arbitral Women*.

La Dra. Sandler es egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y obtuvo un posgrado en la Escuela de Negocios de la Universidad de Palermo. Es candidata al Doctorado de la Universidad Austral (2016).

Parte IV

Desarrollo del Derecho Internacional



Sumario

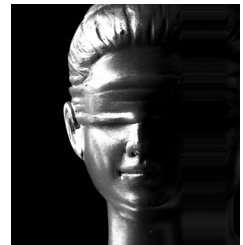
Introducción;

I. *La Ciencia Política y de la Institucionalidad del Derecho Internacional;*

II. *El Protagonismo del Estado en el Orden Internacional y el Derecho;*

III. *Poder, Ciencia Política y Derecho Internacional;*

Conclusión



**Raphael Carvalho
de Vasconcelos**

El Derecho Internacional Contemporáneo y la Ciencia Política: entre la Comprensión y la Modulación

Introducción

El pasado no está de moda. La tradición no es *trend*. Los investigadores que se ocupan del derecho internacional frecuentemente consideran las teorías de validez y las doctrinas constitucionales basadas en jerarquía obsoletas e inaplicables a su objeto de estudio. La doctrina actual frecuentemente presenta perspectivas hermenéuticas valorativas, sostiene la disminución de la importancia del estado¹. para el derecho internacional y propone formulaciones sistémicas alternativas y fragmentarias.

¿Sería la conformación actual del derecho, especialmente del derecho internacional, incompatible con las teorías tradicionales de poder? ¿Qué factores determinaron la necesidad de un cambio teórico?

Aunque no exista identidad entre las estructuras internas de poder y el derecho internacional, las construcciones

teóricas que sirven al orden interno deben ser analizadas y utilizadas para promover una mejor comprensión del orden *global*. No se propone, sin embargo, el uso de las teorías de poder aplicadas al estado sencillamente para modular al derecho internacional. La ciencia política debe, por lo tanto, ayudar a su comprensión y contribuir a su fortaleza estructural y teórica.

Se pretende, en este breve estudio y de forma bastante superficial, establecer una relación entre la ciencia política y las instituciones del derecho internacional e identificar los elementos de esas teorías que serían aplicables al orden global para su mejor comprensión y desarrollo.

I. La Ciencia Política y de la Institucionalidad del Derecho Internacional

Aunque sea posible establecer paralelos, más allá de que conformaren un conjunto de reglas organizadas para

regular las relaciones sociales, no se identifica identidad entre las estructuras internas y el sistema internacional de derecho. Sus mecanismos son bastante distintos, por ejemplo, respecto a la imposición de sanciones a la violación de reglas - tema considerado fundamental para una parte importante de la doctrina positivista moderna para la caracterización de un sistema de normas como *derecho*².

La analogía entre las estructuras nacionales de derecho y aquellas del derecho internacional no es una propuesta reciente, pero se convirtió en verdadero tabú principalmente a partir de la segunda mitad del siglo XX³. No son pocos los autores más tradicionales que claramente buscaban establecer, en sus construcciones teóricas, paralelos entre el estado, sujeto de derecho internacional, y la persona, sujeto de derecho interno⁴.

La ciencia política puede ayudar a la comprensión de la organización del poder en el orden internacional y eso conforma el núcleo de lo que se propone en este estudio⁵. “Estado” conforma, sin embargo, un concepto artificial y teorizar sobre sus estructuras de poder no significa trabajar con parámetros definitivos, pre-establecidos e inmutables. La artificialidad

mencionada se extiende a otros institutos de la teoría del estado muchas veces naturalizados y uno debe tener eso en cuenta ante cualquier propuesta de transposición teórica formulada.

En este sentido, “nación” conformaría uno de estos conceptos abstractos, es decir, no natural. El término refleja construcción histórica y social que no permite la enumeración de criterios objetivos para su identificación definitiva⁶. La existencia de lengua común o la hegemonía étnica no serían los únicos elementos capaces de determinar el reconocimiento de una nación. Conceptos como los referidos pueden, de hecho, ayudar a la identificación de pertenencia pero no pueden ser aplicados de manera uniforme como criterios para la identificación de una nación⁷. Las mismas consideraciones son aplicables también al contenido de los términos “pueblo” y “soberanía”.

Una crítica importante al uso de las estructuras internas de organización del estado como parámetro para la comprensión del derecho global, se refiere al hecho de que muchos conceptos e institutos son reconocidos por la doctrina en un momento anterior a la institucionalidad reconocida hoy como estado. La concepción actual



del derecho internacional puede ser identificada con la modernidad y su comprensión está directamente relacionada con la estructura y con el modelo europeo de estado⁸.

Establecidos estos parámetros preliminares, las posiciones internacionalistas que rechazan el uso de la ciencia política en sus investigaciones y que, al mismo tiempo, se refieren a la Paz de Westphalia - o directamente a los tratados de Münster y de Osnabrück - como verdadero hito del orden internacional reflejan grave incoherencia teórica.

Parece incongruente reconocer la importancia del estado para la formación del sistema internacional contemporáneo de derecho y rechazar al mismo tiempo sus parámetros internos de administración de poder. Más aún cuando se observa que el evento histórico mencionado y sus tratados conexos tuvieron, de hecho, impacto y consecuencias en todo el

continente europeo, pero pertenecen principalmente a la historia del derecho constitucional alemán⁹.

La comprensión de este momento histórico particular como marco originario del derecho internacional refleja también un fuerte eurocentrismo, es decir, perspectiva del orden global relacionada a la voluntad de un grupo específico de actores muchas veces considerados verdaderos fundadores del derecho internacional¹⁰.

Existe una fuerte relación entre la comprensión actual del derecho internacional y el estado. Relación especialmente contundente para la perspectiva doctrinaria voluntarista que entiende el orden internacional como un producto de la voluntad de los estados¹¹. Apartar el derecho internacional de la teoría general del estado - especialmente con respecto a las formulaciones teóricas del poder - disociaría la percepción actual del orden internacional de sus matrices estructurales originales.

Se observa, sin embargo, que la conformación *actual* del derecho internacional no surgió directamente de la consolidación de los estados nacionales, sino en razón de la doctrina que se desarrolló a partir de estos nuevos paradigmas del orden mundial, por ejemplo, de la perspectiva de la guerra y la soberanía absoluta hacia las preocupaciones contemporáneas predominantes relacionadas a la paz y el bienestar global, panorama que se manifiesta claramente en la forma en que el sistema jurídico común actualmente se organiza¹².

El uso del derecho nacional como parámetro aplicable al ordenamiento jurídico global por la doctrina tenía propuestas bastante contundentes que llegaban a someter la validez del ordenamiento interno al cumplimiento de los estándares establecidos por el ordenamiento internacional¹³.

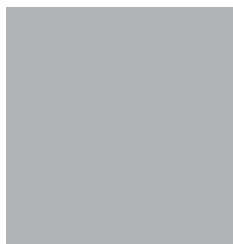
Las organizaciones que surgieron en Europa después de la guerra, por ejemplo, inspiraron las doctrinas federalistas que pasaron a imaginar más frecuentemente la posibilidad de creación de un estado continental como modelo para garantizar a la paz duradera¹⁴. Algunos doctrinarios, en un esfuerzo claro para concretarlo, intentaron extraer del tratado constitutivo de la

Comunidad Económica Europea - CEE - objetivos federalistas a largo plazo¹⁵.

Llama la atención que los defensores del modelo federal para el derecho internacional - la posición sin duda más extremada con respecto al uso de las estructuras internas de los estados como un modelo para el sistema global - sostuvieron sus argumentos principalmente cuando los grandes conflictos todavía eran recientes y el panorama no parecía alentador durante la guerra fría¹⁶.

En un momento anterior, entre las dos guerras mundiales, el orden internacional llegó, incluso, a ser concebido como una confederación que naturalmente evolucionaría a un estado global. En este contexto, el federalismo constituiría una especie de organización de poder consolidado y la coordinación de las naciones sería su contrapunto transitorio que tendría en la Sociedad de las Naciones - la predecesora de las Naciones Unidas - su lugar de consolidación natural¹⁷.

El análisis de la Sociedad de las Naciones bajo los parámetros de una confederación propuestos por la teoría del estado, aplicados para modular y no sólo como instrumento cognitivo, identificaba como debilidad la ausencia



de disposiciones sobre el régimen político o sobre la forma de gobierno adoptadas por los miembros de la organización. Estas debilidades estructurales dificultaban el mantenimiento de los argumentos que buscaban reconocer el propósito de agregación definitiva.

Los análisis referidos parecen haber sido superados en los modelos regionales y multilaterales actuales que ya no reconocen la formación de un estado como finalidad básica aunque, contrariamente, traten de la democracia, instituto típico interno, frecuentemente como valor especial insertado incluso en los textos de los tratados marco de organizaciones internacionales¹⁸.

Luego de la segunda guerra mundial ya es posible verificar la disminución del uso de las instituciones internas de los estados como parámetro doctrinario para orientar el análisis de los órganos de la Organización de las Naciones Unidas. No se buscaba, claramente, la

identificación de los órganos con las estructuras internas responsables por las funciones del poder del estado y el uso de términos como “ejecutivo” y “deliberativo” fue gradualmente abandonado¹⁹.

En la formulación del paralelo entre el derecho interno y el internacional, diversas estructuras no serían aptas, en la práctica, para ser reproducidas. La posibilidad de que los estados establezcan reservas a su sumisión a las normas, por ejemplo, sería imposible a nivel local en cuanto a la relación entre los individuos y el orden normativo estatal²⁰.

En la estructura clásica del derecho internacional, que se mantiene en gran medida en la actualidad, los estados pueden condicionar la formación de la voluntad común, mientras que el poder ejercido internacionalmente en conjunto no se les sobrepone, como ocurre internamente entre los órganos estatales y las personas.

Para promover una mejor comprensión, no sólo pueden aplicarse al derecho internacional los institutos de la teoría general del estado; muchos conceptos de derecho privado son también incorporados a la base de estructuras de derecho internacional. Entre los ejemplos disponibles se encuentran las servidumbres internacionales y la propia noción de culpa en el análisis de la responsabilidad internacional de los estados²¹.

Es importante notar, todavía, que cuando los estados eran los únicos sujetos de derecho reconocidos en el contexto internacional y ejercían exclusividad en la producción de normas del sistema, el concepto mismo de derecho internacional dependía *directamente* de esas soberanías²². Se entendía que el derecho internacional conformaba un conjunto de normas creadas por los miembros de la sociedad internacional para regular sus relaciones²³.

En la actualidad, sin embargo, cualquier definición del derecho común debe incluir no solo a los *nuevos* sujetos reconocidos - como las organizaciones internacionales, sino también a los derechos y principios hoy considerados vinculantes de forma independiente de la voluntad de los estados²⁴.

II. El Protagonismo del Estado en el Orden Internacional y el Derecho

Las dudas con respecto a la naturaleza jurídica del derecho internacional se relacionan directamente con la concentración de poder en los estados, sujetos que actúan al mismo tiempo como legisladores, jueces y actores en el sistema²⁵.

La falta de centralización del poder en el contexto internacional transpone a la figura del estado y a su función soberana todas las funciones relacionadas con el ejercicio del poder. Ese diseño permite que se establezcan paralelos entre el sistema de coordinación y las comunidades humanas anteriores a la aparición del estado y a la consagración del modelo interno de subordinación²⁶.

Las posturas en favor del reconocimiento de la condición de derecho al derecho internacional claramente llegaron a admitir la absoluta reproducción a nivel global de las instituciones y estructuras de los ordenamientos internos²⁷. Dichas teorías no pueden, sin embargo, ser transportadas a la esfera internacional sin considerar las idiosincrasias de la organización del poder que distinguen a los dos ámbitos.

Se puede identificar una interesante contradicción en los extremos teóricos de la aplicación de las teorías de poder del estado al orden externo. Si bien la propuesta puede ayudar a la comprensión del funcionamiento del sistema global, las transposiciones teóricas *equivocadas* fueron responsables de la percepción del sistema como *primitivo*²⁸.

Aunque algunos investigadores reconozcan elementos constitucionales en los tratados-marco de las organizaciones internacionales - principalmente en aquellos de sistemas multilaterales y más específicamente en la carta de las Naciones Unidas, cabe señalar que la Corte Internacional de Justicia - y su predecesora, la Permanente - en varias ocasiones rechazaron de manera implícita dicha percepción, aplicando exclusivamente la lógica internacionalista al sistema común²⁹. ¿Bastaría dicha negación tácita para excluir a los modelos estructurales del sistema interno como informadores del orden jurídico internacional?

