ISSN (versión impresa): 1870-4654
ISSN (versión electrónica): 2448-7872

Anuario Mexicano de Derecho Internacional

México, volumen XXV, 2025
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Dra. Mónica González Contró

Secretario académico
Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de revistas
Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, núm. XXV (enero-diciembre de 2025) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, teléfono 5556227474, correo electrónico actiij@unam.mx. Editor responsable: Manuel Becerra Ramírez; Certificado de Reserva al Uso Exclusivo del Título: 04-2015-091715170500-102, Certificado de Reserva al Uso Exclusivo del Título Electrónico: 04-2015-091716532800-203; ISSN: 1870-4654, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

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

Cuidado de la edición: Enrique Rodríguez Trujano
Ricardo Hernández Montes de Oca

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Asistente de la Revista: Samara Rodriguez

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL

Director
Manuel Becerra Ramírez

Coordinación editorial
Ricardo Hernández Montes de Oca

Consejo Editorial

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

Consejo Dictaminador de Colaboraciones

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

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

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
CLASE
DIALNET
Hague Conference on Private International Law
Index to Foreign Legal Periodicals
Índice de Revistas Mexicanas de Investigación Científica y Tecnológica
Latindex
Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay
Página Jurídica
Redalyc
Revistas Jurídicas
SCIELO
SCOPUS
ULRICHS
Universia
Universidad de La Rioja

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

Primera edición: 2025

DR © 2025. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México
Hecho en México
ISSN (versión impresa): 1870-4654
ISSN (versión electrónica): 2448-7872

Contenido

Artículos

La doctrina de las "manos limpias" (clean hands): entre consagraciones fallidas y escenarios de desjudicialización en el orden jurídico internacional e19401

Harold **Bertot Triana**

Las muchas vidas del principio del effet utile en la interpretación de tratados. e19025

José **Rogelio Gutiérrez Álvarez**

Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica e19368

Rafael **J. Pérez Miranda**

Cambio climático, geopolítica y conflictos: un desafío para la seguridad internacional y nacional e19060

Rosalía **Ibarra Sarlat**

Nacionalidad adquirida: Un enfoque funcional para abordar los riesgos asociados a su reconocimiento por otros estados y al ejercicio de la protección diplomática e19048

Santiago **Yarahuán Dodero**

Reajustando el neoliberalismo en el derecho internacional: expropiación indirecta y cambio normativo e18916

Pedro **José Martínez Esponda**

La defensa de derechos colectivos con las obligaciones erga omnes en el derecho internacional: un nuevo paradigma de responsabilidad internacional e19148

José **María Olvera Amado**

Comentarios

Hacia un tribunal especial para el crimen de agresión en Ucrania. Un camino (im)posible e14748

Chema **Suárez Serrano**

Lobbies y el T-MEC: el papel de los grupos de interés en la negociación de las reglas de inversión del Nuevo TLCAN e18855

Lucas **Silva Amorim**

Identidad de género infantil y derechos humanos: nuevas prácticas, nuevos paradigmas en el panorama internacional e18141

Miguel **Ángel León Ortiz**

Los últimos protectorados. Lecciones de las administraciones temporales de Naciones Unidas en Kosovo y Timor Oriental . e19049

Federico **Freydell**

Práctica Internacional Mexicana

Documento de posición de México sobre la interpretación y aplicación del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas . . . e20199

Pablo **Adrián Arrocha Olabuenaga**

De regreso a la Corte Internacional de Justicia: México vis a vis Ecuador e19939

Gabriela **Rodríguez Huerta**

Jorge **Aguilera Suárez**

Declaración de intervención de México en el caso Sudáfrica c. Israel ante la Corte Internacional de Justicia e19638

José **Emiliano Márquez García**

In memoriam

In Memoriam. Profesor Hugo Llanos Mansilla LLM e19953

Sergio **Peña-Neira**

Reseñas

Fernández Sánchez, Pablo Antonio (coord.), La situación de Ucrania ante el derecho internacional. Perspectiva iberoamericana, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2023, 542 pp. e20200

José **Joel Peña Llanes**

Simpson, Gerry, The sentimental life of international law, Oxford, Oxford University Press, 2021, 240 pp. e18840

M. **Jimena Sáenz**

Sentencia del 31 de enero de 2024, Aplicación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa) e20131

Humberto **Cantú Rivera**

Opinión consultiva del 19 de julio de 2024, Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este . . . e20133

Humberto **Cantú Rivera**

La doctrina de las "manos limpias" (*clean hands*): entre consagraciones fallidas y escenarios de *desjudicialización* en el orden jurídico internacional

The doctrine of "clean hands": between failed consecrations and scenarios of dejudicialization in the international legal order

La doctrine des "mains propres" (clean hands): entre consécrations ratées et scénarios de déjudiciarisation dans l'ordre juridique international

Harold **Bertot Triana**[1]

https://orcid.org/0000-0003-0737-4710
Universidad Internacional de la Empresa. España
Correo electrónico: harold.bertot@universidadunie.com

Recepción: 1o. de agosto de 2024
Aceptación: 5 de marzo de 2025
Publicación: 27 de mayo de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401

Resumen: El artículo analiza la doctrina de las "manos limpias" en el derecho internacional y su impacto en el campo de las objeciones procesales. La ubicación de esta doctrina en las fuentes de derecho, y en especial como principio general del derecho del artículo 38 del Estatuto de la

[1] Profesor de Derecho Internacional Público. Universidad Internacional de la Empresa (UNIE). Director del Grado de Relaciones Internacionales (acreditado contratado doctor). Este trabajo se ha realizado como miembro del grupo de trabajo del proyecto "Vacíos normativos y desarrollo progresivo de la Agenda 2030 y del principio de sostenibilidad. Especial relevancia para España" (PID 2022-13833390B-100) y como parte de la estancia de investigación en el

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

CIJ, se discute en este trabajo. Es un aspecto relacionado con los contextos normativos y conceptuales de esta institución, y su relación con otros principios y máximas derivadas del principio de equidad y de buena fe. De modo enfático, se argumenta el impacto de la operatividad de esta doctrina en la estructuración e institucionalización de la sociedad internacional, cuando podría impedir la jurisdicción de un tribunal internacional o la admisibilidad de una reclamación internacional para resolver una disputa en las relaciones interestatales.
Palabras clave: doctrina de las "manos limpias"; principio de equidad y de buena fe; principio general del derecho; objeciones procesales; estructuración e institucionalización de la sociedad internacional.

Abstract: The article analyzes the clean hands doctrine in international law and its impact in the field of procedural objections. The location of this doctrine in the sources of law, and especially as a general principle of law in article 38 of the ICJ Statute, is discussed in this paper. It is an aspect related to the normative and conceptual contexts of this institution, and its relationship with other principles and maxims derived from the principle of equity and good faith. In an emphatic way, the impact of the operation of this doctrine on the structuring and institutionalization of international society is argued, when it could prevent the jurisdiction of an international court or the admissibility of an international claim to resolve a dispute in interstate relations.
Keywords: clean hands doctrine; principle of equity and good faith; general principle of law; procedural objections; structuring and institutionalization of international society.

Résumé: L'article analyse la doctrine des mains propres en droit international et son impact dans le domaine des objections procédurales. La place de cette doctrine dans les sources du droit, et en particulier en tant que principe général du droit dans l'article 38 du Statut de la CIJ, est discutée dans cet article. C'est un aspect lié aux contextes normatifs et conceptuels de cette institution et à sa relation avec d'autres principes et maximes dérivés du principe d'équité et de bonne foi. De manière emphatique, l'impact du fonctionnement de cette doctrine sur la structuration et l'institutionnalisation de la société internationale est argumenté, lorsqu'elle pourrait empêcher la compétence d'une juridiction internationale ou la recevabilité d'une réclamation internationale pour résoudre un différend dans les relations interétatiques.
Mots-clés: doctrine des mains propres; principe d'équité et de bonne foi; principe général du droit; objections procédurales; structuration et institutionnalisation de la société internationale.

Sumario: I. *Introducción*. II. *El lugar de la "doctrina de las manos limpias" en el derecho internacional*. III. *Una doctrina de muchas "manos limpias": sus múltiples expresiones en la jurisprudencia internacional*. IV. *¿Cuestión de admisibilidad o de fondo en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia? La aplicación de la "doctrina de las manos limpias" y la institucionalización del orden jurídico internacional*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

Centre de Droit International de Nanterre (CEDIN) de la Université Paris Nanterre, Francia, en marzo y abril de 2024.

I. Introducción

"He who comes into equity must come with clean hands", es un *principio de equidad* que está en la base de la teoría o doctrina de "manos limpias".[2] Otros principios o máximas derivadas de este principio —de equidad o de buena fe— se asumen relacionados estrechamente o como expresión de esta doctrina: *nullus commodum capere de sua injuria propria* ("no se puede permitir que nadie se aproveche de su propio mal") y *ex delicto non oritur actio* ("un acto ilegal no puede servir de base para una acción").[3] Esto tiene especial consideración en el derecho internacional, en particular, en dos ámbitos fundamentales donde más se ha invocado, debatido y aplicado: la admisibilidad de las reclamaciones sobre *protección diplomática*, y en las *objeciones procesales* para impedir la defensa o admisibilidad de una demanda en un tribunal internacional.

En el primero de los casos, la aplicación de la doctrina de "manos limpias" ha tenido siempre una amplia discusión.[4] Una base jurisprudencial para defender su existencia se buscó en una práctica que se remonta al siglo XIX.[5] En este tipo de casos, la admisibilidad de las demandas por los árbitros internacionales tenía causa en una violación de derecho internacional por el individuo, sin la existencia de comportamientos ilícitos del Estado demandado.[6] Pero cuan-

[2] Esta máxima se ha reconocido en la doctrina y en numerosos arbitrajes internacionales. En *Opinion of the Umpire* en *Frierdich and Company Case* de la Comisión Franco-venezolana, se reconoció que: "Here may be applied with a certain degree of propriety one of the most important maxims of equity, viz, «He who comes into equity must come with clean hands»". "Friedrich and Co. Case", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, United Nations, 31 de julio de 1905, p. 54.

[3] Véase, por ejemplo, sobre este particular, *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Preliminary Objections submitted by The United States of America, 1 de mayo de 2017, párr. 6.30 y ss.

[4] En la doctrina española, véase el reciente estudio de Petit-De-Gabriel, Eulalia-W., "«Clean Hands Revisited». El eterno retorno de una doctrina discutible", *Anuario español de derecho internacional*, vol. 39, 2023, pp. 341-405.

[5] Véase Crawford, James, "Second report on State responsibility", *Special Rapporteur*, Document A/CN.4/498 and Add. 1-4, 17 de marzo, 1 y de 30 abril, 19 de julio de 1999, párr. 334, p. 83; Salmon, Jean, "Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales", *Annuaire français du droit international*, vol. 10, 1964, pp. 225-266.

[6] Véase, de modo especial a Salmon, quien en efecto se refirió a que: "Il apparaît en tout cas que ces espèces se caractérisent toutes par le fait que la violation du droit international par la victime fut la cause unique du dommage dont elle se plaignait, que la relation de cause à effet

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

do existían conductas ilícitas por el Estado demandado, se concluía que no se inadmitió ninguna reclamación.[7] Esta realidad obedece a que la eventual invocación de "manos limpias" sólo puede operar en aquellos casos donde se *internacionaliza* la cuestión; es decir, cuando existe una violación de derecho internacional por el Estado demandado con respecto a la persona, y cuando la conducta ilícita previa es imputable al Estado demandante de la protección. De modo que no cabe invocar "manos limpias" si el comportamiento ilícito previo es de la persona, pues deben ser actos ilícitos del Estado demandante con respecto al derecho internacional.[8] No obstante, se ha remarcado que no debe descartarse el comportamiento del individuo como aportación a esta violación del derecho internacional.[9]

En su momento, James Crawford, como relator especial sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se refirió a la dificultad de la doctrina de "manos limpias" para ser reconocida en los marcos de la protección diplomática.[10] John Dugard fue del criterio de no incluir una referencia a esta doctrina en el proyecto de artículos sobre protección diplo-

entre le dommage et la conduite de la victime était pure, sans intervention d'acte illicite de la part de l'Etat défendeur". Salmon, Jean, *op. cit.*, p. 259.

7 Crawford, James, "Second report on State responsibility", *cit.*, párr. 335, p. 90; Salmon, Jean, *op. cit.*, p. 259.

8 *Cfr*. Dugard, John, "Sixth report on diplomatic protection", Special Rapporteur, Document A/CN.4/546, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 2005, párr. 8, p. 4.

9 En este sentido sostuvo Alain Pellet en las discusiones de este tema en la CDI: "For example, in the *LaGrand case*, if the individual concerned had refused any form of communication with the United States judicial authorities, or had concealed his German nationality from them, the question would have arisen whether the requirement of clean hands would be grounds for inadmissibility of a claim to exercise diplomatic protection by Germany, not with respect to the murder committed by that individual, which was completely unrelated to the alleged internationally wrongful act, but with respect to the refusal to communicate with the judicial authorities or the concealment of his German nationality, since the individual would, through his unclean hands, have put himself in a position in which he was not entitled to the protection afforded by the 1963 Vienna Convention". "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005, p. 100, párr. 24.

10 Sostuvo J. Crawford: "Even within the context of diplomatic protection, the authority supporting the existence of a doctrine of «clean hands», whether as a ground of admissibility or otherwise, is, in Salmon's words, «fairly long-standing and divided». It deals largely with individuals involved in slave-trading and breach of neutrality, and in particular a series of decisions of the United States-Great Britain Mixed Commission set up under a Convention of 8 February

mática del que era relator especial.[11] Esta posición fue apoyada por el resto de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI),[12] incluso por aquellos que habían mantenido una posición distinta.[13] Escaso material jurisprudencial, doctrina movida entre la indiferencia o su rechazo,[14] fueron los factores principales para considerar su no consagración en materia de protección diplomática. Con razón, en su momento un miembro de la CDI en las discusiones sobre esta figura consideró que su posible inclusión estaría en los marcos del *desarrollo progresivo*, antes que como "codificación del derecho internacional" por la CDI.[15]

El segundo aspecto, las objeciones procesales, es el que concentra las siguientes líneas de este trabajo. Existen grandes interrogantes sobre su viabilidad en derecho internacional, que se manifiestan tanto en las relaciones interestatales como en otros ámbitos jurisdiccionales internacionales. Pronunciamientos recientes de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) toman partido sobre su reconocimiento —o no— en contenciosos ante su jurisdicción. En un primer momento, se analizará en este trabajo las dificultades

1853 for the settlement of shipowners' compensation claims". Crawford, James, "Second report on State responsibility", *cit.*, p. 83.

[11] Dugard, John, "Sixth report on diplomatic protection", *cit.*, párr. 18, p. 6; "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *cit.*, párr. 19, p. 99.

[12] Véase "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005, pp. 99 y ss.

[13] Véase, en este sentido, la posición mantenida por el Alain Pellet: "Having read the Special Rapporteur's sixth report, he was ready to concede that he had been wrong in thinking that clean hands might constitute a requirement for the exercise of diplomatic protection". *Idem*.

[14] Aunque reconoce que se discute como causa de admisibilidad, Diez de Velasco, estuvo de acuerdo en sostener que "[…] en tout cas, elle peut avoir incidence sur le fond du droit —le particulier ne doit pas avoir agi irrégulièrement suivant les dispositions du droit interne de l'Etat ou du droit international (doctrine des *clean hands*)". Diez de Velasco, Manuel, "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1974, vol. 141, p. 103. En el sentido de negar su existencia en el derecho internacional, véase a: Remiro Brotons, R. *et al.*, *Derecho internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 476; Díaz Barrado, Cástor Miguel, "La protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales", *Anuario de Derecho de Diplomático y Consular*, núm. 1, 2016, p. 177; Visscher, Paul De, "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 136, 1972, pp. 176 y 177.

[15] Así lo consideró Pellet. Véase "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005, párr. 26, p. 100.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de esta "doctrina" en el derecho internacional, para encontrar su colocación como un principio general del derecho del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Este aspecto está conectado con el hecho de ser una institución difusa y relacionada con máximas y principios con las que tiende a confundirse. Enseguida, se exponen las diferentes expresiones que ha tenido esta doctrina o teoría en la jurisprudencia internacional. Por último, se analiza su impacto en cuestiones de admisibilidad, o bien, para rechazar reclamaciones en etapas de fondo en contenciosos interestatales ante la CIJ. Este análisis concluye con una reflexión sobre el impacto que tendría su viabilidad en la estructuración e "institucionalización de la sociedad internacional", tomando como base el "principio de solución pacíficas de controversias" y la extensión de los ámbitos jurisdiccionales internacionales.

II. El lugar de la "doctrina de las manos limpias" en el derecho internacional

La "teoría" o "doctrina" de las "manos limpias", de difícil encuadre en los términos exactos de una doctrina o teoría —como se deducirá en lo adelante—, es en extremo ambigua, de difusos contornos en su definición.[16] Como ya se ha hecho mención, se constituye por una amalgama de principios y máximas latinas con base en el principio de la buena fe y la equidad. Está marcada en su contenido por la generalidad y la abstracción, lo que permite su invocación en una amplia variedad de situaciones. P. Reuter reconoció en *Barcelona Traction* que con esta denominación de "manos limpias" se encontraba "une substance assez riche, mais un peu hétérogène et désordonnée".[17] No

[16] Este hecho se ha resaltado en *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*: "No generally accepted definition of the clean hands doctrine has been elaborated in international law". *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, Award of the Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2004-04, 17 September, 2007, párr. 418. I. Brownlie expresó en las discusiones de la CDI en materia de protección diplomática: "The key question turned on the precise definition of the clean hands doctrine because in reality the same term covered several different legal positions, which did not make the task any easier". "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005, p. 108.

[17] En este punto, señaló: "On rassemble sous une image évocatrice mais inutilement désobligeante, des éléments complexes un peu confus et peut-être disparates; la théorie des *clean hands*

faltó razón tampoco en su momento, cuando se sostuvo que no constituía una *institución jurídica autónoma*,[18] y es evidente que, en su estado actual, el derecho internacional no permite sostener lo contrario.

La doctrina o teoría de las "manos limpias" tiene una indudable impronta del sistema jurídico del *common law*.[19] Esta pretendida incorporación de instituciones o doctrinas del derecho inglés al derecho internacional tiene el inconveniente de trasladar a este orden jurídico toda una gama de principios o máximas de equidad o de buena fe, con una notable carga de abstracción, que no pocos problemas generan para su aceptación o aplicación. Es de notar que estas máximas o principios se intentan presentar, a su vez, con cierta autonomía cada uno de ellos. Sin embargo, la amplitud conceptual de cada uno parece hacerlos indistinguibles y no se explica de modo unívoco en la doctrina: algunos supuestos se exponen como aplicación del principio de *ex*

reste à faire. On peut se demander d'ailleurs si on pourrait faire entrer dans un système unique tous les cas et toutes les hipothèses que la doctrine et la pratique rangent sous ce titre". *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, replique de M. Reuter, oral proceedings, (preliminary objections) (conclusion), 1962, pp. 680 y 681.

[18] En *Oil Plataforms*, Irán sostuvo en su contramemoria que "the concept of «clean hands», while reflecting and incorporating fundamental principles of law inspired by good faith, is not an autonomaus legal institution" y que era necesario "the operation of other institutions or legal rules for its implementation". *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, reply and defence to counter-claim submitted by the Islamic Republic of Iran, vol. 1, 10 March 1999, p. 176.

[19] "The principle of clean hands is known as part of equity in common law countries". *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August, 2013, párr. 477; *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016, párr. 493: "The common law doctrine of unclean hands barring claims based on illegal conduct has also found expression at the international level, although its status and exact contours are subject to debate and have been approached differently by international tribunals". H. Rolin consideró: "Sauf erreur de ma part, la doctrine des clean hands n'est connue en droit interne que dans les pays anglo-saxons: elle ne peut en tout cas être érigée comme faisant partie de ces principes généraux de droit communs à tous les Etats civilisés". Rolin, Plaidoirie de M., *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v, Spain)*, Volume II Oral Proceedings (Preliminary Objections), 1962, p. 336. Wortley, B. A., "The general principles of private international law from the English standpoint", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 71, 1947, p. 60.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

delicto non oritur actio, y en otros se colocan en los marcos del *nullus commodum capere de sua injuria propria*.[20] A su vez, se han identificado expresiones de esta doctrina en situaciones, como se verá más adelante, que impiden asumir la existencia de una institución delimitada conceptual y normativamente.

Esto resulta en extremo problemático cuando pretende encontrar acomodo en las fuentes de derecho de este ordenamiento jurídico. Con bastante frecuencia, los principios generales del artículo 38 del Estatuto de la CIJ son la cobertura para identificar en los distintos sistemas jurídicos del mundo, principios o máximas de equidad o de buena fe, ya sea porque coinciden en su enunciado general o expresan una idea similar en sus derivaciones. En las líneas que siguen, se intentará demostrar que esta "doctrina" no puede ser considerada como principio general del derecho, en una discusión que se ha abordado con mayor riqueza en el arbitraje de inversiones.

En los casos que han debatido con más extensión este tema, el tribunal ha concluido en su no reconocimiento como principio general de derecho. En *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, se exponía:

> The Tribunal is not persuaded that there exists a "general principle of law recognized by civilized nations" within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute that would bar an investor from making a claim before an arbitral tribunal under an investment treaty because it has so-called "unclean hands".[21]
>
> General principles of law require a certain level of recognition and consensus. However, on the basis of the cases cited by the Parties, the Tribunal has formed the view that there is a significant amount of controversy as to the "existence of an unclean hands" principle in international law.[22]

En *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, por su parte, el tribunal también rebatió la consideración de principio general del derecho del artículo 38 del Estatuto, ante esta alegación por parte de Bolivia.[23] Negó incluso que se hubiera aplicado en casos que la academia defendió

[20] Cheng, Bin, *General of principles law as applied by international courts and tribunals*, London Stevens and Sons Limited, 1953, pp.149-158; Fitzmaurice, Gerald, "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 92, 1957, pp. 117-119.

[21] *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-03/AA226, párr. 1358.

[22] *Ibidem*, párr. 1360.

[23] *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15,

como aplicación de esta doctrina.[24] En un sentido contrario, en *Littop Enterprises Limited*, y con expresa referencia a *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* —el cual había sostenido que "es indiscutible que una demandante con las 'manos sucias' carece de legitimación en un arbitraje en materia de inversiones"—[25] asume que la doctrina de las manos se reconocía como un *principle of general international law*, que para algún autor en realidad hacía referencia a un principio general del derecho del artículo 38 del Estatuto:[26]

Award, November 22, 2018, párr. 445. El tribunal sostuvo, en primer lugar, que "Bolivia did not submit sufficient evidence to establish that the clean hands doctrine enjoys the required recognition and consensus among the States to reach the status that Bolivia attributes to it". *Ibidem*, párr. 445. Con respecto al argumento de que "the clean hands doctrine is widely recognized in civil law and common law systems", a partir de decisiones de la Cámara de los Lores británica y la Corte de Casación francesa, y de referencias académicas sobre su existencia en Estados Unidos y Alemania, el tribunal sostuvo que "these are insufficient and not determinative regarding the alleged status of the clean hands doctrine as a general principle of international law under the terms of article 38(1)(c) of the ICJ Statute". *Ibidem*, párr. 446. En este sentido, tampoco apoyó que las opiniones de jueces del entonces Tribunal Permanente de Justicia y de la CIJ, "reflect the majority position of the respective courts in connection with the application of the clean hands doctrine". *Ibidem*, párr. 447.

[24] *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, *cit.*, párr. 448. La única posible excepción, el caso *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, también descartado: "The only exception would seem to be the Al-Warraq case where the tribunal majority considered that the clean hands doctrine made the claimant's claims inadmissible. However, in the dispositif of its decision, the tribunal referred expressly to Article 9 of the OIC Agreement as the basis to conclude that the claimant was not entitled to any damages in respect of the breaches of the fair and equitable treatment standard, and not that its claims were inadmissible due to the clean hands doctrine. Therefore, the Al-Warraq tribunal's decision also fails to prove the acceptance and application of the above-mentioned principle under international investments law". *Ibidem*, párr. 449. Los casos invocados fueron los siguientes: *Inceysa Vallisoletana S.L. v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2006; *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, October 4, 2006; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL Case, Award, December 15, 2014; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, December 10, 2014; *Gustav FW Hamester GmbH and Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010; *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April 15, 2009.

[25] *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, párr. 492.

[26] Dumberry, Patrick, "New developments in the interpretation and application of the clean

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> In several cases tribunals have made clear that a party cannot come to investment arbitration with unclean hands. This has now been recognised in cases where there has been some illegality underlying the contract or the rights which a party is seeking to enforce. The doctrine has been recognised as a principle of general international law by arbitral tribunals and a number of academic authorities.[27]

En sentido similar, se ha reconocido que ha tenido aplicación en este régimen del derecho internacional cuando se han desestimado demandas por falta de jurisdicción o por ser inadmisibles.[28] Esto ha sido en situaciones donde los tribunales han rechazado demandas precedidas por conductas injustas o ilegales o por comportamientos del inversionista de mala fe, de corrupción, de fraude o de engaño.[29] Por otro lado, ya hemos hecho mención que, en un reciente arbitraje, *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, el tribunal consideró que en varios de estos no se aplicaba en realidad

hands doctrine by investment tribunals", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, núm. 4, 2023, p. 508; *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Separate opinion of Judge Iwasawa, Judgment of 31 January 2024, párr. 5.

[27] *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v Ukraine*, SCC Case No V 2015/ 092, Final Award, 4 February 2021, párr. 439.

[28] Véase, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August, 2013, párr. 482. Véase, por ejemplo, en *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, al considerar que el demandante había incumplido las leyes y reglamento de Indonesia, y que tuvo un comportamiento perjudicial para el interés público (lo que constituía una violación del artículo 9o. de un *Acuerdo sobre Promoción, Protección y Garantía de Inversiones entre los Estados Miembros de la Organización de la Conferencia Islámica*), se apoyó en la doctrina de las "manos limpias" para impedir que prosiguiera en su demanda por trato justo y equitativo. *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL Case, Award, December 15, 2014, párrs. 647 y 648. En *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, por su parte, el tribunal sostuvo: "In conclusion, as regards public policy both under English law and Kenyan law (being materially identical) and on the specific facts of this case, the Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of *ex turpi causa non oritur actio*. These claims all sound or depend upon the Agreement of 27 April 1989 (as amended); and no other claim is pleaded, including any non-contractual proprietary or restitutionary claim". *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, October 4, 2006, párr. 179.

[29] *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*, *cit.*, párr. 349.

esta teoría o doctrina y que tampoco se consideraba principio general del derecho.[30]

Esta diferencia de criterios en el arbitraje de inversiones corre a la par de diferentes posiciones en la doctrina.[31] El debate muchas veces se plantea después de un examen de los distintos sistemas jurídicos para determinar si supera el *test* de su reconocimiento en los principales sistemas jurídicos del mundo. Y aunque es evidente que este es el camino lógico que indica el artículo 38 del Estatuto, para el cual no es necesario advertir una identidad de los conceptos de derecho interno en el derecho internacional,[32] en verdad el principal escollo para su consolidación como principio general del derecho

[30] *Ibidem*, párrs. 448 y 449.

[31] Véase, en general, sobre esta controversia en: Kolb, Robert, *Good faith in international law*, Oxford; Portland, Hart Publishing, 2017, pp. 190-193; Borchard, Edwin M., *The diplomatic protection of citizens abroad or the law international claims*, New York, The Banks Law Publishing, 1927, p. 713; Dumberry, Patrick, "The clean hands doctrine as a general principle of international law", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 21, 2020, pp. 489-527; Pomson, Ori, "The clean hands doctine in the Yukos Awards: a response to Patrick", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, núm. 4, 2017, pp. 712-734; Shapovalov, Aleksandr, "Should a requirement of clean hands be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection - human rights implications of the international law commission's debate", *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 4, 2005, pp. 829-866; Alba, Mariano de, "Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration", *Brazilian Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2015, pp. 322-338; Kaldunski, Marcin, "Principle of clean hands and protection of human rights in international investment arbitration", *Polish Review of International and European Law*, vol. 4, núm. 2, 2015, pp. 69-102; Liew, Dominic Jr., "Finding clarity amidst confusion: cleaning up the clean hands doctrine in international investment law", *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 32, núm. 2, 2020, pp. 643-683; Llamzon, Aloysius, "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation the State of the «Unclean Hands» doctrine in international investment law: Yukos as both omega and alpha", *ICSID Review*, vol. 30, núm. 2, 2015, pp. 315-325; Garcia Arias, L., "La doctrine des «clean hands» en droit international public", *Annuaire de l'Association des auditeurs et des anciens auditeurs de l'Académie de droit international*, vol. 30, 1960, pp. 14-22.

[32] La doctrina y la jurisprudencia convergen en este sentido. *Cfr*. Gaja, G., "General principles of law", *Max Planck Encyclopedias of International Law*. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1410; Crawford, James, *Brownlie's principles of public international law*, 9a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 32. Véase, en este sentido, lo considerado en *Argentine-Chile Frontier Case*, en el que se expone que "it is also clear that these terms are not to be understood in quite the same sense as they are in municipal law". "Argentine-Chile Frontier Case", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, 24 November, 1966, p. 164. Véase también en este sentido: "Separate Opinion by Sir Arnold McNair, International status of South-West Africa, Advisory Opinion", *I.C.J. Reports*, 1950, p. 148.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

es precisamente una jurisprudencia ambigua y no uniforme en el arbitraje de inversiones.

En otras jurisdicciones internacionales también se advierten diversas posiciones.[33] Ante la Comisión de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, aunque en varios casos no se aplicó, no se rechazó la posibilidad de su existencia,[34] y en algún caso se reconoció como establecido en el derecho internacional.[35] En arbitrajes interestatales también se analizó su aplicación, como fue en el asunto *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, de 17 de septiembre de 2007,[36] o en *Timor Sea Conciliation (Timor-Leste/Australia)*, de 19 de septiembre de 2016. Desde el punto de vista doctrinal, también se ha intentado argumentar en determinadas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre reparaciones para miembros de grupos armados en los marcos de esta doctrina, y en un sentido similar, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con respecto a limitar o excluir los daños morales en virtud del comportamiento de la víctima,[37] y también sobre la "conducta in-

[33] Véase, sobre este particular, "Certain Iranian Assets (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2019, párr. 177; *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, *cit.*, párr. 418. En la doctrina se ha resaltado: "It has often been invoked, rarely applied". Crawford, James, *Brownlie's principles of public international law* , *cit.*, p. 675.

[34] Véase, por ejemplo, en *Moussa Aryeh v. The Islamic Republic of Iran*, "[…] the Tribunal finds no evidence that would support the Respondent's contentions that the claim should be barred on the basis of the theories of clean hands, estoppel, misrepresentation, good faith or state responsibility". *Moussa Aryeh v. The Islamic Republic of Iran*, Award No. 583-266-3, 25 September 1997, p. 30. En *Rouhollah Karubian v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, la demanda invocó esta doctrina, junto a estoppel, buena fe, abuso de derechos, entre otros, pero la Comisión no se pronuncia sobre su existencia o no, sino que concluye que: "The Tribunal therefore rejects the Claimant's contention that the Respondent should be estopped from arguing that he illegally purchased real property in Iran as a dual national". *Rouhollah Karubian v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Award No. 569-419-2, 6 March 1996, párr. 153.

[35] Con referencia expresa a B. Cheng en su *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* de 1953, se reconoció en *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, que: "It is a well recognized principle in many municipal systems and in international law that no one should be allowed to reap advantages from their own wrong, *Nullus Commodum Capere De Sua Injuria Propria*". *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal, Case No. 7, (Award No. 141-7-2), 29 juin 1984, párr. 28.

[36] *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, *cit.*, párrs. 417-421.

[37] Shelton, Dinah, *Remedies in international human rights law*, 3a. ed., Oxford, Oxford Univer-

correcta del particular" en determinados asuntos para excluir la violación de disposiciones del Convenio.[38] En esta línea, también se ha hecho referencia expresa por algún miembro de la Corte Penal Internacional.[39]

Hasta hace poco tiempo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) evadió posicionarse expresamente al respecto. Sin sostener de forma tajante su rechazo, como sucedió con otras instituciones,[40] durante algún tiempo pareció conceder que formaba parte del derecho internacional.[41] De la forma en que

sity Press, 2015, pp. 247 y 248; Laplante, Lisa, "The law of remedies and the clean hands doctrine: exclusionary reparation policies in Peru's political transition", *American University International Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2009, pp. 51-90; Constantino Caycho, Renato Antonio, "Clean hands and a pure heart?: the application of the clean hands doctrine by the Inter-American Court of Human Rights", *Estudios de Derecho*, núm. 173, 2022, pp. 12-36. Algunos asuntos en los que se ha hecho referencia al término "clean hands", ya sea únicamente en opiniones individuales de sus jueces, puede verse: TEDH, Gran Sala: *Chapman c. The United Kingdom*, Separate Opinion of Judge Bonello, núm. 27238/95, 2001, párr. 5, p. 42; TEDH, Sala: *Van Der Tang c. Spain*, núm. 19382/92, Separate Opinion of Judge Morenilla, 1995, párr. 49, p. 12, y párr. 6, p. 20; TEDH, Sala: *Witek c. Poland*, núm. 13453/07, 2010, párr. 38; TEDH, Sala: *Khachatryan And Konovalova c. Russia*, núm. 28895/14, Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides, 2021; TEDH, Sala: *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, núm. 22603/02, 2007, párr. 34; TEDH, Sala: *Margari c. Greece*, núm. 36705/16, *Dissenting Opinion of Judge Serghides*, 2023; TEDH, Sala: *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, núm. 22603/02, 2007, párr. 37; TEDH, Gran Sala: *K.-H.W. c. Germany*, núm. 37201/97, Partly Dissenting Opinion of Judge Pellonpää, Joined By Judge Zupančič, 2001, p. 47; TEDH, Gran Sala: *Güzelyurtlu and Others c. Cyprus and Turkey*, núm. 36925/07, Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides, 2017.

[38] Véase, TEDH, Gran Sala: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, núm. 27765/09, 2012; TEDH, Gran Sala: *N.D. and N.T. v. Spain*, núms. 8675/15 y 8697/15, 2020.

[39] *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the Prosecution's motion for reconsideration of the decision excusing Mr Kenyatta from continuous presence at trial, ICC-01/09-02/11-863,* Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji, *26 November 2013*, párr. 51.

[40] Por ejemplo, sobre el "principio" de "legítimas expectativas" alegado por Bolivia en este caso, la CIJ sostuvo: "The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. It does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation". "Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2018, párr. 162.

[41] En su momento, John Dugard sostuvo que: "That brief survey of the jurisprudence of the ICJ showed that the argument of clean hands was frequently raised in inter-State claims involving direct injury to a State. In no case had the Court relied on or upheld that doctrine, but in no case had it stated or suggested that the argument was inapplicable in inter-State claims and

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

analizó y rechazó su aplicación, cabía al menos inferir que no la excluía de una posible aplicación como cuestión de admisibilidad. En esos predios, la CIJ se movía con absoluta discrecionalidad para rechazar su aplicación. Visto en perspectiva, resultaba curioso que la CIJ analizara en un caso concreto la aplicación de una doctrina que evitaba reconocer y definir en sus características generales.

En la opinión consultiva *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, por ejemplo, en la que Israel consideró la aplicación de la doctrina tanto en procedimientos contenciosos como consultivos, alegó que la CIJ debía rechazar emitir la opinión en cuestión porque Palestina no se presentaba con las "manos limpias" para solicitar reparación alguna debido a su responsabilidad en actos de violación contra la población de Israel. La CIJ no se pronunció sobre estos argumentos y sólo los consideró *impertinentes*,[42] en virtud de que la solicitud no había sido presentada por ningún Estado o entidad, sino por la Asamblea General de Naciones Unidas.[43] En *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, por su parte, la Corte concluyó que no era necesario, de acuerdo con las circunstancias del caso, analizar de forma general si la conducta de un demandante podía hacer inadmisible una demanda.[44] En igual sentido, en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, en su sentencia de 2019, rechazó la objeción preliminar de admisibilidad de Estados Unidos sobre la base de esta doctrina, reconociendo expresamente que lo hacía "(w)ithout having to take a position on the «clean

that it applied only to cases of diplomatic protection". "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *cit.*, p. 99. Una opinión en contra sostuvo Ian Brownlie, por ejemplo, para quien "the clean hands doctrine had not been 'frequently raised' by States; it had been raised only from time to time, very briefly, as a preliminary objection and always by the same States". *Ibidem*, p. 108.

[42] "The Court does not consider this argument to be pertinent". "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion", *I.C.J. Reports*, 2004, párr. 64.

[43] "As was emphasized earlier, it was the General Assembly which requested the advisory opinion, and the opinion is to be given to the General Assembly, and not to a specific State or entity". *Idem*.

[44] "In the circumstances of this case, there is no need for the Court to address the more general question whether there are situations in which the conduct of an applicant would be of such a character as to render its application inadmissible". "Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2017, párr.143.

hands» doctrine",[45] y en el que *reservaba su posición* "on the legal status of the concept itself in international law".[46]

En *Jadhav (India v. Pakistan)*, más allá de considerar su inaplicabilidad como causa de inadmisión ante un título de jurisdicción válido,[47] no aporta otros argumentos sobre su estatus jurídico en derecho internacional. Desde la sentencia de 2023 en el propio asunto *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, la CIJ enfatizó que *nunca ha reconocido* esta "doctrina" como parte del derecho internacional consuetudinario o como principio general del derecho,[48] pero no se molestó en profundizar en esta cuestión. Al referirse a ella de un modo confuso como "doctrina" (*doctrine*), de forma algo contradictoria no pareció rechazar de plano su posible aplicación; asumió evaluar si se cumplían determinadas "condiciones" para ser tomada en cuenta en la forma que había argumentado la parte demandada como defensa en cuanto al fondo del asunto.[49] En *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, insiste en su no reconocimiento por el tribunal como principio o como nor-

[45] "Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2019, párr. 122.

[46] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America*), Judgment, 30 March 2023, párr. 81.

[47] "Jadhav (India v. Pakistan)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2019, párr. 61.

[48] "The Court itself has never held that the doctrine in question was part of customary international law or constituted a general principle of law". *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, 30 March 2023, párr. 81; *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Judgment of 31 January 2024, párr. 37.

[49] "In its Judgment on preliminary objections in the present case, the Court noted that "the United States has not argued that Iran, through its alleged conduct, has violated the Treaty of Amity, upon which its Application is based". ("Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)", Preliminary Objections, Judgment, *cit.*, p. 44, párr. 122). "This observation is also relevant with regard to the «clean hands» doctrine relied on as a defence on the merits. In the view of the Court, there is, in any case, not a sufficient connection between the wrongful conduct imputed to Iran by the United States and the claims of Iran, which are based on the alleged violation of the «Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights»". *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, 30 March 2023, párr. 83.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ma de derecho consuetudinario.[50] Pero la verdad es que, aunque vuelva sobre su propia jurisprudencia para negar este estatus jurídico, evita encarar este tema con la misma profundidad que encontramos en arbitrajes de inversión.

La prudencia y el recelo en su aplicación por los tribunales tiene causa, en muchos casos, en rechazar implícitamente que principios o máximas tan genéricas, como que "no se puede permitir que nadie se aproveche de su propio mal", o que "un hecho antijurídico no puede servir de base a una acción judicial", se pretendan con tal fuerza y capacidad para impedir que un tribunal internacional conozca del fondo de un asunto, consentida su jurisdicción por las vías previstas. De ahí que su invocación en algunos casos, y en circunstancias particulares, se haya acusado de tratar en realidad "cuestiones políticas antes que asuntos de derecho o de jurisdicción".[51]

Su no reconocimiento expreso como principio, así como posiciones bastantes confusas, marcan la indefinición de su estatus en derecho internacional. Este aspecto deviene vital, como se comprenderá, porque en realidad no son pocas las veces en que se acude a las decisiones judiciales o arbitrales para identificar el reconocimiento de principios generales del derecho.[52] A ello, se une la *dispersión* y *no homogeneidad* de su contenido, que se suma a las dificultades para su no aceptación como teoría o doctrina de *lex data* en el derecho internacional.

[50] *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Judgment of 31 January 2024, párr. 37.

[51] Mr. Brownlie se refirió en la audiencia oral en el asunto *Legality of Use of Force*, ante la búsqueda por Bélgica de la admisibilidad de la demanda yugoslava con la doctrina de las "manos limpias" y el principio de buena fe, en los siguientes términos: "This type of argument does not address issues of law or jurisdiction but is in fact addressed purely to political prejudice". *Public sitting held on Wednesday 21 April 2004, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Shi presiding, in the case concerning the Legality of Use of Force*, Verbatim Record, 2024, p. 45.

[52] Como se ha reconocido por el Relator Especial en la CDI sobre los principios generales del derecho, Marcelo Vázquez-Bermúdez: "A menudo se recurre a decisiones judiciales para determinar la existencia (o no) de principios generales del derecho, en particular los derivados de sistemas jurídicos nacionales, así como su contenido". Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre los principios generales del derecho, Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial*, A/CN.4/741, 9 de abril de 2020, párr. 178, p. 60.

III. Una doctrina de muchas "manos limpias": sus múltiples expresiones en la jurisprudencia internacional

De modo asiduo se invoca y se analiza esta "teoría de manos limpias" en los tribunales internacionales con referencia hacia máximas y principios, en una especie de *orden caotizado*. Es común intentar confirmar su reconocimiento jurisprudencial con apelación a decisiones judiciales y opiniones de miembros de tribunales internacionales. A su vez, estas contienen disímiles variantes en la aplicación de estos principios o máximas, en las que no siempre se reconoce su aplicación como "manos limpias". Esta realidad indica la imposibilidad de identificar una "única" doctrina de "manos limpias". Bajo esta denominación se presentan diversas fórmulas que no coinciden por completo en su contenido sustantivo.

Es dable destacar de inicio que, en más de una ocasión, su invocación suele asociarse con otras instituciones como abuso de derechos o abuso del proceso.[53] La CIJ, en el asunto *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sobre la correcta relación entre esta doctrina y el abuso de derecho —Estados Unidos llegó a entenderla como *subparte del principio de abuso de proceso*—,[54] consideró que podía existir algún vínculo entre ambas instituciones, pero que eran distintas en cuanto a su alcance y a los actos que servían de base para su invocación.[55] En *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, la CIJ había sostenido las consecuencias diferentes entre el abuso de derecho y el abuso del proceso, más allá de advertir un

[53] Véase, por ejemplo, en *Legality of Use of Force*, el Reino de Bélgica sostendría de un modo algo confuso: "The principle of *abus de droit*, or the equitable doctrine of «clean hands», has long been acknowledged in both Judgments and the Separate and Dissenting Opinions of Judges of both the Permanent Court and International and has been widely held by publicists to constitute a general principle of law". *Case Concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Preliminary Objections of the Kingdom of Belgium, 5 July 2000, párr. 479. Este hecho motivó que Mr. Brownlie, como "Counsel and Advocate" de Yugoslavia, al referirse en las audiencias orales, expresara que "(t)he Belgian Preliminary Objections seek to find a legal basis for the arguments in the doctrine of clean hands and also on the basis of good faith as a general principle of law", y puntualice que "(i)n the first place, the applicant State is charged with abuse of process". *Public sitting held on Wednesday 21 April 2004, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Shi presiding, in the case concerning the Legality of Use of Force*, *cit.*, párrs. 70 y 71, p. 45.

[54] Véase, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, *cit.*, párr. 105.

[55] *Ibidem*, párr. 106.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

concepto básico de abuso para ambos.[56] Pero por la vía del abuso del derecho o abuso del proceso poco recorrido tiene la doctrina de las "manos limpias" como cuestión de inadmisibilidad en la jurisprudencia de la CIJ. En el primero de los casos, la Corte ha reconocido su dificultad para ser aplicado como cuestión de admisibilidad.[57] En el segundo, ha considerado que ante un título válido de jurisdicción sólo de forma excepcional podría rechazarse una reclamación debido al abuso de proceso.[58]

De este hecho, se refuerza la idea de una difícil homogeneización de esta doctrina que explica algunas clasificaciones defendidas por autores.[59] La bús-

[56] "Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2018, párr. 146.

[57] "On several occasions before the Permanent Court of International Justice, abuse of rights was pleaded and rejected at the merits phase for want of sufficient proof". *Ibidem*, párr. 147. "Germany undoubtedly retained until the actual transfer of sovereignty the right to dispose of her property, and only a misuse of this right could endow an act of alienation with the character of a breach of the Treaty; such misuse cannot be presumed, and it rests with the party who states that there has been such misuse to prove his statement". *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Merits, Judgment No. 7, P.C.I.J., Series A, No. 7, 1926, p. 30; "an abuse cannot be presumed by the Court". *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, PCIJ Series A. No 24, December 6th, 1930, p. 167.

[58] *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *op. cit.*, párr. 150; *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *op. cit.*, párr. 113. "As regards the point of abuse of the process of the Court raised in that argument, the Court does not consider that the Hellenic Government did anything improper in instituting proceedings against the United Kingdom on April gth, 1951, in conformity with the relevant provisions of the Statute and Rules of Court". "Ambatielos case (merits: obligation to arbitrate)", Judgment of May 19th, 1953, *I.C.J. Reports*, 1953, p. 23. En *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, la CIJ expuso en este sentido: "Australia's fifth objection is that «Nauru has failed to act consistently and in good faith in relation to rehabilitation» and that therefore «the Court in exercise of its discretion, and in order to uphold judicial propriety should […] decline to hear the Nauruan claims»". "Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)", Preliminaty Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1992, párr. 37. Con respecto a esta cuestión, la CIJ expuso: "The Court considers that the Application by Nauru has been properly submitted in the framework of the remedies open to it. At the present stage, the Court is not called upon to weigh the possible consequences of the conduct of Nauru with respect to the merits of the case. It need merely note that such conduct does not amount to an abuse of process. Australia's objection on this point must also be rejected". *Ibidem*, párr. 38.

[59] Véase, por ejemplo, Pomson, Ori, *op. cit.*, pp. 712-734. Se refirió a una clasificación que identificaba variantes de "manos limpias" referidas a *obligaciones recíprocas*, aquellas en las que está presente "relaciones de causalidad, o aquella conducta ilícita relacionada con el objeto del caso".

queda por fundamentar su operatividad, en realidad es una referencia a un contenido disperso, a un conjunto de principios y máximas que intentan aplicarse a situaciones diversas.[60] En este trabajo, se opta por tratar de identificar las diversas formas en que se ha alegado o defendido en contenciosos internacionales. En este sentido, se podría resumir su invocación, aunque no agota toda su realidad; en situaciones de ilegalidad, de las que se intenta derivar un derecho, y de modo específico, a casos en que buscan desjudicializar un comportamiento ilícito por tratarse de una reacción ante incumplimientos de normas de *jus cogens* o de carácter consuetudinarias generales; como *exceptio inadimplenti non est adimplendum*; en los marcos de obligaciones recíprocas no sólo convencionales; así como en otras situaciones que conciernen a la fase de deliberación judicial, o con referencia a presuntas actuaciones de mala fe del Estado demandante. A continuación, se analizará brevemente cada una de estas expresiones.

[60] Para el juez Schwebel, por ejemplo, esta doctrina *encuentra apoyo directo* ("finds direct support") ("Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)", Merits, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1986, párr. 270), en *Mavrommatis Palestine Concessions* cuando se consideró que: "M. Mavrommatis was bound to perform the acts which he actually did perform in order to preserve his contracts from lapsing as they would otherwise have done". *The Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C. I.J., Series A, No. 5, s. f., p. 50. También se encuentra la opinión separada del juez Ajibola en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, al referirse a que "an applicant who 'wants equity must do equity' implying that that applicant 'must come with clean hands'". Pero esta cuestión se circunscribía a que "[…] if an applicant wants the court to exercise its equitable discretion on a matter, he must first satisfy the court that the earlier order issued by the court has been complied with, othenvise the court may refuse to make any further order". "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Ajibola, Order of 13 September 1993, *I.C.J. Reports*, 1993, p. 395. Se ha defendido también como una expresión del principio *nullus commodum capere de sua injuria propria*, y que soporta también para algunos la doctrina de "manos limpias", la opinión consultiva *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, cuando el tribunal consideró que Polonia "could not avail herself of an objection which […] would amount to relying upon the non-fulfilment of an obligation imposed upon her by an international engagement". *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, *Advisory Opinion*, PCIJ Series B. No 15, s. f., pp. 26 y 27. Véase, al respecto: Cheng, Bin, *op. cit.*, p. 149, y la posición de Estados Unidos en *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America),* Counter-Memorial and Counter-Claim, Submitted by the United States of America, 23 june 1997, p. 157, nota. 348.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

1. *En situaciones de ilegalidad de las que se intenta derivar un derecho*

Las "manos limpias" tienen expresiones concretas en principios o máximas conectados con la privación de derechos. Desde una perspectiva general, aplicable a cualquier situación, se alude a que "un acto ilegal no puede servir como base de una acción en derecho". En la doctrina y en la posición de varios Estados se apela indistintamente a las expresiones *ex delicto non oritur actio*, *ex turpi causa non oritur actio* o *ex injuria non oritur jus*. A su vez, se entienden como *manifestaciones* del principio *nullus commodum capere de sua injuria propria* ("no se puede permitir que nadie se aproveche de su propio mal"),[61] la que tiene a su vez diversas expresiones.[62] Varias decisiones arbitrales en el siglo XIX se refieren de una forma u otra a la improcedencia de buscar reparaciones cuando se trata de un "derecho" nacido de un comportamiento ilícito previo.[63] En su momento, Hersh Lauterpacht se refirió a que se trataba de

[61] Cheng, Bin, *op. cit.*, p. 155.

[62] Véase, Kolb, Robert, "La maxime «*nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*» (*Nul ne peut profiter de son propre tort*) en droit international public", *Revue belge de droit international*, núm. 1, 2000, pp. 84-136.

[63] Véase, por ejemplo, los asuntos *The Good Return* y *The Medea* (comisionado Hassaurek). Se trataba de unos hechos que involucraban capturas de barcos españoles por un capitán norteamericano llamado Clark, y que fueron autorizadas por la República de la Banda Oriental (posteriormente Uruguay), entonces en guerra contra España y Portugal. Apresado por la República de Venezuela alguno de estos barcos capturados por Clark, esta República en 1819 se unificó con Nueva Granada y conformaron la República de Colombia, la cual se desintegró en 1830 en varios Estados: Nueva Granada, Venezuela y Ecuador. Distintas comisiones arbitrales se conformaron entre estos Estados y los Estados Unidos, pero vale resaltar la conformada por la convención entre Estados Unidos y Ecuador de 25 de noviembre de 1862. Al considerar que Clark había violado leyes norteamericanas y estipulaciones de tratados entre España y Estados Unidos, en actos que caracterizó como *piratería*, el comisionado razonó, *inter alia*: "What right, under these circumstances, has Captain Clark, or his representatives, to call upon the United States to enforce his claim on the Colombian republics? Can he be allowed, as far as the United States are concerned, to profit by his own wrong? *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facit* […] A party who asks for redress must present himself with clean hands". "Cases of the Good Return and the Medea, opinion of the Commissioner, Mr. Hassaurek, of 8 August 1865", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIX, United Nations, 1865, p. 107. Cheng, Bin, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1987, pp.155 y 156; Moore, John Bassett, *History and digest of the international arbitrations to which the united states has bee party*, vol. III, Washington, Government Printing Office, 1898, p. 2739. Este criterio sería recordado en otro asunto de la Comisión Americana-venezolana, "Jarvis Case, 1903-1905", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, United Nations, p. 213. En igual

un principio reconocido por todas las "naciones civilizadas", y que constituía "one of the fundamental maxims of jurisprudence".[64]

Una temprana aplicación de este principio se encuentra en el Tribunal Permanente de Justicia, en el asunto *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*. Las trasformaciones en las condiciones económicas de una transferencia unilateral de una línea de aduana por Francia, no conforme a derecho, no podía ser aducido contra Suiza, a juicio del tribunal.[65] Dionisio Anzilotti, en su opinión disidente en el asunto *Legal Status of Eastern Greenland*, al considerar que Noruega buscaba del tribunal una declaración sobre la legalidad y validez de una ocupación, expuso que debía rechazarse esa pretensión en virtud de que "an unlawful act cannot serve as the basis of an action at law".[66]

Una expresión concreta de estas formulaciones generales, bastante citada e invocada en contenciosos internacionales, se encuentra en Gerald Fitzmaurice. Con base en los mencionados principios de equidad trasplantados del derecho inglés como "he who seeks equity must do equity", así como que "he who comes to equity for relief must come with clean hands", sostuvo:

> […] a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality—in short were provoked by it.[67]

Expuesta de esta forma, se presenta como un aspecto procesal en el marco del ejercicio de las contramedidas. El propio Fitzmaurice la aborda en un subcapítulo de su curso *The General Principles of International Law considered from the standpoint of the Rule of Law*, titulado "The Place of Reprisals". No aparece como una represalia o contramedida en sí misma, sino como una consecuencia de índole procesal a tomar en cuenta ante este tipo de situaciones. En su operatividad, se separa lo que serían para entonces "represalias legítimas" (*le-*

sentido en el caso *Montijo*, en virtud del convenio entre Estados Unidos y Colombia de 17 de agosto de 1874, donde se estableció claramente que "No one can be allowed to take advantage of his own wrong". Moore, John Bassett, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been party*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898, p. 1437.

64 Lauterpacht, Hersch, *Recognition in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, p. 420.

65 *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, *cit.*, p. 16.

66 "Opinion Dissidente de M. Anzilotti, Legal Status of Eastern Greenland", PCIJ Series A/B., No 53, Judgment, 5 April 1933, p. 95.

67 Fitzmaurice, Gerald, *op. cit.*, p. 119 (énfasis añadido).

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

gitimate reprisals), que excluía la ilicitud de la represalia, y aquellos actos que no dejaban de ser ilícitos. Para estos últimos, consideraba que debían cumplirse algunos requisitos (conexidad entre las acciones ilícitas y proporcionalidad) para que pudiera invocarse la pérdida del *locus standi in judicio* del Estado comisor de la ilicitud previa. No obstante, en opinión de Fitzmaurice, existían conductas ilícitas de los Estados que no podrían ser justificadas ni podían impedir el derecho de acudir a los tribunales del Estado lesionado, aun cuando éste hubiera cometido una ilicitud previa: aquellas que en su criterio eran "malas en sí misma" (*malum in se*), tales como "violaciones de los derechos humanos" o violaciones de normas con carácter de *jus cogens*, entre otras más específicas.[68]

Esta variante es la que está presente en la opinión disidente, tantas veces citada en la jurisprudencia y en la doctrina, del juez Schwebel, en el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* de la CIJ, donde Nicaragua inició un proceso contra Estados Unidos por su responsabilidad en las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Para el juez estadounidense, Nicaragua se presentaba en este contencioso con "las manos odiosamente sucias" ("*Nicaragua's hands are odiously unclean*"), porque había sido "the aggressor, indirectly responsible —but ultimately responsible— for large numbers of deaths and widespread destruction in El Salvador apparently much exceeding that which Nicaragua has sustained".[69] En su criterio:

> Its conduct [Nicaragua] accordingly should have been reason enough for the Court to hold that Nicaragua had deprived itself of the necessary *locus standi* to complain of corresponding illegalities on the part of the United States, especially because, if these were illegalities, they were consequential on or were embarked upon in order to counter Nicaragua's own illegality - "in short were provoked by it".[70]

En un grupo de casos ante la CIJ, se puede advertir esta modalidad: es la que invocó Estados Unidos en el asunto *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, cuyas acciones contra las plataformas iraníes en el Golfo Pérsico se justifican por el uso de la fuerza ilícito previo por Irán;[71] en

[68] *Ibidem*, pp. 119 y 120.

[69] "Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)", *cit.*, párr. 269.

[70] *Ibidem*, párr. 272.

[71] Véase "Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2003, párrs. 29 y 30.

los marcos de la solicitud de medidas provisionales por Yugoslavia en *Legality of Use of Force*, por las posiciones de Estados Unidos,[72] Canadá,[73] Holanda,[74] Reino Unido,[75] y Portugal,[76] con respecto a graves violaciones de derechos

[72] Estados Unidos alegó que "the Applicant does not come to the Court with clean hands", en tanto "(h)aving committed a campaign of extensive ethnic cleansing and other atrocities in Kosovo, the Applicant has now come to the Court asking for protection against the consequences of those unlawful acts". Véase M. John R. Crook, de Estados Unidos en *Public sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 4.30 p.m., at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America) Request for the indication of provisional measures*, Verbatim Record, 1999, párr. 3.17.

[73] El agente canadiense expresó "that it would be an inappropriate use of the power under Article 41 to lend aid and comfort to an applicant that comes to the Court, in such a matter as this, without clean hands. It would be a tragically misguided use of the power to lend credence to the unsubstantiated humanitarian accusations of a party whose own humanitarian abuses are at the root of the present dispute. It would turn reality on its head". *Public Sitting held on Monday 10 May 1999, at 4.15 p.m., ut the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Canada) Request for the indication of provisional measures*, Verbatim Record, 1999, p. 7.

[74] El agente de Holanda sostuvo: "What we see today is that the Court is faced by a request for the indication of provisional measures by a State which comes to the Court with extremely dirty hands and asks the Court to impose provisional measures on members of the international community who oppose the criminal policy of the Federal Republic of Yugoslavia in Kosovo and try to protect the basic human rights of the Kosovo population". *Public sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 11.55 am, at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Netherlands) Request for the indication of provisional measures*, Verbatim Record, 1999, párr. 44, p. 15.

[75] Por Reino Unido, Mr. John Morris sostuvo que "the Court may readily reach the conclusion that what the Federal Republic of Yugoslavia wants to achieve is to use the Court's processes to secure for itself a free hand to complete its planned carnpaign of «ethnic cleansing»". Seguidamente expuso: "In my own legal system a remedy like «provisional measures» would lie at the discretion of the Court. In considering whether or not to exercise that discretion, the Court would weigh up all the equities. In weighing up all the equities, the Court would pay particular attention as to whether the party seeking its assistance came with clean hands. The Court would not, however, allow its process to be used as an engine to assist turpitude. I can see no reason why exactly the same principles should not be applied by this honourable Court. They are deeply rooted in the essential nature of the judicial function. They should be regarded as «general principles of law» within the meaning of Article 38 of the Statute". *Public sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 3 p.m., at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, preding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United Kingdom) Request for the indication of provisional measures*, Verbatim Record, 1999, párr. 24, pp. 15 y 16.

[76] El agente de Portugal sostuvo: "The facts that are at the origin of the request for provi-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

humanos por parte de las autoridades yugoslavas; en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, cuando Estados Unidos buscó inadmitir la demanda iraní con base en comportamientos ilícitos de este Estado, consistentes en violaciones de resoluciones del Consejo de Seguridad referidas a programas nucleares, en actividades de apoyo al terrorismo, tráfico de armas, etcétera;[77] así como las causas que alegó Rusia contra Ucrania en el fondo del asunto en *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, a la que acusaba de incumplir el "Paquete de Medidas para la Implementación de los Acuerdos de Minsk de 2015", realizar bombardeados en áreas residenciales y la utilización de armas indiscriminadas contra civiles en el este de Ucrania, entre otros, con relación al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo,[78] así como ausencia de protección de grupos étnicos en Crimea por parte de Ucrania antes de 2014, y violencia, discursos de odio, vandalización, desempleo, ausencia de vivienda adecuadas y restricción del uso del idioma y cultura rusos contra grupos étnicos fuera de Crimea con referencia a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia).[79]

Se debe destacar que el *Proyecto de Responsabilidad de la CDI*, después de un examen por su relator, no incluyó esta doctrina entre las circunstancias de exclusión de la ilicitud, como ya hemos hecho referencia.[80] Sobre este pasaje citado de Fitzmaurice, el relator James Crawford fundamentó esta exclusión

sional measures have been caused by the illicit conduct of the Federal Republic of Yugoslavia, according to international law common standards. Bearing in mind the «clean hands» criterion, the request of the Federal Republic of Yugoslavia is not legitimate". *Public Sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 12.20 p.m., at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Portugal) Request for the indication of provisional measures*, Verbatim Record, 1999, párr. 3.1.4, p. 11.

[77] *Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objections submitted by The United States of America*, *cit.*, párrs. 634-638.

[78] *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Judgment of 31 January 2024, párr. 34.

[79] *Ibidem*, párr. 153.

[80] El Relator especial en sus comentarios expresó: "The so-called «clean hands» doctrine has been invoked principally in the context of the admissibility of claims before international courts and tribunals, though rarely applied. It also does not need to be included here. "Draft articles on

al explicar que se trataba de "procedural questions as *locus standi*", o referido a "the admissibility of claim", además de apuntar que "it is significant that […] it is not suggested that the illegal conduct of an injured State (still less its lack of «clean hands») is a distinct circumstance precluding the wrongfulness of the conduct which caused injury to that State".[81]

En verdad, cualquier referencia a este acto de privación como contramedida no encuentra asidero doctrinal ni jurisprudencial, y desconocería la operatividad y los rasgos de la propia institución. Esta no sería una reacción en contramedida de un Estado frente a otro Estado por un ilícito previo. Buscar la privación del *locus standi in juicio* implica instar ante un tribunal internacional, que sería el que determinaría si procede o no tal privación, ya sea como una cuestión de jurisdicción o de admisibilidad. Este elemento, que introduce un componente jerárquico a decidir en la relación entre dos Estados, desplaza las propias características en que actúan y se justifican las contramedidas entre Estados en sus relaciones horizontales.

2. *La "doctrina de manos limpias" como* exceptio inadimplenti non est adimplendum

Del principio *nullus commodum capere de sua injuria propria* ("no se puede permitir que nadie se aproveche de su propio mal"), que deriva de otros principios o máximas de equidad y de buena fe, también se comprende la existencia de figuras aplicadas a casos específicos que se han defendido en los marcos de la "doctrina" de "manos limpias". Aunque en realidad se ha tratado de distinguir de las "manos limpias",[82] en no pocas ocasiones se suma como apoyo de la existencia de esta doctrina en derecho internacional. Este es el caso de la institución *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. En el marco de que nadie puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, aborda el cumplimiento de una obligación sinalagmática condicionada al cumplimiento de esta obligación por la otra parte de forma continuada.[83]

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *Yearbook of the International Law* Commission, vol. II, Part Two, 2001, p. 72.

[81] Crawford, James, "Second report on State responsibility", *cit.*, párr. 335, p. 83.

[82] Véase "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *cit*.

[83] Sobre este principio ver: Xiouri, Maria, "The exceptio non adimpleti contractus in public international law", *International Community Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2019, pp. 56-92; Fon-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En esta institución se ha identificado un concepto restringido, caracterizado por "un vínculo causal entre el incumplimiento de la obligación por el Estado A y su incumplimiento por el Estado B",[84] y un concepto amplio, que "tiene que ver con las obligaciones sinalagmáticas o interdependientes, cada una de las cuales se considera en realidad contraparte de la otra".[85] Del mismo modo, se plantea la existencia de una concepción distinta a las anteriores, sostenida en *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, cuando la ilicitud de los comportamientos se manifiesta de forma independiente, es decir, sin que una violación previa sea la causa que impida el cumplimiento de una obligación posterior.[86]

Entre los ejemplos de un concepto restringido se encuentra el famoso asunto *Chorzów Factory*, de 1927, ante el Tribunal Permanente de Justicia. En esa oportunidad, el tribunal consideró que

> […] a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts", es que "one Party cannot avail himself of the fact that the other has not filled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open, to him.[87]

Otro ejemplo se muestra en procedimientos consultivos. En una opinión de 30 de marzo de 1950, la CIJ había declarado que Bulgaria, Hungría y Rumania estaban obligados a nombrar representantes en una comisión arbitral conforme a disposiciones sobre solución de controversias establecidas en los tratados de paz de 1947. La posición de las partes no varío desde esta opinión, y la CIJ fue solicitada una vez más para considerar la posibilidad del Secretario General de nombrar a un tercer miembro de la Comisión (esta-

tanelli, Filippo, "The invocation of the exception of non-preformance: a case-study on the role and application of general principles of international law of contractual origin", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 119-136; Crawford, James y Olleson, Simon, "The exception of non-performance: links between the law of treaties and the law of State responsibility", *Australian Year Book of International Law*, núm. 21, 2000, pp. 55-74.

84 Crawford, James, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, Relator Especial, Documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, s. f., párr. 328, p. 89.

85 *Idem*.

86 *Idem*.

87 *Chorzów Factory (Jurisdiction)*, PCIJ Rep Series A no 9, 1927, p. 31.

ba facultado por el mismo tratado para nombrar un tercer miembro a falta de acuerdo entre las partes), aun en caso de que una de las partes no hiciera lo mismo. La CIJ rechazó esta posibilidad porque, en tal situación, la Comisión estaría compuesta por dos miembros, y no por tres, como se establecía en el tratado. Se ha considerado que en este punto el tribunal se negó a aplicar el principio *exceptio inadimplenti non est adimplendum* desde una concepción amplia con base en el *principio de reciprocidad*, al considerar que "The breach of a treaty obligation cannot be remedied by creating a Commission which is not the kind of Commission contemplated by the Treaties".[88]

Una concepción amplia de esta institución, identificada en algunos casos como ejemplo de aplicación de "manos limpias", se encuentra en casos como *Diversion of Water from the Meuse*. Holanda consideró que era ilícito, en virtud de un tratado de 1863, que Bélgica tomara agua de un exclusa perteneciente a su sector. Holanda había realizado acciones similares previamente. Al abordar la admisibilidad de una pretensión alternativa presentada por Bélgica, que invocó la pérdida del derecho de Holanda a basarse en este tratado de 1863 contra ella por sus acciones previas, el Tribunal Permanente consideró: "[…] the Court finds it difficult to admit that the Netherlands are now warranted in complaining of the construction and operation of a lock of which they themselves set an example in the past".[89]

[88] "Interpretation of Peace Treaties (second phase)", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1950, p. 229. Véase, sobre esto a Crawford, James, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, *cit.*, p. 87, párr. 322; "Fourth report by Sir Gerald Fitzmaurice, Special Rapporteur", Document A/CN.41120, *Yearbook of The International Law Commission*, Vol. II, 1959, p. 70 y 71, párr. 102 y 105. Sin embargo, en este mismo caso el juez Read disintió de la opinión del tribunal, bajo la idea de que un Estado incumplidor no podía objetar la competencia de un tribunal. En las circunstancias del caso, si esta objeción fuera ante la Comisión arbitral, ésta podía, conforme a lo considerado en *Chorzów Factory* y en el derecho internacional vigente, "refuse to let such a govemment profit from its own wrong", del mismo modo que la Corte Internacional de Justicia debía "to apply existing legal principles and recognize that it was estopped from alleging its own treaty violation in support of its own contention". "Dissenting Opinion of Judge Read, Interpretation of Peace Treaties (second phase)", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports, 1950*, p. 244.

[89] *Diversion of Water from the Meuse*, PCIJ Series A/B. núm. 70, s. f., p. 25; *Cfr*. "Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)", *cit.*, párr. 240. Este asunto contó con la opinión del juez Hudson, considerada posteriormente por Schewel como una "variation of the «clean hands» doctrine" y donde "(t)hat principle was developed at length". "Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of Ame-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por su parte, y haciendo alusión a una variante con elementos distintos, se encuentra el asunto *Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* de 1997. La CIJ consideró, con expresa referencia a *Chorzów Factory*, que Hungría estaba privada del derecho de dar por terminado el Tratado de Budapest, de 16 de septiembre de 1977, concerniente a la construcción y operación del sistema de presa Gabčíkovo-Nagymaros. Checoslovaquia había desviado de forma unilateral las aguas del Danubio para poner en marcha su "variante C"; pero Hungría previamente había suspendido desde 1989, sin justificación, parte del proyecto.[90] Aunque se ha expuesto como un ejemplo de aplicación de *exceptio inadimplenti non est adimplendum*, se ha considerado que la relación de causalidad entre las violaciones presentes en los hechos no se expresó en los términos exactos de *Chorzów Factory,* sino de forma independiente.[91]

rica)", *cit.*, párr. 269. Con referencia al *principio de equidad* en general, y sus expresiones en el derecho inglés como "Equality is equity" o "He who seeks equity must do equity" o en la *exceptio non adimpleti contractus* del derecho romano, consideró: "It would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing nonperformance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party". *Diversion of Water from the Meuse*, Individual Opinion by Mr. Hudson, PCIJ Series A/B., No. 70, s. f., p. 77. El propio juez Hudson fue consciente de la cautela a tener en la aplicación amplia del principio de equidad como «principio general», en los términos de que debe tener "a very sparing application". *Ibidem*, p. 77. En este propio asunto el juez D. Anzilotti se pronunció también en esta dirección: "[…] I am convinced that the principle underlying this submission (*inadimplenti non est adimplendum*) is so just, so equitable, so universally recognized, that it must be applied in international relations also. In any case, it is one of these 'general principles of law recognized by civilized nations' which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute". *Diversion of Water from the Meuse*, Dissenting Opinion of M. Anzilotti, PCIJ Series A/B., No. 70, s. f., p. 50.

[90] "Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 1997, párr. 110.

[91] Crawford, James, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, *cit.*, párr. 319, p. 86. En este caso, la CIJ consideró: "The Court, however, cannot disregard the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook that factual situation —or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise— when deciding on the legal requirements for the future conduct of the Parties".

"This does not mean that facts —in this case facts which flow from wrongful conduct— determine the law. The principle *ex injuria jus non oritur* is sustained by the Court's finding that the legal relationship created by the 1977 Treaty is preserved and cannot in this case be treated as

En cualquier caso, es un principio controvertido que se ha debatido entre el derecho de tratados y la responsabilidad del Estado, aunque no fue incluido ni en la Convención de Viena sobre Derechos de Tratados ni en el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad.[92] No escapa tampoco a ser analizado en si sólo puede circunscribirse al ámbito de las obligaciones convencionales,[93] o si se trata de una norma de derecho consuetudinario o un "principio general del derecho".[94] En las propuestas y discusiones sobre "responsabilidad internacional del Estados" en la CDI, la *exceptio inadimplenti non est adimplendum* y la doctrina de "manos limpias" fueron tratadas de forma diferente. Su exclusión obedeció a que se trataba de "una característica específica de ciertas obligaciones mutuas o sinalagmáticas"[95] y no "una circunstancia que excluye la ilicitud", mientras que las "manos limpias" se defendían en su invocación principalmente en el marco de la "admisibilidad de demandas ante tribunales internacionales".[96]

Esta diferenciación, no obstante, resultaba un poco artificiosa, o por lo menos desatendía la realidad de *género* y *especie* existente entre ellas en determinadas situaciones. Si bien la figura de la *exceptio inadimplenti non est adimplendum* se constriñe al ámbito de *ciertas obligaciones mutuas o sinalagmáticas*, y la doctrina de las "manos limpias busca el fundamento para inadmitir una demanda en un amplio espectro relativo a la responsabilidad internacional (como la protección diplomática, violaciones de normas de *ius cogens*, etcétera), ello no descarta que la búsqueda de este fundamento para inadmitir puede descansar en razones defendidas como *exceptio inadimplenti non est adimplendum*. Es a este supuesto al que seguidamente se hace referencia.

voided by unlawful conduct". "Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", *cit.*, párr. 133.

92 "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *cit.*, p. 72.

93 Se ha expresado que este principio de *exceptio* no sólo se aplica a las obligaciones convencionales: "no hay motivo para pensar que la *exceptio*, como se formula en el fallo *Usine de Chorzów*, no sea aplicable a todas las obligaciones internacionales, independientemente de su origen". Crawford, James, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, *cit.*, párr. 327, p. 89.

94 Véase, sobre esto: Xiouri, Maria, *op. cit.*, pp. 56-92; Fontanelli, Filippo, *op. cit.*, pp. 119-136.

95 "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *cit.*, p. 72.

96 *Idem*.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

3. *Violación continuada de una obligación recíproca: base para una reclamación fundada en las "manos limpias"*

Algunos requisitos o condiciones, que imprimen rasgos de "variante" a la aplicación de esta doctrina de "manos limpias", se avanzaron en el arbitraje *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)* de 17 de septiembre de 2007. Sobre la base de anteriores decisiones judiciales u opiniones de jueces que comúnmente se citan como soporte de esta teoría,[97] en esta se caracterizaron algunos requisitos de esta doctrina para el caso en que se entendiera establecida en el derecho internacional ("*to the extent that such a doctrine may exist in international law*"). En primer lugar, se expone la necesaria "continuidad del incumplimiento de la obligación" al momento de la invocación de la doctrina ("*is the continuing nature of the non-performance of an obligation*").[98] Como segunda cuestión, la obligación violada debe ser una "obligación recíproca" entre ambos Estados sobre la que se funda la demanda.[99] En este sentido no vale alegar la violación de una obligación distinta de la que sirve de base al contencioso. Al rechazar las objeciones de Surinam para inadmitir las pretensiones de Guyana sobre la base de esta "teoría" de las "manos limpias", se consideró:

> Guyana's Third Submission claims that Suriname violated its obligation not to resort to the use or threat of force, while Suriname bases its clean hands argument on Guyana's alleged violation of a different obligation relating to its authorisation of drilling activities in disputed waters. Therefore, there is no question of Guyana itself violating a reciprocal obligation on which it then seeks to rely.[100]

Esta última posición también parece que se sostiene por la CIJ en el ámbito convencional, ya sea cuando el tratado no constituye el instrumento que fundamenta la jurisdicción del tribunal, o no se aplica al fondo del asunto. En

[97] Véase, por ejemplo: *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, *cit.*, párrs. 417-421.

[98] *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, *cit.*, párr. 420. Como característica, el tribunal entiende que está expresada en *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, en *United States Diplomatic*, en *Consular Staff in Tehran case*, y en *Water from the Meuse case*. De este modo sostuvo que "Guyana had not authorised any drilling activities subsequent to the CGX incident and was as a result not in violation of the Convention as alleged at the time it made its Third Submission to the Tribunal". *Ibidem*, párr. 421.

[99] *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, *cit.*, párr. 421.

[100] *Ibidem*, párr. 421.

Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), al analizar la aplicación de la doctrina de "manos limpias", se sostuvo de inicio que: "[…] the Court notes that Somalia is neither relying on the MOU (Memorandum of Understanding) as an instrument conferring jurisdiction on the Court nor as a source of substantive law governing the merits of this case".[101] Esto también se encuentra en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, cuando apunta que "(t)he Court begins by noting that the United States has not argued that Iran, through its alleged conduct, has violated the Treaty of Amity, upon which its Application is based".[102]

En un sentido similar se expresó la comisión de conciliación en *Timor Sea Conciliation (Timor-Leste/Australia)* al analizar las objeciones a la admisibilidad del procedimiento planteadas por Australia. La solución de la controversia se planteaba en torno a la Convención del Derecho del Mar, pero Australia en forma de "objeción subsidiaria" ("*subsidiary objection*") argumentó que Timor-Leste se beneficiaría de un incumplimiento de otro tratado entre ellos —Tratado sobre Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor— si la Comisión procedía a la conciliación. La Comisión entendió que valorar en el marco de la doctrina de "manos limpias" la violación de un tratado distinto al que servía de base para la solución de la controversia, consistía en "a variation of the clean hands doctrine" como se había expuesto en *Diversion of Water from the Meuse*.[103] Como expresó la Comisión, era una situación en que "Australia asks the Commission to find a breach of another instrument […] in the overall legal relationship between the Parties and to give that breach decisive effect with respect to the Commission's competence under the Convention".[104] En este sentido, la Comisión rechazó aplicar esta doctrina, *inter alia*, al considerar que

> The alleged breach of CMATS [*Tratado sobre Ciertos Arreglos Marítimos en el Mar de Timor*] is not an established fact, and the clean hand doctrine does not extend so far as to make the possible breach of some other agreement, such as CMATS, a bar to dispute resolution proceedings. The effect of these proceedings on CMATS, like

101 "Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)", *cit.*, párr. 142.

102 *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *op. cit.*, párr. 122.

103 "Timor Sea Conciliation (Timor-Leste/Australia)", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXXIV, United Nations, 19 September 2016, párr. 90.