No se propone aquí el uso de las teorías de poder establecidas para la organización interna de un estado como modelo para el derecho internacional y tampoco la reproducción absoluta de sus estructuras e instituciones. Se

entiende, sin embargo, que no puede ignorarse toda la producción teórica relacionada con el poder interno del estado, sino que debe servir de ejemplo e inspiración para la organización del orden internacional.

El estudio del estado depende de un análisis político. El enfoque político a la comprensión de su estructura organizativa está reflejado en la perspectiva teleológica, es decir, en la observación de las instituciones desarrolladas en los procesos históricos. Al mismo tiempo, por medio del análisis político los investigadores evalúan críticamente la sociedad bajo los parámetros de su estructura de poder³⁰.

La aplicación de los conceptos de la ciencia política al derecho internacional puede servir también a una mejor justificación de su autonomía en relación a la política. La comprensión de la soberanía interna a partir de su legitimación por la voluntad popular y de su papel en la formación de la voluntad de los estados puede separar definitivamente la política - la *expresión* de la voluntad - del derecho - el *producto* de la voluntad expresada³¹.

El rechazo de la teoría del estado en su conjunto como un instrumento teórico para explicar al derecho

internacional no debe resistir³². La doctrina no puede olvidar que esas teorías se dedican a la comprensión de las estructuras personificados y organizadas jurídicamente como fenómenos políticos³³. Las estructuras del estado deben servir de inspiración y a la comprensión del derecho internacional, pero los modelos internos no pueden ser reproducidos indiscriminadamente en el escenario mundial³⁴.

III. Poder, Ciencia Política y Derecho Internacional

Aunque determinadas normas del derecho internacional vigentes hoy tengan origen en la antigüedad, su conformación actual remonta a la formación de las estructuras de poder de la Europa occidental moderna y de los sistemas de poder de este momento histórico específico³⁵.

El análisis del poder no sólo contribuye a la percepción estructural de un orden normativo como es también esencial para su percepción como *jurídico*³⁶. En este sentido, se observa que el poder del estado en el contexto interno está organizado de manera centralizada y esta característica es fundamental para la forma como se produce, se aplica y se interpreta una norma. El poder soberano a nivel local, considerado

indivisible, se expresa por medio de órganos específicos que ejercen de manera autónoma las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

Las funciones clásicas del poder pueden ser reconocidos también en el orden internacional, pero no son necesariamente ejercidas de forma autónoma. El uso de las instituciones del estado como un parámetro para el derecho internacional puede ser útil, por ejemplo, para comprender a las organizaciones internacionales. Los órganos de estos sujetos de derecho concentran, muchas veces, más de una función típica de poder y, frecuentemente, estas funciones no son ni siquiera trasladadas de los estados a las estructuras comunes³⁷.

La ciencia política entiende el derecho - al lado de la tradición y del carisma - como una de las formas de legitimación del poder³⁸. En lo que se refiere a la relación entre el derecho y la política, los dos conceptos son convergentes principalmente por tratarse del poder. En ese sentido, mientras que el derecho legitima al poder, la política cuida de su organización³⁹.

La comprensión de una estructura de poder se refiere, bajo la perspectiva positivista del derecho, a la validez de

las normas del sistema. En el caso de los estados, sus elementos establecen los espectros de validez territorial y subjetivo - territorio y pueblo - y en el caso de la soberanía, la justificación de la validez normativa⁴⁰.

La transferencia de la idea de poder de un órgano específico del estado - el monarca, por ejemplo - al estado como persona jurídica puede ser considerada como un componente del aumento del sentimiento nacional observado en el siglo XIX. Nacionalismo que fue la clave principal de la fragmentación del sistema de mundial promovido por la multiplicación de órdenes jurídicos locales⁴¹.

Más allá de los elementos del estado, el punto central de esta teoría es el estudio de los fundamentos y de las formas de ejercicio del poder en una sociedad específica⁴². La investigación del poder interno del estado puede servir, por lo tanto, como parámetro aplicable a la sociedad internacional al menos como punto de partida de investigación. Siglos de experiencia con el poder deben ser útiles de alguna manera para el derecho internacional⁴³.

El análisis del poder no es solo útil, sino también necesario para la comprensión del derecho internacional.

También para la teoría de las relaciones internacionales la relación entre el poder y el derecho es bastante importante, tanto cuando considerado el derecho una variable independiente de la política como desde la perspectiva de su estricta dependencia⁴⁴.

Conclusión

La ciencia política gradualmente dejó de ser aplicada al derecho internacional. Se estima que puede haber existido confusión entre la percepción del estado como una barrera para la consolidación de las instituciones del derecho internacional y las teorías de poder estructuradas y desarrolladas por lo que se conoce hoy como teoría general del estado a lo largo de los últimos siglos. Sería la conformación actual del derecho, especialmente el derecho internacional, incompatible con las teorías tradicionales de poder? ¿Qué factores determinaron la necesidad de un cambio teórico?

A partir de las referidas cuestiones se se presentó como hipótesis de estudio que aunque no exista identidad entre las estructuras internas de poder y el derecho internacional, las construcciones teóricas que sirven al orden interno deben ser analizadas y utilizadas para promover una mejor comprensión

del orden global. No se propuso, sin embargo, el uso de las teorías de poder aplicadas al estado sencillamente para modular al derecho internacional.

Se pretendió, en este breve trabajo, establecer una relación entre la ciencia política y las instituciones del derecho internacional e identificar los elementos de estas teorías que serían aplicables al orden global para su mejor comprensión y desarrollo.

No hay, de hecho, identidad entre las estructuras internas de poder y el derecho internacional pero la analogía estructural puede servir muy bien para una mejor comprensión y al perfeccionamiento del orden global. No existe hoy definitivamente un “estado mundial” o algo parecido, pero eso no significa que las experiencias soberanas internas no tendrían nada que enseñar al derecho internacional.

No se trata de proponer el uso de las teorías de poder aplicadas al estado como un parámetro de modulación del derecho internacional, sino de presentarlas como un instrumento para ayudar a su comprensión.

La teoría general del estado tiene mucho que aportar al derecho internacional y, considerando los desafíos

que enfrenta la organización del poder en la actualidad, es urgente la definitiva superación de la resistencia a su estudio y aplicación al sistema normativo común global.

Referencias

Bilfinger, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International de la Haye, Volume 63, 1938-I, pp. 129-241

Bishop, W.W.. General course of public international law. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International de la Haye, Volume 115, 1965-II, pp. 147-470.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Rio : Paz e Terra, 1987. p. 82.

CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - *Filosofia e Teoria Geral do Direito*: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011..

CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinqüentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329.

CLAPHAM, Andrew. *Brierly's law of nations*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2011..

Daudet, Yves. Actualités de la codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 303, 2003, pp. 09-118.

De Visscher, Paul. Cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 136, 1972-II, pp. 01-202.

Fenwick, Charles G.. The progress of international law during the past forty years. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 79, 1951-II, pp. 01-71..

Fischer-Lescano, Andréas; Teubner, Gunther. *Regime-Kollisionen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.

Gidel, Gilbert. Droits et devoirs des nations: la théorie classique des droits fondamentaux des états. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 10, 1925-V, pp. 537-597.

GIRAUD, Emile. Le droit international public et la politique. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1963-III, pp. 419-809.

Guggenheim, Paul. Les principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 01-189.

Henkin, Louis. International law and the behavior of nations. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 114, 1965-I, pp. 167-281.

JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900.

Kaeckenbeeck, Georges. La Charte de San-Francisco dans ses rapports avec le droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 70, 1947-I, pp. 109-330.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre* – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934.

Kelsen, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203.

Lauterpacht, E.. The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 152, 1976-IV, pp. 377-478..

Limburg, J.. L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 30, 1929-V, pp. 519-618..

LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Guernsey Press, 1986..

MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013..

Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *De l'esprit des lois* – Vol 1. Paris: Garnier-Flammarion, 1979.

Reuter, Paul. Principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 103, 1961-II, pp. 425-656.

Scelle, Georges. Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 55, 1936-I, pp. 87-202.

Scheuner, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 68, 1939-II, pp. 95-206.

Slaughter, Anne-Marie. International law and international relations. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 285, 2000, pp. 09-249.

Spiropoulos, J.. L'individu et le droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 30, 1929-V, pp. 191-270.

Teitgen, Pierre-Henri. La décision dans la Communauté économique européenne. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 134, 1971-III, pp. 589-689.

Truyol y Serra, Antonio. Théorie du droit international public : cours général. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 173, 1981-IV, pp. 09-443.

WEBER, Max. *Politik als Beruf*. Stuttgart: Reclam, 2008.

WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370.

Wright, Quincy. The strengthening of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 98, 1959-III, pp. 01-295.

¹ El uso del término “estado” en minúscula es consciente y alineado a la doctrina internacionalista más actual conforme CASELLA, Paulo Borba. *BRIC: Uma perspectiva de cooperação internacional*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 01-02

² KELSEN, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203. p. 182. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. pp. 131-132.

³ Reuter, Paul. Principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 103, 1961-II, pp. 425-656. p. 504.

⁴ Gidel, Gilbert. Droits et devoirs des nations: la théorie classique des droits fondamentaux des états. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 10, 1925-V, pp. 537-597. p. 550.

⁵ A ciência política não pode ser reduzida ou simplificada à teoria do estado. Neste breve estudo, contudo, os termos serão frequentemente utilizados como sinônimos por razões de estilo e em alguns momentos para ressaltar os contornos típicos das estruturas de poder estatais e para sugerir a conveniência do paralelo com a organização da ordem internacional.

⁶ JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 105.

⁷ JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 106.

⁸ CLAPHAM, Andrew. *Brierly's law of nations*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 01.

⁹ Bilfinger, Carl. Les bases fondamentales de la communauté des états. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 63, 1938-I, pp. 129-241. pp. 156-157.

¹⁰ Fenwick, Charles G.. The progress of international law during the past forty years. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 79, 1951-II, pp. 01-71. pp. 19-20.

¹¹ WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 237, 1992-VI, pp. 09-370. p. 44.

¹² Truyol y Serra, Antonio. Théorie du droit international public : cours général. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 173, 1981-IV, pp. 09-443. p. 360.

¹³ Scelle, Georges. Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 55, 1936-I, pp. 87-202. p. 98.

¹⁴ Teitgen, Pierre-Henri. La décision dans la Communauté économique européenne. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 134, 1971-III, pp. 589-689. p. 595.

¹⁵ Teitgen, Pierre-Henri. La décision dans la Communauté économique européenne. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 134, 1971-III, pp. 589-689. p. 600.

¹⁶ De Visscher, Paul. Cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 136, 1972-II, pp. 01-202. pp. 17-18.

¹⁷ Scelle, Georges. Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 55, 1936-I, pp. 87-202. pp. 98-101.

¹⁸ Scheuner, Ulrich. L'influence du droit interne sur la formation du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 68, 1939-II, pp. 95-206. p. 197.

¹⁹ Kaeckenbeeck, Georges. La Charte de San-Francisco dans ses rapports avec le droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 70, 1947-I, pp. 109-330. p. 127.

²⁰ Daudet, Yves. Actualités de la codification du droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 303, 2003, pp. 09-118. p. 36. d'effet qu'entre les Etats qui l'ont ratifiée. Ce qui pose l'épineuse question de l'admissibilité des réserves. Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. *De l'esprit des lois* – Vol 1. Paris: Garnier-Flammarion, 1979. p. 127.

²¹ Limburg, J. L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 30, 1929-V, pp. 519-618. p. 525.

²² Spiropoulos, J. L'individu et le droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 30, 1929-V, pp. 191-270. p. 222.

²³ Spiropoulos, J. L'individu et le droit international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 30, 1929-V, pp. 191-270. p. 219.

²⁴ Duras críticas existen a esa postura que elimina totalmente al voluntarismo.

²⁵ Henkin, Louis. International law and the behavior of nations. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 114, 1965-I, pp. 167-281. p. 171.

²⁶ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. p. 119.

²⁷ Kelsen, Hans. Théorie du droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1953-III, pp. 01-203. p. 28.