104 *Idem*.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

the question of the validity of CMATS, is a matter for the Parties to consider in another forum.[105]

4. *Otras expresiones de la doctrina de "manos limpias"*

En algunos casos se ha invocado el principio de buena fe para sustentar la existencia de esta doctrina de "manos limpias". Esto implica que la identidad entre este principio y el principio de buena fe es la confusión entre la premisa general y una de sus derivadas. Aunque se reconoce que se fundamenta en este principio —y por tanto no debería coincidir en su aspecto sustantivo—, en no pocas ocasiones se hace converger ambos en su contenido, y ello conlleva que se identifiquen en sus efectos. Esto quiere decir que lo general asume la identidad de lo particular, sin apenas consecuencias generales o particulares a distinguir. En este punto, con apoyo en las posiciones sostenidas por Gerald Fitzmaurice y Schwebel, el juez Van Den Wyngaert, en el asunto *Arrest Warrant of 11 April 2000*, relacionó la aplicación directa de esta doctrina para no admitir la demanda, con lo que entendía era una actuación de mala fe del Congo con respecto a Bélgica. En su criterio:

> In blaming Belgium for investigating and prosecuting allegations of international crimes that it was obliged to investigate and prosecute itself, the Congo acts in bad faith. It pretends to be offended and morally injured by Belgium by suggesting that Belgium's exercise of "excessive universal jurisdiction".[106]

Pretender asignar efectos particulares a la doctrina de "manos limpias" desde el propio principio de buena fe tiene varios inconvenientes. El principal es que la CIJ ha considerado en más de una ocasión que el principio de buena fe no constituye, en sí mismo, una fuente de obligaciones. En *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, se expresó con claridad en este sentido: "The principle of good faith is, as the Court has observed, «one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations» (*Nuclear Tests, I.C.J. Reports 1974*, p. 268, para. 46; p. 473, para. 49); *it is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist*" (énfasis añadido).[107]

[105] *Ibidem*, párr. 92.

[106] "Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2002, p.160.

[107] "Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)", Jurisdiction and Ad-

Es por esta causa que se ha defendido, con razón, que este principio por sí mismo no puede servir tampoco de condicionamiento para considerar la admisibilidad de una demanda.[108]

En igual sentido, la doctrina de "manos limpias" ha tenido implicaciones en fases de deliberación judicial cuando determinados hechos pueden afectar o incidir en el correcto ejercicio de la función judicial. Es frecuente también, en apoyo a la existencia de la doctrina de "manos limpias" en derecho internacional, aludir a la opinión disidente de los jueces Morozov y Tarazi en el asunto *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*.[109] Esta última referencia demuestra la amplitud de opiniones jurídicas que intentan fundamentar esta "doctrina", aun y cuando se manifiesten de diversas formas. No era una situación en la que se debatía una violación previa de una obligación recíproca entre ambos Estados para impedir su admisibilidad (es decir, no se presenta de inicio el Estado con las "manos sucias"), sino que se trataba de hechos sobrevenidos durante el proceso que podían tener alguna incidencia en el correcto ejercicio de la función judicial.

Al tomar en cuenta que Estados Unidos había emprendido acciones contra Irán con un saldo de cuantiosos daños, mientras se deliberaba la responsabilidad de este último y las posibles reparaciones, el juez Morozov consideró que "the Applicant has forfeited the legal right as well as the moral right to expect the Court to uphold any claim for reparation".[110] Este ejemplo se ha clasificado en la doctrina como una variante de "manos limpias" que se refiere a una "unlawful conduct relating to the subject-matter of the case".[111] En este mismo asunto, la opinión del juez Tarazi, al considerar que las acciones de Estados Unidos, constituían "an encroachment on the functions of the Court",[112] determinó que en tales situaciones Irán sólo podría asumirse responsable si "the Government of the United States of America, by reason of

missibility, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1988, párr. 94.

108 *Cfr. Case Concerning Certain Phosphate Lands In. Nauru 1 (Nauru v. Australia)*, Preliminary Objections of Australia, Written Statement of Nauru, s. f., párrs. 408 y 409.

109 Véase, por ejemplo, *Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname)*, *cit.*, párr. 418.

110 "Dissenting Opinion of Judge Morozov, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment", *I.C.J. Reports*, 1980, p. 53.

111 Pomson, Ori, *op.cit.*, p. 723.

112 "Dissenting Opinion of Judge Tarazi, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", Judgment, *I.C.J. Reports*, 1980, p. 64.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

its conduct both before and after the institution of proceedings, has equally incurred responsibility".[113]

En este mismo sentido, se puede ubicar la opinión disidente del entonces vicepresidente Weeramantry en *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, iniciado con la demanda de Yugoslavia contra Bélgica por violaciones a la prohibición del uso de la fuerza. Bélgica alegó que Yugoslavia no se presentaba con las "manos limpias", porque sus acciones habían constituido violaciones graves a los derechos humanos, que continuaban durante el proceso ante la CIJ. En este contexto, donde el juez vicepresidente Weeramantry consideró esta doctrina como "a principle of equity and judicial procedure, well recognized in all legal systems", expresó:

> It is not for the Court to pronounce at this stage upon the merits of the allegations on either side. It is patently clear however that it is a precondition to the granting of any relief to the Applicant that if the Applicant is engaged on a course of violence relevant to the subject-matter of the Application, that violence should immediately cease.[114]

IV. ¿Cuestión de *admisibilidad* o de fondo en el contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia? La aplicación de la "doctrina de las manos limpias" y la *institucionalización* del orden jurídico internacional

En el marco de los contenciosos interestatales, como también se suscita en otros regímenes,[115] no existe consenso sobre la aplicación de esta doctrina en el supuesto que se acepte como institución del derecho internacional. En alguna opinión, en la doctrina se negaba su aplicación como cuestión de admi-

[113] *Ibidem*, p. 65.

[114] "Dissenting Opinion of Vice-President Weeramantry, Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)", Provisional Measures, Order of 2 June 1999, *I.C.J. Reports*, 1999, p. 184.

[115] Una muestra de esta misma controversia en el arbitraje inversor-Estado puede verse en *Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia*: "However, even accepting that the objection is serious and substantial, *quod non*, it is conceivable that the alleged illegalities would be part of the defense of the Respondent against breaches of the BIT. Thus, it seems that this objection cannot be addressed without touching on the merits of this dispute". *Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2016-39, Procedural Order No. 2: Decision on Bifurcation, s. f., párr. 47.

sibilidad, para considerar su posibilidad como materia del fondo,[116] mientras que otros apelaron a la duda en la práctica sobre la fase del proceso a la que en realidad corresponde su aplicación.[117] Se asumió también, en algún sector influyente de los internacionalistas, que no era posible determinar una línea definida sobre los hechos que pueden ser analizados de forma preliminar o como cuestiones de fondo cuando se trata de esta doctrina.[118]

En la jurisprudencia de la CIJ, esta realidad controvertida y escurridiza se constató en varios asuntos. Sobre la posibilidad de ser reconocida como causa de inadmisibilidad, el cerco se fue cerrando paulatinamente en su jurisprudencia. En varios asuntos se sostuvo que el incumplimiento de una obligación convencional previa por una de las partes, y relacionada con el objeto de la disputa, no servía como base para inadmitir una demanda en la jurisprudencia de la CIJ.[119] En *Jadhav (India v. Pakistan)* se despejó cualquier duda sobre esta

[116] En las discusiones de la CDI sobre protección diplomática, el francés Alain Pellet, consideró: "The clean hands doctrine, which was derived directly from the principle of good faith, therefore applied not to the admissibility of international claims but to their merits, exactly as in cases of diplomatic protection". "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005, p. 101.

[117] Para I. Brownlie: "It was often hard to determine on what account States were invoking the doctrine in a particular case. In some cases, it would certainly be part of the merits, if evidence eventually supported the alleged facts. It would then be of significance to discover whether the courts had ever joined the issue of clean hands to the merits, on the grounds that it was not exclusively a preliminary objection. In other cases, the doctrine was invoked by way of prejudice and presented as a form of international public policy. Each case therefore called for contextual analysis and careful characterization". *Ibidem*, párr. 9, pp. 108 y 109.

[118] Se ha insistido en la doctrina en este sentido: "There may be a residue of instances in which questions of inadmissibility and «substantive» issues are difficult to distinguish. This is the case with the so-called «clean hands» doctrine, according to which a claimant's involvement in activity unlawful under either municipal or international law may bar the claim". Crawford, James, *Brownlie's principles of public international law*, *cit.*, p. 675.

[119] En el asunto *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* se expresaba en términos de que: "Even if it were shown, therefore, that Mexico's practice as regards the application of Article 36 was not beyond reproach, this would not constitute a ground of objection to the admissibility of Mexico's claim". "Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2004, párr. 47. En el caso *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, consideró "that an applicant may have breached a treaty at issue in the case does not *per se* affect the admissibility of its application". "Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)", *cit.*, párr. 142. En igual sentido en *Certain Ira-*

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

posibilidad, cuando sostuvo que "the Court does not consider that an objection based on the «clean hands» doctrine may by itself render an application based on a valid title of jurisdiction inadmisible".[120]

Esta misma lógica operó en cuanto a la posibilidad de apreciarse como defensa sobre el fondo del asunto. En *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, en su contramemoria, Estados Unidos buscó desestimar la demanda de Irán sobre la base de alegar un comportamiento ilícito previo —uso de la fuerza ilícito por Irán— que había derivado en las acciones tomadas por Estados Unidos contra las plataformas iraníes en el Golfo Pérsico. Su alegación no se había presentado como una excepción preliminar —ya había una sentencia previa de la CIJ de 12 de diciembre de 1996 sobre esta materia— ni como una cuestión de admisibilidad. De esta forma, al considerar que, con su invocación, Estados Unidos no pretendía impedir a la Corte examinar el fondo de la reclamación iraní, sino tan sólo controvertir las propias actuaciones iraníes para "excluirles de cualquier derecho a la reparación", la CIJ consideró que una solución de este tipo sólo podía alcanzarse al analizar directamente los reclamos de ambas partes:

> The Court notes that in order to make that finding it would have to examine Iranian and United States actions in the Persian Gulf during the relevant period —which it has also to do in order to rule on the Iranian claim and the United States counter-claim.[121]

Por su parte, en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, los hechos alegados por Estados como base de su objeción sobre admisibilidad por la doctrina de "manos limpias" fueron relegados a defenderse al abordar el fondo del asunto. El caso se inició por demanda de Irán contra Estados Unidos por las violaciones del Tratado de Amistad, Relaciones

nian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America) consideró que "even if it were shown that the Applicant's conduct was not beyond reproach, this would not be sufficient per se to uphold the objection to admissibility raised by the Respondent on the basis of the 'clean hands' doctrine". *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *op. cit.*, párr. 122.

120 "Jadhav (India v. Pakistan)", Judgment, *cit.*, párr. 61; *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Judgment of 31 January 2024, párr. 38.

121 "Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)", *cit.*, párrs. 29 y 30.

Económicas y Derechos Consulares en vigor para ambos desde 1957, a consecuencia de actos legislativos y ejecutivos contra activos y entidades iraníes en los marcos de la declaración de Irán por Estados Unidos como "Estado patrocinador del terrorismo". Las propias razones sostenidas por Estados Unidos para actuar de esta forma contra Irán —apoyo al terrorismo, violaciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas con respecto sus programas nucleares y al tráfico de armas, entre otros— fueron los hechos que sirvieron de base para considerar inadmisible la demanda iraní a partir de la doctrina de las "manos limpias". A pesar de que Estados Unidos defendió que no era necesario realizar una revisión de los hechos en cuanto al fondo, como en *Oil Platforms,*[122] la CIJ recondujo la aplicación de esta doctrina a si Irán había violado —o no—, con su conducta, el Tratado de Amistad sobre el cual basaba su demanda, y relegó los hechos presentados por Estados a que pudieran debatirse en la fase de fondo. En tal sentido sostuvo:

> Such a conclusion is however without prejudice to the question whether the allegations made by the United States, concerning notably Iran's alleged sponsoring and support of international terrorism and its presumed actions in respect of nuclear non-proliferation and arms trafficking, could, eventually, provide a defence on the merits.[123]

Estados Unidos defendió en cuanto al fondo argumentos similares a los sostenidos para buscar la inadmisión de la demanda iraní. Pero después de recordar la *rareza* de su aplicación por los tribunales en los que se había invocado, y la ausencia de reconocimiento por la CIJ como norma de derecho consuetudinario o principio general del derecho, asume que "(a)s a defence on the merits, the Court has always treated the invocation of «unclean hands» with the utmost caution".[124] Pero era una "cautela" que, en verdad, reconocía la falta de convicción en tomar partido de una vez sobre su posible aplicación —o no—. Esta indeterminación implicaba no cerrar las puertas a su posible aplicación en esta etapa del procedimiento. Por eso, como ya se ha hecho re-

[122] *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Preliminary Objections submitted by The United States of America, *cit.*, párr. 634.

[123] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *op. cit.*, párr. 123.

[124] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment of 30 March 2023, párr. 81.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ferencia en otra ocasión, no rehúye valorar en el propio caso si se cumplían algunas condiciones para su aplicación.[125]

Será en *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)* de 2024 cuando la CIJ concluya en la imposibilidad de aplicar esta doctrina como defensa sobre el fondo del asunto para rechazar las reclamaciones. Rusia pidió desestimar la demanda ucraniana relativa a la violación de disposiciones del *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* y de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* porque, en su criterio Ucrania, se presentaba con las "manos sucias".[126] Rusia no especificó si la invocación de esta doctrina se presentaba como objeción a la admisibilidad o como defensa sobre el fondo, y la CIJ entendió que, por haberse invocado en la dúplica de marzo de 2023, se refería a una defensa sobre el fondo.[127] En este punto, sostuvo de forma rotunda, aunque sin argumentar su decisión:

> […] the Court considers that the "clean hands" doctrine cannot be applied in an inter-State dispute where the Court's jurisdiction is established and the application is admissible. Accordingly, the invocation of the "clean hands" doctrine as a defence on the merits by the Russian Federation must be rejected.[128]

La CIJ rechaza así la aplicación de esta doctrina como defensa sobre el fondo cuando se invoca para "desestimar" una reclamación y parece clausurar un capítulo, sin mucha enjundia, tras largos titubeos, escepticismos y luego de un rechazo expreso a tomar partido. Con esta posición, el tribunal blinda su jurisdicción ante cualquier interferencia que pueda obstaculizar el ejercicio de su competencia ante un título válido de jurisdicción debido al posible comportamiento del Estado demandante. En todo caso, la evaluación de la conducta previa del demandante debe constituir un elemento a tomar en

[125] *Ibidem*, párr. 83 y 84.

[126] *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Judgment of 31 January 2024, párr. 34 y 153.

[127] *Ibidem*, párr. 36

[128] *Ibidem*, párr. 38.

cuenta en el análisis del fondo del asunto, con posible incidencia, por ejemplo, en las formas y cuantía de las reparaciones que se ordenen.[129]

Pero, como muestran los últimos casos, resulta difícil entender por qué la CIJ es reticente a reconducir los hechos que sirvieron de base en la invocación de esta doctrina para ser examinados en su posible impacto en la determinación del alcance de las reparaciones. Aun cuando en *LaGrand* la trascendencia de la conducta del demandante, en la determinación de la cuantía y la forma de reparación se restringió a si se incluía una reclamación de indemnización; es criterio defendido que puede tener incidencia en otras formas de reparación.[130] Sin embargo es una perspectiva ausente, por ejemplo, en *Jadhav (India v. Pakistan)*,[131] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*,[132] y *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Esto se relaciona con un problema de mayor trascendencia, como se advierte en el último asunto citado, cuando la Corte no consideró *necesario* ni *apropiado* ordenar reparaciones pese a declarar la responsabilidad de Rusia por violaciones del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terroris-

[129] Artículo 39 del *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Criterios que abogaban por que en estos casos el tribunal analizara la conducta de ambos Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional, sin que tuviera consecuencias en impedir la admisibilidad de la demanda o reclamación, puede encontrarse en Sr. Sreenivasa Rao: "For example, a State that had engaged in a wrongful act prompting a disproportionate response might be entitled to lodge a complaint. Alternatively, a party adversely affected by wrongful conduct was entitled to complain even it was found that the party had itself contributed to such conduct through its own negligence. In that case, due account should be taken of its share of responsibility, although the latter would not automatically constitute grounds for denying the claim itself". "Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005, p. 108. En este punto también se puede ubicar "Dissenting Opinion of Judge Tarazi, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", *cit.*, pp. 64 y 65.

[130] "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *cit.*, p. 110.

[131] "Jadhav (India v. Pakistan)", Judgment, *cit.*, párr. 149.

[132] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment of 30 March 2023, párrs. 224 y ss.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.[133]

Esta tardía posición de la CIJ en cerrar filas ante la doctrina de las "manos limpias" es correcta en varios puntos. La privación a un Estado de controvertir una situación de hecho o de derecho, o que pueda un tribunal decidir en sus cuestiones sustantivas, aun cuando haya contribuido a un presunto escenario de ilicitud o pretenda obtener ventaja con su conducta, es defender escenarios de *desjudicialización* en el orden jurídico internacional. Esto tiene el inconveniente agravado de dejar sin efectos jurídicos, cuando sea el caso en cuestión de admisibilidad, la existencia de un fundamento de jurisdicción. En el contencioso interestatal, la operatividad de esta doctrina es tendente a erosionar uno de los avances más significativos del orden jurídico internacional, como es su institucionalización en torno a órganos judiciales o arbitrales para dar viabilidad al principio de solución pacíficas de controversias.

Es evidente que la exposición y defensa de esta doctrina en el contencioso interestatal contiene elementos de regresión institucional, viene lastrada de ciertos componentes de autotulela, incompatible con una tendencia hacia la institucionalización del orden jurídico internacional y de la resolución de sus disputas. Es una institución que marca elementos de desconcentración del orden jurídico, cuando precisamente se trata de evitar las desventajas de un sistema institucional carente de "autoridad" centralizada en la producción y aplicación del derecho.[134] En esta línea se presenta, no sin cierta razón, la posición de Irán en *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* ante la alegación por Estados Unidos de que no se presentaba con las "manos limpias", como ya hemos hecho referencia:

> The doctrine of clean hands has nothing to do with the admissibility of an application. And, when, as in this case, "immediate" injury has been caused to a State by the internationally wrongful act of another State, there can be no question of a court or

[133] *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Judgment of 31 January 2024, párrs. 339 y ss.

[134] Véase, las reflexiones en torno a este tema, dentro de la gran variedad doctrina, a Díaz Barrado, Cástor Miguel, *El derecho internacional del tiempo presente*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 168 y ss.; Henkin, Louis, "International law: politics, values and functions general course on public international law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 216, 1989, p. 21; Crawford, James, *Brownlie's principles of public international law*, *cit.*, p. 15.

> tribunal being prevented from considering the former's claim on the pretext that the claimant State itself has allegedly committed a breach of international law to the detriment of the latter. Accepting such a theory would serve to legitimise the right of all to take the law into their own hands, something which the possibility of judicial settlement is specifically intended to avoid, and would lead to the progressive degradation of international order.[135]

El progreso de derecho internacional en el siglo XX llevó a que el "principio de solución pacíficas de controversias" se elevara a la categoría de "principio estructural" del derecho internacional. Es uno de los factores más destacables de la "estructuración e institucionalización del orden jurídico internacional en la actualidad", y en particular, la institucionalidad del sistema de arreglo de controversias, aun cuando se produzca en los marcos de una profunda fragmentación de instancias judiciales. Este último aspecto puede ser controvertido para la unidad y coherencia del derecho internacional,[136] pero sin duda es un fenómeno positivo en los marcos de un orden jurídico internacional que descansa, para dirimir sus controversias ante jurisdicciones internacionales,[137] en el consentimiento de los Estados.

De este modo, en un orden jurídico internacional, donde el fundamento de jurisdicción internacional sigue abigarrado al consentimiento de los Estados, ¿sería coherente apelar a un principio de equidad que, cuando impugna una eventual resolución de controversias en instancias internacionales, puede contribuir en determinadas circunstancias a la inequidad del orden jurídico

[135] *Case Concerning Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Observations and Submissions on the U.S. Preliminary Objections submitted by The Islamic Republic of Iran, 1 September 2017, pp. 96 y 97, párr. 8.18.

[136] Véase, por ejemplo, Charney, Jonathan I., "Is international law threatened by multiple international tribunals?", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 271, 1998, pp. 101-382; Buergenthal, Thomas, "Proliferation of international courts and tribunals: is it good or bad?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, núm. 2, 2001, pp. 267-275.

[137] Aun con el reconocimiento en el derecho internacional vigente de un sistema descentralizado, en que los Estados pueden, por sí solos, buscar *reivindicar* sus derechos o *hacer que otro Estado cumpla con sus obligaciones* (artículo 49, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *cit*.), no se descarta la búsqueda de solución pacíficas por vías judiciales en aquellas acciones que el derecho internacional tolera como contramedida. Entre las condiciones para *recurrir* a las contramedidas que diseñó el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado*, se encontraba no proceder a ellas, o suspenderlas, en casos en que la disputa estuviera pendiente ante un tribunal internacional. *Ibidem*, artículo 52, 3 b).

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

y de la sociedad internacional? ¿Por qué evitar, sean cuales fueren los antecedentes de las partes involucradas, que se pueda dirimir el fondo de una controversia por un tribunal, y determinar las responsabilidades internacionales y las formas de reparaciones que correspondan? La CIJ ha dado una respuesta positiva con su rechazo a que esta doctrina pueda impedir judicializar reclamaciones hasta determinar responsabilidades internacionales, pero todavía está lejos de encontrar acomodo a los hechos que dan vida a la invocación de esta doctrina. Y no se trata de otra cosa que desarrollar una jurisprudencia en que se asuma con todas las consecuencias posibles la conducta previa del demandante como un factor a tomar en cuenta en el ámbito de las reparaciones.

V. Conclusiones

La doctrina de las "manos limpias" afronta una enorme desproporción entre su invocación por las partes en litigios internacional y su aplicación por los tribunales. Aunque se intenta presentar como una institución autónoma derivada del principio de equidad y de buena fe, cuando se busca aplicar a los hechos en concreto sus elementos o características no divergen de otras máximas o principios, e incluso suele confundirse con el propio principio de equidad o de buena fe. Esto llama la atención sobre que, para una correcta caracterización u autonomía conceptual, se requiere tener en cuenta un aspecto poco explicitado: tiene fundamento en los mencionados principios de equidad o buena fe, pero debe tener características propias para diferenciarlos de los propios principios y máximas en que toma base.

Estas particularidades han motivado un rechazo mayoritario para afirmarse como institución de derecho internacional. La jurisprudencia internacional es veleidosa, no ha tenido intención de encarar y de poner en perspectivas todas sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, no es posible sostener que no contempla la posibilidad de su aplicación, como ha realizado con otras instituciones. Es un escenario raro, donde resuma desconfianza, pero no se le descarta del todo. En el ámbito del arbitraje de inversiones es donde más se ha avanzado en esta discusión, pero no es posible consolidar una jurisprudencia uniforme en temas tales como su encuadre en las fuentes del derecho internacional del artículo 38 del Estatuto de la CIJ, y en específico, su identificación como principio general del derecho.

En la jurisprudencia de la CIJ parece haberse posicionado finalmente un criterio que rechaza su aplicación como causa de admisibilidad o para desestimar una reclamación en el fondo. Representa un gran avance, sin lugar a duda, aunque es una posición que no ha contado con la debida argumentación, algo que va siendo habitual en el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas.[138] Es una posición que contrasta con su aceptación en arbitrajes de inversiones. Y aunque no se dilucida un escenario uniforme en la jurisprudencia internacional en una perspectiva general, la reciente posición de la CIJ constituye un avance positivo que busca evitar las implicaciones que tiene esta doctrina en la *desjudicialización* de controversias y en la *destructuración* del orden jurídico internacional.

VI. Bibliografía

Alba, Mariano de, "Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration", *Brazilian Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, 2015, pp. 322-338.

"Ambatielos case (merits: obligation to arbitrate)", Judgment of May 19th, 1953, *I.C.J. Reports*, 1953.

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of

[138] En otros asuntos, la CIJ ha sido parca en argumentar sus posiciones. Por ejemplo, cuando negó la existencia en el derecho internacional general de un principio que dé lugar a una obligación sobre la base de lo que podría considerarse una expectativa legítima (*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, *cit.*, párr. 162); o cuando advierte un derecho internacional consuetudinario en la limitación al derecho de un Estado a extender su plataforma continental dentro de las 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base de otro Estado ("Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2023, párr. 79). Una regla que, a juicio del juez Tomka, la Corte se *inventó* ("The Judgment is not based on the application of international law but on a rule that the Court simply «invented». The Judgment does not provide any serious analysis of State practice nor the required opinio juris. It limits itself to a simple assertion of «customary rule»". *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Tomka, *I.C.J. Reports*, 2023, párr. 3.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Judgment of 31 January 2024.

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Separate opinion of Judge Iwasawa, Judgment of 31 January 2024.

"Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Ajibola, Order of 13 September 1993, *I.C.J. Reports*, 1993.

"Argentine-Chile Frontier Case", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, 24 November, 1966.

"Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2004.

Borchard, Edwin M., *The diplomatic protection of citizens abroad or the law international claims*, New York, The Banks Law Publishing, 1927.

"Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)", Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1988.

Buergenthal, Thomas, "Proliferation of international courts and tribunals: is it good or bad?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, núm. 2, 2001, pp. 267-275.

Case Concerning Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Observations and Submissions on the U.S. Preliminary Objections submitted by The Islamic Republic of Iran, 1 September 2017.

Case Concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Preliminary Objections of the Kingdom of Belgium, 5 July 2000.

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), reply and defence to counter-claim submitted by the Islamic Republic of Iran, vol. 1, 10 March 1999.

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Counter-Memorial and Counter-Claim, Submitted by the United States of America, 23 june 1997.

Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (New Application: 1962) (Belgium v, Spain), replique de M. Reuter, oral proceedings, (preliminary objections) (conclusion), 1962.

Case Concerning Certain Phosphate Lands In. Nauru 1 (Nauru v. Australia), Preliminary Objections of Australia, Written Statement of Nauru, s. f.

"Cases of the Good Return and the Medea, opinion of the Commissioner, Mr. Hassaurek, of 8 August 1865", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIX, United Nations, 1865.

"Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2019.

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, 30 March 2023.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment No. 7, P.C.I.J., Series A, No. 7, 1926.

"Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)", Preliminaty Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1992.

Charney, Jonathan I., "Is international law threatened by multiple international tribunals?", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 271, 1998, pp. 101-382.

Cheng, Bin, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1987.

Cheng, Bin, *General of principles law as applied by international courts and tribunals*, London Stevens and Sons Limited, 1953.

Chorzów Factory (Jurisdiction), PCIJ Rep Series A no 9, 1927.

Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre los principios generales del derecho, Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial*, A/CN.4/741, 9 de abril de 2020.

Crawford, James, "Second report on State responsibility", *Special Rapporteur*, Document A/CN.4/498 and Add.1-4, 17 March, 1 y de 30 abril, 19 de julio de 1999.

Crawford, James, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, Relator Especial, Documento A/CN.4/498 y Add.1 a 4, s. f.

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016.

Constantino Caycho, Renato Antonio, "Clean hands and a pure heart?: the application of the clean hands doctrine by the Inter-American Court of Human Rights", *Estudios de Derecho*, núm. 173, 2022, pp. 12-36.

Crawford, James y Olleson, Simon, "The exception of non-performance: links between the law of treaties and the law of State responsibility", *Australian Year Book of International Law*, núm. 21, 2000, pp. 55-74.

Crawford, James, *Brownlie's principles of public international law*, 9a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Díaz Barrado, Cástor Miguel, "La protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales", *Anuario de Derecho de Diplomático y Consular*, núm. 1, 2016, pp. 163-182.

Díaz Barrado, Cástor Miguel, *El derecho internacional del tiempo presente*, Madrid, Dykinson, 2004.

Diez de Velasco, Manuel, "La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1974, vol. 141, pp. 87-185.

Delimitation of maritime boundary (Guyana v. Suriname), Award of the Arbitral Tribunal, PCA Case No. 2004-04, 17 September, 2007.

"Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2002.

"Dissenting Opinion of Vice-President Weeramantry, Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)", Provisional Measures, Order of 2 June 1999, *I.C.J. Reports*, 1999.

"Dissenting Opinion of Judge Schwebel, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)", Merits, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1986.

"Dissenting Opinion of Judge Morozov, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment", *I.C.J. Reports*, 1980.

"Dissenting Opinion of Judge Tarazi, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran", Judgment, *I.C.J. Reports*, 1980.

"Dissenting Opinion of Judge Read, Interpretation of Peace Treaties (second phase)", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1950.

"Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", *Yearbook of the International Law* Commission, vol. II, Part Two, 2001.

Diversion of Water from the Meuse, PCIJ Series A/B. núm. 70, s. f.

Diversion of Water from the Meuse, Individual Opinion by Mr. Hudson, PCIJ Series A/B., No 70, s. f.

Diversion of Water from the Meuse, Dissenting Opinion of M. Anzilotti, PCIJ Series A/B., No 70, s. f.

Dugard, John, "Sixth report on diplomatic protection", Special Rapporteur, Document A/CN.4/546, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 2005.

Dumberry, Patrick, "New developments in the interpretation and application of the clean hands doctrine by investment tribunals", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, núm. 4, 2023.

Dumberry, Patrick, "The clean hands doctrine as a general principle of international law", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 21, 2020, pp. 489-527.

Fitzmaurice, Gerald, "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 92, 1957, pp. 1-227.

Fontanelli, Filippo, "The invocation of the exception of non-preformance: a case-study on the role and application of general principles of international law of contractual origin", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 119-136.

"Fourth report by Sir Gerald Fitzmaurice, Special Rapporteur", Document A/CN.41120, *Yearbook of The International Law Commission*, Vol. II, 1959.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, December 10, 2014.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, PCIJ Series A. No 24, December 6th, 1930.

"Friedrich and Co. Case", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, United Nations, 31 July 1905.

"Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 1997.

Gaja, G., "General principles of law", *Max Planck Encyclopedias of International Law*. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1410

Garcia Arias, L., "La doctrine des «clean hands» en droit international public", *Annuaire de l'Association des auditeurs et des anciens auditeurs de l'Académie de droit international*, vol. 30, 1960, pp. 14-22.

Glencore Finance (Bermuda) Limited v. Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 2016-39, Procedural Order No. 2: Decision on Bifurcation, s. f.

Gustav F W Hamester GmbH and Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010.

Henkin, Louis, "International law: politics, values and functions general course on public international law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 216, 1989, pp. 9-416.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia, UNCITRAL Case, Award, December 15, 2014.
Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-03/AA226, 2005.
"Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2018.
Inceysa Vallisoletana S.L. v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2006.
"Interpretation of Peace Treaties (second phase)", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1950.
Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objections submitted by The United States of America, May 1, 2017.
Jadhav (India v. Pakistan), *Judgment, I.C.J. Reports*, 2019.
"Jarvis Case, 1903-1905", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, United Nations.
Jurisdiction of the Courts of Danzig, *Advisory Opinion*, PCIJ Series B. No 15, s. f.
Kaldunski, Marcin, "Principle of clean hands and protection of human rights in international investment arbitration", *Polish Review of International and European Law*, vol. 4, núm. 2, 2015, pp. 69-101.
Kolb, Robert, "La maxime «*nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*» (*Nul ne peut profiter de son propre tort*) en droit international public", *Revue belge de droit international*, núm. 1, 2000, pp. 84-136.
Kolb, Robert, *Good faith in international law*, Oxford; Portland, Hart Publishing, 2017.
Laplante, Lisa, "The law of remedies and the clean hands doctrine: exclusionary reparation policies in Peru's political transition", *American University International Law Review*, vol. 23, núm. 1, 2009, pp. 51-90.
Lauterpacht, Hersch, *Recognition in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1947.
"Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion", *I.C.J. Reports*, 2004.
Liew, Dominic Jr., "Finding clarity amidst confusion: cleaning up the clean hands doctrine in international investment law", *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 32, núm. 2, 2020, pp. 643-683.
Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v Ukraine, SCC Case No V 2015/ 092, Final Award, 4 February 2021.

Llamzon, Aloysius, "Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation the State of the «Unclean Hands» doctrine in international investment law: Yukos as both omega and alpha", *ICSID Review*, vol. 30, núm. 2, 2015, pp. 315-325.

"Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion", *I.C.J. Reports*, 2004.

Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v Ukraine, SCC Case No V 2015/ 092, Final Award, 4 February 2021.

"Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)", Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2017.

Moore, John Bassett, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been party*, vol. III, Washington, Government Printing Office, 1898.

Moore, John Bassett, *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been party*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1898.

Moussa Aryeh v. The Islamic Republic of Iran, Award No. 583-266-3, 25 September 1997.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla"), ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August, 2013.

"Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2018.

"Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)", Judgment, *I.C.J. Reports*, 2003.

"Opinion Dissidente de M. Anzilotti, Legal Status of Eastern Greenland", PCIJ Series A/B., No 53, Judgment, 5 April 1933.

Petit-De-Gabriel, Eulalia-W., "«Clean Hands Revisited». El eterno retorno de una doctrina discutible", *Anuario español de derecho internacional*, vol. 39, 2023, pp. 341-405.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008.

Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April 15, 2009.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Pomson, Ori, "The clean hands doctine in the Yukos Awards: a response to Patrick", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, núm. 4, 2017, pp. 712-734.

Public sitting held on Wednesday 21 April 2004, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Shi presiding, in the case concerning the Legality of Use of Force, Verbatim Record, 2024.

Public sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 4.30 p.m., at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America) Request for the indication of provisional measures, Verbatim Record, 1999.

Public Sitting held on Monday 10 May 1999, at 4.15 p.m., ut the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Canada) Request for the indication of provisional measures, Verbatim Record, 1999.

Public sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 11.55 am, at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Netherlands) Request for the indication of provisional measures, Verbatim Record, 1999.

Public sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 3 p.m., at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, preding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United Kingdom) Request for the indication of provisional measures, Verbatim Record, 1999.

Public Sitting held on Tuesday 11 May 1999, at 12.20 p.m., at the Peace Palace, Vice-President Weeramantry, Acting President, presiding in the case concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Portugal) Request for the indication of provisional measures, Verbatim Record, 1999.

Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Dissenting Opinion of Judge Tomka, *I.C.J. Reports*, 2023.

Remiro Brotons, R., *et al.*, *Derecho internacional. Curso general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

Rolin, Plaidoirie de M., *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, Volume II Oral Proceedings (Preliminary Objections), 1962.

Rouhollah Karubian v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Award No. 569-419-2, 6 March 1996.

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016.
Salmon, Jean, "Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales", *Annuaire français du droit international*, vol. 10, 1964, pp. 225-266.
Shapovalov, Aleksandr, "Should a requirement of clean hands be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection - human rights implications of the international law commission's debate", *American University International Law Review*, vol. 20, núm. 4, 2005, pp. 829-866.
Shelton, Dinah, *Remedies in international human rights law*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
"Summary records of the meetings of the fifty-seventh session of the Commission", *Yearbook of the International Law Commission*, vol. I, 2 May-3 June and 11 July-5, 2005.
"Separate Opinion by Sir Arnold McNair, International status of South-West Africa, Advisory Opinion", *I.C.J. Reports*, 1950.
South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Award, November 22, 2018.
TEDH, Sala: *Margari c. Greece*, núm. 36705/16, *Dissenting Opinion of Judge Serghides*, 2023.
TEDH, Sala: *Khachatryan And Konovalova c. Russia*, núm. 28895/14, Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides, 2021.
TEDH, Gran Sala: *N.D. and N.T. v. Spain*, núms. 8675/15 y 8697/15, 2020.
TEDH, Gran Sala: *Güzelyurtlu and Others c. Cyprus and Turkey*, núm. 36925/07, Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides, 2017.
TEDH, Gran Sala: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, núm. 27765/09, 2012.
TEDH, Sala: *Witek c. Poland*, núm. 13453/07, 2010.
TEDH, Sala: *Ukraine-Tyumen c. Ukraine*, núm. 22603/02, 2007.
TEDH Sala: *Čonka c. Belgium*, núm. 51564/99, 2002.
TEDH, Gran Sala: *Chapman c. The United Kingdom*, Separate Opinion of Judge Bonello, núm. 27238/95, 2001.
TEDH, Gran Sala: *K.-H.W. c. Germany*, núm. 37201/97, Partly Dissenting Opinion of Judge Pellonpää, Joined By Judge Zupančič, 2001.
TEDH, Sala: *Van Der Tang c. Spain*, núm. 19382/92, Separate Opinion of Judge Morenilla, 1995.
The Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Series A, No. 5, s. f.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the Prosecution's motion for reconsideration of the decision excusing Mr Kenyatta from continuous presence at trial, ICC-01/09-02/11-863, Dissenting Opinion of Judge Eboe-Osuji, 26 November 2013.

"Timor Sea Conciliation (Timor-Leste/Australia)", *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXXIV, United Nations, 19 September 2016.

Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Iran-United States Claims Tribunal, Case No. 7, (Award No. 141-7-2), 29 juin 1984.

Visscher, Paul De, "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 136, 1972, pp. 1-202.

World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, October 4, 2006.

Wortley, B. A., "The general principles of private international law from the English standpoint", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 71, 1947, pp.1-109.

Xiouri, Maria, "The exceptio non adimpleti contractus in public international law", *International Community Law Review*, vol. 21, núm. 1, 2019, pp. 56-92.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Bertot Triana, Harold, "La doctrina de las "manos limpias" (clean hands): entre consagraciones fallidas y escenarios de desjudicialización en el orden jurídico internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19401. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401

APA

Bertot Triana, H. (2025). La doctrina de las "manos limpias" (clean hands): entre consagraciones fallidas y escenarios de desjudicialización en el orden jurídico internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19401. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19401

Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica

Climate change and international scientific and technological cooperation

Changement climatique et coopération scientifique et technologique internationale

Rafael J. **Pérez Miranda**

https://orcid.org/0000-0003-2465-946X

Universidad Autónoma Metropolitana. México
Correo electrónico: rjpm@azc.uam.mx

Recepción: 23 de julio de 2024
Aceptación: 5 de marzo de 2025
Publicación: 19 de marzo de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368

Resumen: La mayoría de los artículos científicos relacionados con el cambio climático inician con datos sobre la evolución histórica de la emisión de gases con efecto invernadero, la evolución del calentamiento global y sus efectos, así como con proyecciones catastróficas en el corto y mediano plazo si no se adoptan medidas drásticas de reducción de emisiones. También presentan datos científicos serios, basados en los informes del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, con base en los cuales realizan sus proyecciones. Una de estas, la más preocupante, es "el punto de cambio climático irreversible" o "el umbral de peligro climático", un momento en el cual la humanidad no podrá hacer nada para evitar el progresivo deterioro de la vida en la tierra, derivado de su constante calentamiento.[1] De igual modo se señalan las tensiones entre los intereses de la humanidad y los crematísticos, pues "Se está produciendo un genocidio climático,

[1] Foster, John Bellamy y Clark, Brett, El robo de la naturaleza; el capitalismo y la fractura ecológica, trad. de Javiera Mondaca, Manresa, Bellaterra Edicions, 2023, pp. 313 y ss.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

pero no es el cambio climático el que está acabando con la humanidad, sino sus responsables, pues ellos son también responsables de los efectos del mismo".[2]

El Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (Río 1992) parecía ser el inicio de toma de conciencia de la humanidad sobre tan grave fenómeno. Sin embargo, a partir de esa fecha las grandes corporaciones se han negado a prestar una colaboración sustantiva; mientras que los países industrializados, en los cuales tienen sede sus matrices, se han negado a concertar acuerdos vinculantes satisfactorios. Los países en desarrollo no han recibido la cooperación tecnológica que requieren para poder seguir produciendo sin emisiones graves. Un cierto avance global se produjo en la Conferencia de las Partes (COP) de París y en la COP 28 Dubái, pero sin consolidarse la solidaridad internacional requerida. Tantos anuncios y declaraciones internacionales, plenas de dramatismo y faltas de compromisos concretos, recuerdan el popular cuento de *Pedro y el lobo*.