²⁸ CASELLA, Paulo Borba. Evolução institucional do direito internacional: à luz do cinquentenário do conceito de direito de Hart (1961). In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 60, Vol. 236, janeiro-junho, 2011. pp. 313-329. p. 316.

²⁹ Lauterpacht, E.. The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 152, 1976-IV, pp. 377-478. pp. 414-415.

³⁰ JELLINEK, Georg. *Das Recht des modernen Staates*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900. p. 12.

³¹ GIRAUD, Emile. Le droit international public et la politique. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 110, 1963-III, pp. 419-809. pp. 431-432.

³² Fischer-Lescano, Andréas; Teubner, Gunther. *Regime-Kollisionen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006. p. 10.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 16-17.

³⁴ Wright, Quincy. The strengthening of international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 98, 1959-III, pp. 01-295. p. 226.

³⁵ Bishop, W.W.. General course of public international law. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 115, 1965-II, pp. 147-470. p. 153.

- ³⁶ Slaughter, Anne-Marie. International law and international relations. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 285, 2000, pp. 09-249. p. 190.
- ³⁷ Sobre a “separação de poderes” no direito internacional, Guggenheim, Paul. Les principes de droit international public. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 80, 1952-I, pp. 01-189. p. 151.
- ³⁸ WEBER, Max. *Politik als Beruf*. Stuttgart: Reclam, 2008. p. 08.
- ³⁹ LOCKE, John. *Two treatises of government*. London: Guernsey Press, 1986. p. 118.
- ⁴⁰ KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1934. p. 124.
- ⁴¹ CLAPHAM, Andrew. *Brierly’s law of nations*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 14.
- ⁴² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. Rio : Paz e Terra, 1987. p. 82.
- ⁴³ CASELLA, Paulo Borba. Conceito de sistema, contexto internacional e pós-modernidade. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.) - *Filosofia e Teoria Geral do Direito*: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1002.
- ⁴⁴ Slaughter, Anne-Marie. International law and international relations. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 285, 2000, pp. 09-249. p. 199.

Sobre el autor

Raphael Carvalho de Vasconcelos



Raphael Carvalho De Vasconcelos es Magister y doctor por la Universidade de São Paulo, magister y doctor por la Universidade do Estado do Rio de

Janeiro, profesor de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro y de la Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, abogado y consultor.

Sumario

Introducción;

I. *El tiempo y los tratados ¿Cómo puede el transcurso del tiempo influenciar un tratado?;*

II. *Normas de Interpretación – Soluciones Posibles;*

III. *Determinando la Dirección y el Sentido*



Christian Perrone

Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales

Lady Macbeth:

*How now, my lord, why do you keep alone,
Of sorriest fancies your companions
making,*

*Using those thoughts which should indeed
have died*

*With them they think on? Things without
all remedy*

*Should be without regard: what's done,
is done.*

(Shakespeare, Macbeth, Acto 2, escena 2).

Introducción

En el inicio del siglo XIX, dos países recientemente independizados decidieron fijar sus fronteras en relación a un río. Redactaron un tratado internacional en el cual establecieron la frontera y los derechos de cada uno con respecto a este afluente. Durante varias décadas —más de un siglo— no

hubo ninguna disputa relacionada con este tratado. Sin embargo, últimamente, surgió una controversia sobre la posibilidad del transporte de personas (turismo) en el río fronterizo. Al revisar el acuerdo se visualiza que el Estado “A” tiene derecho a utilizar el río con fines *comerciales*, independientemente de autorización del Estado “B”. ¿Un servicio, como lo es el transporte de personas para fines de turismo, se encuentra englobado en el término “comercio”? ¿Cómo resolver este problema?

La disputa llega ante la Corte Internacional de Justicia y forma el Caso sobre Derechos de Navegación entre Nicaragua y Costa Rica.¹ El conflicto se presenta de la siguiente forma: por un lado, se argumenta que el tratado debe ser interpretado de manera contemporánea *a su firma*, esto es, el turismo no era considerado comercio en el momento de la realización del tratado, entonces no estaría contemplado

bajo esta clasificación. Por otro lado, se argumenta que éste término debe ser interpretado de acuerdo con la evolución del mismo, por lo que hoy en día “comercio” englobaría también la prestación de servicios.

En otras palabras, existe una duda sobre la influencia del *paso del tiempo* en el tratado internacional. El presente artículo busca tratar justamente ese elemento temporal y analizar cuáles son los factores que pueden ser utilizados para reconocer la dirección y el sentido de la evolución de un acuerdo internacional.

En la primera parte del presente, haré consideraciones sobre la metodología para la interpretación de tratados y su relación con la doctrina de la interpretación evolutiva. Igualmente, ilustraré cómo la buena fe y la intensión de las partes puede tornar necesaria la interpretación evolutiva. Posteriormente en la segunda parte, buscaré, específicamente, establecer cuáles serían los factores que deben guiar la interpretación. La postura generalizada es que los tratados emanan de la voluntad de las partes, por lo que expresiones posteriores de voluntad pueden aclarar la dirección y el sentido de la evolución.

I. El tiempo y los tratados ¿Cómo puede el transcurso del tiempo influenciar un tratado?

Un tratado no es estático. Sus términos y sus normas necesitan de aplicación y de vida en el mundo concreto. A continuación me propongo analizar seis ejemplos en que el componente temporal puede influir en el resultado de la aplicación de la norma de acuerdo a la práctica.²

A. El Estado A y el Estado B son dos islas y fijan sus fronteras en alta mar a partir de un día específico.

¿Existe un elemento temporal relevante? Desde mi punto de vista, el tratado deja claro cuál es la alta mar, por lo tanto, la interpretación queda clara. Hay poco o casi nada de espacio para una interpretación de los términos.

B. Los mismos Estados fijan esta misma frontera en alta mar, sin especificar a partir de qué fecha.

¿El cambio en los términos del tratado puede cambiar la interpretación de la persona encargada de su aplicación? En este segundo tratado, la interpretación es muy



relevante y el tiempo puede generar un impacto. Uno puede interpretar, por lo menos, de dos formas los términos de este último instrumento: i) la frontera cambia y el límite entre los dos Estados es la alta mar del día de la firma o entrada en vigor del tratado, o ii) la frontera está en la alta mar de un día *específico*, pero no explícito en el documento.

En ambos casos, el elemento temporal es relevante para la aplicación del instrumento. En el primero, al saber el día de referencia, uno sabe la alta mar de que se trata y por lo tanto puede determinar la frontera. En el segundo caso, habría la necesidad de saber *cuál* es la alta mar, en específico, la del día de la firma del tratado, la fecha de entrada en vigor, u otra fecha relevante.

C. Las mismas Partes fijarán la frontera en la alta mar de un determinado día, pero en la práctica, establecen la frontera con relación a la alta mar de otro día.

Uno de los Estados ocupa útilmente parte de lo que sería el territorio del otro, por un largo periodo de tiempo, sin ninguna manifestación del Estado contrario.

En el presente ejemplo, hay *in tesis* un conflicto entre lo establecido en el tratado y la realidad fáctica. ¿Se podría decir que el tratado evolucionó con la acción de los Estados parte? En este caso, queda una duda si el transcurso del tiempo en conjunto con la práctica es relevante para la normativa.

D. Las fronteras fijadas entre los Estados A y B cambian mediante figura legal superveniente.

Un tratado establece el derecho de pesca, excluidas las aguas de las bahías.³ En el momento de la firma y entrada en vigor del mismo, la figura legal de la *soberanía exclusiva sobre el mar territorial* no se había cristalizado. ¿Podríamos decir que el instrumento buscaba establecer

un área de mar de soberanía exclusiva, por lo que, con la creación de la figura del mar territorial, el tratado *evoluciona* para englobar la restricción de pesca no solo en las bahías, sino también en toda la región del mar territorial?⁴ ¿O si el tratado establecía la restricción de pesca en el mar territorial y en la época eso correspondía a 3 millas y ahora son a 12? ¿Estas modificaciones supervenientes pueden cambiar la relación entre los Estados parte en el tratado?

E. Uso de términos genéricos al paso del tiempo.

Supongamos que el término utilizado es genérico, como en el ejemplo inicial, la palabra *comercio*. El Estado A permite que el Estado B utilice una región que hace parte de su territorio con el objetivo de realizar actividades de comercio.

En 1800, seguramente no se pensaba que el *comercio* podría también englobar servicios. Sin embargo, hoy en día, entendemos que comercio comprende tanto productos como servicios.

¿Cómo se debe interpretar el tratado? ¿El Estado B puede o no prestar “servicios” en el territorio específico

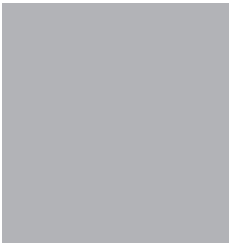
del Estado A donde existía el permiso de realizar “comercio”? ¿El transcurso del tiempo cambió la percepción sobre un término pero también cambió el contenido de la norma?

F. Cambio de percepciones morales a través del tiempo.

Por último, puede darse el caso de que un término esté revestido de un sentido moral, como lo son las expresiones *vida* o *tratamiento degradante*.

El transcurso del tiempo puede cambiar las actitudes sociales y las ideas de moralidad sobre los términos en cuestión. Lo que para las sociedades de 1950 podría ser importante para caracterizar una vida o *tratamiento degradante* seguramente difiera de lo actualmente comprendemos. Hoy, se considera que la vida está relacionada no solamente con la existencia física de un ser, sino también con las condiciones y calidad con que ese ser puede existir.⁵ Igualmente, en cuanto a *tratamientos degradantes*, en el pasado la punición física de menores no era considerada degradante o humillante; hoy no hay dudas de que lo es.

¿Cómo debe reaccionar un intérprete actual de un tratado ante este cambio en



los conceptos morales? ¿Un cambio en actitudes y creencias puede llevar a un cambio en la interpretación de términos en convenciones internacionales?

Con estos ejemplos busco demostrar la gran constelación de cuestiones que relacionan tiempo e interpretación de tratados internacionales. Ellos sirven para entender que el tiempo puede influenciar en la aplicación de los tratados, o por lo menos, tornar la interpretación en un ejercicio más complejo.

II. Normas de Interpretación – Soluciones Posibles

1. La Regla de Oro (art. 31 de la VCLT)

El mecanismo más básico utilizado para la interpretación es la regla de oro. Está presente en la primera parte del artículo 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (VCLT):

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado (subrayado nuestro).

En otras palabras, la regla es que se interpreten los instrumentos internacionales de acuerdo con el sentido más usual y común de sus términos. La lógica de la textualidad es utilizada como el mecanismo más fácil de comprensión del contenido normativo.⁶

“La regla es que se interpreten los instrumentos internacionales de acuerdo con el sentido más usual y común de sus términos.”

En la práctica, se hace referencia a definiciones de diccionarios que sintetizan justamente el sentido más corriente y usual de palabras y expresiones.⁷ Sin embargo, con una mirada más detenida

al diccionario, se percibe que la mayoría de las expresiones son polisémicas y la determinación del sentido correcto para la cláusula del tratado depende de otros elementos, como el contexto (elemento de interpretación también presente en la VCLT) y la connotación que se dé para la misma.

A) Conceptos genéricos y específicos

Los conceptos genéricos representan el *genus*, un colectivo de sentidos, en el cual cada parte posee su especie, con su sentido específico. Por ejemplo, el término *aguas* puede referirse a ríos, mares, lagos, aguas subterráneas, etc. Este es un término genérico.

Por otro lado, existen expresiones que son específicas, muchas veces cuñadas de términos del arte, como *mar territorial* o *aguas internas*. Estas representan proposiciones de sentido específicas. Muchas de ellas retratan definiciones jurídicas propias.⁸

No obstante, la manifestación en un término determinado puede generar dudas, por más que el mismo sea aún más preciso, como la frontera en el río “X” (término específico). Siempre se puede cuestionar cuál el brazo del río, el actual o el que existía antes, entre otros posibles cuestionamientos.⁹

B) Usual y común, ¿pero cuándo?

Nos encontramos ahora a un paso de llegar al objeto de nuestro estudio. Dos diccionarios del mismo idioma, pero de décadas distintas, pueden presentar variaciones en el sentido de las palabras: aumento o disminución de la polisemia o bien un cambio completo del sentido de una expresión. O bien, como se notó antes, el propio contexto de referencia de la palabra (en el caso de la frontera dada por un río) puede cambiar con el tiempo.