Este ensayo analiza sucintamente los compromisos internacionales, sus méritos y carencias, con especial referencia a la cooperación científico-tecnológica internacional. También se consideran las dificultades que provocan a los países en desarrollo un sistema de patentes y secretos tecnológicos, que, al encarecer el uso de la tecnología de punta, les impide proteger a sus territorios y poblaciones de los efectos del cambio climático y, además, aportar al mundo su contribución a la disminución o eliminación de las emisiones contaminantes. El texto concluye con la propuesta de que México desarrolle políticas más sólidas en las negociaciones internacionales en materia cooperación científico-tecnológica, en especial en vísperas del programa de adecuación previsto en el T-MEC para 2026.

Palabras clave: cambio climático; medio ambiente; cooperación científica y tecnológica; propiedad intelectual y medio ambiente.

Abstract: Most scientific articles related to climate change begin with data on the historical evolution of greenhouse gas emissions, the evolution of global warming and its effects, with catastrophic projections in the short and medium term if drastic measures to reduce emissions are not adopted. They present serious scientific data, based on the reports of the Intergovernmental Panel on Climate Change, based on which they make their projections, the most worrying being "the point of irreversible climate change" or "the threshold of climate danger", at which time humans will be able to do nothing to prevent the progressive deterioration of life on earth derived from its constant warming ; as well as the tensions between the interests of humanity and the chrematistics, "… Let's be more precise. A climate genocide is taking place, but it is not climate change that is destroying humanity, but those responsible for it, because they are also responsible for the effects of it" "The United Nations Framework Convention on Climate Change (Rio 1992) seemed to be the beginning of humanity's awareness of such a serious phenomenon, but since that date the large corporations have refused to provide substantive collaboration and the industrialized countries, in which their headquarters are based, have refused to conclude satisfactory binding agreements. Developing countries have not received the technological coopera-

[2] Lizoain, David, Crimen climático; cómo el calentamiento global está provocando un genocidio, Madrid, Debate, 2023, p. 11.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tion they require to be able to continue producing without serious emissions. A certain global advance took place at COP 21 Paris and COP 28 Dubay, but without consolidating the required international solidarity. So many announcements and international declarations full of drama and lack of concrete commitments recall the popular Tale Peter and the Wolf.
This essay briefly analyzes international commitments, merits and shortcomings, with special reference to international scientific and technological cooperation, the difficulties caused to developing countries by a system of patents and technological secrets that, by making the use of cutting-edge technology more expensive, prevents them from protecting their territories and populations from the effects of climate change, and, in addition, to contribute to the world to the reduction or elimination of polluting emissions. It concludes by proposing that Mexico develop more solid policies in international negotiations on scientific and technological cooperation, especially on the eve of the adaptation program foreseen in the T-MEC for 2026.
Keywords: climate change; environment; scientific and technological cooperation; intellectual property and the environment.

Résumé: La plupart des articles scientifiques liés au changement climatique commencent par des données sur l'évolution historique des émissions de gaz à effet de serre, l'évolution du réchauffement climatique et ses effets, avec des projections catastrophiques à court et moyen terme si des mesures drastiques de réduction des émissions ne sont pas adoptées. Ils présentent des données scientifiques sérieuses, basées sur les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, sur la base desquelles ils font leurs projections, les plus inquiétantes étant « le point de changement climatique irréversible » ou « le seuil de danger climatique », moment auquel les humains ne pourront rien faire pour empêcher la détérioration progressive de la vie sur terre dérivée de son réchauffement constant ; ainsi que les tensions entre les intérêts de l'humanité et les chrématistiques, « … Soyons plus précis. Un génocide climatique est en cours, mais ce n'est pas le changement climatique qui détruit l'humanité, mais les responsables, car ils sont aussi responsables des effets de celui-ci. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (Rio 1992) semblait être le début de la prise de conscience de l'humanité d'un phénomène aussi grave, mais depuis cette date, les grandes entreprises ont refusé d'apporter une collaboration substantielle et les pays industrialisés, dans lesquels se trouve leur siège, ont refusé de conclure des accords contraignants satisfaisants. Les pays en développement n'ont pas bénéficié de la coopération technologique dont ils ont besoin pour pouvoir continuer à produire sans émissions graves. Une certaine avancée mondiale a eu lieu lors de la COP 21 Paris et de la COP 28 Dubay, mais sans consolider la solidarité internationale requise. Tant d'annonces et de déclarations internationales, pleines de drames et d'absence d'engagements concrets, rappellent le conte populaire de Pierre et le Loup.
Cet essai analyse brièvement les engagements internationaux, les avantages et les lacunes, en particulier en ce qui concerne la coopération scientifique et technologique internationale, les difficultés causées aux pays en développement par un système de brevets et de secrets technologiques qui, en rendant plus coûteuse l'utilisation de technologies de pointe, les empêche de protéger leurs territoires et leurs populations des effets du changement climatique, et, De plus, contribuer au monde à la réduction ou à l'élimination des émissions polluantes.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Il conclut en proposant que le Mexique développe des politiques plus solides dans les négociations internationales sur la coopération scientifique et technologique, en particulier à la veille du programme d'adaptation prévu dans le T_MEC pour 2026.
Mots-clés: changement climatique; environnement; la coopération scientifique et technologique; la propriété intellectuelle et l'environnement.

Sumario: I. *El calentamiento global en el Antropoceno*. II. *Cambio climático y derecho*. III. *Las causas del problema*. IV. *Cambio climático, ciencia y tecnología*. V. *La preocupación internacional por el cambio climático*. VI. *Cambio climático y propiedad intelectual*. VII. *La vía verde*. VIII. *El tema en el Consejo ADPIC (OMC)*. IX. *El cambio climático en los tratados de libre comercio suscritos por México*. X. *Los capítulos sobre medio ambiente en el TPP 11 y el T-MEC*. XI. *Protección de la inversión extranjera de tecnologías ambientales vinculadas al cambio climático*. XII. *A manera de conclusión*. XIII. *Bibliografía*.

I. El calentamiento global en el Antropoceno

Nuestros más antiguos ancestros, el mismo *homo sapiens*, compartieron con los otros seres vivientes costumbres y problemas; depredadores que se alimentaban de vegetales y animales, y que, a su vez, se protegían de quienes pretendían depredarlo. Es muy cercana —no más de once mil años— la etapa en la que el ser humano comienza a sembrar y cosechar vegetales, a inducir su evolución genética, y a domesticar y mejorar animales. Es a partir de este momento que la especie humana se comienza a relacionar de manera diferente con los restantes organismos vivos, se defiende con mayor eficiencia de sus depredadores externos y, con el tiempo (medicina tradicional primitiva y medicina científica moderna de por medio), también de los depredadores internos. Esta ventaja competitiva sobre las restantes especies impulsó un crecimiento poblacional exponencial, y una utilización creciente de los recursos naturales necesarios para su supervivencia y confort, que afectó los tres niveles de la biodiversidad: la diversidad de especies, la diversidad genética y la diversidad de ecosistemas (en un principio en pequeñas regiones del universo mundo). El progreso científico y técnico es también exponencial, con algunas etapas de estancamiento o regresión (atribuibles en gran medida a las religiones y autoritarismos oscurantistas). En lo que respecta a nuestro objeto de estudio, una etapa importante en este proceso fue el inicio de la revolución industrial, de la economía capitalista, en las últimas décadas del siglo XVIII. Los avances científico-técnicos, la apropiación privada de vastas zonas

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

comunes, y un nuevo sistema de organización social y político sustentado en la utilización de energía generada por árboles y petróleo, así como la expansión de esa explotación de recursos naturales al mundo aún no tecnificado, modificaron sustancialmente el paisaje terrestre. La producción de los bienes que permiten alimentarnos y disfrutar de confort se sustenta, en definitiva, en el uso de recursos naturales trabajados por seres humanos, en una organización social que no planifica el uso racional de los recursos ni se preocupa por la retribución de quienes los modifican y transforman en productos consumibles. Este comportamiento es similar al de las especies animales con las que comparte su hábitat, pero no se corresponde con su identidad biológico-pensante que hace que sea el único ser vivo que puede programar su subsistencia como especie, con visiones totales sobre las catástrofes que lo amenazan y las opciones racionales y sociales para enfrentarlas, lo que promueve una evolución mundial más igualitaria y sostenible.[3]

El período que transcurre de la segunda posguerra a nuestros días marca una tercera etapa en la cual la ciencia y la técnica logran elucidar los comportamientos relevantes de la materia (inorgánica y viva), y arribar a la generación de energía nuclear (además de armas mortíferas que podrían aniquilar a la humanidad) y a la dilucidación de la estructura del ADN y, con ello, a gran parte de los secretos de los organismos vivos. La mundialización, liderada por las grandes corporaciones transnacionales, aceleró la explotación de los recursos naturales, ya no a nivel regional, sino universal, lo que generó una poco justificada contradicción en las políticas públicas de los países hegemónicos. En efecto, por una parte, se realizan múltiples reuniones internacionales para atender los problemas ambientales; por la otra, se impulsan interpretaciones pseudocientíficas que niegan el origen humano de desastres ambientales que afectan la diversidad biológica y llevan a un caos natural desastroso. En palabras de Hawking,

> la tasa de crecimiento (poblacional) es de 1,9 por ciento anual […] significa que la población mundial se duplica cada cuarenta años. […] el consumo de electricidad y el número de artículos científicos publicados […] también muestran crecimiento exponencial, con tiempos de multiplicación menores a cincuenta años […] si el crecimiento de población y el consumo de electricidad siguen al ritmo actual, en el año

[3] Cfr. *Rodríguez Valls, Francisco, "Hombre y naturaleza", en Arana, Juan (ed.), Guía Comares de filosofía de la naturaleza, Granada, Comares, 2016, p .* 231; Foster, John Bellamy y Clark, Brett, *op. cit.*, pp. 356-357.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> 2600 la población mundial se estará tocando hombro con hombro, y el consumo de electricidad hará que la tierra se ponga al rojo vivo.[4]

La importancia de los efectos descritos de la actividad de los humanos sobre la naturaleza motivaron que un sector importante de científicos propusieran que se defina una nueva etapa en la historia de la tierra. Se trata de una época caracterizada por el dominio de los humanos; una primera etapa geológica en la historia de la tierra en la cual modificaciones sustanciales en las estructuras materiales y de vida orgánica no se deben a fenómenos naturales sino a la actividad de una de sus especies, los seres humanos. Esta nueva etapa geológica, en la que los efectos de las actividades humanas son similares a los de la naturaleza, ha sido denominada como *Antropoceno*, el cual es un

> vocablo propuesto por el biólogo estadounidense Eugen F. Stoemer (1934-2012) en los inicios de los ochenta del pasado siglo […]. En el año 2000, el premio nobel de química Paul J. Crutzen, en el contexto del Programa Bioecológico Internacional, propuso y generalizó el término Antropoceno para denominar una nueva época de la historia geológica de la Tierra. […] El uso de Antropoceno como concepto geológico comenzó a generalizarse a partir de 2008.[5]

Es conveniente aclarar que no hay un acuerdo sobre la calificación de este periodo como una nueva etapa geológica. Muchos científicos consideran que la profundidad de las transformaciones no permite considerarla como tal; otros opinan que es un período especial dentro del período geológico actual. Entre quienes aceptan esta calificación, sin embargo, hay discrepancias sobre el nacimiento de ella: si fue cuando el hombre de Neandertal y el *homo sapiens* comenzaron a elaborar herramientas primitivas, si fue cuando el *homo sapiens* elaboró armas para derrotar animales mayores a distancia, o cuando hace unos once mil años comenzó a desarrollar la agricultura y la ganadería.[6] También hay quienes proponen un surgimiento más cercano: el nacimiento

[4] Hawking, Stephen, El universo en una cáscara de nuez, trad. de David Jou, Barcelona, Crítica, 2002, p. 158.

[5] López Bermúdez, Francisco, "La interacción humanidad-tierra: el antropoceno", en Vicente Giménez, Teresa y Berzosa, Carlos (coords.), *Justicia ecológica en la era del antropoceno*, Madrid, Trotta, 2016, p. 75.

[6] Véase un interesante análisis sobre este debate en Soriano Clemente, Carles, Antropoceno; reproducción de capital y comunismo, Madrid, Maia Ediciones, 2021, pp. 32 y ss.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

del modo de producción capitalista que demanda enormes consumo de energía no humana; o a mediados del siglo XX, con las explosiones atómicas y la modificación genética de la materia viva.[7]

El vaticinio de Malthus, basado en un análisis estático, se pudo evitar por los cambios en las relaciones sociales de producción de bienes, pero en especial por el desarrollo científico tecnológico. Fueron también los desarrollos industriales, sustentados en las nuevas tecnologías, los que provocaron los desastres ecológicos y generaron la preocupación del estudio "los límites del crecimiento" encomendado por el Club de Roma (ver *infra*) y de la Declaración de Estocolmo, ambos publicados en 1972. Y fueron también la ciencia y la tecnología las que ayudaron a reducir los efectos desastrosos vaticinados. Nuevamente, en la ciencia y la tecnología se sustenta la esperanza de solución a los graves problemas ambientales actuales, esperanza alentada por los éxitos de la Biología moderna y de las tecnologías generadoras de energía limpia, que podrían hacer que se logren las metas programadas en los últimos acuerdos concertados en las COP de Biodiversidad y de Cambio Climático.

Ahora bien, las principales instituciones de investigación científica, generadoras de tecnologías ambientales, son financiadas por las corporaciones transnacionales, o son parte de ellas, y estas corporaciones son, en definitiva, las que deciden las políticas de investigación y desarrollo tecnológico, que no necesariamente coinciden con los objetivos de las políticas estatales. Pese a las múltiples propuestas de los países en desarrollo, no se ha logrado diseñar y aprobar normas internacionales que permitan evitar el abuso de los derechos de propiedad intelectual. Los países sedes de las matrices de las corporaciones tecnológicas y de los grandes laboratorios farmacéuticos no se muestran dispuestos a imponerles que compartan, en alguna medida, sus avances tecnológicos con los países en desarrollo.

El primer elemento a considerar en este análisis, en consecuencia, es la causa principal del calentamiento ambiental, la emisión de gases con efecto invernadero; implica realizar investigaciones científicas sobre las fuentes de emisión de las moléculas contaminantes, haciendo diferenciaciones que evalúen no sólo los fenómenos geográficos naturales, sino los límites político-estatales, sus fuentes, la variación histórica ponderada de la temperatura

[7] "El Antropoceno se define comúnmente dentro de la ciencia como una nueva época ageológica que sucede a la época del Holoceno de los últimos 12,000 años; un cambio distinguido por una "fractura antropogénica" en el sistema tierra que data de la Segunda Guerra Mundial", Foster, John Bellamy y Clark, Brett, *op. cit.*, p. 356.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mundial y la relación causal entre ambas; también la responsabilidad de los seres humanos en esas variaciones históricas.

II. Cambio climático y derecho

El cambio climático es un capítulo bastante nuevo en el de por sí ya novedoso derecho internacional ambiental. En efecto, en sus aspectos sustanciales el derecho internacional ambiental no pretende evitar o solucionar conflictos económicos o políticos entre los Estados-nación. El sujeto pasivo de los eventos que generan daños ambientales no es, generalmente, un Estado-nación, sino que es en algunos casos toda (o la mayor parte de) la humanidad. Se trata de normas para acordar medidas comunes y solidarias para que en el interior de cada país se adopten medidas que permitan enfrentar daños ambientales graves en la sociedad de riesgos, y coordinar el logro de un objetivo común, el desarrollo sustentable.

> No se elabora únicamente con el objetivo de regular las relaciones interestatales, sino que afronta dos desafíos principales propios: el primero, establecer un régimen internacional de protección del medio ambiente, que los estados deben incorporar en su derecho interno y que regule la actividad cotidiana de las autoridades públicas al igual que de los particulares; el segundo desafío es la regulación jurídica de la protección de los intereses comunes de la Humanidad y de los *global commons*, los espacios no sometidos a jurisdicción a los que cabe sumar ahora el cambio climático.[8]

El tema del cambio climático en el derecho internacional ambiental, por otra parte, no tiene un vínculo directo con los recursos naturales, con la diversidad biológica ni con la contaminación, si bien los efectos del calentamiento global afectan gravemente tanto a la diversidad biológica como a los recursos naturales en todas sus manifestaciones. Ello hace que los instrumentos jurídicos diseñados para evitar el sobrecalentamiento de la tierra difieran de los tradicionales inherentes a esta rama del derecho; requieren por una parte demostrar las fuentes antropogénicas del calentamiento global y sus efectos dañinos. Y una vez aceptada mayoritariamente esta responsabilidad, generar políticas públicas que permitan disminuirlo, muchas de las cuales

[8] Fajardo del Castillo, Teresa, *La protección del medio ambiente y el desafío climático; 50 años después de la Declaración de Estocolmo*, Madrid, Dykinson, 2024, p. 23.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

afectan directamente al sector productivo y a los servicios, en especial los de transporte de personas y mercancías.

Los efectos previstos, para el caso de que no se adopten medidas drásticas en el mediano y largo plazo, son devastadores. Los diseños sobre ellos varían, tanto por los enfoques metodológicos como por las diversas alternativas posibles, que dependen de la mayor o menor seriedad con que los países cumplan los consejos de los científicos y los objetivos propuestos en los múltiples foros académicos y gubernamentales. Debido a ello, se pueden enunciar los posibles efectos globales, pero no es posible en un breve ensayo aventurar magnitudes o porcentuales para cada tipo de daño. Nos referimos a la afectación de la producción agrícola de los alimentos más consumidos, caos en el suministro de los principales servicios urbanos en un número significativo de ciudades, mayor intensidad de los huracanes y cambios en los comportamientos de los principales fenómenos meteorológicos, deshielo de las zonas de hielos permanentes que provocan que se eleven los niveles de los océanos, inundando playas y ciudades costeras. Steren asegura al respecto que

> El incremento del calentamiento amplifica la exposición de las islas pequeñas, las zonas costeras bajas y los deltas a los riesgos asociados al aumento del nivel del mar para muchos sistemas humanos y ecológicos, como las intrusiones de agua salada, las inundaciones y los daños en la infraestructura (nivel de confianza alto). Los riesgos asociados al aumento del nivel del mar son mayores con un calentamiento global de 2 °C que con uno de 1,5 °C. Un aumento más lento del nivel del mar como resultado de un calentamiento global de 1,5 °C reduce los riesgos, haciendo factibles mayores oportunidades de adaptación, como la gestión y la restauración de ecosistemas costeros naturales y el fortalecimiento de la infraestructura.[9]

Por lo tanto, las zonas tropicales son consideradas las más vulnerables, no sólo por las condiciones climáticas que se desarrollan en ellas, sino también debido a que estas áreas se encuentran en países en vías de desarrollo, con infraestructuras habitacionales y productivas más débiles, en los que además hay una alta dependencia y sensibilidad a la producción de alimentos, actividad que se ve mermada debido a los impactos del cambio climático.

[9] Steren, Nicholas H., *El informe Stern: la verdad sobre el cambio climático*, trad. de Albino Santos y Joan Vilatella, Barcelona, Paidós, 2007.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> A.2.4 El cambio climático ha reducido la seguridad alimentaria y afectado la seguridad hídrica, obstaculizado los esfuerzos para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible […] A.2.5 En todas las regiones, los aumentos de los fenómenos de calor extremo han provocado mortalidad y morbilidad humana […] A.2.7 En las zonas urbanas, el cambio climático observado ha causado impactos adversos en la salud humana, los medios de vida l la infraestructura clave.[10]

Este gran problema, de implicaciones claramente ambientales, tiene un componente social que llama a la acción conjunta de la sociedad civil y los Estados. El cambio climático ocupa un lugar importante en las políticas estatales de la mayoría de los países (en muchos de ellos, más por la presión internacional de las organizaciones civiles ambientalistas, que por las preocupaciones de sus gobernantes). Las convenciones internacionales, y los tratados que de ellas derivan, imponen obligaciones y compromisos específicos que bien pueden aprovecharse para implementar una gestión ambiental sostenible; pero requieren un cumplimiento estricto y medidas complementarias en materia tecnológica.[11]

En este sentido, será de gran interés la respuesta de la Corte Internacional de Justicia a la opinión consultiva elevada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en marzo de 2023:

> Teniendo especialmente en cuenta la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Acuerdo de París, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el deber de diligencia debida, los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el principio de prevención de daños significativos al medio ambiente y el deber de proteger y preservar el medio marino: *a)* ¿Cuáles son las obligaciones que tienen los Estados en virtud del derecho internacional de garantizar la protección del sistema climático y otros elementos del medio ambiente frente a las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero en favor de los Estados y de las generaciones presentes y futuras?; *b)* ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de esas obligaciones para los Estados que, por sus actos y omisiones, hayan causado daños significativos al sistema climático y

[10] Intergovernmental Panel on Climate Change [IPCC], Un informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático. Cambio Climático 2023. Informe de síntesis, Ginebra, IPCC, 2023, p. 6.

[11] Robinson, John et al., "Climate change and sustainable development: realizing the opportunity", *Ambio*, Suecia, vol. 35, núm. 1, febrero, 2006, pp. 2-8.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

a otros elementos del medio ambiente, con respecto a: *i)* Los Estados, incluidos, en particular, los pequeños Estados insulares en desarrollo, que, debido a sus circunstancias geográficas y a su nivel de A/RES/77/276 Solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones de los Estados con respecto al cambio climático 4/4 23-06203 desarrollo, se ven perjudicados o especialmente afectados por los efectos adversos del cambio climático o son particularmente vulnerables a ellos; *ii)* Los pueblos y las personas de las generaciones presentes y futuras afectados por los efectos adversos del cambio climático?[12]

III. Las causas del problema

El artículo 1.2 de la Convención Marco sobre Cambio Climático, con sólidos argumentos científicos, afirma que este problema consiste en "un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables".[13] Entendiendo que esta actividad se ha elevado significativamente en los últimos años, los científicos Mario Molina, José Sarukhán y Julia Carabias reflexionan en este sentido que

> La actividad humana genera, por el uso de combustibles fósiles, por la actividad agrícola e industrial y por la deforestación, varios de esos gases de efecto invernadero en cantidades extraordinarias, los cuales ya no pueden ser absorbidos por los mecanismos que naturalmente mantenían en equilibrio la composición química de la atmósfera antes de la Revolución Industrial, en el siglo XVIII.[14]

Este diagnóstico no es aceptado por un reducido sector de la población a nivel mundial. Por ejemplo, la Alianza por la Libertad Estadounidense celebró un congreso en la Ciudad de los Ángeles, California, dedicado a descubrir la verdad detrás del cambio climático, bajo la premisa de que conspiradores

[12] Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia Elevada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 77/276 de la 64ª, Sesión Plenaria del 29 de Marzo de 2023.

[13] Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, NuevaYork, Organización de las Naciones Unidas, 1992. http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020).

[14] Molina, Mario, Sarukhán, José y Carabias, Julia, *El cambio climático; causas, efectos y soluciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 59-60.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

islámicos amenazan y engañan a la civilización occidental, encabezada por Estados Unidos.[15] No obstante, en la presente investigación consideramos que este tipo de manifestaciones han sido superadas, ante la abrumadora evidencia y la aceptación de la mayoría de los Estados, así como de los organismos internacionales. Uno de estos organismos es el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (Intergovernmental Panel on Climate Change [IPPC]), órgano de las Naciones Unidas que en 1990 publicó su primer informe sobre cambio climático, en el que abordó los efectos negativos que este problema podría ocasionar. A partir de este trabajo, se unieron otros organismos de gran importancia que colaboraron en el estudio de este fenómeno, sus causas y los grandes problemas que puede ocasionar.[16] A ello debemos agregar la proliferación de grupos o individualidades conocidos como "negacionistas", que rechazan que el cambio climático tenga un origen humano, además de oponerse a las vacunas y a múltiples leyes de la física.

> A.1.1 Las actividades humanas, principalmente a través de las emisiones de gases con efecto invernadero, han causado inequívocamente el calentamiento global, y la temperatura de la superficie global alcanzó 1.1 °C por encima del periodo 1850-1900 en 2011-2020. Las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero han seguido aumentando, con contribuciones históricas y actuales desiguales derivadas del uso insostenible de energía, el uso y el cambio de uso de la Tierra, los estilos de vida y los patrones de consumo y producción entre regiones, entre países y dentro de ellos, y entre individuos.[17]

Ante el consenso científico de que el problema se origina en la actividad humana, existe la necesidad de regular y frenar los factores que ocasionan el problema del cambio climático. Los científicos mexicanos Molina, Sarukhán y Carabias señalan que una combinación de tres factores es el *motor* que genera el severo impacto negativo sobre la atmósfera y los recursos de la Tierra y, por lo tanto, deben ser frenados:

[15] Klein, Naomi, Esto lo cambia todo; el capitalismo contra el clima, México, Paidós, 2015, p. 75.

[16] *Cfr*. The Intergovernmental Panel on Climate Change, Sixth Assesmment Report. https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar6/ (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020).

[17] IPCC, Un informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, *cit.*, 2023, p. 4.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

a) El crecimiento exponencial poblacional.
b) La demanda de energía y recursos que genera esa población.
c) Los impactos negativos que ocasionan las tecnologías utilizadas.[18]

El principal inconveniente es que la mayor parte de la energía de consumo humano directo, y la que se requiere para el transporte de personas y mercancías, se generan consumiendo carbón, gas y petróleo, mientras que su consumo constituye "el factor antropogénico más importante en la generación de gases de efecto invernadero y en promover el cambio climático".[19] Resulta por demás alarmante que en la actualidad, y en los estudios prospectivos, la demanda de este recurso no disminuye y previsiblemente no disminuirá. De hecho, se prevé un incremento, especialmente por parte de los países desarrollados, más algunos importantes países de desarrollo medio como China, India, Brasil. Además de la demanda de petróleo, con el incremento en la población y sus requerimientos, ha crecido también la deforestación para fines agrícolas y pecuarios, lo que no sólo contribuye al problema del calentamiento climático, sino también a otros graves problemas como la pérdida de la biodiversidad o los cambios químicos en el suelo.

Miller señala otros factores causantes del cambio climático. Por ejemplo, el aumento en las emisiones de gas metano a la atmósfera, originado principalmente en el ganado destinados al consumo humano, lo cual ha provocado a su vez, cambios en el hielo polar.[20] Sin embargo, este factor ha sido muchas veces ignorado o no clasificado.

La tecnología y el cambio climático han estado históricamente vinculadas. El desarrollo tecnológico del siglo XIX fue la fuente más importante de emisión de gases con efecto invernadero; la revolución industrial basada en la energía del vapor y en la energía eléctrica, generada con el carbón. El desarrollo científico y tecnológico es, ahora, la única esperanza de lograr un desarrollo sostenido y sustentable en los próximos años.

[18] Molina, Mario *et al.*, *op. cit.*, p. 59.

[19] *Ibidem*, p. 62.

[20] Cfr. Miller, G. Tyler, *Ciencia ambiental: desarrollo sostenible, un enfoque integral*, 8a. ed., México, Thomson, 2007.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

IV. Cambio climático, ciencia y tecnología

En la medida en que no se vislumbran cambios en las posiciones de los países más desarrollados —en especial, Estados Unidos de América, Unión Europea y China—, se requiere un desarrollo tecnológico que permita producir energía limpia a precios costeables. Se confía, por ejemplo, en el éxito de proyectos como la fusión por láser para aprovechar los residuos nucleares, la denominada "gasolina solar" para impulsar vehículos, la fotoelectricidad cuántica, que permitiría doblar el rendimiento de las placas solares, motores térmicos o de ondas de choque, refrigerantes magnéticos y carbón más limpio.[21]

Ahora bien, la gran mayoría de los avances científicos y tecnológicos eficientes y útiles se generan en los países industrializados, en los países más ricos, que pueden realizar las inversiones de capital necesarias para avanzar en la generación de energía que no utilice petróleo o gas, cuyos costos puedan competir con las fuentes fósiles. Para que los países en desarrollo puedan colaborar en la reducción de la emisión de gases con efecto invernadero deberían tener la posibilidad de acceder a esas nuevas tecnologías a precios moderados.

Sin embargo, son diversos los factores que dificultan el uso de las tecnologías modernas. El principal de ellos es, quizá, la renuencia de los empresarios a utilizar algunas de estas nuevas tecnologías, por el incremento en el precio de los productos en los mercados nacionales y por la pérdida de competitividad internacional si no se acuerda su uso universalmente.

Otro factor, según un sector de la doctrina, es la demora en incorporar las nuevas tecnologías a la producción industrial, debido a los tiempos que tardan los inventores en lograr una patente. Además, para los sectores gubernamentales responsables de la infraestructura que permite el desarrollo industrial, que incluye la generación de energía, el costo de la tecnología de punta, eficiente pero patentada u ofrecida a precios de monopolio, es difícil de costear.[22] Esta necesidad se manifestó ya en Estocolmo 72:

> Reconociendo que interesa a la humanidad que se utilicen universalmente las tecnologías para proteger y mejorar el medio, se recomienda que se pida al Secretario

[21] VV. AA., "Propuestas innovadoras para la energía", *Investigación y Ciencia*, España, núm. 418, julio, 2011, pp. 88-95.

[22] Thirlway, Cecilia, "Cambio climático: es hora de actuar", *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, Suiza, marzo de 2020.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> General que, en consulta con los gobiernos y los organismos internacionales competentes, emprenda estudios para hallar los medios que permitan a los países en desarrollo adoptar las tecnologías ambientales en condiciones que fomenten una amplia difusión de las mismas, sin que por ello constituyan una carga inaceptable para tales países.[23]

También vemos expectativas esperanzadas de avances científico-tecnológicos en importantes sectores de la agrobiotecnología. Un factor importante de emisiones de gases con efecto invernadero son los alimentos, en especial la carne, y en mayor medida la carne vacuna.[24] Es decir, las posibles soluciones para el tema en debate implican un trato diferenciado profundo entre los países industrializados y los países en desarrollo y más pobres. Es difícil para los países en desarrollo impulsar su crecimiento industrial con reglamentaciones excesivas a sus empresas; como también lo es sustituir las fuentes de energía basadas en el carbono por fuentes de energía "limpia". Por último, es una constante en los países en desarrollo que crecen e incrementan el ingreso promedio de sus habitantes, que se eleve el consumo de carne. Así ha sucedido en varias naciones de Asia, sin llegar, por supuesto, a los niveles de consumo per cápita de los países industrializados.[25] Muchas de las nuevas tecnologías que permiten la siembra de transgénicos, la cruza sin riesgo de los mejores ejemplares de ganado, las modificaciones genéticas que permiten mayores volúmenes de carne en tiempos reducidos, provocan rechazos en amplios sectores de la población mundial que se oponen a los transgénicos y dudan de las evaluaciones de riesgo en materia de bioseguridad.

Ahora bien, el desarrollo sustentable requiere restricciones en la explotación y comercio de recursos naturales minerales y vivos, respeto de la soberanía de los países sobre la naturaleza viva bajo su jurisdicción, recurrir a insumos de más alto costo, eliminar del proceso productivo la generación de gases con efecto invernadero y elaborar ciertos tipos de bienes en cuya producción tampoco se generaran dichos gases. Los costos para disminuir la emisión serán diferentes según cada país realice su selección: nuclear, solar, captura y almacenamiento de CO2, eólica, conforme a la tecnología disponi-

[23] Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 16 de junio de 1972. Recomendación 108.

[24] Fiala, Nathan, "Alimentación y efecto invernadero", *Investigación y Ciencia*, España, núm. 391, abril, 2009, pp. 76-79.

[25] *Idem*. Una aclaración necesaria es que es un país en desarrollo, Argentina, el que detenta el más alto porcentual anual de consumo por habitante del mundo.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ble y sus recursos naturales. Se podría afirmar, en términos generales, que cada país puede definir en cierta medida hasta donde está dispuesto a aceptar un incremento de costos de muchos de sus bienes para poder brindar a sus habitantes servicios ambientales suficientes para proteger su salud y ofrecer un mayor bienestar; pero esta afirmación no pareciera viable en el mundo globalizado.

Los tratados multilaterales, como el Tratado de Marrakech, que crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), y los Acuerdos Generales correspondientes de adhesión obligatoria para sus miembros, los Tratados de Libre Comercio y las Uniones Aduaneras, no sólo han reducido sustancialmente los aranceles, en especial de los bienes secundarios, sino que además son rigurosos en prohibir cualquier medida, arancelaria o no arancelaria (los denominados obstáculos técnicos al comercio), orientada a proteger la producción de determinados bienes, afectaciones a las inversiones extranjeras o a la propiedad intelectual. Por lo tanto, ninguna área económica, ninguna unidad de producción importante, se puede dar el lujo de incrementar sus costos para evitar que se afecte el medio ambiente sin correr el riesgo de ser expulsada del mercado. Como contrapartida, muchos países implementan políticas públicas para promover la inversión de capitales externos e incluyen en ellas la carencia de normas protectoras del medio ambiente, en lo que se ha denominado *dumping social* (los elementos más comunes del *dumping social* son el *dumping ambiental* y el *dumping laboral*).

En razón de lo expuesto, surge con claridad un principio del derecho ambiental: el principio de cooperación internacional para la protección del medio ambiente.[26] La globalización impone reglas muy claras a los países para evitar catástrofes ambientales mundiales; se requiere que todos y cada uno de ellos acuerde políticas homogéneas que permitan que la solución a estas amenazas —entre las cuales una de las más importantes es el calentamiento global— no afecten la competitividad de ninguno de ellos. Por más que se realicen declaraciones universales a favor de un desarrollo sustentable, que además reduzcan la emisión de gases con efecto invernadero como objetivo fundamental de las políticas públicas, ellas están sometidas a concertaciones para que no afecten la competitividad internacional.

[26] Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya, *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Madrid, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 47 y ss.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

V. La preocupación internacional por el cambio climático

En 1972 se publica *Los límites del crecimiento; informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*, un informe científico en el que se destaca la afectación a la naturaleza del sistema de desarrollo mundial, derivado en especial de la acelerada industrialización, del crecimiento poblacional, del crecimiento de la producción de bienes materiales y alimentos, que agotan los recursos naturales, y la contaminación ambiental en general. El informe predice que, si se continúa con esas tendencias, en cien años se llegaría al límite del crecimiento derivado, entre otras causas, del agotamiento de los recursos naturales. En el informe se presentan los efectos nocivos del incremento de la emisión de gases con efecto invernadero y su origen antropocéntrico.[27] El informe tuvo un fuerte impacto mundial, por su difusión masiva, por la rigurosidad de sus análisis y por la fuerte polémica que desató en el mundo académico y político. En 2019 se publicó un nuevo informe del Club de Roma en el cual se actualizan, en especial, los efectos devastadores del cambio climático.[28]

En ese mismo año de 1972 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) convocó a una convención internacional en Estocolmo, mediante la cual se elaboró un informe riguroso sobre los principales aspectos que afectan al medio ambiente, que ponen en peligro la subsistencia de la biodiversidad y de los recursos naturales. Así se sentaron las bases del moderno derecho internacional ambiental. En el tema que nos concierne destaca la preocupación por el calentamiento global y sus efectos destructivos en múltiples áreas del quehacer humano.[29] En plena Guerra Fría no participaron en la reunión los principales países socialistas. No obstante, estos informes y declaraciones no vinculantes marcarían el inicio de múltiples reuniones institucionales de organismos no gubernamentales y de sectores políticos que exigían que se incorporara el tema ambiental en sus programas. Todo ello hasta lograr que en los

[27] Meadows, Donella H., Randers, Jorgen y Behrens, William W.; Meadows, Denis L. (dir.), *Los límites del crecimiento; informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*, trad. de Ma. Soledad Loaeza de Graue, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, 256 p.

[28] Weizsacker, Ernst von y Wijkman, Anders, *Come on! Capitalismo, cortoplacismo, población y destrucción del planeta*, trad. de Silvia Yusta Fernández, Viscaya, Deusto, 2019, 790 p.

[29] Fazio, Horacio, *Cambio climático, economía y desigualdad; los límites del crecimiento en el siglo XXI*, Buenos Aires, Eudeba, 2018, pp. 124 y ss.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

inicios de la década de los noventa del siglo pasado se firmaran los dos tratados con fuerza vinculante más importantes en materia ambiental.

Tiempo después se celebró la Cumbre de la Tierra, Río 1992, uno de los eventos de cooperación internacional más importante y constructivo de las negociaciones estatales, que tuvo como resultado principal la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB) y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMCC). Estos dos instrumentos son quizá dos de los tratados con mayor número de países parte: 196 miembros la CDB y 197 el CMCC, comparados con los 164 miembros de la OMC. Esa diferencia de un país miembro entre ambos convenios ambientales se debe precisamente a los efectos competitivos a que se hizo referencia. El CDB presenta definiciones concretas sobre recursos genéticos, conocimientos tradicionales, y reconoce la soberanía de los Estados sobre ellos, el derecho de explotarlos y de regular su acceso; también establece reglas rigurosas vinculadas a la feroz lucha internacional de países y corporaciones por el material genético silvestre y cultivado. El CMCC, en cambio, establece reconocimientos sobre necesidades de acción, y el compromiso de acordar acciones conjuntas, pero no fija objetivos ni metas cronológicas precisas; ellas dependen de acuerdos específicos que sólo comprometen a los países parte que los suscriben. Es por ello por lo que, históricamente, el CDB ha tenido un miembro menos que el CMCC; ese miembro es Estados Unidos de América (EUA), que no firma el CDB, pero sí el CMCC.