Lo que se percibe es que *en la metodología de interpretación de la VCLT hay un espacio para el transcurso del tiempo*. Tomemos entonces el significado común y corriente de un término, ¿pero cuándo? ¿Cuál es el contexto relevante: el del momento de la redacción, el del momento de la ratificación/ascensión, o el de algún momento posterior? ¿Se debe comprender el objetivo del tratado con la visión de los redactores o con la visión de quien intenta interpretarlo actualmente?¹⁰

De lo anterior, se puede concluir que la regla de oro tiene limitaciones *ad origin* y necesita de otros elementos para efectivamente se conocer el contenido específico de una norma.

2. Principios de Interpretación

A) Principio de la Contemporaneidad

Como corolario del principio de textualidad se reconoce que los términos deben ser entendidos como lo eran en el momento de la conclusión del tratado¹¹ y de acuerdo con las reglas vigentes en la misma época.

Esta lógica se establece en el contexto de la *doctrina del derecho intertemporal*. Su expresión clásica es el *dictum* del árbitro Huber en el juicio Isla de las Palmas: *[A] juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled.*¹²

Huber indica que las normas que rigen la existencia de un derecho son las contemporáneas al momento de su nacimiento. En el caso concreto, España tendría un derecho (incipiente)¹³ al título de la Isla pues en el momento de su creación, la adquisición por descubierta era legítima.

De otra forma, se puede decir que tanto los términos del tratado como las normas que lo rigen deberán entenderse a la luz del contexto de la conclusión del tratado.

Sin embargo, esta es una lectura limitada. Huber fue cauteloso y explicó que para dar fin a la controversia, se necesitaba además tomar en cuenta que *[t]he same principles which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of the law.*¹⁴

Para el autor, no bastaba la obtención del título, pues se necesitaba también de la continua existencia del derecho. En este sentido, Holanda es quien poseía el título efectivo sobre el territorio debido a que, durante el transcurso del tiempo, había tomado posesión y ocupado de manera pacífica, cumpliendo con los requisitos continuados del derecho.

El contexto normativo o el contexto de aplicación del instrumento pueden cambiar; para preservar los derechos, la acción estatal debe ser acorde a estos cambios. De ser así, el principio de la contemporaneidad necesitará de otros elementos para ser aplicable.¹⁵

Siguiendo la VCLT, tenemos otros dos puntos a ser tomados en consideración: i) buena fe, pues si existen varios significados posibles de una expresión, debe buscar elegirse aquél

que mejor preserve la relación que el tratado buscó establecer, y ii) el objeto y fin del acuerdo son relevantes¹⁶.

Todo el derecho internacional -los tratados no son la excepción- parte de la base de la satisfacción de las expectativas de las partes.¹⁷ No existe acuerdo y no existe derecho internacional sin que las partes (Estados) cumplan con sus respectivas expectativas.¹⁸

Desde un punto de vista sociológico, la firma de un tratado (y su posterior ratificación) prescribe conductas específicas a las partes, quienes esperan de manera legítima que las primeras se realicen. La buena fe sirve como un estándar sobre el cual se puede juzgar estas conductas.

“Desde un punto de vista sociológico, la firma de un tratado (y su posterior ratificación) prescribe conductas específicas a las partes, quienes esperan de manera legítima que las primeras se realicen. La buena fe sirve como un estándar sobre el cual se puede juzgar estas conductas.”

Por ejemplo, cuando un Estado obligado por un tratado actúa de manera dolosa, claramente no está haciéndolo de buena fe, pues sabe que debe portarse de una determinada forma y no lo hace.¹⁹ Sin embargo, el simple hecho de que una parte no tenga la intención de cumplir con sus obligaciones, no quiere decir que actúe de buena fe. Para actuar de buena fe, debe tomar las diligencias necesarias para cumplir con las expectativas retratadas en el acuerdo. Lo que quiere decir que *si, legítimamente, las expectativas cambian; la acción, para ser de buena fe, también debe cambiar*.

En este sentido, parece claro que la interpretación de un tratado debe tener en consideración que, *para actuar de buena fe, el estándar de conducta puede cambiar con el tiempo*. Es decir, puede ser que de un tratado se desdoble una expectativa legítima de que un término pueda o deba evolucionar con el tiempo.

En el caso de la caza de ballenas entre Japón y Australia, por ejemplo, la discusión era si el abate de ballenas podría estar contenido en la expresión *investigación científica*. Lo interesante de este caso es que la Convención para la Regulación de la Pesca de Ballenas prevé que una comisión esté encargada de definir y adoptar normas (artículo V) para reglamentar la investigación

científica.²⁰ Por lo que, de buena fe era legítimo esperar que los términos evolucionasen con el tiempo y dicha comisión tuviera la responsabilidad de definirlos. La Corte llegó al punto de señalar que las funciones conferidas a la comisión tornaban la Convención un *evolving instrument*.²¹

Independientemente de que la Corte esté o no en lo correcto, lo más importante es que este caso ilustra que los Estados deberían esperar una evolución. La simple alusión al sentido común y corriente de la expresión de referencia no sería capaz de solucionar el problema. Es la intención de los Estados que los términos de la convención evolucionen de acuerdo con los criterios presentes en el anexo y por definiciones establecidas por una comisión a cargo.

Conclusión parcial: Llegamos al punto en el cual podemos decir que existe como regla, un espacio para el elemento intertemporal y que éste permite que en algunas circunstancias los términos varíen y evolucionen. El principio de la contemporaneidad no es suficiente en todos los casos, mientras que la buena fe puede exigir una interpretación evolutiva. El intérprete debe entonces recurrir a otros elementos para comprender el sentido y la dirección de esta evolución.

III. Determinando la Dirección y el Sentido

1. Diferentes Métodos:

A) El método teleológico

La primera sugerencia es la utilización del método teleológico. El intérprete hace remisión al *objeto* y al *fin* del instrumento para de éstos determinar la dirección y el sentido de la evolución de la expresión. De hecho, la segunda parte del artículo 31 de la VCLT prescribe justo eso.²²

“Podemos decir que existe como regla, un espacio para el elemento intertemporal y que éste permite que en algunas circunstancias los términos varíen y evolucionen.”

Sin embargo, hay que tener cautela con la versión más radical de la práctica. Primero, el intérprete determina el objeto y propósito del tratado; y *posteriormente*, lo que importa es la *subsistencia* necesaria para dar efecto a dicho intento.²³ El proceso puede involucrar una implementación *a posteriori*, normalmente judicial.

Letsas, por ejemplo, anota que diferentes tratados pueden llevar a diferentes proyectos.²⁴ En el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, su objeto y fin son la creación de un espacio de protección a los derechos de los individuos. Por su propia naturaleza, ese instrumento debe, en la opinión del autor, ser interpretado en el sentido de realizar dicha función.²⁵

Él ilustra su visión con un análisis del caso *Golder v. Reino Unido*, el cual trata del acceso a la justicia y cuestiona su existencia como un derecho presente en la convención, aunque de manera implícita. En el tratado se establece el derecho a un juzgamiento justo (art. 6 CEDH).²⁶ El razonamiento de la Corte Europea de acuerdo con Letsas es el siguiente:

1. *In an interpretation one should look at the object and purpose of the law.*
2. *The object and purpose of the ECHR is to promote the rule of law.*
3. *One can scarcely conceive of the rule of law in civil matters without right of access to court.*
4. *Right of access to court is 'inherent' in the right of fair trial under art. 6.*
5. *The ECHR protects the right of access to court.*²⁷

Desde su punto de vista, la Corte buscó interpretar la norma mediante una perspectiva teleológica. Esa

buscaba encontrar la visión que mejor retratase el propósito moral de los Estados al redactar y suscribir la Convención. Por lo que, aunque no existe textualmente el derecho de acceso a la justicia, éste debe ser importado para el contexto de la Convención. En sus palabras, “*the Court [is] primarily interested in evolution towards the moral truth of the ECHR*”. El texto de la Convención Europea sirve como punto de partida y “*should not be subordinated to State’s sovereign will*”.²⁸

A esta opinión pueden hacerse por lo menos dos grandes críticas: la primera es que independientemente de la diferencia entre los *proyectos*, existe una unidad de materia: el derecho internacional. La idea de que los instrumentos pueden crear regímenes cerrados (*self-contained*) —en los cuales sus naturalezas y propósitos diferentes generan una regulación y estructura de interpretación diferentes— no parece estar de acuerdo con la realidad actual.²⁹ Aunque existan sistemas diferentes, estos poseen características comunes,³⁰ siendo la metodología de interpretación una de ellas.³¹

La segunda crítica está relacionada con el hecho de tratarse de una implementación posterior, la cual puede no haber sido contemplada en momento

alguno por los Estados Parte. La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre los Tratados de Paz (segunda fase) expresa el problema claramente.

El tratado de paz entre los países aliados y Bulgaria, Hungría y Rumania prescribe la institución de una comisión para dirimir las disputas relacionadas al instrumento. Esa debe constituirse por tres miembros, uno apuntado por cada una de las partes y un tercero elegido por el Secretario General (SG) de las Naciones Unidas (ONU). Bulgaria, Hungría y Rumania rehusaron nombrar al tercer miembro. Se pidió una opinión consultiva a la Corte para saber si el SG podría nombrarlo por ellos. La respuesta fue que la regla de la efectividad - una interpretación teleológica que de efectividad al instrumento - “*cannot justify the Court in attributing to the provision [...] a meaning which [...] contrary to the letter [of the treaty]*”.³²

Aunque parecería razonable que para la realización del objeto y fin del tratado (alcanzar la paz, manteniendo las buenas relaciones entre los países) se estableciera la comisión, independiente del ya mencionado nombramiento por parte de los tres países; la CIJ expuso que eso sería lo mismo que suplantarse la voluntad de

las partes por la de la Corte.³³ En otras palabras, estaría creando normas y no interpretando las existentes.³⁴

Brownlie prescribe cierta cautela e indica que dicha metodología (de la efectividad) puede tener mejor aplicación en estructuras supranacionales con reglas eficientes y claras para la realización de enmiendas a los tratados, algo similar a la Unión Europea.³⁵ En estos sistemas supranacionales, la intención de las Partes es justamente delegar cierta responsabilidad (y poderes) a estructuras fuera de los límites territoriales. Aun así, en la Unión Europea no son muchos los casos en los cuales se aplica la doctrina de *effect utile* para justificar una interpretación evolutiva y teleológica de un tratado.

De hecho, una comprensión más favorable al método teleológico puede auxiliar al intérprete; solo que éste no puede adicionar obligaciones que no existen. Sin embargo, una referencia al objetivo y fin del tratado puede indicar el sentido de un término utilizado, aun cuando se necesiten elementos de comprobación. En el caso Golder mencionado arriba, la Corte Europea expresa la existencia de una *cultura común* entre los países miembros y

hace referencia a otros factores comunes para inferir el sentido evolutivo de las cláusulas. Igualmente, en casos subsecuentes la misma Corte menciona la necesidad de buscar *estándares comunes*³⁶ y de *consenso entre los países miembros*.^{37 38} Claro está que no basta la referencia al objeto y fin no es suficiente, por lo que es necesario recurrir a otros elementos.

“La Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) explicó que la función de las reglas de interpretación es dar cuerpo y realidad a la intención de las partes que celebraron un acuerdo. La Corte Permanente también explicó que el objetivo de la interpretación no es encontrar el verdadero sentido de un tratado, sino la verdadera intención de las partes.”

B) Intención de las Partes

En el inicio expliqué que la importancia de la *regla de oro* radica en representar la expresión más cercana de la voluntad común de las partes, resaltando el rol fundamental de la voluntad de

los Estados como fuente de derecho internacional. En otras palabras, el consentimiento sirve como clave para todo instrumento internacional, guiando su interpretación.³⁹

Al examinar las reglas que culminaron en la VCLT, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) explicó que la función de las reglas de interpretación es dar *cuerpo y realidad* a la intención de las partes que celebraron un acuerdo.⁴⁰ La Corte Permanente también explicó que el objetivo de la interpretación no es encontrar el verdadero *sentido* de un tratado, sino la verdadera *intención* de las partes.⁴¹ Fitzmaurice tenía una interpretación clásica que decía que los tratados son como contratos, pues sirven para expresar la voluntad de las partes de acordar entre sí un conjunto de reglas y plasmarlas en un instrumento vinculante.⁴²

En el mismo sentido, como juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, Fitzmaurice criticó la lógica de la resolución del caso *Golder*, en una opinión disidente:

It is for the States upon whose contest the Convention rests, and from which consent alone it derives its obligatory force, to clear the gap or put that defect [lack of a right of access

*to court] right by an amendment - not for a judicial tribunal to substitute itself for the convention-makers, to their work for them.*⁴³

El consentimiento (expresión de la intención de los Estados parte) es la base de la obligatoriedad de un tratado. De eso podemos inferir que para comprender una posible evolución del último existe la necesidad de una expresión del primero (de la intención de los Estados).⁴⁴ Sin embargo, como bien expone la CDI, la interpretación no es una búsqueda de la intención *subjetiva*, interna, de las partes, pero sí de la intención y el consentimiento *expreso*.⁴⁵

La originalidad subjetiva de los *fundadores* o de la comprensión subjetiva de los negociadores del tratado tiene un rol y hay juristas que hasta el día de hoy creen que es importante. Sin embargo, la CDI dejó esto para un plano subsidiario (art. 32 de la VCLT).⁴⁶ De hecho, nos resta buscar elementos para reconstruir de la mejor forma la voluntad expresa común.

2. Otros Factores - elementos indicativos

¿Cómo proceder si del texto referente al objeto y fin de un tratado no se desprende claramente la intención subjetiva de los negociadores sobre el

sentido y dirección de la interpretación temporal? ¿Cuáles son los elementos que nos sirven de guía?

Recurrir al contexto nos ayuda a dar cuerpo a las expresiones de intención.⁴⁷ La determinación de los términos no debe darse en el abstracto, sino en conjunto con el caudal de información común: estructura del tratado, preámbulo, acuerdos realizados en conjunto con el tratado sobre análisis y las declaraciones aceptadas por las partes.^{48 49}

Adicionalmente, hay elementos subsecuentes que auxilian en la búsqueda de confirmación empírica de la voluntad común de las partes.⁵⁰

El artículo 31(3) de la VCLT expone lo siguiente:

3. Juntamente con el contexto, habráá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
- b) Toda practica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
- c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

La CDI expone que se pueden utilizar afirmaciones posteriores de la voluntad estatal porque constituyen “*objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty*”.⁵¹ Puesto de otra manera, sirven de elemento probatorio para comprender la verdadera intención de las partes. Estas afirmaciones posteriores pueden ser demostraciones de consentimiento expresas (nuevos acuerdos y costumbres) o elementos de inferencia, consentimiento tácito (prácticas estatales posteriores o consenso).

i. Costumbres y reglas internacionales (nuevos acuerdos):

Un nuevo acuerdo o el mismo surgimiento de una nueva regla o costumbre puede influir en los términos de un tratado y su posterior aplicación.⁵²

A. Caso *Estrada de Hierro Iron Rhine, Bélgica v. Holanda*, Corte Permanente de Arbitraje (2005):

En este caso, las diferentes reglamentaciones de derecho ambiental que han surgido tornarán necesaria la lectura de reglas de protección en los términos del tratado que permite la construcción de la estrada.⁵³ Del texto del tratado, uno puede inferir

un derecho de protección y cuidado (*due diligence*). El objeto y el fin del tratado se relacionaban a la construcción de una estrada de hierro; por lo que en principio ésta debería ser facilitada. La Corte estimó que debido a la creación de una *nueva* norma superveniente de derecho internacional que proporcionaba salvaguardas ambientales, resultaba necesario entender la obligación de protección en el sentido de dar aplicación también a estas normas.

B. Caso *Papeleras en el Río Uruguay - Uruguay v. Argentina* - CIJ, 2010:

Similarmente, la Corte Internacional de Justicia en el caso de las papeleras sostuvo que el Estatuto del Río Uruguay tiene que ser interpretado de acuerdo a los requisitos del derecho internacional general. La obligación de *proteger y preservar* el Río posee carácter genérico y era, o se puede presumir que era, la intención de los Estados que ésta evolucionase.⁵⁴ Realizar un estudio de impacto ambiental es una práctica corriente que ganó aceptación a nivel internacional, es decir, se ha vuelto costumbre internacional. De ser así, *proteger y preservar* el Río implica la realización de un estudio de impacto ambiental.

ii. Resoluciones de órganos políticos de organizaciones internacionales:

Las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales no crean derecho internacional *per se*.⁵⁵ No obstante, son importantes indicativos de la voluntad política de los Estados y constituyen compromisos políticos. Aun siendo declaraciones interpretativas, retiran su fuerza justamente por afirmar la intención de los Estados. La constante reafirmación de derechos puede llevar a una aplicación de los tratados de conformidad con estos instrumentos.

Dos casos pueden ilustrar como éstas sirven de elementos interpretativos de la evolución de los tratados y convenciones internacionales:

A. Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Continua Presencia de Sudáfrica en Namibia (1971), CIJ.

En el régimen establecido por la Liga de las Naciones, la región de Namibia se quedó bajo la tutela de Sudáfrica. Durante el proceso de descolonización, Sudáfrica mantuvo su presencia además de instituir la política del Apartheid en el territorio de la Namibia.

“Las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales no crean derecho internacional *per se*. No obstante, son importantes indicativos de la voluntad política de los Estados y constituyen compromisos políticos.”

En términos de su mandato, Sudáfrica debería mantener el régimen en *sacred trust*. La lógica era que éstos no serían una colonia y que la encomienda debería ser temporal. La controversia surgió en cuanto a la inclusión del derecho a la autodeterminación de los pueblos en el mandato.

La Corte consideró que estaba:

*bound to take into account the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant—‘the strenuous conditions of the modern world’ and ‘the well-being and development’ of the peoples concerned—were not static, but were by definition evolutionary, as also, therefore, was the concept of the ‘sacred trust’.*⁵⁶

Las críticas a la Corte se relacionan a un posible acto de benevolencia de aplicación una visión actual por sobre un acuerdo anterior. En la opinión de algunos autores, sería inconcebible para los redactores del sistema de mandatos de la Liga de las Naciones que existiera el derecho a la autodeterminación de los pueblos.⁵⁷ Aun cuando el mandato no tuviera la intención de ser definitivo y que en algún momento el territorio debería tener el derecho de elegir, no existiría la obligatoriedad de seguir los mismos criterios relacionados al derecho a autodeterminación.

Sin embargo, de acuerdo a la Corte, el desarrollo sustantivo de este derecho fue acompañado del esfuerzo de la comunidad internacional y los Estados poco a poco han consentido la nueva sistemática y el mencionado derecho se cristalizó. Primero, en las resoluciones y declaraciones de los órganos de la Asamblea General de la ONU y posteriormente en la práctica de los Estados. La CIJ ha referido específicamente a las múltiples y reiteradas resoluciones del Comité Especial de Descolonización (SPECPOL en el acrónimo en inglés) como elementos de interpretación.

B. Caso *Atala Riffo v. Chile* (2011), Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En este caso, la Corte Interamericana también tomó en consideración las resoluciones de la Asamblea General, en este caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como factores que evidenciaran el *desarrollo* de un derecho. En este fallo, del derecho a la no discriminación en virtud de orientación sexual por tratarse de una lesbiana, la Corte decidió que los derechos a una vida familiar y libre de discriminación de la señora Atala Rifo habían sido violados.

La Corte consideró que:

*Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.*⁵⁸

Igualmente, en una opinión separada, el Juez Pérez Pérez ha tejido las siguientes consideraciones:

Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes.

[La Convergencia de estándares] es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan.⁵⁹

Lo que se percibe es que las Cortes en ambos casos hayan considerado las resoluciones de las Asambleas Generales (ONU y OEA, respectivamente) como elementos que evidencian la interpretación más reciente de los Estados sobre las obligaciones internacionales por ellos contraídas.

Aunque las resoluciones por sí mismas no creen obligaciones, explicitaron la interpretación de los Estados sobre los asuntos. En el momento que los Estados pasaron a indicar constantemente que existían determinados derechos o que determinadas conductas eran objeto de censura o prohibición, abrieron las puertas para el desarrollo normativo en el sentido de tornar obligatorias conductas compatibles con las mismas. De similar importancia es el hecho de que las resoluciones establecen obligaciones para las Organizaciones Internacionales a las cuales están vinculadas.

Para el Comité de Descolonización de la ONU, las declaraciones y resoluciones que tratan el tema del derecho a la autodeterminación de los pueblos se tornarán la regla interpretativa para la comprensión de las obligaciones internacionales de descolonización o para circunstancias análogas. Igualmente, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA mencionan las obligaciones de derechos humanos de los Estados y consideraran en su contexto a la orientación sexual como una categoría susceptible de ser protegida contra la discriminación, por lo que los órganos internos de la Organización estaban *obligados* a tomar en consideración la temática.

iii. Práctica Estatal Subsecuente:

La práctica subsecuente de los Estados, tomada *en conjunto* con el contexto, provee por lo menos dos factores a considerar: i) explica la voluntad cercana común - como esos entienden que la provisión debe ser comprendida; o ii) da testimonio de una alteración en las relaciones entre las partes - una evolución en las reglas vigentes, o mismo el surgimiento de un nuevo instituto legal aplicable.⁶⁰

“La práctica estatal es tan importante que puede llevarnos a una interpretación contraria al texto del tratado.”

A. Caso *Templo Preah Vihear - Cambodia v. Tailandia* (1962), CIJ.

Los Estados que hoy son Cambodia y Tailandia concluyeron un tratado de fronteras en 1904 que establecía la línea que delimitaba sus respectivos territorios. En el mismo se estableció una Comisión Mixta para dirimir todas las cuestiones pendientes. Después de los esfuerzos de dicha Comisión, se elaboró un mapa de la región de Dangrek - donde está el Templo - (1908). Tailandia afirma que

este mapa no fue hecho por la Comisión Mixta y que ésta nunca lo aprobó, por lo que no podría ser considerado como *vinculante*. Asimismo, expresa que de la redacción del tratado de 1904, la frontera de Tailandia debe incluir el Templo.

La CIJ se basó en una serie de hechos subsecuentes para determinar que, si bien cabe la duda sobre la interpretación específica del texto del tratado de 1904, el hecho de que Tailandia haya: 1) recibido el mapa sin objetar su contenido; 2) reproducido el mapa oficialmente por años; 3) confirmado en tratados posteriores (1925 y 1937) la existencia de la frontera; y 4) omitido la discusión del tema durante una comisión de Conciliación en Washington, lleva a la conclusión de que Tailandia aceptó el mapa como correcto.

La práctica estatal es tan importante que puede llevarnos a una interpretación contraria al texto del tratado. En el caso de la Isla del Timor, surgió una disputa fronteriza entre las posesiones de Holanda y de Portugal en la Isla. El texto del tratado de fronteras expresamente señalaba que el trazado territorial seguía un río específico afluente de otro. Sin embargo, en la práctica, el río cuyo nombre es mencionado en el instrumento internacional no

es afluente del río principal, sino de otro a 5 millas de distancia. El hecho de que por décadas los dos países actuaran administrativamente como si sus fronteras estuvieran en el río con nombre distinto pesó favorablemente en la decisión de la Corte.⁶¹

B. Caso sobre los *Derechos de Navegación*
- *Nicaragua v. Costa Rica*—(2009) CIJ;

Tal como se ha ilustrado arriba, la CIJ estableció que el término *comercio* debería ser interpretado de manera tal que abarque también servicios de turismo, pues del tratado se desprende que la intención de los Estados era que esta expresión evolucionase con el tiempo. Como explicita Crawford, el caso podría muy bien haber sido resuelto conforme a la práctica subsecuente de los Estados parte.⁶² Pocos años después de la firma del tratado ya se habrían establecido empresas de transporte de pasajeros en el Río San Juan y nunca hubo objeciones. De ser así, la práctica estatal ya servía como indicación de la interpretación dada por ellos mismos - que incluía la prestación de servicios.

iv. Consenso:

Muchas veces los términos utilizados en tratados, como *razonable*, *apropiado*, y *conveniente* entre otros, están revestidos

de una carga moral. Naturalmente, los Estados saben que estos cambian con el tiempo y necesariamente la conducta relacionada a ellos también debe cambiar. Las Cortes intentan de un modo general buscar estándares *comunes* a las partes, por lo que el consenso es mejor indicador de la voluntad de los Estados.