Pese a su carencia de compromisos vinculantes, el CMCC aportó el reconocimiento de principios que conforman la estructura nodal del derecho ambiental; reconoce el origen antropocéntrico del cambio climático, originado en gran medida por los incrementos históricos en la emisión de gases con efecto invernadero; y establece por ello que las partes deben asumir responsabilidades comunes, pero diferenciadas, para evitar que el mismo se incremente. Además, compromete a las partes a reconocer como objetivo el desarrollo sostenible y aplicar el principio precautorio, es decir, "cuándo haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas" (artículo 3). No menos importante es que reconoce las carencias y las necesidades específicas de los países en desarrollo.

La meta es reducir el incremento promedio de la temperatura de la tierra a 2° C, o de ser posible 1.5° C. Esa fue la propuesta que se aprobó en la COP de París de 2015 respecto al promedio del inicio del calentamiento an-

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tropocéntrico (1850/1900), considerado por muchos científicos una meta lograble —y por otros, una utopía—. En el Acuerdo, no vinculante, no se hace referencia a magnitudes precisas en las cuales debería reducir sus emisiones países concretos o grupos de países. La primera reglamentación que se propuso establecer objetivos y metas a cumplir por los países parte fue el Protocolo de Kioto, que no logró mayores éxitos; y en sus últimos años fue abandonado por los principales emisores.

Luego de muchos debates, la presión internacional de los ambientalistas y de las academias científicas lograron que se convoque a la COP 15, en París. En esa reunión, si bien persistieron los conflictos político-crematísticos, se arribó a un acuerdo vinculante, más preciso, con objetivos y metas.

> Artículo 2o. 1. El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, y para ello:
>
> *a)* Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2º C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático;[30]

También se sostuvo el compromiso de las partes de reducir emisiones, sobre la base de esfuerzos comunes pero diferenciados, que tomen en cuenta la situación de los países en desarrollo:

> Artículo 4
>
> 1. Para cumplir el objetivo a largo plazo referente a la temperatura que se establece en el artículo 2, las Partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible, teniendo presente que las Partes que son países en desarrollo tardarán más en lograrlo, y a partir de ese momento reducir rápidamente las emisiones de gases de efecto invernadero.[31]

[30] Acuerdo de París del Convenio Marco sobre Cambio Climático. ONU, 2015. Se registró el 4 de noviembre de 2016; con 195 países signatarios al 1o. de enero de 2024.

[31] Idem.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Se programó fijar metas temporales y compromisos de las partes para cumplirlos en la próxima COP, que se debía reunir en Santiago de Chile. Sin embargo, debido a movimientos sociales de protesta, ajenos a los temas ambientales, la COP se celebró en Madrid, aunque con pobres resultados.

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para 2030, aprobados por la ONU en 2015, incluyen como objetivo 13 una *acción climática*. Allí se describe sucintamente el problema y se establecen metas a cumplir que no difieren, en términos generales, de las establecidas en las CPO del CMCC. Por su parte, el objetivo 7 está relacionado directamente con el cambio climático, en cuanto a la meta de garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.[32] En un informe sobre la evolución de las metas, el Secretario General de la ONU señaló que el programa implicaba una disminución de las emisiones mundiales del 9% por año hasta 2030; sin embargo, en 2023 habían aumentado un 1%. Por otro lado, en el mismo informe se destacó que el 1% más rico emite tanto como los dos tercios de la humanidad.[33]

La Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a una reunión en Estocolmo, los días 2 y 3 de junio de 2022, para conmemorar el 50 aniversario de Estocolmo 72, que denominó "Estocolmo+50", cuyo lema es "un planeta sano para la prosperidad de todos: nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad". Si bien se trataron temas de interés, sólo se acordaron diez recomendaciones no regulatorias para fortalecer la acción multilateral orientada a preservar la biodiversidad, detener el cambio climático y eliminar la contaminación. En el tema que nos ocupa destaca la recomendación 5, relativa a "alinear los flujos financieros públicos y privados con los compromisos medioambientales, climáticos y de desarrollo sostenible".[34]

La COP 28, celebrada en Dubái, inició con bajas expectativas, entre otros motivos por ser el país sede un importante exportador de petróleo; sin embargo, sus resultados fueron bastante positivos. Se llegó a la conclusión —al

[32] Organización de las Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2015.

[33] *Cfr.* Organización de las Naciones Unidas, "Cambio climático: no somos los dinosaurios, somos el meteorito, advierte Guterres", Noticias ONU, 5 de junio de 2024, disponible en: https://news.un.org/es/story/2024/06/1530321 (fecha de consulta: 5 de julio de 2024).

[34] Organización de las Naciones Unidas, Estocolmo+50: "un planeta sano para la prosperidad de todos: nuestra oportunidad, nuestra responsabilidad", Estocolmo, Organización de las Naciones Unidas, 2 y 3 de junio de 2022.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

igual que en las anteriores reuniones— de que se había avanzado en la reducción de emisiones, pero no en el grado suficiente, y se propusieron nuevas metas: reducir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero un 43% hasta 2030, y un 60% hasta 2035 en relación con los niveles de 2019, así como alcanzar las emisiones netas de dióxido de carbono cero para 2050. Y si bien no se establecieron sanciones por el incumplimiento de los avances acordados, los países partícipes (198) se comprometieron a realizar informes claros y detallados cada cinco años de los aportes a la reducción de la emisión de gases con efecto invernadero.[35] A partir de esta COP podemos ver con cierto optimismo el comportamiento de los países desarrollados, que han sido impactados por los fenómenos —más bien desastres— naturales atribuibles al cambio climático. Pero en esta negociación, al igual que en las anteriores, siguieron pesando las posiciones de las grandes corporaciones, en especial en el tema de cooperación tecnológica.

VI. Cambio climático y propiedad intelectual

La reducción de la emisión de los gases con efecto invernadero, como se expuso, depende en gran medida de la producción industrial, y en menor medida de la agropecuaria, la cual está en constante expansión. Las principales expectativas se centran en la eliminación de carbón, gas y petróleo en la generación de energía, así como en la modernización de las técnicas de producción de carne vacuna o en la reducción de su consumo. En efecto, el consumo de carne se incrementa año a año, y subsisten las dificultades para evitar que el ganado continúe emitiendo dióxido de carbono, metano y ácido nitroso a la atmósfera. En especial, el metano retiene más calor que el dióxido de carbono.[36] Al respecto, se estima que cada vaca emite 500 litros de metano por día.[37] Las propuestas para compatibilizar la demanda creciente de carne

[35] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre Cambio Climático; Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 28o. período de sesiones, celebrado en los Emiratos Árabes Unidos del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2023, documentos FCCC/CP/2023/11/Add.1 y FCCC/CP/2023/11/Add.2.

[36] Fiala, Nathan, "Alimentación y efecto invernadero", *cit.*, pp. 76-79.

[37] Cfr. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "La PI en la práctica: Con cada vaca podemos salvar el clima", Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Suiza, núm. 1, 2024, p. 43-45.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

vacuna —que se incrementará en el mediano plazo, al menos hasta 2050, según estimaciones de FAO— con las políticas ambientales se basan en la reorientación de las prácticas de consumo de proteínas, con efectos limitados, y en propuestas sustentadas en la investigación científica y tecnológica. Estas propuestas incluyen el desarrollo de: 1) nuevas carnes de origen vegetal; 2) carne cultivada a partir de células animales, y 3) productos ricos en proteínas derivados de la fermentación rápida por microorganismos.[38]

Es decir, el cumplimiento de los objetivos concertados en los tratados internacionales, protocolos y acuerdos, depende en gran medida de nuevas tecnologías que permitan, simultáneamente, ahorrar energía y producir energía limpia a costos aceptables. Se están generando nuevas tecnologías vinculadas a las emisiones. Según un informe de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) un tercio de las invenciones patentadas, y un 31 % de las familias de patentes, atienden directa o indirectamente trece de los ODS, donde se destacan las relacionadas con los objetivos 7 (energía) y 13 (acción climática).[39] Pero esa tecnología está patentada, y los titulares las explotan haciendo uso, o abuso, según los casos, del privilegio, lo cual encarece sustancialmente los proyectos.

La generación de energía eléctrica con reactores nucleares se realiza, en parte, con tecnología conocida; sin embargo, después de accidentes ocurridos en centrales que se consideraban modernas y seguras —como el ocurrido en Fukushima en 2011— se requiere que las nuevas tecnologías se ajusten a las necesidades de mayor eficiencia y seguridad. También se debe recurrir a nuevas técnicas para reducir las dificultades y elevado costo del retiro y confinamiento de los residuos nucleares; riesgos y dificultades que han limitado las políticas de expansión de esta fuente de energía. Alemania, por ejemplo, a partir del desastre de Fukushima, suspendió su programa de desarrollo de reactores nucleares generadores de energía eléctrica, por lo que fue demandada por la empresa contratada para su construcción por más de 5000 millones de euros.[40] Si bien es probable que las investigaciones científicas permitan

[38] United Nations Environment Programme [UNEP], "What's cooking? An assessment of potential impacts of selected novel alternatives to conventional animal products", UNEP's Special Edition Frontiers Report, Nairobi, UNEP, 8 de diciembre, 2023.

[39] Cfr. Harrison, Christopher, "Los datos sobre patentes muestran que un tercio de las invenciones guardan relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, Suiza, núm. 1, 2024, pp. 27 y ss.

[40] Vatenfall vs. Alemania, solución de controversias bajo sistema CIADI y su evolución en la

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en un breve plazo la reducción de costos, la multiplicación de centrales nucleares generadoras de energía eléctrica debería avanzar en paralelo con convenios internacionales que permitan evitar la proliferación de armamentos nucleares, sobre la base de que esta multiplicación se realizaría, en principio, en los países industrializados y en algunos de desarrollo medio —quizá en Latinoamérica Brasil, México, Argentina y Colombia—.[41] Un avance importante en este sentido se logró en la COP 28, celebrada en Dubái, en la que los países parte se comprometieron a dejar de utilizar combustibles fósiles en sistemas energéticos para lograr emisiones cero en el año 2050, y estimular el desarrollo de tecnologías de emisión cero y bajas como energías renovables, energía nuclear y almacenamiento de carbono. Destacamos de estos acuerdos el relacionado con la eliminación de los generadores de energía alimentados con combustibles fósiles y la aceptación de la opción nuclear como una de las salidas posibles, o al menos como una parte necesaria de las tecnologías con cero o baja emisión.[42]

Reiteramos, entonces, que generar energía con procesos que eliminen o disminuyan la emisión de gases con efecto invernadero requiere de recursos humanos calificados, científica y tecnológicamente, y de nuevas tecnologías patentadas en general por las grandes corporaciones. Este problema presenta un dilema ético en la relación tecnología, propiedad intelectual y cambio climático: ¿cómo definir las responsabilidades en la cooperación personal, nacional e internacional para evitar una catástrofe climática? Veamos un primer punto de partida: los países industrializados lograron gran parte de su progreso agotando recursos que ahora pretenden que los países en desarrollo preserven; y los países pobres demandan la cooperación de los países más industrializados para poder cumplir las metas que estos les exigen. Teóricamente los países industrializados aceptan y acuerdan satisfacer estas exigencias. Es así como en los convenios internacionales los países industrializados se comprometen a brindar cooperación técnica a los países en desarrollo. En términos muy generales, así lo vemos en el Convenio Marco:

base de datos del CIADI (Banco Mundial).

41 Deutch, John M. y Moniz, Ernest J., "La opción nuclear", Investigación y Ciencia, España, núm. 362, noviembre, 2006, pp. 42-49.

42 ONU Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre Cambio Climático, Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 28º período de sesiones, celebrado en los Emiratos Árabes Unidos del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2023 documentos FCCC/CP/2023/11/Add.1 y FCCC/CP/2023/11/Add.2.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Artículo 11. Mecanismo de financiación 1. Por la presente se define un mecanismo para el suministro de recursos financieros a título de subvención o en condiciones de favor para, entre otras cosas, la transferencia de tecnología. […]

Artículo 12. Transmisión de información relacionada con la aplicación.

[…]

7. A partir de su primer período de sesiones, la Conferencia de las Partes tomará disposiciones para facilitar asistencia técnica y financiera a las Partes que son países en desarrollo, a petición de ellas, a efectos de recopilar y presentar información con arreglo a este artículo, así como de determinar las necesidades técnicas y financieras asociadas con los proyectos propuestos y las medidas de respuesta en virtud del artículo 4.[43]

En el Protocolo de Kioto se diferencian sustancialmente las responsabilidades de los países industrializados, principales emisores de gases con efecto invernadero, respecto a los países en desarrollo, a los cuales prácticamente se les eximía de aportar a la reducción mundial de emisiones.

Similar a lo establecido en el Acuerdo Marco es el compromiso adoptado en el Convenio de París:

Artículo 9. 1. Las Partes que son países desarrollados deberán proporcionar recursos financieros a las Partes que son países en desarrollo para prestarles asistencia tanto en la mitigación como en la adaptación, y seguir cumpliendo así sus obligaciones en virtud de la Convención. […]

Artículo 10. 2. Las Partes, teniendo en cuenta la importancia de la tecnología para la puesta en práctica de medidas de mitigación y adaptación en virtud del presente Acuerdo y tomando en consideración los esfuerzos de difusión y despliegue de tecnología que ya se están realizando, deberán fortalecer su acción cooperativa en el desarrollo y la transferencia de tecnología.

6. Se prestará apoyo, también de carácter financiero, a las Partes que son países en desarrollo para la aplicación del presente artículo, entre otras cosas para fortalecer la acción cooperativa en el desarrollo y la transferencia de tecnología en las distintas etapas del ciclo tecnológico, con miras a lograr un equilibrio entre el apoyo destinado a la mitigación y a la adaptación.[44]

El compromiso contraído por los países desarrollados es de cumplimiento obligatorio; esto queda claro en la literalidad del texto cuando señala que

[43] Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, ONU, 1992.

[44] Acuerdo de París del Convenio Marco sobre Cambio Climático, ONU, 2015. Se registró el 4 de noviembre de 2016; con 195 países signatarios al 1o. de enero de 2024.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

"las partes que son países desarrollados *deberán*". Pese a ello, no se establecen categorías de ambos tipos de países, ni porcentuales que deberán aportar respecto a qué proyectos, prioridades en las causales y países receptores, ni tiempo en el que se deberán realizar los aportes.[45]

Por otra parte, cuando es necesario recurrir a la cooperación tecnológica se presenta un claro obstáculo: los titulares de las patentes, que protegen las tecnologías que se requieren, son personas jurídicas privadas a quienes no comprometen los convenios internacionales suscritos por los países en los cuales tienen la sede sus matrices. Es más, no sólo no cumplen con lo acordado en las negociaciones sobre cooperación científica y transferencia de tecnologías de punta, sino que no se consideran comprometidos éticamente con estos proyectos.[46] La respuesta a la solicitud de los países en desarrollo de flexibilización en la interpretación del Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculada al Comercio (ADPIC) por parte de los países industrializados ha sido negativa. La solución que proponen es incrementar el fondo de financiamiento aportado especialmente por los países más poderosos, lo cual permite asistir a los países que lo requieran de créditos blandos para adquirir tecnología, sin afectar —más bien apoyando— a las corporaciones transnacionales (véanse los acuerdos de las COP París y COP Dubái).

VII. La vía verde

Muchos países establecieron un proceso especial, acelerado, para facilitar el procedimiento que permite obtener una patente cuyas reivindicaciones se orientan a solucionar problemas ambientales —en especial, aquellos relacionados con el cambio climático—. Con diferentes características, China, Reino Unido, Australia, Israel, Japón, República de Corea, Brasil y Estados Unidos implementaron la llamada "vía verde".[47] Sin embargo, esta propuesta no beneficia a los países en desarrollo; por el contrario, podría perjudicarlos.

[45] Ferrer Lloret, Jaume, "La transparencia y el control internacional en el Acuerdo de París de 2015: ¿Un self contained regime?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, España, núm. 38, 2019, p. 8.

[46] Cfr. Brown, Abbe E. L., *Intellectual property, climate change and technology; managing national legal intersections, relationships and conflicts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 368 p.

[47] Mateos Candelario, Fátima, "Tendencias tecnológicas en patentes para mitigar el cambio

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por un lado, el problema que generan las patentes es la posibilidad que tienen sus titulares de elaborar bienes de consumo o maquinarias, a un determinado precio, y venderlo según un análisis de mercado que no se vincula con el costo de producción, sino con el interés que genera el producto, con la necesidad que va a satisfacer y con la solvencia del adquirente potencial. Por otro lado, es probable que un proceso acelerado en el trámite de la patente pueda hacer que el análisis de fondo se realice de manera rápida y superficialmente, lo que puede dar lugar a que se otorgue la patente a un supuesto invento que, con un análisis de fondo con tiempo y mejor criterio, hubiera derivado en el rechazo de la solicitud.

Así, una creación ingeniosa, pero sin nivel inventivo, otorgaría al titular de la patente la posibilidad de encarecer un producto o proceso de interés; u otorgaría la patente a un simple agregado ingenioso, que prolonga la vigencia de la patente anterior sin justificación.[48] También se ha propuesto que se otorgue apoyo financiero para el trámite de patentes "verdes", relacionadas con el cambio climático, organizar un esquema de colaboración entre las oficinas de patente de los diferentes países para acelerar los dictámenes, apoyar financieramente este tipo de trámites (o reducir los cánones que se exigen), mejorar el sistema de clasificación para lograr una más rápida ubicación de las solicitudes para el dictamen de novedad.[49] Son todas vías útiles para los países industrializados, en donde se generan las invenciones, pero no aportan soluciones a los países en desarrollo que, de obtenerlas, tienen que pagar regalías demasiado elevadas.

VIII. El tema en el Consejo ADPIC (OMC)

El cambio climático se vincula directamente con el principio de "equidad generacional", con el desarrollo sustentable. Una acción climática exitosa permitiría el desarrollo sostenible al proporcionar un entorno climático pla-

climático", en Candelario Macías, María Isabel (dir.), *Oportunidades y retos de la propiedad industrial en el cambio climático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 59-60.

[48] Batista, Lívia Regina, "The intersection between intellectual property, public health and access to climate-related technologies", South Centre Research Papers, Suiza, núm. 188, 7 de diciembre, 2023, pp. 22-24.

[49] Mateos Candelario, Fátima, "Tendencias tecnológicas…", *cit.*, 59 y 60.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

netario estable y saludable.[50] Más importante aún es su relación con el derecho humano a un medio ambiente saludable, reconocido en el Protocolo de San Salvador de la Convención Americana de Derechos Humanos[51] y con el derecho humano a la vida y a la salud. Son múltiples los estudios científicos que se refieren a los efectos nocivos del cambio climático en la salud en los países en los que repercute con más fuerza el cambio climático, así como las dificultades para atender estas enfermedades en los países pobres y en aquellos en desarrollo. Estos argumentos fueron esgrimidos por países en desarrollo (inicialmente por Ecuador en el año 2012) ante el Consejo de los ADPIC, en el debate sobre el aprovechamiento de las flexibilidades que obran en el Acuerdo, que se plasmaron *a posteriori* en el artículo 31 bis, ya que el problema es similar: son difíciles de aplicar las flexibilidades previstas en el artículo 8.1 o aplicar medidas coercibles previstas en el artículo 8.2, si se carece de conocimientos tecnológicos suficientes en el país de que se trate:

> Artículo 8. Principios. 1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.
>
> 2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.[52]

Las respuestas de los países industrializados fueron las tradicionales, esto es, destacar la importancia del sistema de patentes como estímulo a la solución de problemas técnicos y el peligro de que se redujeran las inversiones en investigación tecnológica. El último debate sobre el tema se realizó en 2016, sin que se obtuvieran resultados positivos. Y en las siguientes reuniones dejó de ser un tema de la agenda a tratar; se le pasó a temas generales.[53]

[50] *Cfr.* Xiang, Joy Y., *Climate change, sustainable development and cleantech; a pathway for developing countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, 224 p.

[51] Si bien no se reconoce en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[52] Acuerdo ADPIC de la OMC.

[53] *Cfr.* Batista, Livia, "The intersection between intellectual property…", *cit.*

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Consideramos que en todas aquellas situaciones en que se ven comprometidos intereses sustantivos de la humanidad, como es el caso del cambio climático o las pandemias, los países deberían estar facultados para otorgar licencias obligatorias de forma expedita, sin litigios, con definición de regalías adecuadas *a posteriori*, y sin la posibilidad de que se demanden medidas cautelares. Es decir, se deberían sancionar disposiciones similares a las establecidas en el artículo 31 bis del Acuerdo ADPIC de la OMC. Pero esta es una propuesta que sistemáticamente han rechazado los países industrializados, tal cual se puso de manifiesto cuando se solicitó una suspensión de las patentes necesarias para disponer de instrumental médico y fármacos necesarios para la atención de pacientes afectados por la enfermedad COVID-19.[54]

Es conveniente destacar, en este aspecto, que los funcionarios gubernamentales que han dirigido el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) se han opuesto de manera expresa o tácita a las licencias obligatorias, en un claro exceso de aplicación de medidas liberales y globalizantes. Sin embargo, una disposición de este tipo, propuesta y adoptada por una organización internacional reconocida como OMPI o la OMC presionarían para actuar en el sentido que proponemos.

IX. El cambio climático en los tratados de libre comercio suscritos por México

México ha celebrado múltiples tratados internacionales de libre comercio, entre los que destacan, por la novedad de incorporar un capítulo sobre medio ambiente, el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (conocido como TPP11) y el T-MEC —que es una modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte—. Un primer elemento para considerar al respecto es que en ambos tratados, pero en especial en el T-MEC, el objetivo del capítulo no es la cooperación ambiental internacional, sino evitar el "*dumping* social" de los países parte, y de México en especial.

> Artículo 24.4: Aplicación de las Leyes Ambientales. 1. Ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción

[54] Becerra Ramírez, Manuel, *La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, pp. 131 y ss.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sostenido o recurrente en una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.[55]

Un detalle que confirma nuestras afirmaciones surge de la comparación de los compromisos contraídos en los capítulos sobre propiedad intelectual y medio ambiente en ambos instrumentos. En el capítulo sobre propiedad intelectual los países se comprometen a ratificar múltiples tratados que son de interés de los países industrializados. En el caso de México uno de los instrumentos que más lo afecta es el paso del Acta 1978 del acuerdo internacional —que crea la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)— al Acta 1991. Mientras que, por otra parte, Estados Unidos y Canadá son parte de todos los tratados enumerados en este capítulo.

Por otra parte, en el capítulo sobre medio ambiente no se establece ningún compromiso de adherir o ratificar tratado alguno; por el contrario, en una disposición irrelevante pero significativa del poder de Estados Unidos en las negociaciones, ninguno de los países parte se compromete a adherirse a algún tratado ambiental, pero sí se comprometen a cumplir con los compromisos contraídos en los tratados que cada uno de ellos hubiere firmado.

> Artículo 24.8: Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente 1. Las Partes reconocen el importante papel que los acuerdos multilaterales de medio ambiente pueden jugar en la protección del medio ambiente y como una respuesta de la comunidad internacional a los problemas ambientales globales o regionales.
>
> 2. *Cada Parte afirma su compromiso para implementar los acuerdos multilaterales de medio ambiente de los que es parte.*

Ahora bien, en estos momentos Estados Unidos y Perú no han firmado la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR). Estados Unidos no ha firmado la Convención sobre Diversidad Biológica (Río 1992) y, por lo tanto, no puede suscribir sus protocolos. Australia, Canadá, República de Singapur y Chile no se han adherido al Protocolo de Cartagena de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados; mientras que Estados Unidos, Canadá, Chile, Japón y República de Singapur no se han adherido al Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización (Protocolo de Nagoya). Es decir, conforme a los compromisos contraí-

[55] T-MEC, Nuevo Tratado de Libre Comercio para México, Estados Unidos y Canadá, que cobró vigencia el 1o. de julio de 2020.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

dos, México deberá cumplir con todos los tratados precedentes, pero no lo tendrán que hacer los países enunciados arriba que no han ratificado algunos de ellos.

X. Los capítulos sobre medio ambiente en el TPP 11 y el T-MEC[56]

En la negociación de dos de los más importantes tratados de libre comercio en los que ha participado, México ha tenido como interlocutor a Estados Unidos y Canadá. Como antecedente de estos tratados se puede mencionar la inclusión (en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte) de un acuerdo paralelo sobre medio ambiente, que no preveía sanciones comerciales por la infracción de sus disposiciones, sólo sanciones económicas, con un sistema especial de solución de controversias (que se utilizó en muy pocas ocasiones).[57]

Un antecedente más cercano en el derecho internacional de un miembro del T-MEC era el Tratado de Libre Comercio de la Unión Europea con Canadá, que incluyó un capítulo sobre desarrollo sostenible y uno específico sobre comercio y medio ambiente. En el primero se hace referencia a los acuerdos multilaterales ambientales, pero seleccionando preferentemente los no vinculantes.

> Chapter Twenty-Two Trade And Sustainable Development. Article 22.1 Context and objectives 1. The Parties recall the Rio Declaration on Environment and Development of 1992, the Agenda 21 on Environment and Development of 1992, the Johannesburg Declaration on Sustainable Development of 2002 and the Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development of 2002, the Ministerial Declaration of the United Nations Economic and Social Council on Creating an environment at the national and international levels conducive to generating full and productive employment and decent work for all, and its impact on sustainable development of 2006, and the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization of 2008.[58]

[56] Cfr. González Márquez, José Juan, *El T-MEC y la protección del medio ambiente*, México, Tirant lo Blanch, 2022, especialmente cap. VI, pp. 151 y ss.

[57] Se trata del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN), paralelo al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN/NAFTA).

[58] CETA (2008). Capítulo XXII. Comercio y desarrollo sostenible. Artículo 22.1. Contexto y objetivos 1. Las Partes recuerdan la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Esta tendencia se repite tanto en el TPP11 como en el T MEC. Un primer elemento para considerar al respecto es que en ambos tratados, pero en especial en el T-MEC, el objetivo del capítulo ambiental no es la cooperación ambiental internacional, sino evitar el "*dumping* social" de los países parte, y de México en especial.

> Artículo 24.4: Aplicación de las Leyes Ambientales 1. Ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente en una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.[59]

Un detalle que confirma nuestra afirmación surge de la comparación de los compromisos contraídos en los capítulos sobre propiedad intelectual y medio ambiente en ambos instrumentos. En el primer caso, los países se comprometen a ratificar múltiples tratados de propiedad intelectual que son de interés de los países industrializados; en el caso de México, quizás uno de los que más lo afecta es el de pasar del Acta 1978 del Acuerdo Internacional que crea la UPOV, al Acta 1991; EUA y Canadá son parte de todos los tratados enumerados en estos capítulos por lo cual el compromiso es sólo para México.

Por otra parte, en el capítulo sobre medio ambiente no se establece ningún compromiso de adherir o ratificar tratado alguno; por el contrario, en una disposición irrelevante pero significativa del poder de Estados Unidos en las negociaciones, ninguno de los países parte se compromete a adherir a algún tratado ambiental, pero si se comprometen a cumplir con los compromisos contraídos en los tratados que cada uno de ellos hubiere firmado.

> Artículo 24.8: Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente 1. Las Partes reconocen el importante papel que los acuerdos multilaterales de medio ambiente pueden jugar

de 1992, la Agenda 21 sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 2002 y el Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002, la Conferencia Ministerial Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la creación de un entorno a nivel nacional e internacional propicio para generar empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos, y su impacto en el desarrollo sostenible de 2006, y la Declaración de la OIT sobre justicia social para Globalización Justa de 2008. TdA.

[59] T-MEC: Nuevo Tratado de Libre Comercio para México, Estados Unidos y Canadá, que cobró vigencia el 1o. de julio de 2020.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en la protección del medio ambiente y como una respuesta de la comunidad internacional a los problemas ambientales globales o regionales.

2. *Cada Parte afirma su compromiso para implementar los acuerdos multilaterales de medio ambiente de los que es parte.*

Es decir, conforme a los compromisos contraídos, México deberá cumplir con todos los tratados citados *infra*, pero no lo tendrán que hacer Estados Unidos, Canadá ni los restantes países miembros del TPP11.

Como se expuso, el primer tratado internacional suscrito por México en el que se incluyó un capítulo sobre medio ambiente fue el Tratado Transpacífico, un proyecto relevante de Estados Unidos que actualizó un tratado de libre comercio anterior que tenía un número reducido de países miembros (6), en el que podía integrar a múltiples Estados de América y Asia. Sin embargo, si bien se firmó durante el mandato del presidente Barak Obama, el siguiente gobernante, Donald Trump, retiró a Estados Unidos del tratado. Los restantes países decidieron negociar uno nuevo, con un contenido idéntico al anterior, al que se agregó un protocolo que modificaba en muy pocas disposiciones algunos capítulos, en especial el de propiedad intelectual. Este hecho no afectó seriamente el capítulo sobre medio ambiente; una redacción similar se incluyó en el T-MEC.

Es dable suponer que Estados Unidos fue el país que impuso la inclusión de un capítulo sobre medio ambiente más orientado, como dijimos, a evitar el *dumping* social que a estimular el desarrollo sustentable, buscando además las simpatías de los ecologistas norteamericanos. Veamos los parecidos.

Tabla 1.

TPP11. Medio ambiente	T-MEC. Medio ambiente
Comercio y biodiversidad	Comercio y biodiversidad
Artículo 20.13: Comercio y biodiversidad 1. Las Partes reconocen la importancia de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y su rol clave en el logro del desarrollo sostenible.	Artículo 24.15: Comercio y biodiversidad 1. Las Partes reconocen la importancia de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, así como los servicios ecosistémicos que proporciona, y su papel clave en el logro del desarrollo sostenible.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

2. Por consiguiente, cada Parte promoverá y alentará la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, de conformidad con su ordenamiento jurídico o política.	2. Por consiguiente, cada Parte promoverá y fomentará la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, de conformidad con su ordenamiento jurídico o política.
3. Las Partes reconocen la importancia de respetar, preservar y mantener el conocimiento y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que contribuyan a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.	3. Las Partes reconocen la importancia de respetar, preservar y mantener el conocimiento y las prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades locales que entrañen estilos tradicionales de vida que contribuyan a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.
4. Las Partes reconocen la importancia de facilitar el acceso a recursos genéticos dentro de sus respectivas jurisdicciones nacionales, de conformidad con las obligaciones internacionales de cada Parte. Las Partes además reconocen que algunas Partes requieren, a través de medidas nacionales, el consentimiento informado previo para acceder a dichos recursos genéticos de conformidad con las medidas nacionales y, cuando ese acceso sea otorgado, el establecimiento de términos mutuamente acordados, incluyendo con respecto a la distribución de los beneficios derivados del uso de dichos recursos genéticos, entre usuarios y proveedores.	4. Las Partes reconocen la importancia de facilitar el acceso a recursos genéticos dentro de sus respectivas jurisdicciones nacionales, de conformidad con las obligaciones internacionales de cada Parte. Las Partes además reconocen que algunas Partes podrán requerir, a través de medidas nacionales, el consentimiento informado previo para acceder a dichos recursos genéticos de conformidad con las medidas nacionales y, si el acceso es otorgado, el establecimiento de términos mutuamente acordados, incluyendo con respecto a la distribución de los beneficios derivados del uso de dichos recursos genéticos, entre usuarios y proveedores.
5. Las Partes también reconocen la importancia de la participación y la consulta pública, de conformidad con su respectivo ordenamiento jurídico o política, en el desarrollo e implementación de medidas relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Cada Parte pondrá a disposición del público información sobre sus programas y actividades, incluyendo programas de cooperación, relacionados con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.	5. Las Partes también reconocen la importancia de la participación y la consulta públicas, de conformidad con su respectivo ordenamiento jurídico o política, en el desarrollo e implementación de medidas relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Cada Parte pondrá a disposición del público información sobre sus programas y actividades, incluyendo programas de cooperación, relacionados con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

6. De conformidad con el Artículo 20.12 (Marcos de Cooperación), las Partes cooperarán para abordar asuntos de interés mutuo. La cooperación podrá incluir, pero no está limitada a, el intercambio de información y experiencias en áreas relacionadas con: (a) la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica; (b) la protección y preservación de los ecosistemas y los servicios del ecosistema; y (c) el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de su utilización.	6. De conformidad con el Artículo 24.25 (Cooperación Ambiental), las Partes cooperarán para abordar asuntos de interés mutuo. La cooperación podrá incluir el intercambio de información y experiencias en áreas relacionadas con: (a) la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica; (b) la integración de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica en los sectores pertinentes; (c) la protección y preservación de los ecosistemas y los servicios ecosistémicos; y (d) el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de su utilización.

Fuente: elaboración propia.

La repetición del capítulo del TPP en el T-MEC muestra el origen norteamericano de las disposiciones, aceptadas en su mayoría por Canadá.

En el capítulo ambiental no se establece ningún compromiso de los países parte de cooperar en materia científico-tecnológica, ni se contempla ninguna cláusula que permita aplicar para la protección del medio ambiente y, en especial, de una de sus manifestaciones más serias, potencial y actual generadora de catástrofe, la generación de gases con efecto invernadero. Sería de gran utilidad que los países —en especial México— pudieran utilizar las tecnologías protegidas por patentes, retribuyendo razonablemente a los titulares de las mismas, elaborando los productos que tuviera capacidad de elaborar o encargando a terceros países su elaboración, en situación similar a la prevista por el artículo 31 bis en el tema de salud.

XI. Protección de la inversión extranjera de tecnologías ambientales vinculadas al cambio climático

En la gran mayoría de los tratados de libre comercio celebrados por México se ha incluido un capítulo que protege la inversión realizada por residentes

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en los países miembros que hubieran invertido en el país (entre otros en el TPP11 y en el T-MEC). México también ha celebrado múltiples tratados bilaterales de protección de la inversión. Prácticamente todos los extranjeros o las empresas con matrices que residen fuera del país se encuentran protegidas por estos tratados.[60] Además, las empresas transnacionales tienen sede en diversos países. Si se les afecta en un país con el que no tienen un tratado de protección de inversiones, ceden las acciones a una filial con sede en un país en el que sí lo tienen y demandan. Así lo hizo Philips Morris al demandar a Uruguay y a Australia, con reclamos en sedes diferentes, en el caso del etiquetado de paquetes de cigarros.[61]

En razón de ello, uno de los obstáculos para aplicar regulaciones sólidas y efectivas en materia ambiental —y en el tema que nos ocupa, el calentamiento global— que puedan afectar a las empresas transnacionales por parte de los países que han celebrado estos tratados, es decir, por la mayoría de los países en desarrollo, es que, si se afecta a una empresa con mayoría de capital extranjero, esta puede alegar que es víctima de una "expropiación indirecta". De este modo se puede llevar el caso a un tribunal arbitral internacional, del tipo establecido en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), con el peligro de que se fije al país demandado una indemnización muy elevada. Desde 1977 a 2024 los países en desarrollo han pagado $ 82.8 mil millones de dólares en conflictos relacionados con el uso de combustibles fósiles en el sector energético.[62]

El T-MEC define la expropiación indirecta como "la medida en que el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión", y esta fue la causal de todas las demandas internacionales que recibió México. Ahora bien, desde que México celebró el TLCAN a la fecha no ha realizado expropiaciones directas conflictivas que impliquen la

[60] México firmó, al 10 de julio de 2024, doce tratados de libre comercio, que incluyen a 46 países, y treinta y dos acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Cfr. www.gob.mx (consultado el 10 de julio de 2024).

[61] Pérez Miranda, Rafael J., "La protección de la inversión extranjera en la renegociación del Tratado de Libre Comercio para América Latina", en Aparicio Ramírez, Mariana (coord.), *Del TLCAN al T-MEC; perspectivas en torno a la integración de América del Norte en un mundo multipolar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2022, pp. 100 y ss.

[62] Uribe, Daniel, "Painting the grass green: a climate change carve-out in investment agreements", *South Centre Policy Brief Investment*, Suiza, núm. 25, julio 5, 2024, pp 1-5.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

transferencia del bien al patrimonio nacional, pero recibió múltiples demandas de solución de controversias por disposiciones legales o reglamentarias en las que empresas de capital extranjeras consideraban que habían sido expropiadas indirectamente.

El T-MEC, en un Anexo en el capítulo sobre inversión, que regula sólo las relaciones entre México y Estados Unidos —Canadá no suscribió este anexo—, establece que no se considerarán expropiaciones indirectas las políticas públicas orientadas a la protección del bienestar público como la seguridad, la salud y el medio ambiente; una flexibilidad que permite a México dictar medidas sólidas en materia de medio ambiente y en especial en el tema de nuestro interés, el cambio climático, que afecta, no cabe dudas, al bienestar de la población. El problema es que la legislación mexicana sobre propiedad industrial no contempla la posibilidad de otorgar licencias obligatorias en estos casos.

> Las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas salvo en circunstancias excepcionales.[63]

Una excepción similar la encontramos en el tratado de libre comercio celebrado por Canadá con la Unión Europea.

XII. A manera de conclusión

México ha participado activamente en las conferencias internacionales sobre medio ambiente, y ha suscrito y ratificado la mayoría de los tratados internacionales multilaterales que se han celebrado —aunque no ha mostrado igual preocupación por su aplicación en el ámbito nacional—. También es dable reconocer que, en los casos en los que se han presentado contradicciones, México ha mostrado una preferencia por cumplir los convenios internacionales mercantiles.

Tanto en el TPP11 como en el T-MEC se hace referencia a diversos temas ambientales en capítulos específicos, pero el contenido sustantivo evita compromisos de adherirse a los convenios internacionales ambientales más

63 T-MEC, anexo 14 B del capítulo sobre inversión, artículo 3, b.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

importantes. Esto beneficia a Estados Unidos, que no pertenece al Convenio sobre Diversidad Biológica ni a sus protocolos, que no es parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR, 2008)[64] y que, si bien es miembro del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, se separó del Acuerdo de París de 2015. Canadá ha suscrito múltiples tratados, pero no ha ratificado los protocolos del CDB. El compromiso establecido tanto en el TPP11 como en el T-MEC, de cumplir con los tratados internacionales ambientales que hubiera firmado cada país miembro, debe ser precedido por un compromiso de los países parte de adherirse a los principales tratados y a sus protocolos o reglamentaciones.

En breve comenzarán las negociaciones para la renovación del T-MEC, prevista en el acuerdo para 2026, y México debe exigir que se reelaboren los capítulos sobre medio ambiente y agricultura. Es muy difícil que Estados Unidos y Canadá acepten adherirse a los tratados y protocolos reglamentarios a los que no pertenecen, pero proponerlo es una buena herramienta de negociación. Una línea de acción posible es insertar en el capítulo sobre medio ambiente los compromisos más importantes contenidos en el CDB y en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente de la ONU.

Se debe eliminar la disposición que fija como uno de los objetivos del T-MEC evitar el *dumping* ambiental, propuesta que debilita la posición de México en cualquier debate arbitral, y sustituirla por compromisos concretos, con metas precisas y cronogramas para una eficiente cooperación científica y tecnológica entre los tres países. Esto incluye que se reconozcan las flexibilidades establecidas en el Acuerdo ADPIC y se asimilen expresamente las causales ambientales, con las excepciones establecidas en el artículo 31 bis del ADPIC y en las flexibilidades —débiles, pero flexibilidades al fin— relacionadas con la enfermedad COVID-19. Ahora bien, ello implica una reforma profunda de la legislación mexicana sobre propiedad industrial en el capítulo sobre licencias obligatorias.

En el ámbito multilateral, es conveniente que México fije una política firme sobre la cooperación tecnológica en materia de medio ambiente, en alianza con países en desarrollo, así como exigir que se retome en el Consejo de ADPIC la aplicación de las flexibilidades del artículo 8 del Acuerdo, en términos similares a los establecidos en el artículo 31 bis, para las tecnologías

[64] Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), firmada el 10 de diciembre de 1982; a esta convención se han adherido 168 países.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

relacionadas con el cambio climático, y una cooperación científico-tecnológica efectiva.

XIII. Bibliografía

Brown, Abbe E. L., *Intellectual property, climate change and technology; managing national legal intersections, relationships and conflicts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 368 p.

Batista, Lívia Regina, "The intersection between intellectual property, public health and access to climate-related technologies", *South Centre Research Papers*, Suiza, núm. 188, 7 de diciembre, 2023.

Becerra Ramírez, Manuel, *La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, 194 p.

Candelario Macías, María Isabel (dir.), *Oportunidades y retos de la propiedad industrial en el entorno del cambio climático*, Valencia, Tirant lo Blanch 2023, 350 p.

Deutch, John M. y Moniz, Ernest J., "La opción nuclear", *Investigación y Ciencia*, España, núm. 362, noviembre, 2006, pp. 42-49.

Fajardo del Castillo, Teresa, *La protección del medio ambiente y el desafío climático; 50 años después de la Declaración de Estocolmo*, Madrid, Dykinson, 2024, 204 p.

Fazio, Horacio, *Cambio climático, economía y desigualdad; los límites del crecimiento en el siglo XXI*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.

Fiala, Nathan, "Alimentación y efecto invernadero", *Investigación y Ciencia*, España, núm. 391, abril, 2009, pp. 76-79.

Ferrer Lloret, Jaume, "La transparencia y el control internacional en el Acuerdo de París de 2015: ¿Un *self contained regime?*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, España, núm. 38, 2019, pp. 1-50.

Foster, John Bellamy y Clark, Brett, *El robo de la naturaleza; el capitalismo y la fractura ecológica*, trad. de Javiera Mondaca, Manresa, Bellaterra Edicions, 2023, 320 p.

González Márquez, José Juan, *El T-MEC y la protección del medio ambiente*, México, Tirant lo Blanch, 2022, 254 p.

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

González Santaló, José Miguel, "Los costos de reducir emisiones de CO", *Revista Energía a Debate*, México, año 13, núm. 77, noviembre-diciembre, 2016, pp. 66-68.

Harrison, Christopher, "Los datos sobre patentes muestran que un tercio de las invenciones guardan relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible", *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, Suiza, núm. 1, 2024.

Hawking, Stephen, *El universo en una cáscara de nuez*, trad. de David Jou, Barcelona, Crítica, 2002, 216 p.

Intergovernmental Panel on Climate Change [IPCC], *Un informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático. Cambio Climático 2023. Informe de síntesis*, Ginebra, IPCC, 2023.

Juste Ruiz, José y Castillo Daudí, Mireya, *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Madrid, Tirant Lo Blanch. 2014.

Klein, Naomi, *Esto lo cambia todo; el capitalismo contra el clima*, México, Paidós, 2015.

Lizoain, David, *Crimen climático; cómo el calentamiento global está provocando un genocidio*, Madrid, Debate, 2023.

López Bermúdez, Francisco, "La interacción humanidad-tierra: el antropoceno", en Vicente Giménez, Teresa y Berzosa, Carlos (coords.), *Justicia ecológica en la era del antropoceno*, Madrid, Trotta, 2016, pp. 71-124.

Mateos Candelario, Fátima, "Tendencias tecnológicas en patentes para mitigar el cambio climático", en Candelario Macías, María Isabel (dir.), *Oportunidades y retos de la propiedad industrial en el cambio climático*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 55-72.

Meadows, Donella H., Randers, Jorgen y Behrens, William W.; Meadows, Denis L. (dir.), *Los límites del crecimiento; informe al Club de Roma sobre el predicamento de la humanidad*, trad. de Ma. Soledad Loaeza de Graue, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

Miller, G. Tyler, *Ciencia ambiental: desarrollo sostenible, un enfoque integral*, 8a. ed., México, Thomson, 2007.

Molina, Mario, Sarukhán, José y Carabias, Julia, *El cambio climático; causas, efectos y soluciones*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Organización de las Naciones Unidas, "Cambio climático: no somos los dinosaurios, somos el meteorito, advierte Guterres", *Noticias ONU*, 5 de junio de 2024. https://news.un.org/es/story/2024/06/1530321 (fecha de consulta: 5 de julio de 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Organización de las Naciones Unidas, Acuerdo de París del Convenio Marco sobre Cambio Climático, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 2015.

Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1992. http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf (fecha de consulta: 20 de mayo de 2020).

Organización de las Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 25 de septiembre de 2015.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, "La PI en la práctica: Con cada vaca podemos salvar el clima", *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, Suiza, núm. 1, 2024, pp. 43-45.

Pérez Miranda, Rafael J., "La protección de la inversión extranjera en la renegociación del Tratado de Libre Comercio para América Latina", en Aparicio Ramírez, Mariana (coord.), *Del TLCAN al T-MEC; perspectivas en torno a la integración de América del Norte en un mundo multipolar*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2022, pp. 91-109.

Robinson, John; Bradley, Mike; Bubsy, Peter; Connor, Denis; Murray, Anne; Sampson, Bruce, y Soper, Wayne, "Climate change and sustainable development: realizing the opportunity", *Ambio*, Suecia, vol. 35, núm. 1, febrero, 2006, pp. 2-8.

Rodríguez Valls, Francisco, "Hombre y naturaleza", en Arana, Juan (ed.), *Guía Comares de filosofía de la naturaleza*, Granada, Comares, 2016, pp. 217-233.

Soriano Clemente, Carles, *Antropoceno; reproducción de capital y comunismo*, Madrid, Maia Ediciones, 2021, 272 p.

Steren, Nicholas H., *El informe Stern: la verdad sobre el cambio climático*, trad. de Albino Santos y Joan Vilatella, Barcelona, Paidós, 2007, 389 p.

Tratado de Libre Comercio para México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). México, Estados Unidos, Canadá, 2020.

Tratado de Libre Comercio de la Unión Europea y Canadá (CETA). Unión Europea y Canadá, 2014.

Thirlway, Cecilia, "Cambio climático: es hora de actuar", *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, Suiza, marzo de 2020.

United Nations Environment Programme [UNEP], "What's cooking? An assessment of potential impacts of selected novel alternatives to conven-

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368
Rafael J. **Pérez Miranda**
Cambio climático y cooperación internacional científico-tecnológica
e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tional animal products", *UNEP's Special Edition Frontiers Report*, Nairobi, UNEP, 8 de diciembre, 2023.
Uribe, Daniel, "Painting the grass green: a climate change carve-out in investment agreements", *South Centre Policy Brief Investment*, Suiza, núm. 25, julio 5, 2024, pp. 1-5.
VV. AA., "Propuestas innovadoras para la energía", *Investigación y Ciencia*, España, núm. 418, julio, 2011, pp. 88-95.
Weizsacker, Ernst von y Wijkman, Anders, *Come on! Capitalismo, cortoplacismo, población y destrucción del planeta*, trad. de Silvia Yusta Fernández, Viscaya, Deusto, 2019.
Xiang, Joy Y., *Climate change, sustainable development and cleantech; a pathway for developing countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022.

Cómo citar

IIJ-UNAM
Pérez Miranda, Rafael J., "Cambio climático y cooperación científico-tecnológica", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19368. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368

APA
Pérez Miranda, R. J. (2025). Cambio climático y cooperación científico-tecnológica. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19368. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19368

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cambio climático, geopolítica y conflictos: un desafío para la seguridad internacional y nacional[1]

Climate change, geopolitics and conflicts: a challenge for international and national security

Changement climatique, géopolitique et conflits: un défi pour la sécurité internationale et nationale

Rosalía **Ibarra Sarlat**

https://orcid.org/0000-0002-6210-8530

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: ribarra@unam.mx

Recibido: 18 de abril de 2024
Aceptación: 23 de julio de 2024
Publicación: 4 de octubre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060

Resumen: El fenómeno climático es concebido como un "multiplicador de amenazas" que extrema inestabilidades existentes y exacerba conflictos en los ámbitos internacional y nacional, generando el vínculo: cambio climático y seguridad. De ahí que la securitización climática sea integrada cada vez más en las estrategias de seguridad nacional; tal es el caso de Estados Unidos y la Unión Europea. No obstante, en el ámbito internacional es un proceso actualmente en discusión en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, debido a las graves implicaciones políticas que

[1] Este estudio es el resultado de una investigación desarrollada en mi estancia sabática en el Centro de Estudios de Derecho Ambiental (CEDAT) del Departamento de Derecho Público de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España, la cual fue posible gracias a la beca otorgada por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en el marco del Programa de Apoyos para la Superación del Personal Académico de la UNAM (PASPA) a cargo de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA), Dirección de Formación Académica, Departamento de Becas al Extranjero.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

puede conllevar. En este contexto, este estudio analiza diversas teorías en torno a la evolución del objeto de la seguridad, con la finalidad de determinar las bases conceptuales del proceso de securitización climática, para así determinar cuáles son las amenazas directas e indirectas que se perciben contra la seguridad internacional y nacional; cómo y por qué la crisis climática se convierte en un problema de seguridad, y de qué tipo de seguridad se trata; quién tiene el interés en securitizar este fenómeno, para qué y quién se beneficia. Las respuestas a estas preguntas nos aproximan a dilucidar los pros y contras de este proceso, lo cual es concretamente analizado en dos actuales potentes amenazas: los desplazados climáticos y la competencia por el control de los recursos estratégicos para la transición energética.
Palabras clave: cambio climático, geopolítica, conflictos, seguridad internacional, seguridad nacional, securitización climática.

Abstract: The climate phenomenon is conceived as a "threat multiplier" that exacerbates existing instabilities and increases conflicts at the international and national levels, generating the link: climate change and security. Hence, securitization of climate change is increasingly integrated into national security strategies, such is the case of the United States and the European Union, however, in the international community, it is a process currently under discussion in the Security Council of Nations United States due to of the serious political implications it may entail. In this context, this study analyzes various theories regarding the evolution of the object of security in order to determine the conceptual bases of the process of securitization of climate change, to determine what are the direct and indirect threats that are perceived against international and national security, how and why the climate crisis becomes a security problem, what kind of security is involved, who has an interest in securitizing this phenomenon, for what and who benefits; those answers bring us closer to clearing the pros and cons of this process, which is specifically analyzed in two current powerful threats: the climate displaced persons and competition for control of strategic resources for the energy transition.
Keywords: climate change, geopolitics, conflicts, international security, national security, securitization of climate change.

Résumé: Le phénomène climatique est compris comme un "multiplicateur de menaces" qui extrême les instabilités existantes et exacerbe les conflits aux niveaux international et national, générant le lien: changement climatique et sécurité. Ainsi, la sécurisation climatique est de plus en plus intégrée dans les stratégies de sécurité nationale, comme c'est le cas des États-Unis et de l'Union Européenne, mais au niveau international c'est un processus actuellement discuté au Conseil de Sécurité des Nations Unies en raison des conséquences politiques que cela peut entraîner. Dans ce contexte, cette étude analyse diverses théories sur l'évolution de l'objet de la sécurité afin de déterminer les bases conceptuelles du processus de sécurisation climatique, et donc déterminer quelles sont les menaces directes et indirectes qui sont perçues contre la sécurité internationale et nationale, comment et pourquoi la crise climatique devient un problème de sécurité, de quel type de sécurité il s'agit, qui a intérêt à sécuriser ce phénomène, pour quoi et à qui profite; dont les réponses nous rapprochent de l'élucidation des avantages et des inconvénients de ce processus, qui est spécifiquement analysé dans deux puissantes menaces actuelles:

les déplacés climatiques et la concurrence pour le contrôle des ressources stratégiques pour la transition énergétique.
Mots-clés: changement climatique, géopolitique, conflits, sécurité internationale, sécurité nationale, sécurisation climatique.

Sumario: I. *Nota introductoria*. II. *Implicaciones geopolíticas de los impactos del cambio climático*. III. *El cambio climático como un asunto de seguridad: proceso de securitización*. IV. *Esbozo de dos potentes amenazas a la seguridad y su reflejo geopolítico*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Nota introductoria

Los impactos observados y proyectados del cambio climático irán en aumento a medida que la atmósfera y el océano continúen calentándose, siga elevándose el nivel del mar, los volúmenes de nieve y hielo continúen disminuyendo, y las concentraciones de gases de efecto invernadero no dejen de aumentar. Consecuentemente, las implicaciones sociales, como la afectación a medios de subsistencia (agua y alimentos), la destrucción de infraestructura esencial, el desplazamiento de personas, grupos y/o comunidades, el acceso a recursos naturales, entre otras, constituirán detonadores de conflictos al verse combinados con otros factores, como la lucha por el poder nacional y/o regional, la ideología, las tensiones étnicas, religiosas, nacionales, las deficiencias en la gobernanza, así como la desigualdad económica, social y política. De ahí que el fenómeno climático sea concebido como un "multiplicador de amenazas" que extrema inestabilidades existentes y exacerba conflictos en los ámbitos internacional y nacional, generando el vínculo: cambio climático y seguridad.

Al respecto, este estudio analiza cómo ahora la geopolítica está condicionada por las consecuencias del cambio climático, las cuales están generando nuevas realidades al verse modificados aspectos físico-geográficos, hidrológicos, biológicos, meteorológicos, entre otros, con afectaciones a las relaciones internacionales, donde el proceso de securitización climática está jugando un rol significativo. Para entender lo anterior, partimos de los elementos clave de la teoría realista y las tendencias expansionistas en la evolución del objeto de la seguridad, cuyo análisis se centra en el cómo y por qué un asunto se convierte en un problema de seguridad. Tales elementos nos permitirán examinar en las agendas de seguridad quién securitiza, por qué, para quién, bajo qué circunstancias y para qué.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En esta línea, se presenta un análisis sobre la idoneidad, tanto jurídica como geopolítica, del proceso de securitización actualmente discutido en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por otro lado, mediante un breve estudio de las agendas de seguridad de Estados Unidos y la Unión Europea —ello a razón de su importante posición geopolítica—, veremos cómo estas se perfilan hacia la protección de intereses nacionales frente a las amenazas y conflictos vinculados con la crisis climática, lo cual es reflejado mediante el esbozo de dos casos: el primero, referente a las consecuencias sociales del fenómeno climático donde los desplazados son una amenaza; y el segundo, relacionado con la competencia por controlar recursos estratégicos en pro de la seguridad ante economías amenazadas. Ambas situaciones, potenciadoras de conflictos con efectos en la geopolítica mundial y en las prioridades de seguridad nacional de acuerdo con intereses estratégicos, están muy alejadas del enfoque de seguridad humana, el multilateralismo y la diplomacia climática. Asimismo, subrayamos que, si bien estos últimos aspectos han sido impulsados por la política climática (derivada de los principios de cooperación y colaboración) y están bien fundamentados en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Acuerdo de París, hoy en día son cuestionables a razón del incremento de los efectos físicos del cambio climático. Esto ha causado una polarización de intereses, aunado a un proceso de securitización climática que, al parecer, está cobrando más fuerza en las estrategias de seguridad, cuyo resultado, más que beneficioso, puede resultar contraproducente por las extremas implicaciones políticas. Todo ello, al enmarcar la crisis climática en el terreno de la política exterior, lo que probablemente incremente las injusticias para los más afectados y vulnerables ante el fenómeno climático.

II. Implicaciones geopolíticas de los impactos del cambio climático

Para el desarrollo de esta investigación es importante, en principio, definir al *cambio climático*, el cual, de acuerdo con el Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático —(IPCC, por sus siglas en inglés (Intergovernmental Panel on Climate Change—,[1] hace referencia a

[1] IPCC, "Anexo I Glosario", en Masson-Delmotte V. *et al.* (eds.), *Calentamiento global de 1,5 °C,*

una variación del estado del clima identificable (p. ej., mediante pruebas estadísticas) en las variaciones del valor medio o en la variabilidad de sus propiedades, que persiste durante períodos prolongados, generalmente décadas o períodos más largos. El cambio climático puede deberse a procesos internos naturales o a *forzamientos* externos, tales como modulaciones de los ciclos solares, erupciones volcánicas y cambios *antropógenos* persistentes de la composición de la atmósfera o del uso de la tierra.

A su vez, la CMNUCC, en su artículo 1o., lo define como "un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables".

De tal manera que, a nivel conceptual, el cambio climático será entendido como una consecuencia atribuible al resultado de las actividades humanas,[2] cuya evidencia se ha detectado en los efectos que han provocado las emisiones a la atmósfera de sustancias conocidas como gases de efecto invernadero (GEI),[3] generadas por actividades antropogénicas (debido principalmente a la quema de combustibles fósiles como carbón, petróleo y gas), con la consecuente elevación de la temperatura promedio global a ritmos acelerados, y cuyos impactos han intensificado el efecto invernadero natural.

La variabilidad climática es un fenómeno global complejo que involucra sistemas físicos, biológicos, económicos, políticos y sociales; sus impactos

Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 °C con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza, Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2018, p. 75.

[2] De acuerdo con el Quinto Informe de Evaluación del IPCC, la influencia humana es la causa dominante del cambio climático desde el año 1950. Remítase a IPCC, "Resumen para responsables de políticas", en Stocker, T. F. *et al*. (eds.), *Cambio Climático 2013: Bases físicas. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2013, pp. 15, 17-19.

[3] De conformidad con el numeral 5 del artículo 1 de la CMNUCC, "«por gases de efecto invernadero» se entiende aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja". El Protocolo de Kioto reconoció en principio seis GEI en su Anexo A: Dióxido de Carbono (CO2), Metano (CH4), Óxido Nitroso (N2O), Hidrofluorocarbonos (HFC) Perfluorocarbonos (PFC) y Hexafluoruro de Azufre (SF6). Posteriormente el Trifluoruro de nitrógeno (NF3) se incluyó en el segundo periodo de compromiso del Protocolo.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

atraviesan fronteras, modifican la geografía y las condiciones meteorológicas que caracterizan a regiones y/o territorios con las consecuentes alteraciones a la geopolítica mundial, poniendo el foco de atención en temas como el dominio sobre nuevas rutas comerciales, así como sobre el acceso y control de recursos naturales estratégicos.

En este contexto, es necesario tener un acercamiento a lo que se entiende por *geopolítica*. Partiendo de su origen, es un término acuñado por primera vez en 1899 por Rudolf Kjellén, politólogo sueco, quien entendió a los Estados modernos como organismos vivos que crecen (se expanden, conquistan territorios), se desarrollan (evolucionan) y mueren (decaen).[4] En 1916 Kjellén definió a la geopolítica (*geopolitik*), en su obra *Staten som Lifsform*, como "la influencia de los factores geográficos, en la más amplia acepción de la palabra, en el desarrollo político, en la vida de los pueblos y Estados".[5] Allí la política se comprende en función de factores geográficos, pues los problemas y condiciones de un Estado surgen de sus características geográficas, sin perder de vista factores económicos y raciales.[6] Sólo recordemos que a lo largo de la historia el desarrollo de civilizaciones e imperios dependió del espacio geográfico que ocupaban y compartían con otras sociedades, pues de éste derivaban las posibilidades, vulnerabilidades y debilidades para su desarrollo, seguridad e independencia económica y política (conexión entre poder político y espacio geográfico).[7]

Por su parte, en 1928 Karl Haushofer, Erich Obst, Hermann Lautensach y Otto Maull definieron el término *geopolitik* como

> la doctrina de las relaciones de la tierra con los desarrollos políticos [...]Tiene como base los sólidos fundamentos de la Geografía, en especial de la Geografía política, como doctrina y estructura de los organismos políticos del espacio [...] Los descu-

[4] González Tule, Luis, "Organización del espacio global en la geopolítica «clásica»: una mirada desde la geopolítica crítica", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 13, núm. 1, 2018, p. 222. https://doi.org/10.18359/ries.2864

[5] Cuéllar Laureano, Rubén, "Geopolítica. Origen del concepto y su evolución", *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 13, mayo-agosto, 2012, p. 62.

[6] Encyclopedia Britannica, "Rudolf Kjellén" (Voz), en *Encyclopedia Britannica*. https://www.britannica.com/biography/Rudolf-Kjellen (fecha de consulta: 24 de octubre de 2022).

[7] *Cfr*. Contreras Polgeti, Arturo, "Análisis crítico de la geopolítica contemporánea", *Revista Política y Estrategia*, núm. 108, 2007, p. 31.

brimientos de la Geografía, en cuanto al carácter de los espacios de la tierra, representan el armazón de la Geopolítica.[8]

De manera que la geopolítica, en sus primeras acepciones, puede entenderse como la ciencia que analiza las influencias geográficas (clima, topografía, acceso al mar, etcétera) de un Estado en la política y en sus relaciones internacionales. Al respecto, Arturo Contreras señala que

> El objeto de estudio de la geopolítica es el Estado en función de sus relaciones geográficas, tanto internas como internacionales. Esta afirmación nos permite establecer, como punto de partida, que la política interna e internacional de los Estados está relacionada con el efecto que las diferentes dimensiones e interdependencias de la geografía ejercen sobre el desarrollo de la sociedad, cuya voluntad política constituye la base del poder político que el Estado representa.[9]

Siguiendo a Contreras, la geopolítica analiza los efectos que tienen para el Estado las dependencias y las interdependencias de sus interacciones espaciales internas e internacionales, por lo que bien podrían existir tantas concepciones geopolíticas como Estados.[10]

Indudablemente el entendimiento de la geopolítica ha evolucionado, integrando más elementos a su campo de estudio, tal como se vislumbra de la definición expuesta por Alberto Escalona en su obra *Geopolítica mundial y geoeconomía* de 1959:

> […] es la ciencia y arte o técnica de la aplicación del conocimiento de los factores geográficos, políticos e históricos, en acción recíproca y conjunta, para el dominio político del espacio (con todo lo que tal dominio implique en lo económico, social y cultural), previendo y aprovechando –como es propio de toda ciencia y técnica– las desigualdades de efectos que éste pueda causar debido a la desigualdad de acción de cada una y de todas estas causas justas […].[11]

Asimismo, sus actores se han ampliado. Ya no sólo es el Estado nación el principal; hoy también intervienen la sociedad civil, las organizaciones in-

[8] Cuéllar Laureano, Rubén, "Geopolítica. Origen del concepto y su evolución", *cit.*, pp. 64 y 65.

[9] *Cfr.* Contreras Polgeti, Arturo, "Análisis crítico de la geopolítica contemporánea", *cit.* p. 33.

[10] *Ibidem*, p. 34.

[11] Cuéllar Laureano, Rubén, "Geopolítica. Origen del concepto y su evolución", *cit.*, p. 75.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ternacionales y regionales, las grandes compañías multinacionales, las organizaciones no gubernamentales y otros actores influyentes[12] con intereses compartidos o contrapuestos en un contexto de relaciones espaciales multidimensionales. Ello debido a que después del fin de las guerras (Primera, Segunda, Guerra Fría, entre otras) y revoluciones (en América Latina) se instauran los Estados democráticos, dando paso a que actores no estatales tengan poca o mucha incidencia (positiva o negativa) en el actuar de los Estados y la adopción de políticas públicas.

Es de mencionar que la geopolítica abarca variables como dominación, poder, independencia, soberanía, economía, seguridad, entre otras; y a su vez es dinámica, evolutiva, multidimensional, transdisciplinaria e integradora, considerada incluso como un factor de reconstrucción y de transformación global.[13] De ahí que no sea ajena a otras variables como la tecnología o los fenómenos globales —ejemplo concreto, el cambio climático antropogénico—. De hecho, la geopolítica siempre ha estado presente en las negociaciones internacionales en materia climática, marcadas por las profundas diferencias y tensiones entre el Norte y el Sur global,[14] donde las disputas en torno a la *deuda de carbono*[15] han sido relevantes. Basta señalar que, en atención estas, el régimen jurídico internacional en materia climática adoptó como

[12] *Cfr.* Cayetano Garrido, Luis, "Geopolítica y globalización", *Revista General de Marina*, vol. 266, mes 5 (mayo), 2014, p. 654.

[13] *Cfr.* Dallanegra Pedraza, Luis, "Teoría y metodología de la geopolítica. Hacia una geopolítica de la "construcción de poder", *Perspectivas Tóricas, Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2010, pp. 16 y 26.

[14] También muy vinculadas a la discusión de lo que se conoce como la deuda ecológica, entendida como aquella "contraída por los países industrializados con los demás países a causa del expolio histórico y presente de los recursos naturales, los impactos ambientales exportados y la libre utilización del espacio ambiental global para depositar sus residuos". A nivel internacional, el término fue expuesto en reuniones alternativas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, en donde se emitió un documento que relaciona la deuda externa (que los países del sur deben a los del norte) con el tema de deuda ecológica (los deudores son personas y empresas de países ricos y los acreedores los habitantes de países pobres). Russi, Daniela *et al.*, *Deuda ecológica ¿Quién debe a quién?*, Barcelona, España, Icaria Editorial, 2003, pp. 8 y 13.

[15] Definida por Russi *et al.*, como: aquella "adquirida por la contaminación desproporcionada de la atmósfera por parte de los países industrializados por sus grandes emisiones de gases, que han causado el deterioro de la capa de ozono y el incremento del efecto invernadero". *Ibidem*, p. 14.

principio rector la "aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas"[16], pues sabemos que históricamente desde la revolución industrial determinados países del Norte han contribuido enormemente en la emisión excesiva de GEI, así como han usado (y siguen usando) de manera extensiva recursos suministrados por el Sur para mantener sus estilos de vida en el sistema capitalista imperante.[17]

Los países del Sur global no han sido los mayores contribuyentes a la crisis climática. No obstante, sus territorios son espacios en donde las consecuencias se sufren con mayor intensidad, ya sea por factores geográficos, así como económicos, políticos, sociales, institucionales, etcétera; es decir, debido a la confluencia de una variedad de vulnerabilidades que los pone en riesgo. De manera que, ante estos desequilibrios y desigualdades, bajo el principio señalado, desde 1992 año en que fue adoptada la CMNUCC, se ha demandado que los países más industrializados se involucren en mayor medida en la lucha contra el cambio climático, principalmente mediante la adopción de objetivos de reducción de emisiones ambiciosos, la transferencia de ciencia y tecnología, y el apoyo financiamiento.

En este contexto, las decisiones de actores relevantes como China, Estados Unidos, Rusia y países de la Unión Europea han definido el avance o el retroceso en el logro de objetivos. Por un lado, por su poderío político-económico y la dinámica competitiva entre potencias polarizadas;[18] y, por el otro, por encabezar la lista de los países con más emisiones de gases de efecto invernadero, especialmente CO2.[19]

[16] "Mediante el cual las responsabilidades en materia de mitigación son compartidas por todos los Estados parte, más son diferenciadas de acuerdo con su contribución al problema ambiental en cuestión, ello bajo el criterio de la "responsabilidad histórica", aunque también conforme a sus capacidades financieras, tecnológicas e institucionales". Ibarra Sarlat, Rosalía, "De la Convención Marco de las Naciones Unidas al Acuerdo de París: Una larga trayectoria científica, política y económica", en Ibarra Sarlat, Rosalía (coord.), *Cambio Climático y Gobernanza: Una visión transdisciplinaria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, p. 16.

[17] Véase Banco Mundial, *Emisiones de CO2 per cápita*. https://datos.bancomundial.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC?end=2019&start=1990&view=chart (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

[18] Sin dejar de mencionar (por el tema que nos ocupa) que actualmente China, Estados Unidos, Francia y Rusia son parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

[19] Listado en que también se incluye a India. Véase STATISTA, *Ranking mundial de los principales países emisores de gases de efecto invernadero en 2020*. https://es.statista.com/grafico/23395/

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Desafortunadamente, como es sabido, los esfuerzos no han sido suficientes. La crisis climática se agudiza año con año. Las emisiones de GEI siguen en incremento, por lo que los riesgos climáticos inminentes (observados y proyectados), de acuerdo con los informes del IPCC, van en aumento.[20] Y la cuestión es que se prevé que se incrementarán aún más ante la poca probabilidad de cumplir con el Acuerdo de París, un instrumento que, además de lograr el objetivo de la CMNUCC, tiene como encomienda reforzar la respuesta internacional para un desarrollo sustentable con bajas emisiones de GEI. Esto, con la finalidad de mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, limitando el aumento a 1,5 °C (artículo 2). Para ello, recordemos que el Acuerdo cambió la estrategia en el plano de la mitigación, sustituyendo el esquema *top-down* por el de *bottom-up*. Por consiguiente, los compromisos se concretaron en el instrumento de *Nationally Determined Contribution* (NDC), con el objetivo de que la reducción de emisiones no se limitara a algunos países, sino a todos. Esto implica una cobertura amplia donde todos los Estados son partícipes y en el que cada uno establece voluntariamente su propio aporte a la mitigación, así como su adaptación, y determina los medios para lograrlo de acuerdo con sus capacidades y circunstancias nacionales.

Por lo tanto, las NDCs son el punto medular del Acuerdo, pues el logro de sus objetivos —a mediano y largo plazo— dependerá de las acciones climáticas que cada Estado parte implemente para obtener reducciones efectivas de emisiones de GEI, a fin de lograr la neutralidad del carbono en la segunda mitad de este siglo. De modo que, aun cuando ya no se establece estrictamente una responsabilidad diferenciada, sí queda diferenciada la facultad de los Estados a determinar sus objetivos, con base en sus circunstancias particulares, y, por lo tanto, desprendiéndose a nivel nacional obligaciones diferentes.

Al respecto, de acuerdo con el último Informe de Síntesis de las NDCs,[21] publicado el 26 de octubre de 2022 por la Secretaría de la CMNUCC, en el

paises-regiones-con-mayor-volumen-de-emisiones-de-dioxido-de-carbono/ (fecha de consulta: 7 de febrero de 2023).

[20] Véase la síntesis del último informe en IPCC, "Summary for Policymakers", en Core Writing Team; Lee, Hoesung y Romero, José (eds.), *Climate Change 2023: Synthesis Report. A Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Geneva, Switzerland, WMO-UNEP, 2023.

[21] United Nations, *Nationally determined contributions under the Paris Agreement. Synthesis report by the secretariat*, FCCC/PA/CMA/2022/4, 26 october 2022.

que se evaluaron todos los planes nacionales de acción climática, los resultados nuevamente demostraron que el esfuerzo sigue siendo insuficiente para limitar el aumento de la temperatura global a 1,5 °C para fines de siglo. Por el contrario, se corre el riesgo de conducirnos a un calentamiento de 2,5 °C, de modo que los niveles de ambición no están encaminados a cumplir con los objetivos del Acuerdo.[22] Además, la acción climática internacional últimamente se ha visto inmersa en una vorágine de acontecimientos relevantes, como son: la retirada y de nuevo entrada de Estados Unidos al Acuerdo de París; la salida de Reino Unido de la Unión Europea, conocida comúnmente como *Brexit*; la pandemia de COVID-19; la creciente tensión en las relaciones entre China y Estados Unidos; la guerra de Ucrania y la crisis energética en Europa; y la última cumbre del clima, la COP 28, celebrada en Dubái del 30 de noviembre al 12 de diciembre de 2023, que estuvo marcada por un conflicto de intereses, al tener su acogida en un país que ocupa el séptimo lugar como productor mundial de petróleo, y ser presidida por el magnate petrolero Sultan Al Jaber.

Por otro lado, el logro de objetivos climáticos se ha visto envuelto en una guerra comercial —básicamente, entre Estados Unidos y China—[23] por tecnologías emergentes que favorezcan las fuentes de energía limpia y/o renovable, lo que se conoce como la *carrera verde*. Esto ha propiciado un entorno geopolítico más polarizado y competitivo, ya que tal disputa repercutirá en el orden económico mundial. A su vez, la extracción de recursos de interés estratégico, que requieren las nuevas tecnologías (litio, cobalto, níquel, cobre, y/o tierras raras), repercutirá en la tensión entre el Norte y Sur global por

[22] Consúltese el ranking de *Climate Action Tracker* (CAT) en https://climateactiontracker.org/about/. Proporciona desde 2009 un análisis científico independiente que rastrea la acción climática de los gobiernos y la mide contra el objetivo acordado en el Acuerdo de París. El CAT rastrea a 39 países y a la Unión Europea cubriendo alrededor del 80 % de las emisiones globales; cuantifica y evalúa los objetivos, las políticas y las medidas de mitigación del cambio climático.

[23] Véase Kerry, John y Khanna, Ro, "Don't let China win the green race", *The New York Times*, 9 de diciembre de 2019. https://www.nytimes.com/2019/12/09/opinion/china-renewable-energy.html (fecha de consulta: 9 de febrero de 2023); Pla, Eva, *EE UU y China, a la carrera por el oro verde*, 31 mayo 2021, última actualización 11 octubre 2021. https://forbes.es/empresas/101531/eeuu-y-china-a-la-carrera-por-el-oro-verde/ (fecha de consulta: 9 de febrero de 2023).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

el posicionamiento en la cadena de suministros[24] —la llamada *carrera por los minerales*[25]—, aspecto sobre el cual ahondaremos más adelante.

Ante este panorama, las relaciones de poder entre la comunidad internacional, que han condicionado la acción climática, tienden a trastocarse por múltiples factores, así como por la propia crisis climática que influye en la geopolítica. Es decir, tienden a trastocarse en un sentido inverso en el que la geopolítica es ahora la condicionada por las consecuencias del cambio climático,[26] las cuales están generando nuevas realidades territoriales, al verse modificados aspectos físico-geográficos, hidrológicos, biológicos, meteorológicos, entre otros.[27] Este hecho demanda novedosas y mejores soluciones. Pero también afecta las relaciones internacionales; de modo que sus directrices tendrán que considerar los distintos entornos y riesgos climáticos asociados que, dicho sea de paso, actúan como un multiplicador de amenazas que exacerban los conflictos existentes, con el potencial de causar otros a nivel mundial con carácter transfronterizo, y, desde luego, con graves implicaciones geopolíticas. Por lo tanto, el foco de atención está ubicado en el vínculo transcendental de las variables: cambio climático y seguridad.

[24] A nivel global la mayor cantidad de cobalto se concentra en el Congo, el conjunto de tierras raras en China, el litio en Australia, el níquel en Indonesia y el Cobre en Chile. IEA *The Role of Criitical Minerals in Clean Energy Transitions*, París, Francia, International Energy Agency, 2021, p. 13. https://www.iea.org/reports/the-role-of-critical-minerals-in-clean-energy-transitions (fecha de consulta: 12 de febrero de 2023).

[25] Véase Li, Jeremy, "Chile lidera la carrera por los minerales escasos gracias a la tecnología de la radiación", *Boletín del OIEA*, 2017; Caballero, Álvaro, "De la fiebre del oro a la fiebre del litio: así es la carrera por los minerales del futuro", *RTVE,* 23 enero 2023. https://www.rtve.es/noticias/20230123/fiebre-litio-minerales-criticos-futuro/2415627.shtml (fecha de consulta: 12 de febrero de 2023).

[26] Moore, Scott M., "La nueva geopolítica del cambio climático: De la cooperación a la competencia", *Anuario Internacional CIDOB*, 2021, p. 134.

[27] Consúltese IPCC, "Summary for Policymakers", en Core Writing Team; Lee, Hoesung y Romero, José (eds.), *Climate Change 2023*, *cit*.

III. El cambio climático como un asunto de seguridad: proceso de securitización

1. *Punto de partida: elementos clave de la teoría realista y las tendencias expansionistas en la evolución del objeto de la seguridad*

En las relaciones internacionales el concepto de seguridad[28] ha ido evolucionando con la finalidad de adaptarse a las nuevas realidades, dando pauta a la inclusión de diversas amenazas o riesgos para los Estados, como es el caso del cambio climático. De ahí que sea necesario hacer un breve repaso al entendimiento del concepto, especialmente en dos momentos: durante la Guerra Fría y en la posguerra. Ello con el objetivo de determinar las bases conceptuales del proceso de securitización del cambio climático; sin ser exhaustivos en el análisis de la evolución del concepto de seguridad, cuya doctrina especializada es abundante.