La Corte Europea de Derechos Humanos constantemente busca encontrar en el consenso la evolución del tratado. La extensión de la protección de las personas homosexuales sirve de ejemplo. Entre los años 50 y 70 el Sistema Europeo decidió una serie de casos sobre la criminalización de conductas homosexuales.⁶³ Indicó que en el contexto de la Convención a los países les estaba permitido hacer distinciones con base en sexo - las conductas criminalizadas generalmente se referían solamente a hombres - y de interferir en la vida privada para proteger la salud y la moralidad.

En los 80, la Corte Europea vislumbró una evolución en la normativa relacionada a la Convención. Casi ningún país parte criminalizaba actos homosexuales en toda y cualquiera circunstancia.⁶⁴ En otras palabras, la Corte comprendió que el consenso virtual de los países miembros

indicaba una evolución en la normativa que no podría ser ignorada en su interpretación.⁶⁵

En este sentido, en algunos contextos, la voluntad de los Estados puede darnos alguna indicación sobre el consenso entre los países, sirviendo como indicador del *sentido* de la evolución normativa convencional.⁶⁶

“De ser la intención de los Estados que evolucione la norma, no basta un análisis textual o del objeto y fin del tratado, es necesario buscar otros elementos que evidencien la dirección y el sentido de la evolución.”

Conclusión

Notamos que la interpretación contemporánea o evolutiva de los tratados depende de la intención *expresa* de los Estados. Incluso la buena fe en la interpretación y aplicación del instrumento internacional pueden obligar a que éstos evolucionen.

De ser la intención de los Estados que evolucione la norma, no basta un análisis textual o del objeto y fin del tratado, es necesario buscar otros elementos que evidencien la dirección y el sentido de la evolución.

Los factores de evolución pueden estar relacionados al consentimiento expreso en el cual se realizan nuevos acuerdos o se crean nuevas costumbres internacionales. Además, pueden estar relacionados al consentimiento tácito expresado por las prácticas posteriores reiteradas o el consenso entre las partes.

Sobre el autor

Christian Perrone



Christian Perrone es abogado, ex-Secretario del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, Doctorando en Derecho Internacional - Universidad del Estado de Rio de Janeiro (2019), LL.M en Derecho Internacional - Universidad de Cambridge (Inglaterra,

2011), Diploma en Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Instituto Universitario Europeo EUI (Italia, 2011), LL.B en Derecho - Universidad Federal del Rio Grande del Sur (Brasil, 2009), y Universidad de Giessen (Alemania, 2007-2008).

Sumario

Introducción;

I. *Aporte de América Previo a las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960;*

II. *Participación de América en las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960;*

III. *Aporte de la Región durante la Tercera Conferencia del Derecho del Mar;*

IV. *Aporte de América en la Actualidad;*

Conclusiones



**Ana Elizabeth
Villalta Vizcarra**

La Contribución de América al Derecho del Mar

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad dar a conocer la contribución de América y de sus juristas al derecho del mar y de manera especial, su actuación en las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, dentro de la cual tuvo un rol relevante el Embajador Alfredo Martínez Moreno, Jefe de Delegación de El Salvador, cuando fue Presidente de algunas de sus comisiones.

Algunos de los temas de gran importancia para la humanidad tratados por el derecho del mar, son los relacionados con la exploración y explotación de los recursos en la zona marítima internacional, considerada como patrimonio común de la humanidad; los del mar territorial y la zona contigua; los de la plataforma continental; los de la zona económica exclusiva o mar patrimonial; los de pesca y conservación de los recursos vivos del mar; los

relacionados con la preservación del medio marino, y los referentes a la investigación científica de los océanos.

En el siglo XVII (1609) aparece la obra *Mare Liberum*, escrita por el jurista holandés Hugo Grocio, por la cual se consagran el principio de libertad de los mares y las bases del derecho internacional del mar. Esta doctrina fue rechazada por algunas de las grandes potencias navales de la época por no convenir a sus intereses que el uso del mar y del aire sea común para todos. Como contraparte, en el año de 1635 nace *Mare Clausum*, obra del jurista inglés John Selden, que sostenía que el mar, por mandato de las naciones, no es común a todos los hombres, sino susceptible de dominio privado o propiedad particular, como lo es la tierra.

Estos dos principios, el de la libertad de los mares y el de la limitación de una parte de ellos, constituyeron la polémica del derecho del mar en el siglo XVIII. Se consideró la libertad

de los mares como una ley sagrada, a la vez que se permitió a los Estados ribereños tener una franja estrecha contigua a sus costas denominada *mar territorial*.

La anchura de dicha franja se convirtió en el centro de discusión del derecho del mar, hasta que en el año de 1703, el jurista holandés Cornelius Van Bynkershoek estableció como anchura del mar territorial una legua marítima (equivalente a tres millas náuticas), que era la distancia recorrida por la bala de un cañón apostado desde la línea de la más baja marea hacia el mar, constituyendo al mismo tiempo la potestad de defensa de los Estados.

Esta media fue aceptada por mucho tiempo por la comunidad jurídica internacional y era la regla que se utilizaba para el siglo XX, hasta que en la Conferencia de La Haya de 1930, convocada por la Sociedad o Liga de Naciones, los Estados empiezan a pronunciarse por un mar territorial de 12 millas marinas, quedando definido éste como una faja de mar donde el Estado ribereño ejerce soberanía, comprendiendo no sólo la superficie de las aguas, sino también el espacio aéreo sobre dicha franja y el lecho y el subsuelos marítimos por debajo de la superficie y respondiendo además no

sólo a cuestiones de seguridad sino también a explotación y aprovechamiento de los recursos.

I. Aporte de América Previo a las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960

En 1910, el jurista argentino Luis María Drago formuló la que se conoce en el Derecho Internacional Público como la *Doctrina de las Bahías Históricas*, siendo este el primer aporte sustancial americano al derecho del mar. Propone que “*Toda Bahía cuya entrada es mayor de 10 millas marinas forma parte del dominio marítimo del Estado costero, siempre y cuando existan títulos fundamentales en su conformación geográfica, la posesión inmemorial caracterizada por el ánimo de dominio pacífico y continuado, que ha contado además con la aquiescencia de los demás Estados, así como necesidades relativas a la defensa y a la seguridad del Estado*”¹.

Esta doctrina, formulada por el Doctor Drago, fue aplicada por la comunidad jurídica internacional en casos de bahías propiedad de un solo Estado, pero a consecuencia de la sentencia del 9 de Marzo de 1917 pronunciada por la Corte de Justicia Centroamericana, se le otorgó al Golfo de Fonseca, ubicado en la región centroamericana, la categoría especial de *Bahía Histórica*



Pluriestatal con caracteres de mar *cerrado* territorial y del dominio exclusivo de El Salvador, Honduras y Nicaragua, por reunir además todas las características necesarias para ser considerado así, es decir, aguas territoriales, posesión secular inmemorial con ánimo de dominio, pacífica y continua y con aquiescencia de las demás naciones, quedando así establecido por jueces y juristas americanos la categoría de *Bahías Históricas pertenecientes a varios Estados*.²

En 1941, el Comité Jurídico Interamericano (órgano de la antigua Unión Panamericana, hoy Organización de los Estados Americanos, OEA) fungiendo como Comité Interamericano de Neutralidad recomendó la distancia de 12 millas marinas como la extensión dentro de la cual todo Estado pueda ejercer soberanía, siendo el antecedente principal sobre esta nueva franja de mar territorial, la que también fue dada por una entidad americana.³

Posteriormente el 28 de septiembre de 1945, después de la Segunda Guerra Mundial, el Presidente de los Estados Unidos Harry S. Truman declara el derecho exclusivo que tiene su país para explotar los recursos naturales de su plataforma continental, más allá de los límites del mar territorial. Parte de su proclamación expresaba: “*el Gobierno de los Estados Unidos considera los recursos naturales del subsuelo y del lecho marítimo de la plataforma continental bajo el alta mar, sujetos a su jurisdicción y control*”, así como “*zonas de conservación de pesca en el alta mar*” reservadas para beneficio exclusivo de los nacionales de los Estados Unidos, naciendo así en América la *Doctrina de la Plataforma Continental*, entendiéndola como una continuidad geográfica.

Posteriormente, otros Estados americanos emiten declaraciones sobre la plataforma continental: en la de México, el 26 de octubre de 1946 el Presidente Manuel Ávila Camacho se refiere no sólo a las riquezas minerales

del suelo y del subsuelo de la plataforma submarina, sino también de los recursos de la pesca en las aguas superyacentes y a la necesidad de llevar el control y la vigilancia del Estado hasta los lugares o zonas que la ciencia indique para el desarrollo de los viveros de alta mar, independientemente de la distancia que los separe de la costa. Igualmente, el 15 de octubre de 1946 se da la declaración de Argentina, emitida por el Presidente Juan Domingo Perón por medio de la cual se expresa: “*pertenecientes a la soberanía de la nación el mar epicontinental y el zócalo continental argentino*”, es decir, declara su soberanía nacional no sólo sobre la plataforma submarina propiamente dicha sino también sobre las aguas superyacentes.

Otros Estados que emitieron sus propias proclamaciones de la plataforma continental fueron Panamá el 17 de diciembre de 1946, Chile el 23 de junio de 1947, Perú el 1 de agosto de 1947, Costa Rica y Nicaragua en 1948, Ecuador, El Salvador y Brasil en 1950 y Honduras el 17 de enero de 1951.

Estas declaraciones sobre la plataforma continental, que se basan en la importancia del mar para el aprovechamiento de los recursos, produjeron un gran efecto en el derecho internacional del mar y trajeron como consecuencia

que algunos países empezaran a proponer el criterio de las 200 millas marinas, donde el Estado costero tuviese exclusividad en la explotación de los recursos.

Esta posición tomó fuerza en 1952 cuando Chile, Ecuador y Perú adoptan la *Declaración de Santiago*, el 18 de agosto de 1952 proclamando como norma de su política internacional marítima la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos les corresponde sobre el mar que baña las costas de los respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas y sobre el suelo y subsuelo de dicho mar, para asegurar la conservación, desarrollo y aprovechamiento de las riquezas existentes, en beneficio de la subsistencia y la economía de sus pueblos y reconociendo el derecho de paso inocente e inofensivo a través de esa zona, para las naves de todas las naciones.

El fundamento de esta Declaración es particularmente de contenido económico, dado que manifiestan que es obligación de los gobiernos asegurar las condiciones de subsistencia de sus pueblos, y en todas estas proclamaciones sobre las 200 millas marinas, se dejó a salvo la libertad de navegación.



Esta Declaración de Santiago es lo que dio origen a la llamada “*cuestión de las 200 millas marinas*”, nacida en un contexto netamente americano, y constituye el primer instrumento Internacional en el que se proclaman la soberanía y la jurisdicción exclusiva sobre el mar, los fondos marinos y el subsuelo marino en una extensión de 200 millas marinas, estableciéndose un límite preciso, reconociendo el derecho de paso inocente para los buques extranjeros, pero señalándoles el deber de respetar la normativa de los Estados ribereños.

El Comité Jurídico Interamericano (CJI) también reconoció el derecho de los Estados costeros a determinar una zona de protección, control y aprovechamiento económico, que alcance una distancia de hasta 200 millas marinas de la costa de cada Estado⁴.

La llamada *tesis de las 200 millas*, avalada también por el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI), se fundamenta en la

conservación y prudente utilización de los recursos naturales. Es en este contexto que el propio CJI presentó el 30 de julio de 1952 un Proyecto de Convención sobre Mar Territorial y Cuestiones Afines, basado en la mencionada tesis, en el que reconoce derecho a la plataforma y a una zona de protección, control y aprovechamiento económico hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la línea de más baja marea de sus costas y posesiones insulares.

Como consecuencia de la *Declaración de Santiago*, se crea la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS), cuyo objetivo es la explotación y conservación de la riqueza marítima del Pacífico Sur. Sus creadores eran Estados ribereños en vías de desarrollo, cuyos gobiernos buscaban crear condiciones para asegurar la subsistencia de sus habitantes y promover el desarrollo económico, así como la preservación y reglamentación del uso de los recursos naturales.

“El Comité Jurídico Interamericano manifestó que: “Cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa.”

En su reunión de 1956 en México, el Comité Jurídico Interamericano manifestó que: “*Cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa. El Estado ribereño tiene derecho a adoptar medidas de conservación y vigilancia necesarias para la protección de los recursos vivos del mar próximos a sus costas, más allá del mar territorial*”.⁵

La multicitada “tesis de las 200 millas” fue entendida de diversa manera por los países del Continente Americano: los *territorialistas* la comprendieron como una franja de mar territorial de 200 millas marinas donde el Estado

costero ejerce soberanía y jurisdicción, mientras que los *patrimonialistas* la entendieron como una zona de aprovechamiento exclusivo de las riquezas marítimas, como una zona de preservación, que luego denominaron “*mar patrimonial*”.

No obstante lo anterior, los países del continente americano introdujeron en su legislación interna la cuestión de las 200 millas marinas, la cual también fue aceptada por muchos países africanos y asiáticos, algunos del continente europeo y el Grupo de los Países No Alineados. Todas estas declaraciones y doctrinas americanas produjeron una verdadera revolución en el derecho del mar a nivel mundial.

II. Participación de América en las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960

Con las posiciones anteriormente descritas, los Estados del continente americano acudieron a la Primera y Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, celebradas en 1958 y en 1960 respectivamente.

Si bien es cierto que en la Primera Conferencia no se pudo establecer la extensión del mar territorial, de ella

surgieron cuatro convenciones que lograron abarcar de manera integral el mar y su entorno:

- Convención sobre el Mar Territorial y Zona Contigua;
- Convención sobre Alta Mar;
- Convención sobre Plataforma Continental; y,
- Convención sobre Pesca y Conservación de los recursos vivos de alta mar

En esta Primera Conferencia de 1958, la participación de los Estados americanos fue altamente constructiva en las discusiones de las propuestas de artículos sobre la plataforma continental, la alta mar y la pesca, de tal suerte que la definición de *plataforma continental* contenida en el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental es la misma que fue adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre esta temática, celebrada en Santo Domingo, República Dominicana en 1956.

En la Segunda Conferencia, nuevamente se trató el tema de la extensión del mar territorial, así como el límite de las pesquerías, unos Estados

propugnabas por 12 millas marinas de mar territorial, otros por 6 millas marinas y se empezó a alegar la cuestión de las 200 millas marinas, sin que ninguna de las propuestas lograra el consenso, dando lugar a pronunciamientos unilaterales de numerosos Estados en procura de la salvaguarda de sus intereses económicos.

Después de estas dos Conferencias de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, quedaron claramente expuestos los intereses económicos de los países desarrollados y los que estaban en vías de desarrollo, en cuanto se refiere a la extensión del mar territorial o bien a una zona donde cada Estado ribereño pudiese explotar las riquezas marítimas en forma exclusiva.

En la década de 1960, se dio otra iniciativa muy importante en el derecho del mar, esta vez a solicitud de la delegación de Malta, cuyo jefe el Embajador Pardo solicitó en 1967 que se incluyera en la Agenda de la Asamblea General de las Naciones Unidas el siguiente tema: “*El examen de la cuestión de la reserva exclusiva para fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo en alta mar fuera de los límites de la jurisdicción nacional y del empleo de sus recursos en beneficio de la humanidad*”. Es decir, que el área formada por los fondos

marinos y oceánicos más allá de los límites de la jurisdicción nacional y de sus reservas, sean declarados *patrimonio común de la humanidad*. Esta iniciativa fue acogida por los Estados americanos a fin de que sea explotada y explorada en beneficio especial de los países en vías de desarrollo.

El 8 de mayo de 1970 en la ciudad de Montevideo, Uruguay se produce uno de los principales documentos que expone la doctrina latinoamericana sobre el tema, la *Declaración de Montevideo sobre el Derecho del Mar*, que resalta el derecho de los Estados costeros a disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar el nivel de vida de sus pueblos; el derecho a establecer los límites de su soberanía y jurisdicción marítimas, de conformidad con sus características geográficas y geológicas; el derecho a explorar, conservar y explotar los recursos vivos del mar adyacente a sus territorios, y a regular el régimen de pesca y caza acuática; el derecho a explorar, conservar y explotar los recursos naturales de sus respectivas plataformas continentales; el derecho a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del suelo y del subsuelo de los fondos marinos;

el derecho a reglamentar zonas de soberanía y de jurisdicción sin perjuicio de la libertad de navegación y el sobrevuelo de las naves y aeronaves de cualquier pabellón.

Esta Declaración fue suscrita por Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay, llegando a constituir uno de los documentos adecuados para afrontar las intensas y arduas negociaciones que se plantearían en el plano internacional con miras a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

El 8 de agosto de 1970 en Lima, Perú surge la *Declaración de Lima de los Estados Latinoamericanos sobre el Derecho del Mar*, en la cual se reitera que el Estado costero tiene derecho a señalar los límites de su jurisdicción marítima según sus características geográficas, geológicas y biológicas y en la cual además se examinaron cinco puntos que se conocen con el nombre de Principios Comunes del Derecho del Mar, reiterando además los puntos de la Declaración de Montevideo de 1970 y creando el “Club de las 200 millas marinas”.

En marzo de 1971 el jurista chileno Edmundo Vargas Carreño presentó como informe al Comité Jurídico

Interamericano en sus sesiones de Río de Janeiro, el trabajo denominado “*Mar Territorial y Mar Patrimonial. Base para una posición latinoamericana sobre el derecho del mar*”, donde hace referencia a un mar patrimonial hasta de doscientas millas marinas donde existiera libertad de navegación y de sobrevuelo, teniendo en cuenta características geográficas, geológicas y biológicas y a las necesidades del racional aprovechamiento de los recursos.⁶

El 9 de junio de 1972 se suscribe en República Dominicana, la *Declaración de Santo Domingo* por Colombia, Costa Rica, Guatemala, Haití, Honduras México, Nicaragua, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela. En ella se expresaba que el mar territorial debía ser objeto de un acuerdo internacional, se refiere al mar *patrimonial* como la zona adyacente al mar territorial hasta las 200 millas marinas y en la cual el Estado costero ejerce derechos de soberanía sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentran en dicha zona, reglamentando las investigaciones científicas y adoptando las medidas necesarias para evitar la contaminación del medio marino, sin afectar por ello el derecho de libre navegación y sobrevuelo para las naves y aeronaves de todos los Estados.

Como consecuencia de esta Declaración, los Estados del Caribe se adhieren a la *tesis de las 200 millas marinas*. En mayo de 1973, el Consejo de Ministros de la Organización de la Unidad Africana, declara como *zona económica* de cada Estado a las 200 millas marinas contiguas a sus costas y en septiembre de ese mismo año, durante la Conferencia de Argel, cerca de 75 Estados se suman a la *tesis de las 200 millas marinas*.

A partir de todas estas iniciativas, en 1973 el CJI se vuelve a ocupar de la temática del derecho del mar y en esa oportunidad expresó: “*Que se reconocía la soberanía y jurisdicción del Estado costero en el mar adyacente, su lecho y subsuelo, así como el espacio aéreo, hasta el límite de 200 millas marinas; distinguiendo dentro de ese límite una zona de 12 millas marinas, con derecho a paso inocente, y otra hasta las 200 millas marinas, con derecho de libre navegación y sobrevuelo y con facultades reglamentarias del Estado costero en materia de exploración y explotación de recursos, contaminación, investigación científica, seguridades para la navegación y el transporte marítimo, y tendido de cables y conductos submarinos*”.⁷

Esta posición también fue apoyada por la Federación Interamericana de Abogados (FIA), por el Parlamento Latinoamericano y por el ya mencionado IHLADI. Todos estos documentos

americanos constituyeron el antecedente para que surgiera como un nuevo espacio marítimo la *Zona Económica Exclusiva* en las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, naciendo de esta manera una nueva institución dentro del Derecho del Mar.

“Todos estos documentos americanos constituyeron el antecedente para que surgiera como un nuevo espacio marítimo la Zona Económica Exclusiva en las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, naciendo de esta manera una nueva institución dentro del Derecho del Mar.”

III. Aporte de la Región durante la Tercera Conferencia del Derecho del Mar

En el ámbito universal, tenemos que en 1967, la Asamblea General de las Naciones Unidas crea el Comité para la Utilización con Fines Pacíficos de

los Fondos Marinos y Oceánicos más allá de los límites de la Jurisdicción Nacional (Comité *Ad Hoc* de los Fondos Marinos). Es importante recalcar el aporte americano durante las reuniones del Comité, en especial en la reunión de la Subcomisión II, que tuvo lugar en el Palacio de las Naciones en Ginebra, Suiza del 17 de Julio al 17 de agosto de 1972, y que fue presidida por el Embajador Alfredo Martínez Moreno, Jefe de la Delegación de El Salvador a propuesta del Embajador Jorge Castañeda, Jefe de la Delegación de México.

Lo esencial de este período de sesiones es que se logró adoptar la “*Lista de Temas y Cuestiones relacionadas con el Derecho del Mar que se presentarán a la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar*”, resolviéndose la cuestión de los estrechos utilizados para la navegación internacional, cuestión clave para poder iniciar la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar.

El Comité *ad hoc* se transformaría eventualmente en el Comité de las Naciones Unidas que prepararía la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, inaugurada el 3 de diciembre de 1973 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York (por lo general las sesiones

se alternaron entre la Sede principal Nueva York y la Oficina de Naciones Unidas de Ginebra).

En la Primera Sesión de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, celebrada en Caracas en 1974 hubo un consenso en favor de crear una Zona Económica Exclusiva que comprendiera el fondo del mar, el subsuelo y las aguas sobreyacentes hasta una distancia de 200s millas marinas, en las cuales se le reconocen al Estado costero derechos soberanos con el fin de explorar y explotar sus recursos naturales, así como jurisdicción respecto de la investigación científica y la preservación del medio marino contra la contaminación. Los demás Estados gozan en esta zona de libertad de navegación y sobrevuelo, y del derecho a tender cables y tuberías submarinos. Este espacio marítimo fue propuesto especialmente por los países del continente americano y por algunos Estados de África, que dieron origen a la expresión *Zona Económica Exclusiva*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva, triunfó en la Tercera Conferencia la tesis expuesta por los juristas americanos, fundamentada en el concepto de *mar patrimonial*, entre ellos, Jorge Castañeda (México), Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador), Julio César Lupinacci (Uruguay), en

el sentido de que constituye una zona *sui generis*, o sea, diferenciada tanto del mar territorial como de la alta mar y sujeta a un régimen jurídico específico.

El grupo de trabajo de este período de sesiones de Caracas estuvo bajo la Presidencia Conjunta de los Embajadores Reynaldo Galindo Pohl, de El Salvador y Hans Mott, de Austria. La Segunda Comisión fue dirigida en su calidad de Presidente por el Embajador Reynaldo Galindo Pohl y posteriormente por el Embajador Andrés Aguilar, Jefe de la Delegación de Venezuela. Por su parte, la delegación de Perú fue parte de muchos de los grupos oficiosos. Todos estos grupos donde participaron los países americanos fueron colectivamente denominados el *Grupo Latinoamericano y del Caribe* que estuvo muy unido al Grupo de los 77.⁸

El establecimiento de esta Zona Económica Exclusiva, representa uno de los logros más grandes de la diplomacia de los países en desarrollo, es un concepto innovador que rompe con los principios tradicionales establecidos en el derecho del mar, logrando mayor justicia y equidad.

Igualmente, el Grupo de los Expertos Jurídicos del Período de Sesiones que se llevó a cabo en Ginebra, Suiza en

1975 estuvo a cargo en forma conjunta de los Embajadores Evensen y Castañeda, Jefes de las Delegaciones de Noruega y México, respectivamente, dando aportes en lo referente al régimen jurídico del mar territorial, la Zona Económica Exclusiva y la plataforma continental.

Finalmente, después de once períodos de sesiones desde el de Venezuela en 1974 hasta el de Jamaica en 1982, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con 130 votos a favor, 17 abstenciones y 4 en contra, suscribiéndose el 10 de diciembre de 1982 la citada Convención por 119 Estados, la cual se caracteriza por incorporar el desarrollo progresivo del derecho internacional del mar, al introducir nuevas instituciones en esta materia, en cuyo texto participaron delegados y expertos de más de ciento cincuenta países de diferentes criterios, intereses, lenguas y costumbres que lograron alcanzar un consenso, conciliando posiciones antagónicas y logrando de esta manera la codificación del derecho del mar a través de la Ley Universal del Mar o de la Constitución de los Océanos como es llamada la Convención.