Concluida la Segunda Guerra Mundial se polarizó el mundo en dos grandes bloques (capitalistas y comunistas), dando lugar al conflicto político-ideológico entre Estados Unidos y la antigua Unión Soviética, entre 1947 y 1991, conocido como la Guerra Fría. En este periodo "la seguridad se justificaba en el arquetipo de que la política mundial es invariablemente una lucha entre Estados por el poder, compitiendo por sus propios intereses nacionales en un entorno estratégico anárquico".[29] Tal pensamiento está ligado a lo que

[28] Un acontecimiento histórico importante es la Paz de Westfalia (tratados de paz de Osnabrück y Münster, firmados el 24 de octubre de 1648), que dio lugar al nacimiento del concepto Estado-Nación, y con ello las nociones de integridad territorial, soberanía nacional y seguridad. Los Estados son considerados los principales actores en las relaciones internacionales. Véase Blanco Jiménez, Francisco José y Romero Ania, Alberto, "Europa: Estructura institucional para la seguridad desde la paz de Westfalia", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 9, 2008, pp. 104 y 105; Cruz Aspajo, Edwin, "La seguridad desde la paz de Westfalia hasta la seguridad sostenible", *Revista de Ciencia e Investigación en Defensa-CAEN*, vol. 3, núm. 2, junio-septiembre, 2022, p. 116; *Tratado de la Paz de Osnabrück* (Instrumentum Pacis Osnabrugensis, IPO). https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=740&url_tabelle=tab_quelle Acceso 20 de febrero de 2023; *Tratado de la Paz de Münster* (Instrumentum Pacis Monasteriensis, IPM). https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=741&url_tabelle=tab_quelle (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

[29] Laborie, Mario, *La involución del concepto occidental de seguridad (y sus implicaciones estratégicas), Documento* de Opinión IEEE 71/2021, p. 4. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

los expertos en el área denominan *realismo teórico* o *teoría realista* aplicada a las relaciones internacionales. Hans Morgenthau[30] fue el principal representante de esta teoría en el siglo pasado, y su trabajo se considera el más influyente en este campo.[31]

De acuerdo con el análisis de expertos en la materia, la teoría realista reconoce al sistema internacional como anárquico. Allí, cada Estado que compone al sistema internacional ejerce su soberanía sobre su territorio y asuntos, de modo que los Estados son los únicos actores. En ese sentido, los recursos militares tienen gran trascendencia, ya que la seguridad de los Estados dependerá del uso de la fuerza; y de igual manera, los temas militares se consideran prioritarios en la agenda de política exterior y diplomacia, ya que el peligro o riesgo se enfoca en el poder militar que otros Estados poseen.[32] En este contexto, los Estados se comprenden compuestos por los siguientes elementos: territorio, población, gobierno y soberanía, lo que les otorga legitimidad para evitar interferencias externas a su jurisdicción mediante el uso de la fuerza en la defensa de sus intereses nacionales,[33] los cuales deben ser protegidos y defendidos en un escenario de anarquía. Los Estados dependen de sí mismos para garantizar su propia seguridad —las instituciones internacionales no son relevantes en la prevención de crisis y solución de conflictos—; lo que Morgenthau relaciona con la supervivencia y, con ello, la premisa de la no perturbación de las fronteras. Así se constituyen, por lo tanto, los intereses nacionales; una brújula que debe guiar a los dirigentes de los Estados en el escenario de la política exterior.[34]

opinion/2021/DIEEEO71_2021_MARLAB_Seguridad.pdf y/o enlace bie3 (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

[30] Obra destacada *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, publicada en 1948.

[31] Para ahondar, remítase a Scheuerman, William E., *Hans Morgenthau: Realism and Beyond*, Cambridge, UK, Polity, 2009; Williams, Michael C., "Why ideas matter in international relations: Hans Morgenthau, classical realism, and the moral construction of power politics", *International Organization*, vol. 58, núm. 4, 2004, pp. 633-665.

[32] Remítase a Cujabante, Ximena, "La seguridad internacional: evolución de un concepto", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre, 2009, pp. 96, 98 y 101; Laborie, Mario, *La involución del concepto occidental de seguridad (y sus implicaciones estratégicas)*, *cit.*, p. 4.

[33] *Cfr.* Blanco Jiménez, Francisco José y Romero Ania, Alberto, "Europa: Estructura institucional para la seguridad desde la paz de Westfalia", *cit.*, p. 105.

[34] *Cfr.* Herrero de Castro, Rubén, "El concepto de interés nacional", en *Monografías del CE-*

Concluida la Guerra Fría, la visión de la teoría realista es cuestionada ante los cambios en el sistema internacional, la globalidad y un mundo interdependiente, donde confluyen diversos actores y asuntos de gran importancia en la agenda de política internacional. De modo que a partir de las tendencias expansionistas se replantea el alcance del concepto de seguridad; también se hace énfasis en que el Estado ya no es el único actor del sistema internacional y cuyas amenazas al mismo provienen de otros factores multidireccionales y multidimensionales, cuyos efectos son globales y en su mayoría transfronterizos (como los impactos del cambio climático), atentando tanto a actores estatales como no estatales (individuos, humanidad en su conjunto, biodiversidad, el planeta mismo), cuya defensa va más allá de la utilización de recursos militares[35], pues implican diversas medidas para hacerles frente, tales como la cooperación internacional. Esta visión es trascendente, y bien puede resumirse en los tres argumentos centrales de los "expansionistas" apuntados por Hurrell:

> En primer lugar […] que el objeto de referencia de la seguridad debe incluir, por debajo del Estado, a los individuos y colectividades (minorías, grupos étnicos, pueblos autóctonos) y, por encima del Estado, a la humanidad en su conjunto, la gente en general, e incluso la biosfera, de la cual depende la supervivencia humana, y no sólo a los ciudadanos de un Estado en particular. Segundo, que cualquier análisis significativo de la seguridad debe considerar la importancia de un rango de amenazas mucho más amplio, entre las que se incluyen aquellas cuyo origen se encuentra en la destrucción ambiental, en la vulnerabilidad económica y en la descomposición de la cohesión social. Y tercero, que la responsabilidad de proveer seguridad radica no sólo en el Estado, sino en instituciones internacionales y en organizaciones no gubernamentales, así como en una sociedad civil que opera dentro de la sociedad civil transnacional cada vez más activa.[36]

En este contexto, Hurrell añade que la seguridad contempla un rango y alcance más amplio e inclusivo, de modo que

SEDEN 115, *Evolución del concepto de interés nacional*, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2010, pp. 24 y 25.

35 *Cfr*. Cujabante, Ximena, "La seguridad internacional: evolución de un concepto", *cit*., pp.101 y 103; Laborie, Mario, *La involución del concepto occidental de seguridad (y sus implicaciones estratégicas)*, *cit*., p. 7.

36 Hurrell, Andrew, "Seguridad y violencia en América Latina: un análisis conceptual", *Foro Internacional*, vol. XXXVIII, núm. 1(151), enero-marzo, 1998, pp. 20 y 21.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> la escasez del agua es importante para los nuevos analistas de la seguridad debido al potencial que tiene para provocar conflictos violentos entre Estados o grupos sociales. La degradación ambiental importa porque está implicada en la descomposición social, en la aparición de un gran número de refugiados y en el consecuente desbordamiento de conflictos internos a otros Estados vecinos.[37]

Diversas teorías han proliferado en torno a las posturas realistas y expansionistas. Entre ellas, el constructivismo entiende a la seguridad y la securitización como procesos intersubjetivos que se construyen socialmente y cambian con el tiempo; allí los actores del sistema internacional establecen sus intereses y su posición de acuerdo con sus rasgos de identidad. Esto explica que la agenda de seguridad sea dinámica.[38] Al respecto, Orozco apunta que el constructivismo considera que

> gracias a las relaciones de identidad de los elementos del sistema es posible crear un tipo de seguridad colectiva capaz de preservar los intereses de los actores internacionales. Esto lleva a considerar, desde la visión del constructivismo, al referente central de la seguridad a la identidad ya sea de grupos, de colectividades o de instituciones que en el proceso de sus relaciones hayan constituido lazos infranqueables que determinan su posición y papel en el sistema.[39]

La amplitud de la dimensión de la seguridad para preservar la identidad, la sociedad, el Estado o la preservación del ser humano se vincula, por lo tanto, con la variedad de amenazas, dando paso a términos como seguridad humana, alimentaria, energética, societal y climática, entre otros.

En el marco de la tendencia expansionista, cobra relevancia la teoría de la securitización de la escuela de Copenhague, desarrollada (principalmente) por Barry Buzan y Ole Wæver. El origen de sus postulados se encuentra en

[37] *Ibidem*, p. 22

[38] *Ibidem*, p. 23; Wendt, Alexander, "Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics", *International Organizations*, vol. 46, núm. 2, spring, 1992, pp. 391-425; Steele, Brent J, "Introduction. Profession Symposium The Politics of Constructivist International Relations in the US Academy", *Political Science and Politics*, vol. 50, núm. 1, enero, 2017, pp. 71-74; Tisera, Juan Cruz, "El estudio de la seguridad internacional: aplicación y profundización del debate en torno a la nueva Agenda de Seguridad" (Conferencia), presentada en el *VII Congreso del IRI*, *I Congreso del CoFEI*, *II Congreso de la FLAEI*, La Plata, Argentina, 27 de noviembre de 2014.

[39] Orozco, Gabriel, "El concepto de la seguridad en la teoría de las relaciones internacionales", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 72, diciembre 2005-enero 2006, p. 167.

libro *Security: a new framework of analisis*, publicado en 1998, cuyo análisis se centra en cómo y por qué un asunto se convierte en un problema de seguridad. Al respecto, los autores apuntan lo siguiente:

> "Security" is the move that takes politics beyond the established rules of the game and frames the issue either as a special kind of politics or as above politics. Securitization can thus be seen as a more extreme version of politicization. In theory, any public issue can be located on the spectrum ranging from nonpoliticized (meaning the state does not deal with it and it is not any other way made an issue of public debate and decision) through politicized (meaning the issued is part of public policy, requiring government decision and resource allocations or, more rarely, some other form of communal governance) to securitized (meaning the issued is presented as an existential threat, requiring emergency measures and justifying actions outside the normal bounds of political procedures).[40]

Siguiendo este orden de ideas, Hurrell señala que la conversión exitosa de un tema determinado en un problema de seguridad es importante por las implicaciones políticas, y añade que

> La seguridad es una práctica, una forma específica de enmarcar un problema. El discurso de seguridad se caracteriza por dramatizar un problema como si éste tuviera prioridad absoluta. […]Y al etiquetarlo como un problema de seguridad, el actor demanda el derecho de enfrentarlo con medios extraordinarios, para romper las reglas normales del juego político[41]

La escuela de Copenhague enfatiza la importancia del acto discursivo empleado por el agente securitizador, dirigido a una audiencia para su aceptación, y, por lo tanto, su legitimación, lo cual es parte del proceso de securitización. Anunciar una amenaza implica una intención con consecuencias políticas y normativas, e incluso sociales. Por su parte, Verdes-Montenegro apunta que etiquetar a un determinado asunto, y calificarlo como una amenaza, se asocia al binomio amigo/enemigo, que legitima el uso de los medios necesarios para acabar de manera urgente con tal amenaza.[42]

[40] Buzan, Barry, Wæver, Ole y De Wilde, Jaap, *Security A new framework for analysis*, USA, UK, Lynne Rienner Publishers, 1998, pp. 23 y 24.

[41] Hurrell, Andrew, "Seguridad y violencia en América Latina: un análisis conceptual", *cit.*, pp. 25 y 26.

[42] Verdes-Montenegro Escánez, Francisco J., "Securitización: agendas de investigación abier-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Esta corriente teórica también subraya, como un enfoque negativo de la securitización, el hecho de que una vez securitizado un asunto se acaba el debate y el diálogo político, por lo que la gestión de la amenaza debe tener el cuidado de no caer en un "dilema normativo".[43] Esto puede reflejarse especialmente en los ámbitos nacionales, cuyas medidas adoptadas podrían estar exentas de los mecanismos de control jurisdiccional (transparencia, fiscalización, rendición de cuentas, etcétera).

Siguiendo esta línea, de acuerdo con Cujabante, el inconveniente de ampliar el objeto de la seguridad implicaría "la securitización en las agendas estatales, bajo el interrogante de hasta dónde la seguridad puede verse objetivamente en un discurso político, utilizado en función de los intereses de grupos específicos".[44]

Existe todo un debate sobre esta corriente, cuyos postulados son de nuestro interés en el proceso de securitización del cambio climático; ello al plantearse las interrogantes clave que son discutidas en esta teoría: quién securitiza, por qué, para quién, bajo que circunstancias y para qué, cuyas respuestas se irán desprendiendo a lo largo de este estudio.

A. *La seguridad humana: un enfoque desafiante en la evolución del objeto de la seguridad*

En el contexto expansionista del objeto de la seguridad, el enfoque de seguridad humana cobra especial relevancia, al estar centrada en el ser humano e ir más allá de la seguridad meramente territorial, dejando de lado la visión estatocéntrica. De ahí que sea oportuno dedicar unas breves líneas a este tema.

La seguridad humana fue consolidada en el *Informe de desarrollo humano 1994: Nuevas dimensiones de la seguridad humana*, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), conforme al cual significa responder a la amenaza de la pobreza mundial que atraviesa fronteras, al cambio climático, la migración, etcétera. La seguridad humana se encauza en la protección de las personas, sustentada en el desarrollo humano, cuya garantía deberá ser mediante la prevención temprana de las amenazas. "La seguridad

tas para el estudio de la seguridad", *Relaciones Internacionales* (Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI)-UAM), núm. 29, junio-septiembre 2015, p. 117.

[43] *Ibidem,* p. 116.

[44] Cujabante, Ximena, "La seguridad internacional: evolución de un concepto", *cit.*, p. 104.

humana no es una preocupación por las armas: es una preocupación por la vida y la dignidad humanas";[45] de ahí que su enfoque sea integral e implique procurar seguridad económica, alimentaria, sanitaria, ambiental, personal, comunitaria y política.[46]

Ahora bien, es importante destacar lo estipulado en la Resolución 66/290 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la seguridad humana, publicada el 25 de octubre de 2012, en la que se determinó un entendimiento común en cuanto al término de seguridad humana, mediante los siguientes elementos:

a) El derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Todas las personas, en particular las vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano.
b) La seguridad humana exige respuestas centradas en las personas, exhaustivas, adaptadas a cada contexto y orientadas a la prevención que refuercen la protección y el empoderamiento de todas las personas y todas las comunidades.
c) La seguridad humana reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y tiene en cuenta igualmente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
d) El concepto de seguridad humana es distinto de la responsabilidad de proteger y su aplicación.
e) La seguridad humana no entraña la amenaza o el uso de la fuerza ni medidas coercitivas. La seguridad humana no sustituye a la seguridad del Estado.
f) La seguridad humana se basa en la implicación nacional. Puesto que las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de la seguridad humana varían considerablemente entre los países y dentro de ellos, así como en diferentes momentos, la seguridad humana refuerza las soluciones nacionales compatibles con la realidad local.

[45] Programa de las Naciones Unidas Para El Desarrollo (PNUD), *Informe de Desarrollo Humano 1994: Nuevas dimensiones de la seguridad humana*, PNUD, Fondo de Cultura Económica, p. 25.

[46] *Cfr. Ibidem,* pp. 3-5, 25-37.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

g) Siguen recayendo en los gobiernos la función y la responsabilidad primordiales de asegurar la supervivencia, los medios de subsistencia y la dignidad de sus ciudadanos. La función de la comunidad internacional consiste en complementar la labor de los gobiernos y proporcionarles el apoyo necesario, cuando lo soliciten, a fin de fortalecer su capacidad para responder a las amenazas actuales e incipientes. La seguridad humana exige una mayor colaboración y asociación entre los gobiernos, las organizaciones internacionales y regionales y la sociedad civil.
h) La seguridad humana se debe hacer efectiva respetando plenamente los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, incluidos el pleno respeto de la soberanía de los Estados, la integridad territorial y la no injerencia en asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. La seguridad humana no entraña nuevas obligaciones jurídicas para los Estados.

Así mismo, en esta resolución quedó enfatizado que la seguridad humana es *un enfoque* para dar respuestas centradas en las personas. Un enfoque que se recomienda tomar en cuenta en la planificación nacional de los gobiernos sin sustituir —desde luego, según los lineamientos anteriores— a la seguridad estatal, que bien puede emplear el uso de la fuerza o medidas coercitivas, además de que la seguridad humana *no entraña nuevas obligaciones jurídicas para los Estados.*

Por su parte, en el contexto internacional, la seguridad humana es considerada como un instrumento para reforzar la labor de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones complejas, donde la promoción primordial son los derechos humanos, así como tratar de reducir la probabilidad de conflictos y fortalecer la colaboración entre los gobiernos, las organizaciones internacionales o regionales y la sociedad civil. En este contexto, estudios señalan que la integración de la seguridad humana en el sistema internacional resulta políticamente delicada, ante la postura de Estados ansiosos por que este enfoque sea utilizado para justificar acciones intervencionistas (de naturaleza militar por razones humanitarias), atentando al pleno respeto de la soberanía estatal, cuyas intenciones vayan más allá de la búsqueda del bienestar humano.[47] A su vez, Pérez de Armiño agrega que dicho enfoque puede ser utilizado

[47] Véase Mason, Michael, "Climate change and human security: the international governance architectures, policies and instruments", en Redclift, Michael R. y Grasso, Marco, (eds.) *Handbook on Climate Change and Human Security*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2015, pp. 382-401; Pérez de Armiño, Karlos, "El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus

para la militarización de diferentes políticas públicas, tanto nacionales como internacionales[48], ello en atención a los riesgos que implica la securitización de acuerdo con la teoría de la escuela de Copenhague.

No obstante, Niño Pérez *et al.* apuntan que una de las críticas a la seguridad humana es que, precisamente, ésta ha fungido como un instrumento diplomático en la agenda internacional.[49] Esto, como veremos más adelante, se vislumbra en el proceso de securitización climática, no nada más en la agenda internacional sino también en las nacionales (en cuanto a lo analizado en este trabajo), donde no se percibe un efecto normativo que encumbre este enfoque; o bien, que tenga como objeto central (como principal referente) la protección del individuo o de comunidades concretas. Empero, esto se debe a que las políticas de seguridad mantienen el enfoque de responder a intereses específicos de corte estatista, que, como bien señala Orozco, "el problema, en realidad, no radica en la preponderancia de un referente sobre otro sino, más bien, en las necesidades que busca satisfacer una política concreta de seguridad".[50] De ahí que se vincule con aquello que se busca preservar (en un contexto más subjetivo y de intereses geoestratégicos) y que puede ser objeto de amenazas.

En este sentido, Pérez de Armiño —citando a Krause— cuestiona la incoherencia que se puede manifestar al equivocar el camino en el uso del enfoque de la seguridad humana a ciertos problemas. Por ejemplo, en la migración vista como una amenaza a "nuestra propia seguridad" y a nuestra protección ante "el otro"; "*building walls between people where we should be building bridges*".[51] Esto resulta paradójico pues se esperaría que el adjetivo "humana" involucrara la protección y cuidado del "otro", al estar centrada en las perso-

potencialidades y riesgos", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 76, diciembre 2006-enero 2007, pp. 72-73; Orozco, Gabriel, "El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales", *cit.*, p. 175; Rodríguez Alcázar, Javier, "La noción de 'seguridad humana' sus virtudes y sus peligros", *Polis; Revista Latinoamericana*, núm.11, 2005, pp. 6-8.

[48] Pérez de Armiño, Karlos, "El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos", *cit.,* p. 71.

[49] Niño Pérez, Jairo *et al.*, "Seguridad humana: securitización del desarrollo y evaluación de amenazas en el siglo XXI", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB*, vol. 46, núm. 125, julio-diciembre, 2016, p. 286.

[50] Orozco, Gabriel, "El concepto de la seguridad en la teoría de las relaciones internacionales", *cit.*, p. 168.

[51] Pérez de Armiño, Karlos, "El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

nas. Aspecto al cual nos remitiremos más adelante en el terreno de la securitización climática.

2. *Proceso de securitización climática*

A. *Informe nuestro futuro común de 1987: reconocimiento de la relación degradación ambiental y seguridad*

La *securitización climática* parte del proceso de *securitización ambiental*. Un importante antecedente lo encontramos en el *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 1987, titulado "Nuestro futuro común", publicado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Recordemos que este informe fue (y es) un hito histórico que, además de establecer el concepto de *desarrollo sostenible*, vinculó la problemática ambiental con la económica y social, al tomar en cuenta sus múltiples interacciones; de ahí que reconociera la relación entre la degradación ambiental y seguridad, poniendo de manifiesto que los conflictos no surgen solamente a causa de amenazas políticas y militares, sino también por la degradación ambiental y el acaparamiento de las opciones de desarrollo. Bajo esta premisa, se aprecia la adopción de una postura expansionista al señalar que

> El concepto de seguridad […] se debe ampliar de modo que incluya los efectos crecientes de la presión sobre el medio ambiente en los planos local, nacional, regional y mundial. No existen soluciones militares para la "inseguridad del medio ambiente". [52]

El informe, en su capítulo 11 —dedicado a la paz, seguridad, desarrollo y medio ambiente— expone cómo la tensión ambiental es a la vez causa y efecto de la tensión política y del conflicto militar, a razón de la lucha por el control de recursos naturales y materias primas, cuya escasez será un detonante de conflictos en aumento. A su vez, señala que la presión ambiental puede ser parte de las consecuencias negativas asociadas a un conflicto (pobreza, injusticia, políticas de desarrollo inadecuadas), y, en ciertos casos, puede actuar como catalizador. Asimismo, se enfatiza sobre los efectos sociales y

sus potencialidades y riesgos", *cit.,* p. 71; Krause, Keith, "The key to a powerful agenda, if properly delimited", *Security Dialogue,* vol. 35, núm. 3, septiembre, 2004, p. 368.

[52] Naciones Unidas, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro futuro común"*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/42/427, 4 de agosto de 1987, p. 34.

económicos de la degradación ambiental y su contribución a los movimientos poblacionales internos y transfronterizos, donde "las causas subyacentes suelen ser el deterioro de los recursos naturales y de su capacidad de sustentar a la población",[53] con la consecuente tensión entre países. De manera breve, también se señalan los impactos del cambio climático antropogénico como peligros ambientales para la seguridad a nivel mundial, advirtiendo la importancia de hacer frente al fenómeno climático para reducir los riesgos de conflicto. En este contexto se afirma que las amenazas a la seguridad ambiental deberán abordarse a través de una gestión conjunta y de procedimientos y mecanismos multilaterales.[54]

B. *El conflicto de Darfur: manifestación empírica del cambio climático como detonante central*

Más allá de un contexto teórico, el conflicto de Darfur, una región al oeste de Sudán, se ha concebido como una manifestación empírica de la identificación de causas agravadas por el cambio climático como un detonante central (un factor básico). En 2007 el entonces secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, vinculó la guerra civil en Darfur con la degradación ambiental y el fenómeno climático.[55] De ahí la importancia de hacer una breve referencia, sin ánimo de ser exhaustivos, a este conflicto que estalló en 2003 propiciado por el fundamentalismo islámico de Omar al-Bashir, quien ascendió al poder por un golpe de Estado. Una guerra que, como bien señala Welzer, más allá de percibirse como un conflicto entre "jinetes de la milicia árabe" y "agricul-

[53] *Ibidem*, pp. 326 y 327.

[54] *Ibidem*, pp. 329, 330 y 335.

[55] "Amid the diverse social and political causes, the Darfur conflict began as an ecological crisis, arising at least in part from climate change. Two decades ago, the rains in southern Sudan began to fail. According to U.N. statistics, average precipitation has declined some 40 percent since the early 1980s. Scientists at first considered this to be an unfortunate quirk of nature. But subsequent investigation found that it coincided with a rise in temperatures of the Indian Ocean, disrupting seasonal monsoons. This suggests that the drying of sub-Saharan Africa derives, to some degree, from man-made global warming. It is no accident that the violence in Darfur erupted during the drought". Ki-moon, Ban, "A climate culprit in Darfur", *The Washington Post*, 16 de junio de 2007. https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/2007-06-16/climate-culprit-darfur (fecha de consulta: 17 de marzo de 2023); véase también Ki-moon, Ban, "What I saw in Darfur", *The Washington Post*, 14 de septiembre de 2007. https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/2007-09-14/what-i-saw-darfur (fecha de consulta: 7 de marzo de 2023).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tores africanos", se concibe como una guerra del gobierno contra su población, en la que las condiciones ambientales y de supervivencia, agravadas por el cambio climático, han sido parte de las condiciones marco para detonar el conflicto violento. De ahí que este autor lo catalogue como "la primera guerra climática".[56] Parte de su razonamiento se fundamenta en el *Informe Anual del PNUMA 2007*, en el que se concluyó que el cambio climático contribuyó a la crisis de Darfur.[57]

Las causas del enfrentamiento fueron multifactoriales; entre ellas: las condiciones geográficas y climáticas (desertificación); intereses políticos; abandono y desinterés en la región; ley Sharia (o ley islámica) en Sudán;[58] y fracasos en las negociaciones.[59] Aunado a que Sudán es un territorio en el que han convergido el mundo árabe y el de la África subsahariana; de ahí que tenga todo un contexto histórico, geopolítico y religioso de trasfondo.[60]

En cuanto al tema que nos ocupa, Gutiérrez Álvarez analiza cómo la falta de tierras fértiles y de recursos hídricos, debido a la escasez de lluvias, ha jugado un papel clave y, a su vez, ha contribuido a las tensiones del enfrentamiento religioso entre árabes y cristianos (africanos), al disputarse el control de los pocos recursos naturales. Los efectos del cambio climático, la ineficacia de mecanismos legales para resolver las disputas y el crecimiento poblacional han sido elementos clave de la violencia endémica en Darfur, puesto que la región depende del cultivo agrícola. De ahí que la tierra y el agua tengan una relación intrínseca con el conflicto. Ante este contexto, la autora "afirma que existe una gran preocupación sobre la influencia de la variable del me-

[56] Welzer, Harald, *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, trad. de Alejandra Obermeier, Buenos Aires, Argentina, Katz Editores, 2010, pp. 107-113.

[57] Programa de Naciones Unidas para ll Medio Ambiente, *Informe Anual del PNUMA 2007*, Nairobi, PNUMA, 2008, p. 4.

[58] La Ley Sharia es la base del derecho islámico constituida por normas fundamentadas en el Corán, impuesta en Sudán a finales de los ochenta por Omar al-Bashir. Véase Ortega, Rafael, "Islamismos y Estado en Sudán: cohesiones y rupturas", *Revista Cultura y Religión*, vol. V, núm. 1, junio, 2011, pp. 156-180.

[59] ACNUR, *Darfur, un crimen de guerra olvidado*, 5 de febrero de 2017. https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/darfur-un-crimen-de-guerra-olvidado (fecha de consulta: 20 de marzo de 2023).

[60] Véase Ortega, Rafael, "Sudán: ¿islam africano e islam árabe? Dicotomías del islam, el islamismo y el sufismo", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 21, núm. 41, 2019, pp. 439-462.

dio ambiente en el conflicto de Darfur";[61] como una causa que exacerba las tensiones.

Aunado a lo anterior, el desplazamiento poblacional interno que se ha generado en la zona,[62] por los propios efectos de la guerra civil y por la falta de medios de subsistencia, es una grave consecuencia a destacar, puesto que, indudablemente, la desertificación, la sequía, la alteración de los patrones de lluvia, la erosión de suelos y demás impactos del cambio climático afectan las condiciones de vida forzando la movilidad humana.[63] Ahora bien, de acuerdo con Welzer, si bien es y ha sido cuestionable hasta qué punto las consecuencias violentas del cambio climático son indirectas, inevitablemente

> allí donde la supervivencia ya se encuentra amenazada, hasta los más mínimos desplazamientos provocan estallidos considerables. Y en Sudán no son mínimos. Lo que está en juego es la lucha por la supervivencia. En un país donde el 70 % de la población vive en y del campo, si desaparecen los campos de pastoreo y la tierra fértil aparecen problemas.[64]

Por lo que estamos ante un conflicto relacionado con la escasez de recursos, un motor que propicia la desestabilización en todos los sentidos, y que amenaza la paz y la seguridad alimentaria.[65]

[61] *Cfr.* Gutiérrez Álvarez, Ángela, "La crisis prolongada de Sudán: la escasez de recursos en el conflicto de Darfur", *Encrucijadas; Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 1101, 2016, pp. 6-13.

[62] Para consultar datos recientes sobre el desplazamiento interno en la región, consúltese IDMC y NRC, *Informe Mundial sobre Desplazamiento Interno 2022*, Ginebra Suiza, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC)-Norwegian Refugee Council (NRC), 2022, pp. 26-37, 41 y 42.

[63] Borràs apunta que: "La relación directa entre el deterioro ambiental con los desplazamientos de poblaciones también encuentra sus causas en los conflictos armados." A su vez, señala tres afirmaciones: "a una mayor degradación ambiental aumenta la proliferación de conflictos; que la degradación ambiental genera movimientos de población y divide las poblaciones, que también puede ser el origen de un conflicto en el país receptor; y que la degradación ambiental ocasiona la precariedad económica y el consecuente aumento de la pobreza". Borràs, Susana, "Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho Internacional del medio ambiente", *Revista de Derecho*, vol. 19, núm. 2, diciembre, 2006, pp. 101 y 102.

[64] Welzer, Harald, *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, *cit.*, p. 26.

[65] Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Informe Anual del PNUMA 2007*, *cit.*, pp. 106 y 107.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

C. *La crisis climática (impulsora de conflictos y amenazas) en las agendas de seguridad*

De conformidad con el informe *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad*, presentado en 2009 por el entonces secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, fueron identificadas cinco vías por las que el cambio climático podría incidir en la seguridad:

1) Amenaza para los derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua y a la vivienda, especialmente en las comunidades más vulnerables.
2) Amenaza al proceso de desarrollo. La interrupción o una fuerte desaceleración del crecimiento a causa del cambio climático podría entrañar una grave amenaza para la seguridad de los países en desarrollo, además de aumentar la pobreza.
3) Efectos secundarios de las medidas de adaptación, en referencia con el desplazamiento involuntario de personas, la competencia con otras comunidades o grupos por recursos escasos y el desborde de la capacidad de gobernanza a nivel local o nacional.
4) Amenaza a la viabilidad e incluso la supervivencia de varios Estados soberanos; en específico, por la elevación del nivel del mar y la pérdida de territorio nacional. Esto da lugar a riesgos como la apatridia, el desplazamiento poblacional y las disputas territoriales con países vecinos, con respecto a las zonas económicas exclusivas.
5) Amenaza ante la escasez o abundancia de recursos naturales compartidos o no delimitados. Problemática en torno a la disponibilidad de recursos, la posibilidad de acceso a los mismos, y con la competencia resultante, así como las posibles disputas territoriales entre países.

Dado que el cambio climático es "un multiplicador de amenazas que extrema las tendencias, las tensiones y las inestabilidades existentes",[66] asociado a la evolución del concepto de seguridad, la discusión sobre la securitización climática está abierta.

[66] Consilium y Comisión Europea, *El cambio climático y la seguridad internacional. Documento del Alto Representante y de la Comisión Europea al Consejo Europeo*, 2008, p. 3.

a. La agenda de seguridad internacional

Para abordar este apartado, partimos de lo estipulado en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (conocida también como Carta de San Francisco), cuyo artículo 1 establece que entre sus propósitos está:

> 1. Mantener la paz y la seguridad internacional, y con tal fin: 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;
>
> […]
>
> 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;

Atender este mandato le corresponde al Consejo de Seguridad de la ONU, un órgano político de composición reducida[67] diseñado para implantar soluciones políticas.[68]

El Consejo de Seguridad, de acuerdo con la Carta de San Francisco, tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, por lo que se le han conferido facultades y poderes[69] para tomar acción ante tales amenazas (mediante la aplicación de medidas preventivas y/o coercitivas con o sin uso de la fuerza). Por consiguiente, el artículo 39 de la citada Carta establece que

> 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 qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

[67] Integrado así de origen con el objetivo de asegurar la acción rápida y eficaz ante crisis severas. Sin embargo, el derecho de veto es un obstáculo para la adopción de resoluciones. Véanse artículos 23, 24 y 27 de la *Carta de San Francisco*.

[68] De acuerdo con Méndez Silva, el componente político no debe perderse de vista. *Cfr*. Méndez Silva, Ricardo, *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los casos de Afganistán e Irak*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 2.

[69] Véanse Capítulos V-VIII de la *Carta de San Francisco*.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

De acuerdo con Méndez Silva, "el Consejo no ha seguido una práctica uniforme que permita dilucidar el sentido de los términos que guarda el texto". Por su parte, De la Serna Galván señala la inexistencia de una disposición expresa en la Carta que establezca los límites, la interpretación o definición de los términos "amenaza a la paz", "quebrantamiento de la paz" y "acto de agresión". Esto proporciona al Consejo un margen de discrecionalidad para determinar qué situaciones constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, actuando desde luego bajo los propósitos y principios estipulados en la Carta de San Francisco.[70] Al respecto, cobra sentido e importancia la evolución del objeto de seguridad (analizado anteriormente), en cuyo contexto el propio Consejo de Seguridad ha puesto de manifiesto que la paz no sólo implica la ausencia de guerra y de conflictos militares entre Estados como únicos factores para garantizar la paz y seguridad internacionales.[71]

Siendo así, en el seno del Consejo de Seguridad el primer debate sobre la crisis climática como impulsora de conflictos y amenazas tuvo lugar el 17 de abril de 2007, a petición del gobierno de Reino Unido, quien tomando en consideración la Resolución 1625 (2005), relativa a la prevención de conflictos, y de acuerdo con las facultades y funciones del Consejo, propuso la discusión en torno a los siguientes puntos:[72]

a) Controversias fronterizas ante los probables cambios en la masa terrestre mundial.
b) Migración.
c) Suministro de Energía.
d) Escasez de recursos esenciales, tales como agua dulce, tierras cultivables, rendimiento de cultivos, poblaciones de peces, etcétera.
e) Tensiones sociales.
f) Crisis humanitarias.

[70] *Cfr*. De la Serna Galván, Mónica Lourdes, "Interpretation of article 39 of the UN Charter (threat to the peace) by the Security Council. Is the Security Council a legislator for the entire international community?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 159. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2011.11.349

[71] Véase Declaración del presidente del Consejo de Seguridad sobre la sesión 3046ª, celebrada el 31 de enero de 1992 en relación con "La responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales", S/23500, 31 de enero de 1992, p. 3.

[72] Véase Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, S/2007/186, 5 de abril de 2007.

Lo anterior, sin dejar de tomar en cuenta la probabilidad de que, al ser los conflictos multicausales, intervengan factores como la lucha por el poder nacional y/o regional, la ideología, las tensiones étnicas, religiosas, nacionales, las deficiencias en la gobernanza, así como la desigualdad económica, social y política, aspectos que pueden ser exacerbados por los efectos acumulativos del cambio climático.

Ninguna resolución se emitió en este primer debate. Sólo podríamos decir que se reconoció al cambio climático como un asunto de seguridad, al menos como un primer paso. Sin embargo, se puso en discusión la idoneidad de la organización para adoptar decisiones sobre este asunto.[7374] Otras reuniones se han llevado a cabo para abordar el tema, cuyos principales aspectos se resumen en el siguiente cuadro.

[73] El Consejo tiene poder exclusivo para interpretar sus facultades y no existe un mecanismo institucional que revise sus decisiones. Méndez Silva, Ricardo, *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los casos de Afganistán e Irak*, *cit.*, p. 23.

[74] Véase Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, S/PV.5663 y S/PV.5663 (Resumption 1), 17 de abril de 2007.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cuadro 1. Sesiones del Consejo de Seguridad relacionadas con el cambio climático[75]

Sesión / Tema	Documentos	Aspectos destacables
5663ª, 17 de abril de 2007 Energía, Seguridad y Clima	S/PV.5663 S/PV.5663 (Resumption 1)	• Reconocimiento del cambio climático como un problema de seguridad "colectiva", ante el debate sobre si el cambio climático debe limitarse a un problema de desarrollo socioeconómico y por tanto ser competencia de otros organismos. • Reconocimiento de que los efectos proyectados del cambio climático pueden tener implicaciones para la paz y la seguridad. • Énfasis en la función del Consejo de Seguridad de proteger los derechos humanos y la integridad y seguridad de los Estados.
6587ª, 20 de julio de 2011 Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales Efectos del Cambio Climático	S/PV.6587 S/PRST/2011/15	• Se reafirma la responsabilidad del Consejo de Seguridad para mantener la paz, la seguridad y la prevención de conflictos. • Se confirma que la CMNUCC es el instrumento fundamental para hacer frente al cambio climático. Se propone solicitar el nombramiento de un representante especial sobre clima y seguridad, así como una evaluación de la capacidad de las Naciones Unidas para responder a los impactos de seguridad por el fenómeno climático. • Planteamiento sobre si el Consejo debería considerar el cambio climático o dejarlo en manos de otros órganos de las Naciones Unidas tradicionalmente encargados de cuestiones de desarrollo sostenible, en particular, la CMNUCC, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social.

[75] De manera paralela otros órganos de las Naciones Unidas se han pronunciado sobre el tema, lo cual a su vez ha sido un sustento para las sesiones del Consejo de Seguridad. Véase Resolución de la Asamblea General, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad*, A/RES/63/281 de 11 de junio de 2009; Informe del Secretario General de Naciones Unidas, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad*, A/64/350 de 11 de septiembre de 2009; Mensaje de Ban Ki-moon en la *Conferencia Internacional sobre las Consecuencias del Cambio Climático para la Defensa*, 14 de octubre de 2015, París; Iniciativa Action for Peacekeeping (A4P) (Acción por el Mantenimiento de la Paz) del Secretario General, 28 de marzo de 2018; Acción para el Mantenimiento de la Paz Plus (A4P+) del Secretario General, 29 de marzo de 2021.

8307ª, 11 de julio de 2018 Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales Comprender y abordar los riesgos de seguridad relacionados con el clima	S/PV.8307 S/2018/749 (Documento de Resumen de la Sesión)	• Reconocimiento de los efectos adversos del cambio climático y los cambios ecológicos en la estabilidad de determinados países y contextos regionales. • Reconocimiento de que la responsabilidad principal de hacer frente al cambio climático se enmarca en el mandato de otros órganos de las Naciones Unidas. • Se advierte que el cambio climático no se traduce automáticamente en conflictos, no obstante, acarrea a su paso una serie de consecuencias directas e indirectas que configuran el panorama de la seguridad. • Debate sobre las funciones del Consejo para abordar el cambio climático. • Fortalecimiento de la cooperación internacional. • Propuesta de una sede institucional para las cuestiones relacionadas con el clima y la seguridad. Nombramiento de un representante especial.
8451ª, 25 de enero de 2019 Mantenimiento de la paz y seguridad internacionales Hacer frente a los efectos de los desastres relacionados con el clima en la paz y la seguridad internacional	S/PV.8451	• Se resalta el desplazamiento masivo de personas y la mayor competencia por recursos naturales escasos como principales riesgos para la paz y la seguridad. • Propuesta al Consejo de Seguridad de aprobar una Resolución que reconozca formalmente el cambio climático como amenaza para la paz y la seguridad internacionales. • Propuesta de incorporar al cambio climático como parte del programa de trabajo regular del Consejo de Seguridad. • Discusión sobre la securitización climática en el seno del Consejo de Seguridad por considerarse excesivo y contraproducente; pues se corre el riesgo de enfrentar a los Estados en competencia, mientras que la cooperación es más productiva para enfrentar la amenaza. Pensar en términos de seguridad generalmente genera respuestas militarizadas. • Propuestas del nombramiento de un representante especial sobre cambio climático y seguridad, y la representación de los pequeños Estados insulares en desarrollo en el Consejo de Seguridad.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

8864ª, 23 de septiembre de 2021 Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales Clima y seguridad	S/PV.8864	• Se declara que el cambio climático no es el único, ni siquiera el principal, impulsor de los conflictos. No obstante, cada vez hay más pruebas de que el cambio climático es un vector que aumenta el riesgo de conflictos violentos en muchos contextos. Esto se suma a las tensiones sociales que los fenómenos climáticos y el cambio están imponiendo, especialmente en entornos frágiles donde los gobiernos tienen recursos limitados para gestionar las crisis superpuestas y al mismo tiempo ayudar a las poblaciones a adaptarse al cambio climático. Se reitera el reconocimiento por parte del Consejo de Seguridad del papel de las mujeres en el sostenimiento de la paz. • Se enfatiza en que las mujeres y las niñas enfrentan graves riesgos tanto por el cambio climático como por los conflictos. Su significativa participación y liderazgo aporta resultados más sostenibles que benefician a más personas. • El discurso en torno al cambio climático y la seguridad sigue sin dar una respuesta adecuada a las necesidades de las comunidades afectadas y sin ser representativo de quienes están desproporcionadamente afectados por los riesgos de seguridad asociados al clima. • Urgencia de una respuesta multilateral concertada al cambio climático con la participación de todos los órganos de las Naciones Unidas. • En discusión el mantenimiento imperioso de los principales canales de cooperación internacional en materia de cambio climático: CMNUCC y el Acuerdo de París. • Debate sobre el componente político de la securitización climática lo que a su vez puede dar lugar a soluciones parciales que no contribuyen a reforzar la estabilidad mundial.

8923ª, 9 de diciembre de 2021 Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales La seguridad en el contexto del terrorismo y el cambio climático	S/PV.8923 S/PV.8923 (Resumption 1)	• Debate sobre los vínculos entre el cambio climático, los conflictos y el terrorismo. • Énfasis en abordar las causas profundas del terrorismo, incluyendo a las vulnerabilidades climáticas. • Se declara que el clima extremo, las sequías y las inundaciones pueden colocar a las personas en situaciones desesperadas (vulnerabilidades sociales exacerbadas), creando condiciones en las que los grupos terroristas y extremistas pueden prosperar, lo cual supone una amenaza grave para la paz y la seguridad regional e internacional.[76]
8926ª, 13 de diciembre de 2021 Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales Clima y seguridad	S/PV.8926	• Proyecto de Resolución S/2021/990 presentado por el gobierno de Nigeria e Irlanda con el respaldo de 113 países. • Votos en contra: India y Federación Rusa • Abstenciones: China • Opuesto por Veto por parte de la Federación Rusa como miembro permanente.

FUENTE: elaboración propia.

Cabe señalar que el Proyecto de Resolución S/2021/1990, planteado como un primer paso para que tanto el Consejo de Seguridad como la Secretaría comprendieran y reconocieran formalmente los efectos de los riesgos de seguridad vinculados con el cambio climático, estableció como medio idóneo el arreglo pacífico de controversias; en especial, en situaciones de conflicto relacionadas con el clima, imperando, en la medida de lo posible, la prevención antes de que las controversias degeneren en violencia. Así mismo, acogió la creación por los miembros del Consejo de un grupo oficioso de expertos en clima y seguridad, a fin de facilitar la adopción de un enfoque más sistemático e integral en sus labores respecto de las cuestiones del clima,

[76] "Comienza con la exacerbación de las tensiones sociales, la pobreza, el hambre y el desempleo, lo que ayuda a las organizaciones terroristas a difundir su propaganda entre las sociedades, aprovechando las problemáticas que enfrentan esas sociedades como resultado de los cambios y las difíciles condiciones climáticas". Consejo de Seguridad, Naciones Unidas, S/2021/1026, 14 de diciembre de 2021.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la paz y la seguridad, así como se plantearon encomiendas para el Secretario General de la ONU.

Derivado de este texto, subrayamos que en ningún momento se clarificó el alcance o enfoque del concepto de seguridad ante las nuevas amenazas; por ejemplo, no se enfatizó en la seguridad humana como un enfoque central. Por otro lado, no se previó un replanteamiento sobre la intervención en los asuntos internos de los Estados frente a estos conflictos, lo cual puede obedecer más a intereses políticos o económicos ante el esquema poco representativo del Consejo de Seguridad y el poder absoluto de los cinco miembros permanentes (China, Francia, Federación de Rusia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América). En sí, no se vislumbró un enfoque de evolución integral que tomara en cuenta a todos los países y regiones, especialmente a los más vulnerables.

Como bien apunta De la Serna Galván:

> One of the problems with the Security Council legislating is that usually resolutions represent only the views of the drafters, which means that only 15 of the 192 Member States (five of them having a dominant role and enjoying the veto power) take the decisions, which make the Security Council a totally inappropriate legislative and law-creating body, we have to take into account that the core principle in international lawmaking is the equality of States.[77]

Por ahora, este primer intento de securitización climática internacional, como parte de la labor del Consejo de Seguridad, sigue en debate; con base a lo discutido en sus sesiones, queda claro quiénes quieren securitizar, así como sus motivos a favor y en contra, es decir, el porqué, y quedando en discusión el para qué, y con qué fines concretos.

Al respecto, es preciso señalar que la securitización climática internacional está vinculada con la seguridad colectiva, un aspecto que la resolución a adoptar debiera dejar en claro. De esta manera, se podría determinar qué puede hacer el Consejo *colectivamente* y qué no, respetando el principio de soberanía en favor de la prevención de la paz y la seguridad internacional, tomando en cuenta que ampliar el quehacer de este organismo, con este enfoque, requiere de una transformación institucional; aunque con la poca probabilidad de

[77] De la Serna Galván, Mónica Lourdes, "Interpretation of article 39 of the UN Charter (threat to the peace) by the Security Council. Is the Security Council a legislator for the entire international community?", *cit.*, p. 182.

que esto sea posible por los interés políticos privilegiados de los cinco miembros permanentes y el mecanismo de votación (poco democrático) instaurado en el artículo 108 de la Carta de San Francisco.[78]

Si bien no se espera que el Consejo de Seguridad tenga un papel clave en materia de cambio climático y se involucre en las negociaciones de la CMNUCC, algunos Estados —sobre todo los más vulnerables— sí buscan que este organismo mantenga el tema bajo revisión continua, para asegurar que todos los países cumplan con sus compromisos y que esos esfuerzos sean proporcionales a sus recursos y capacidades. Sin embargo, tomemos en cuenta que los miembros permanentes del Consejo a su vez encabezan la lista de los grandes emisores de GEI, por lo que, siendo realistas, lo más que se pretende es un diálogo entre los órganos de seguridad y del cambio climático en el seno de la ONU para entablar enfoques de colaboración. Lo anterior, dejando de lado temas delicados como las implicaciones para la soberanía y los derechos legales internacionales de la pérdida de tierras, recursos y personas, aspectos que siguen sin obtener una respuesta viable en ambos foros.

Sin embargo, en atención a lo anterior, es muy importante tomar en cuenta la discusión en torno a la capacidad legislativa del Consejo de Seguridad.[79] Existen varios estudios académicos que, conforme a algunos y sin ánimo de ser exhaustivos, coinciden en que la Carta de San Francisco no establece una base jurídica que le otorgue expresamente esos poderes. De modo que el Consejo de Seguridad, en principio, emite decisiones en respuesta a situaciones específicas o conductas particulares, dirigidas a un país en concreto y con una duración temporal, lo cual ha hecho tradicionalmente. Sin embargo, ante

[78] "En la Asamblea General de 2003, el secretario general expresó su firme convicción de que el Consejo de Seguridad debería recuperar la confianza de la comunidad internacional, lo que sólo podría lograrse si demostraba su capacidad de abordar rápidamente y de manera decisiva las crisis internacionales a través de la reforma de su estructura y de que representara de forma más fiel a la comunidad internacional". Méndez Silva, Ricardo, *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los casos de Afganistán e Irak*, *cit.*, p. 55.

[79] La capacidad de promulgar unilateralmente normas vinculantes de carácter abstracto y general, con un ámbito de validez indefinido y con la posibilidad de aplicar la coercitividad en caso de incumplimiento. Sin embargo, en el sistema de Naciones Unidas no existe un Parlamento mundial y nadie está facultado para promulgar legislación en tal sentido. *Cfr.* Rohr, Aldana, "Introducción al estudio de las facultades legislativas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas", en Rohr, Aldana, (dir.), *Las facultades legislativas del consejo de seguridad ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, Buenos Aires, Argentina, Avellaneda, SGN Editora, 2019, pp. 4 y 5.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

nuevas amenazas (catalogadas conforme al artículo 39) como el terrorismo o el desarme nuclear, se han adoptado resoluciones que imponen obligaciones jurídicas de carácter general y abstractas para todos los Estados miembros, con un ámbito de validez indefinido (lo que conlleva una aplicación permanente y no meramente transitoria), cuyas medidas se consideran que exceden las facultades del Consejo, y atentan contra de la soberanía estatal y la igualdad soberana en la creación de la normativa del derecho internacional.[80]

La cuestión es que justamente el Proyecto de Resolución S/2021/1990, si bien por ahora no tuvo la intención de imponer algún tipo de obligación para los Estados miembros, su contenido sí tiene un carácter general, abstracto y sin un ámbito de validez definido. De modo que refleja la tendencia a seguir de aprobarse en un futuro una resolución en la materia, en nombre de la preservación de la paz y la seguridad internacionales. Y quizás bajo el riesgo de provocar enfrentamientos entre los Estados al afrontar la amenaza (el enemigo), ya que en términos de seguridad —aun en un ámbito expansionista—, no son del todo descartables las respuestas militarizadas, pues de acuerdo con la teoría de Copenhague, no olvidemos que se puede llegar a legitimar el uso de los medios necesarios para acabar de manera urgente con tal amenaza.

Siguiendo esta línea, también hemos apuntado que la seguridad puede, en un discurso político (subjetivo), ser utilizada en función de intereses de grupos específicos. Y ante este panorama no hay que olvidar que el Consejo de Seguridad es un órgano político, por lo que prácticamente sus resoluciones reflejan un punto de vista en este sentido.[81] Además, en el ámbito de actuación del Consejo se adoptan decisiones sin la participación de la mayoría de los países en desarrollo y sin reconocer el consenso, de modo que no refleja los intereses de toda la comunidad internacional.

[80] Para ahondar sobre este tema, véase Hinojosa Martínez, Luis Miguel, "The legislative role of the Security Council in its fight against terrorism: legal, political and practical limits", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, núm. 2, abril, 2008, pp. 333-359; De la Serna Galván, Mónica Lourdes, "Interpretation of article 39 of the UN Charter (threat to the peace) by the Security Council. Is the Security Council a legislator for the entire international community?", *cit.*, pp. 175-183; Rohr, Aldana, (dir.), *Las facultades legislativas del consejo de seguridad ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, *cit.*; Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12, 2012, pp. 365-406.

[81] De ahí que sus resoluciones poco puedan ser equiparables a los tratados internacionales, ello ante la falta de un enfoque jurídico.

Por otro lado, también habrá que considerar que, en términos generales, la Asamblea General de la ONU es quien tiene la facultad de hacer *recomendaciones* a los Estados miembros para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con base a los principios de cooperación. Lo anterior en un contexto multilateral en el que existe la igualdad de voto para los 193 Estados miembros, requiriendo en estos asuntos una mayoría de dos tercios en las votaciones.[82]

b. *Las agendas de seguridad de Estados Unidos y Unión Europea*

Por lo que respecta al ámbito nacional y regional, la securitización climática es reflejada en las agendas de seguridad, siendo el gobierno de Reino Unido pionero en este proceso, seguido por otras naciones que también llevan tiempo evaluando las implicaciones del cambio climático a "su" seguridad,[83] como es el caso de Estados Unidos. Asimismo, esto ha sido examinado a nivel regional en la Unión Europea.

En este rubro es interesante observar quién tiene interés en la securitización climática y para qué fines, en cuyo contexto, por la posición geopolítica que ocupan, mediante un bosquejo general, nos centraremos en puntos destacables de recientes informes especiales de Estados Unidos y la Unión Europea.

La agenda de seguridad de Estados Unidos

Estados Unidos es un país vulnerable a los impactos del cambio climático. Basta señalar las terribles consecuencias sociales, económicas y de infraestructura que causó el Huracán Katrina al azotar a Nueva Orleans en 2005, un evento que influyó en el debate sobre la relevante conexión entre el cambio climático y la seguridad nacional. De ahí que en 2007[84] se haya solicitado una

[82] Véase Capítulo IV de la *Carta de San Francisco*.

[83] Véase *The Center for Climate and Security. Exploring the security risks of climate change*. https://climateandsecurity.org/ (fecha de consulta: 4 de abril de 2023); Depledge, Duncan, "The Impact of climate change on security: Is the UK in need of a nationwide review?", *RUSI*, 12 de febrero, 2010, pp. 1-9; Wisner, Ben *et al.*, "Cambio climático y seguridad humana", *Studies AFES-PRESS*, 15 de abril, 2007, pp. 2 y 3.

[84] Recordemos que ese mismo año tuvo lugar la primera discusión en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU sobre la crisis climática como impulsora de conflictos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

National Intelligence Estimate para evaluar cómo el fenómeno climático podría representar una amenaza a la seguridad nacional estadounidense. También han sido publicados diversos informes sobre este tema,[85] aseverando la amenaza directa de los fenómenos meteorológicos extremos, así como los desafíos a los intereses del país al verse también afectados los países estratégicamente importantes (por ejemplo, aquellos que albergan bases militares y embajadas; países aliados de fuentes de materias primas y/o socios económicos significativos; sitios con vías de mayor flujo de transporte (puertos y estrechos); o bien, países vecinos con potenciales flujos migratorios ante los impactos del cambio climático). En ese contexto, Busby enfatizó, en su momento, la importancia de forjar una política climática como un objetivo de prioridad nacional.[86]

Al respecto, es muy relevante la Orden Ejecutiva (EO) 14008, *Tackling the Climate Crisis at Home and Abroad*, firmada por el presidente Biden en enero de 2021, en la cual la crisis climática es determinada como un elemento central de la política exterior y la seguridad nacional de los Estados Unidos. Por consiguiente, esto va más allá de una política climática, pues el enfoque más bien se perfila hacia la toma de decisiones y acciones en el ámbito internacional, en función de la salvaguarda de intereses nacionales.

De acuerdo con Villalba, la política exterior involucra "a todas aquellas actitudes, decisiones y acciones de un Estado, frente a otros Estados, para el logro de sus propósitos y la defensa de sus intereses nacionales". El autor añade que en la ejecución de esta política se toman en cuenta tres consideraciones básicas, comunes a todos los Estados, como fines últimos con carácter irrenunciable:[87]

1) La propia subsistencia del Estado.
2) Su seguridad.
3) El bienestar de sus nacionales.

[85] Véase Can Corporation, *National Security and the Threat of Climate Change*, EEUU, The CAN Corporation, 2007; Center for Climate and Security, *Climate Security 101*, febrero, 2015. https://climatesecurity101.org/. (fecha de consulta: 4 de abril de 2023).

[86] Véase Busby, Joshua W., *Climate Change and National Security an Agenda for Action*, United States of America, Council on Foreign Relations, CRS, núm. 32, noviembre, 2007, pp. 1-7, 26 y 27.

[87] Villalba Hidalgo, César, "¿Qué es política exterior? (Reflexiones en torno al concepto)", *Escenarios XXI*, año II, núm. 10, julio-agosto, 2011, pp. 14-18.

Una narrativa que permea en las evaluaciones sobre los impactos del cambio climático a la seguridad de los Estados Unidos.[88] Al respecto, destacamos la reciente *National Intelligence Estimate. Climate Change and International Responses Increasing Challenges to US National Security Through 2040*, publicada en 2021, en la cual se analizan las implicaciones geopolíticas en el exterior con repercusiones a la seguridad nacional estadounidense a corto (5 a 10 años) y mediando (10 a 20 años) plazo. Los puntos clave de este informe son:

1) La proyección del aumento de tensiones geopolíticas en torno a la discusión sobre la reducción de emisiones de GEI para cumplir con el Acuerdo de París, vinculado con el debate sobre la responsabilidad estatal de los países más contaminantes para actuar y financiar.
2) La competencia para controlar los recursos y dominar las nuevas tecnologías necesarias para la transición energética de fuentes renovables y/o limpias.
3) Ante los crecientes efectos físicos del cambio climático, se subraya la probable exacerbación de focos geopolíticos transfronterizos, a razón de las medidas que tomen los estados para proteger sus intereses. Por ejemplo, la reducción de hielo en el Ártico está incrementando la competencia estratégica de carácter económica por el acceso a los recursos naturales, con el probable aumento de la actividad militar a medida que los Estados árticos y no árticos busquen proteger sus inversiones, explotar nuevas rutas marítimas y obtener ventajas estratégicas sobre sus rivales. Así mismo, fuera del Ártico se vislumbran como amenazas, derivadas de los crecientes impactos del cambio climático, los conflictos por el agua, los flujos poblacionales, y la implementación unilateral (sin un acuerdo internacional) de geoingeniería solar a gran escala, lo que provocará tensiones transfronterizas.
4) La intensificación de los efectos físicos del cambio climático hasta 2040 y más allá se agudizará en los países en desarrollo, quienes además tienen menos capacidades de adaptación, lo cual aumentará el potencial de inestabilidad y posibles conflictos internos en tales países, creando

[88] Véase Department of Defense, Office of the Undersecretary for Policy (Strategy, Plans, And Capabilities), *Department of Defense Climate Risk Analysis* (Report Submitted to National Security Council), octubre, 2021.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en algunos casos, demandas hacia Estados Unidos sobre recursos, ayuda diplomática, económica, humanitaria y militar.

Siguiendo este contexto, en la *National Security Strategy*, publicada en octubre de 2022, se subraya que el cambio climático es el mayor problema compartido entre las naciones; y que las tensiones se intensificarán aún más a medida que los países compitan por los recursos y la ventaja energética, aumentando la necesidad humanitaria, la inseguridad alimentaria y las amenazas para la salud, así como el potencial de inestabilidad, conflicto y migración masiva.

Frente a ello, esta estrategia enfatiza realizar una inversión sin precedentes en la transición energética, el fortalecimiento de las industrias estadounidenses, la preparación y resiliencia federal, estatal y local frente a las crecientes amenazas climáticas extremas, así como la integración del cambio climático en la planificación y políticas de seguridad nacional. También se subraya que, para garantizar su seguridad y asequibilidad energética, es preciso afianzar el acceso a las cadenas de suministro de minerales críticos. Por su parte, en la gestión migratoria se subraya la continuidad de los esfuerzos de colaboración que refuercen su seguridad fronteriza y protejan a la nación.

La agenda de seguridad de la UE

Partimos de la estrategia europea de seguridad, titulada *Una Europa segura en un mundo mejor*, emitida en 2003, considerada como un hito en materia de seguridad para impulsar los intereses de la Unión Europea (UE), cuyo objetivo principal fue definir las amenazas y objetivos estratégicos de la Unión, así como la evaluación de las implicaciones políticas. Si bien el cambio climático no se incluyó como una amenaza clave, los conflictos que se verán agravados por el calentamiento global sí son percibidos como desafíos mundiales. Al respecto, el documento señala: "Competition for natural resources notably water which will be aggravated by global warming over the next decades, is likely to create further turbulence and migratory movements in various regions".[89]

[89] *European Security Strategy, A Secure Europe in a Better World*, Brussels, 12 december 2003, p. 3, https://www.cvce.eu/obj/european_security_strategy_a_secure_europe_in_a_better_world_brussels_12_december_2003-en-1df262f2-260c-486f-b414-dbf8dc112b6b.html (fecha de consulta: 3 de mayo de 2023).

No obstante, derivado de la primera discusión en el seno del Consejo de Seguridad de la ONU sobre la crisis climática como impulsora de conflictos, es hasta el año 2008 donde queda expresa la importancia del cambio climático en la política exterior y de seguridad de la UE, en el documento del alto representante y de la Comisión Europea al Consejo Europeo, *Cambio climático y seguridad internacional*. Destacamos que, en el documento, el fenómeno climático es considerado como un "multiplicador de amenazas", que, de acuerdo con Pérez de Armiño, al provenir del vocabulario militar implica "un enfoque de seguridad de los Estados ante una amenaza externa que necesita ser neutralizada".[90] Al respecto, recordemos lo expuesto a lo largo de este estudio en torno a la teoría de Copenhague, donde etiquetar un determinado asunto como una amenaza se asocia al binomio amigo/enemigo, y, por lo tanto, legitima el uso de los medios necesarios para acabar con ella.

De acuerdo con el documento en cuestión las amenazas son las siguientes: conflictos por los recursos; daños y riesgos económicos para las ciudades costeras y las infraestructuras vitales; pérdida de territorio y contenciosos fronterizos; migraciones por causas ambientales; situaciones de fragilidad y radicalización; tensiones por el suministro de energía; y presiones sobre la gobernanza internacional.[91]

En la revisión de la *Estrategia Europea de seguridad* de 2003, la UE adoptó lo señalado en el documento del alto comisionado, por lo que en 2009 esta estrategia fue reforzada, y consideró expresamente al cambio climático como una amenaza que afecta a los intereses de la UE en el ámbito de la seguridad colectiva. Desde entonces, la narrativa gira en torno a la actuación común, los enfoques cooperativos entre Estados miembros y sus socios, así como con organizaciones internacionales y regionales. Esto se ha fortalecido en el Tratado de Lisboa, que, de cara a la actuación internacional (si bien mediante el multilateralismo y la diplomacia climática), busca la cooperación para prote-

[90] Pérez de Armiño, Karlos, "Sobre riesgos y amenazas. La Securitización discursiva de la acción climática de la UE", en Pigrau Solé, Antoni *et al.* (dirs), *La comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible. XXIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2023, p. 49 y 50.

[91] Climate Change and International Security, *Paper from the High Representative and the European Commission to the European Council*, S113/08 14 de marzo de 2008. https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf (fecha de consulta: 3 de mayo de 2023).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ger el patrimonio común e intereses colectivos de la UE. Esto propició que el cambio climático fuese abordado como un tema de alta política, y que se impulsara el liderazgo de la UE en la materia, tanto a nivel comunitario como internacional. No obstante, en los siguientes años las políticas climáticas perdieron ambición y con ello se redujo el discurso de securitización, para ser retomado en el año 2014 de manera enfática, con el objetivo de adoptar políticas más estrictas.[92]

Destacable es la *Estrategia global para la política exterior y de seguridad*, de 2016, cuyo objetivo es "una Europa más fuerte" para asumir los desafíos y formular estrategias guiadas por sus intereses y prioridades comunes,[93] las cuales son: seguridad de la Unión, resiliencia estatal y de la sociedad de vecinos orientales y meridionales, enfoque integrado en relación con crisis y conflictos, y órdenes regionales de cooperación y gobernanza mundial para el siglo XXI. En materia de seguridad, se reconoce que el cambio climático pone en peligro a la población y al territorio de la UE; en cuanto a los conflictos, se hace referencia a "la tensión derivada de la escasez de recursos naturales, y el cambio climático, que constituye un factor multiplicador de las amenazas al catalizar la escasez de agua y alimentos, las pandemias y los desplazamientos".[94] De ahí el enfoque central en la actuación preventiva en favor de la paz.

El *Pacto verde europeo* adoptado en 2019 mantiene un fuerte discurso securitizador; ello al poner de manifiesto que ante la crisis climática la UE seguirá liderando los esfuerzos internacionales y forjando alianzas, al mismo tiempo que "reconoce la necesidad de preservar su seguridad de abastecimiento y su competitividad, incluso si otros no están dispuestos a actuar".[95] A su vez, se afirma que

[92] Véase Pérez de Armiño, Karlos, "Sobre riesgos y amenazas. La Securitización discursiva de la acción climática de la UE", *cit.*, pp. 37-41.

[93] Una narrativa tipo "una fortaleza kantiana en un mundo hobbesiano". *Cfr.* Leonard, M., "L'Europe qui protège. Conceiving the next European Union", *ECFR Essays*, agosto, 2017, p. 5; Sanahuja, José Antonio, *La Estrategia Global y de Seguridad de la Unión Europea: narrativas securitarias, legitimidad e identidad de un actor en crisis*, ICEI Working Papers, WP01/18, 2018, p. 19.

[94] Unión Europea, *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*, Bruselas, Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), 2016, p. 23.

[95] Comisión Europea, *El Pacto Verde Europeo*, COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, p. 3.

> El acceso a los recursos también es una cuestión de seguridad estratégica para la ambición de Europa de sacar adelante el Pacto Verde. Por tanto, uno de los requisitos previos para hacer realidad esta transición es asegurar el suministro de materias primas sostenibles —en particular, de las materias primas críticas necesarias para las tecnologías limpias y las aplicaciones digitales, espaciales y de defensa— mediante la diversificación del abastecimiento de fuentes primarias y secundarias.[96]

Siguiendo esta línea, se reconoce que los retos mundiales en materia de clima y medio ambiente son un multiplicador de amenazas y fuente de inestabilidad, y se añade que

> La transición ecológica reconfigurará las relaciones geopolíticas, incluidos los intereses económicos, comerciales y de seguridad a escala mundial […]. La UE trabajará junto con todos sus socios para aumentar la resiliencia climática y medioambiental con el fin de evitar que esas tensiones desencadenen conflictos, inseguridad alimentaria, desplazamientos de la población y migraciones forzosas, y de apoyar una transición justa a escala mundial. Las implicaciones de la política climática deben convertirse en parte integrante de la reflexión y la acción de la UE sobre asuntos exteriores, también en el contexto de la política común de seguridad y defensa.[97]

Como se observa, la securitización climática en la UE es también abordada en el ámbito de la política exterior. Como bien apunta Pérez de Armiño, la mayoría de los documentos han sido elaborados por el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), la Comisión y el Consejo de la UE. Así mismo, destaca que la SEAE, ante las nuevas amenazas, se basa en aquella concepción estatocéntrica tradicional de la seguridad, fundamentada en la defensa propia. A su vez, este autor señala que en los documentos no imperan las estrategias a largo plazo para la prevención de conflictos vinculados al cambio climático,[98] siendo más operativas las medidas reactivas ante el estallido de crisis, sin abordar soluciones estructurales a las causas de fondo,[99] tal como lo veremos en el siguiente apartado.

[96] *Ibidem*, p. 10.

[97] *Ibidem*, p. 25.

[98] Sobre este punto véase Vázquez Rodríguez, Beatriz, "El cambio climático en la agenda de seguridad de la Unión Europea", *Relaciones Internacionales*, núm. 58, 2020, p. 173-175.

[99] *Cfr*. Pérez de Armiño, Karlos, "Sobre riesgos y amenazas. La Securitización discursiva de la acción climática de la UE", *cit.*, pp. 45-50.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

IV. Esbozo de dos potentes amenazas a la seguridad y su reflejo geopolítico

Ante una agenda de securitización climática internacional en discusión, y agendas de seguridad nacionales perfiladas a proteger intereses particulares frente a amenazas y conflictos vinculados con la crisis climática, es de nuestro interés esbozar dos casos —sin ahondar demasiado, puesto que cada uno implicaría un estudio más amplio y particular que rebasaría el objeto de la presente investigación— que reflejan los grandes desafíos a afrontar.

El primer caso tiene que ver con las repercusiones sociales que produce la variación climática al modificar de manera desventajosa las condiciones físicas, poniendo en riesgo los medios de subsistencia; mientras que el segundo se relaciona con el esfuerzo global para lograr la descarbonización y, por lo tanto, reducir las emisiones de GEI. Un caso vinculado a las consecuencias del fenómeno climático; y otro, a la respuesta de mitigación para enfrentarlo. No obstante, ambos casos son potenciadores de conflictos (de nuevos focos de tensión), con efectos en la geopolítica mundial y en las prioridades de seguridad nacional de acuerdo con intereses estratégicos alejados de la seguridad colectiva y humana.

1. *Desplazados climáticos: la víctima es la amenaza*

Las repercusiones sociales del cambio climático antropogénico de gran trascendencia son las que se hacen sentir en la movilidad humana.[100] El vínculo entre el desplazamiento y el cambio climático surge ante la posible generación de flujos poblacionales masivos, como respuesta a la degradación ambiental provocada por las alteraciones climáticas en el entorno geográfico. Sin embargo, la decisión de emigrar, así como la magnitud de los impactos del fenómeno climático, están condicionados por la vulnerabilidad (geográfica, económica, social, política e institucional) y resiliencia de las poblaciones, cuyo contexto es particularmente visible en las personas (con afectación especial en mujeres, niños, niñas, adultos mayores y minorías étnicas), comunidades e incluso Estados —pequeños Estados insulares— que ocupan zonas

[100] Ibarra Sarlat, Rosalía, *Desplazados climáticos: Evolución de su reconocimiento y protección jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021, p. 76.

costeras de escasa elevación, territorios de la tundra o del Ártico, así como tierras áridas y otros ecosistemas frágiles.

De acuerdo con *El quinto informe de evaluación del IPCC*, durante el siglo XXI se proyecta un aumento en el desplazamiento de personas, cuyo riesgo se agrava en los países en desarrollo. Esto se debe a que las poblaciones —tanto rurales como urbanas— están expuestas a los fenómenos meteorológicos extremos y carecen de recursos para una migración planificada. De igual modo, se pone de manifiesto que los impactos del cambio climático son una creciente amenaza para la seguridad humana, ya que perjudica los medios de sustento como el agua y los alimentos, y destruye las pertenencias de la gente. Así, el aumento de desplazamientos forzados pone en peligro la cultura y la identidad de las personas, afectando la calidad de vida, y la vida misma. Esta situación tiene el potencial de generar tensiones sociales, y exacerbar, prolongar o contribuir al riesgo de futuros conflictos violentos —en la forma de guerra civil y violencia entre grupos—, al incrementarse motores tales como inestabilidad, pobreza y crisis económicas.[101]

Esta situación se reafirma en el último y recién *Sexto informe de evaluación del IPCC*, al manifestar que, dentro de los impactos observados del cambio climático, los fenómenos meteorológicos extremos actúan con mayor frecuencia como impulsores del desplazamiento en todas las regiones, con una afectación desproporcionada a los pequeños Estados insulares. También se señala que la falta de acceso a los medios de subsistencia, derivada de inundaciones y sequías, ha aumentado en África, Centroamérica y América del Sur. Respecto a los conflictos violentos intraestatales, se destaca que, aun cuando los factores climáticos no son los impulsores dominantes, en algunas regiones los fenómenos meteorológicos extremos han impactado de manera adversa en la duración, gravedad y/o frecuencia del conflicto.[102]

Por su parte, se estima que potencialmente son tres las regiones en las que el aumento de los desplazamientos inducidos por el cambio climático podría crear el riesgo de agravar tensiones y conflictos: Asia meridional, África Sub-

[101] *Cfr*. IPCC, "Resumen para responsables de políticas", en Field, C. B. *et al*. (eds.), *Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Ginebra, Suiza, Organización Meteorológica Mundial, 2014, p. 20.

[102] IPCC, "Summary for Policymakers", en Pörtner Hans-O. *et al.*, *Climate Change 2022: Impacts, adaptation and vulnerability*, Working Group II contribution to the Sixth Assessmet Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, WMO-UNEP, 2022, p. 11.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sahariana, África Oriental y Europa, este último por el aumento repentino de inmigrantes de otras regiones.[103] De modo que los movimientos poblacionales a gran escala, estimulados por los impactos adversos del cambio climático y sus procesos relacionados, son un desafío para la seguridad de los Estados, particularmente si implican el cruce de fronteras internacionales.

En este contexto, el organismo The German Advisory Council on Global Change (WBGU, por sus siglas en alemán),[104] en su investigación titulada *Climate change as a security risk*, considera que los desplazamientos climáticos pueden provocar conflictos al poner en riesgo la seguridad de las naciones. Ello, al estimar que el número de desplazados aumentará en el futuro debido a los impactos del cambio climático, por lo que se incrementará el número de focos migratorios —especialmente en los países en vías de desarrollo—, con la probabilidad de que la mayoría de las movilizaciones ocurran en principio a nivel interno. No obstante, también se generarán movilizaciones transfronterizas, lo que provocará conflictos entre los países de origen y de acogida; así como disputas en torno a la exigencia de responsabilidades y el pago de pérdidas y daños a causa de la migración inducida por factores climáticos.[105] Se trata, por lo tanto, de un problema para la seguridad internacional; por lo que en este informe se propone implementar una política preventiva de seguridad.[106]

Al respecto, Nordås y Gleditsch[107] señalan que cuando los inmigrantes invaden el territorio de otras personas cuyos recursos son limitados el potencial de violencia se eleva. De ahí que la preocupación por el cambio climático, en cuanto a sus causas y consecuencias migratorias, se exprese cada vez más en términos de geopolítica y seguridad internacional y nacional ante los conflictos potenciales. Tales autores ponen el foco en "*the causal chains*", donde el punto de partida se relaciona con los impactos del cambio climático, al verse reducidos el agua dulce, las tierras cultivables, el rendimiento de cultivos, las

[103] Asamblea General, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad. Informe del Secretario General*, Naciones Unidas, A/64/350, 11 de septiembre de 2009, p. 24.

[104] *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen.*

[105] Véase Mecanismo Internacional de Varsovia en Ibarra Sarlat, Rosalía, *Desplazados climáticos: Evolución de su reconocimiento y protección jurídica*, *cit.*, pp. 103-108.

[106] Remítase a German Advisory Council on Global Change (WBGU), *Climate Change as a Security Risk*, London, UK and Sterling VA, USA, Earthscan, 2008, pp. 116-129 y 211.

[107] *Cfr.* Nordås, Ragnhildy y Gleditsch, Nils Petter, "Climate Change and Conflict", *Political Geography*, núm. 26, 2007, pp. 631-633.

poblaciones de peces, lo que conlleva a la disputa por los recursos restantes, y/o el desplazamiento poblacional inducido, transfronterizo e interno, donde, a su vez, la invasión de territorios con recursos escasos, de por sí ya vulnerables, incrementa la inestabilidad y la posibilidad de conflictos violentos (véase *supra* el conflicto de Darfur).

Reuveny[108] argumenta que el proceso que va desde la generación de este tipo de movimientos poblacionales hasta los conflictos se manifiesta a través de cuatro vías, que pueden actuar al mismo tiempo:

a) Competencia: la llegada de desplazados ambientales puede mermar la base económica y de recursos de la zona de acogida; sobre todo cuando éstos son escasos, lo cual aumenta el riesgo de conflictos en la región.
b) Tensión étnica: cuando los desplazados y residentes ambientales pertenecen a diferentes grupos étnicos se puede producir tensión, debido a la amenaza que pueden sentir los residentes de los países de acogida.[109]
c) Desconfianza: la migración ambiental puede generar desconfianza entre la zona de origen y la de acogida. Por ejemplo, el país de origen de los migrantes puede sospechar que el país receptor acepta a migrantes con el fin de alterar el equilibrio étnico de la zona de origen; por otro lado, el país que recibe puede temer que el de origen busque penetrar en su territorio con fines políticos, bélicos, etcétera, ante lo cual el Estado de origen puede intuir maltrato a los migrantes por parte del Estado receptor.
d) *Fault lines*: el conflicto puede seguir las fallas estructurales socioeconómicas existentes, tales como la competencia por la tierra entre pastores migrantes y agricultores residentes; la competencia por los puestos de

[108] Reuveny, Rafael, "Climate change-induced migration and violent conflict", *Political Geography*, núm. 26, 2007, pp. 658 y 659.

[109] "Según un estudio de las guerras civiles que tuvieron lugar entre 1945 y 2005, de los 103 conflictos étnicos, 32 habían sido casos de violencia entre los miembros de un grupo étnico regional (minoría), oriundo del lugar, que se considera a sí mismo los 'hijos del terruño', y migrantes llegados recientemente de otras partes del país […]. Si bien los motivos de esas migraciones son diversos, la dinámica negativa entre los migrantes y los grupos indígenas será motivo de preocupación en el caso de que se intensifique la migración inducida por el clima". Asamblea General, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad. Informe del secretario general*, *cit.*, p. 20.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

trabajo entre migrantes y residentes; o bien, la migración desde las zonas rurales a las urbanas.

Además de estos cuatro factores, la inestabilidad política y los disturbios civiles en la zona de acogida son aspectos que también aumentan la probabilidad de conflicto con un alto nivel de violencia; sobre todo si los migrantes se unen a grupos antagonistas a través de cualquiera de las cuatro vías señaladas.

Lo anteriormente expuesto, desde luego, no ha sido ajeno para las agendas de seguridad internacional y nacionales, espacios donde —recordemos— la narrativa empleada por el agente securitizador es parte trascendente del proceso de securitización. De allí la relevancia de la perspectiva psicosocial que emana al etiquetarse un determinado asunto como una "amenaza" (el enemigo), pues ello legitima el uso de los medios necesarios para acabar de manera urgente con tal amenaza, a razón de propiciarse la necesidad de requerir seguridad. Welzer apunta que "La sensación de peligro podría traer aparejada la exigencia de una política de seguridad más rigurosa", pues "[las] amenazas exteriores generan cohesión interna",[110] un aspecto fuertemente reflejado en el ámbito migratorio, con independencia de sus causas.

Las narrativas antimigratorias, basadas en la estigmatización de la migración masiva, cobran importancia en el tema que nos ocupa. En efecto, estos discursos promueven la percepción de que los desplazados climáticos son una amenaza. Sin embargo, esas personas son víctimas de las circunstancias. Además, los movimientos migratorios no son particularmente protegidos ni reconocidos jurídicamente, sobre todo cuando son transfronterizos; aunado a que son catalogados como una pérdida no económica en el marco legal de la CMNUCC y el Acuerdo de París, lo que exime de responsabilidad a quienes han contribuido de manera histórica a los múltiples y consecuentes efectos del fenómeno climático antropogénico.[111]

En esta línea, los discursos del miedo a la invasión del Sur global buscan enmarcar a la migración climática como una incipiente crisis para el Norte global.[112] No obstante, de acuerdo con "*the causal chains*", se trata de una cri-

[110] Welzer, Harald, *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, *cit.*, p. 231.

[111] Véase