La suscripción de esta Convención constituye un acontecimiento histórico de gran relevancia, habiendo sido

firmada originalmente por 119 países de todas las regiones del mundo, aprobando una convención que abarca todos los aspectos de los usos y recursos del mar, un logro de la comunidad jurídica internacional solamente superado por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

A la fecha, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha sido ratificada por casi la totalidad de los Estados que integran el continente americano, faltando solamente cuatro de ellos, dos de los cuales son ya signatarios.

IV. Aporte de América en la Actualidad

Actualmente en América ha surgido la doctrina del *mar presencial* que consiste en el espacio marítimo que un determinado país ribereño demarca, con el objeto de señalar a terceros su zona de influencia en la altamar adyacente a su zona económica exclusiva, en donde sus intereses estuvieran o pudieran estar involucrados directamente. Es un tipo de zona en que el Estado puede prevenir violaciones a su pesca, investigación e intereses de explotación de recursos en la zona económica exclusiva.

La *Teoría del Mar Presencial* fue creada en 1990 por el almirante Jorge Martínez Busch, Jefe de la Armada Naval de Chile, adaptándose posteriormente bajo un concepto más general, de mayor utilidad y aplicable a los Estados costeros de todo el mundo, definido en la Ley N° 19080 de Chile como *“aquel espacio oceánico comprendido entre el límite de las Zonas Económicas Exclusivas que generan las islas chilenas al interior de dicho espacio marítimo”*.

En el año de 1997, en el “Acuerdo Marco para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos en la Alta Mar del Pacífico Sudeste” llamado también “Acuerdo de Galápagos”, Colombia, Chile, Ecuador y Perú han propuesto un mar presencial regional a la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS), a fin de proteger a algunas especies de peces migratorios incluso en altamar.

Actualmente, los Estados americanos junto con el Grupo de los 77 y China están participando activamente en el Comité Preparatorio establecido en virtud de la Resolución 69/292 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya finalidad es *“la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*

relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional”. Las últimas reuniones de este Grupo se celebraron del 28 de marzo al 8 de abril y en Junio de 2016.⁹

Conclusiones

Esta contribución ha pretendido reflejar el aporte de América y de sus juristas al derecho del mar, creando instituciones que han sido recogidas por el derecho internacional, como lo han sido, entre otras, la plataforma continental, las bahías históricas, la Zona Económica Exclusiva (mar patrimonial), el mar presencial.

América ha contribuido no solo en cuanto a la creación de estas instituciones, sino también mediante la participación sustantiva de los delegados americanos en las distintas conferencias del mar, es decir, en la Primera y Segunda Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960; en el Comité para la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos, y en la propia Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, que fue resultado en gran medida, del consenso alcanzado a partir de conceptos desarrollados por los pueblos de América.

- ¹ Diccionario Legal Osorio, Portal Jurídico Libre LexiVox.
- ² Sentencia del 9 de marzo de 1917 de la Corte de Justicia Centroamericana.
- ³ Documentos del Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del CJI de 1941.
- ⁴ Documentos del Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del CJI de 1952.
- ⁵ Documentos del Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del CJI de 1956.
- ⁶ Documentos del Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del CJI de 1956.
- ⁷ Documentos del Comité Jurídico Interamericano, Informe Anual del CJI de 1973.
- ⁸ Documentos de la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar Celebrada en Caracas, Venezuela en 1974. Archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.
- ⁹ Documentos de la Organización de las Naciones Unidas de la Asamblea General de la ONU A/AC.287/2016/PC.I/L.I

Sobre el autor

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra



Elizabeth Villalta es miembro del Comité Jurídico Interamericano y Directora General de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador.

Ha dictado clases en el Curso de Derecho Internacional de la OEA y participado en diferentes conferencias internacionales representando a El Salvador, entre ellas el Congreso Iberoamericano de Fronteras (Costa Rica, 1990), Comisión Interamericana del Atún Tropical (Costa Rica, 1990), la Conferencia del Mar ante Naciones Unidas (Nueva York, 1991), la Conferencia sobre Derecho Internacional Privado en el tema de Adopción Internacional (La Haya, Países Bajos 1990-1993), el Seminario Latinoamericano

de Tráfico de Menores y Adopción Internacional (Quito, Ecuador, 1992), y como miembro de la Delegación de El Salvador ante la Corte Internacional de Justicia, en el Diferendo Limítrofe El Salvador – Honduras, Nicaragua (1991).

Dentro de su desempeño en el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha ocupado los cargos de asesor jurídico de la Dirección General de Límites, asesor del Despacho Ministerial, y desde 1995 es Embajadora de carrera.

La Doctora Villalta obtuvo los títulos de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad de El Salvador, obteniendo también el de Notario de la República.

Programa del Curso

1ª Semana	
Lunes 3 de octubre	
9:45 am – 10:10 am Vestíbulo Piso 2	Registro de alumnos
10:15 am – 11:45 am	Ceremonia de Inauguración: • Palabras de Bienvenida Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos, OEA Dante Negro, Director, Departamento de Derecho Internacional, OEA • Ponencia Magistral 110 Años de Labores del Comité Jurídico Interamericano Fabián Novak, Presidente, Comité Jurídico Interamericano
11:45 am – 11:55 am	Fotografía Oficial (alumnos, profesores y miembros del Comité Jurídico Interamericano)
11:55 am – 12:45 pm	Recepción
12:45 pm – 1:30 pm	Sesión informativa para alumnos

Martes 4 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	La Doctrina del Control de Convencionalidad Profesora: Ruth Correa
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Contratos Internacionales: desafíos en materia de derecho aplicable Profesora: María Mercedes Albornoz
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Estatuto de Roma: principios, impactos y desafíos para los países de la OEA Profesor: Felipe Michellini

Miercoles 5 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	Contratos Internacionales: desafíos en materia de derecho aplicable (conclusión) Profesora: María Mercedes Albornoz
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement and Access to Medications Profesor: William F. Flanagan
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Estatuto de Roma: principios, impactos y desafíos para los países de la OEA (conclusión) Profesor: Felipe Michellini

Jueves 6 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	Gestación por Sustitución Transfronteriza Profesora: María Mercedes Albornoz
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement and Access to Medications (continued) Profesor: William F. Flanagan
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Arbitraje Comercial Internacional Profesora: Verónica Sandler

Viernes 7 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	Protección Internacional del Medio Ambiente Profesor: Herman Benjamin
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement and Access to Medications (conclusion) Profesor: William F. Flanagan
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversiones Profesora: Verónica Sandler

2ª Semana

Lunes 10 de octubre

9:00 am – 10:50 am	El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas Profesor: Luis Alfonso De Alba Góngora
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Protección Internacional de Refugiados en las Américas: Nuevas tendencias Profesor: Juan Carlos Murillo
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Contencioso de Armas Nucleares ante la Corte Internacional de Justicia Profesor: Antonio Cançado Trindade

Martes 11 de octubre

9:00 am – 10:50 am	El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (conclusión) Profesor: Luis Alfonso De Alba Góngora
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La erradicación de la Apatridia en América a la Luz de los Estándares Interamericanos Relativos al Derecho a la Nacionalidad Profesor: Juan Ignacio Mondelli
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Contencioso de Armas Nucleares ante la Corte Internacional de Justicia (conclusión) Profesor: Antonio Cançado Trindade

Miércoles 12 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	La Democracia en el Sistema Interamericano: a 15 años de la Carta Democrática Interamericana Profesor: Jean Michel Arrighi
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	La Democracia en el Sistema Interamericano: a 15 años de la Carta Democrática Interamericana (conclusión) Profesor: Jean Michel Arrighi
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Aporte de América al Derecho del Mar Profesora: Elizabeth Villalta

Jueves 13 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	El Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional Profesor: Pablo César Revilla Montoya
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos Profesor: Gabriel Pablo Valladares
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos (conclusión) Profesor: Gabriel Pablo Valladares

Viernes 14 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz Profesor: Pablo César Revilla Montoya
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Ejercicio Práctico

3ª Semana

Lunes 17 de octubre

9:00 am – 10:50 am	Teoría del Estado y la Unidad del Derecho Internacional Profesor: Raphael Vasconcelos
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Conflictos Territoriales y Solución de Controversias en América Latina: los últimos treinta años Profesor: Antonio Remiro Brotons
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Movilidad Migratoria en Latinoamérica y Derechos Humanos: evolución de la normativa migratoria en la región Profesora: Catalina Magallanes

Martes 18 de octubre

9:00 am – 10:50 am	Protección internacional de migrantes en las regiones de Europa y Latinoamérica; el SECA (Sistema Europeo Común de Asilo) y el Plan de Acción Brasil Profesora: Catalina Magallanes
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Conflictos Territoriales y Solución de Controversias en América Latina: los últimos treinta años (continuación) Profesor: Antonio Remiro Brotons
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Teoría del Estado y la Unidad del Derecho Internacional (conclusión) Profesor: Raphael Vasconcelos

Miércoles 19 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	"Evolución Intertemporal de los Tratados: una reflexión sobre la teoría de las fuentes de Derecho Internacional" Profesor: Christian Perrone
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Conflictos Territoriales y Solución de Controversias en América Latina: los últimos treinta años (conclusión) Profesor: Antonio Remiro Brotons
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Derecho Internacional e Inversiones: Contratos y temas relevantes en energía Profesora: Marilda Rosado

Jueves 20 de octubre	
9:00 am – 10:50 am	Reflexiones sobre el Derecho Internacional en las Américas Profesor: João Clemente Baena Soares
10:50 am – 11:10 am	Receso
11:10 am – 1:00 pm	Derecho Internacional e Inversiones: Contratos y temas relevantes en energía (conclusión) Profesora: Marilda Rosado
1:00 pm – 2:30 pm	Receso
2:30 pm – 4:30 pm	Ejercicio Práctico

Viernes 21 de octubre	
10:00 am – 10:45 am	Ceremonia de clausura: • Presentación y palabras de cierre: Christian Perrone Representante del Departamento de Derecho Internacional, OEA • Reflexiones finales: João Clemente Baena Soares Miembro, Comité Jurídico Interamericano
10:45 am Vestíbulo Piso 2	Entrega de certificados

Fin del Programa

* Todas las actividades se realizarán en el Salon Javaé salvo que se indique lo contrario

Anexo II

Lista de Participantes

	Apellidos	Nombres	País
1	Almeida de Sá e Benevides	Isabella	Brasil
2	Arana Santos	Josycler	Brasil
3	Araque Sayago	Ingrid Susana	Venezuela
4	Arroyo Chacón	Jennifer Isabel	Costa Rica
5	Balaguer,	Miguel	República Dominicana
6	Berges Peña	Angel Salvador	República Dominicana
7	Bianor	Maíla	Brasil
8	Bobadilla Fariña	Celso David	Paraguay
9	Caraballo Miorelli	Carlos Daniel	Uruguay
10	Castillo	María Eugenia	Argentina
11	Chacón Figueroa	Juan Ignacio	Chile
12	Cerqueira Bastos Netto	Cláudio	Brasil
13	Costa	Mellyssa Do Nascimento	Brasil
14	Dias Martini	Evelyn Cristina	Brasil
15	Duque de Martins Silveira	Luíza	Brasil
16	Farias Oliveira	Pedro	Brasil
17	Ferreira	Fernanda	Brasil
18	Freire	Ludmila	Brasil

	Apellidos	Nombres	Ciudad/ País
19	Granados Gálvez	Jonathan Max	Perú
20	Helfer de Farias	Eduardo	Brasil
21	Likes	Neila Paula	Brasil
22	Martínez de Haro	Paula	México
23	Martínez Neira	Santiago	Colombia
24	Martins Barbosa	Isabel	Brasil
25	Melo Tsuruda	Juliana	Brasil
26	Morales Caicedo	Juan Manuel	Colombia
27	Núñez Guardia	Felipe Esteban	Chile
28	Nuño Nuño	Mónica Elizabeth	México
29	Romero Heredia	Yesid Gerardo	Colombia
30	Salinas Gómez	Juan Pablo	Colombia
31	Tebalán Palacios	Herbert Isamar	Guatemala
32	Valdivia Aguilar	Trilce Gabriela	Perú
33	Vassel	Pablo Andrés	Argentina
34	Vignoli Neto	Orlando	Brasil
35	Wood Núñez	Hugo Alberto	Panamá

La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: **Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas** (*Commonwealth de las*), **Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica** (*Commonwealth de*), **Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.**

ISBN 978-0-8270-6642-7

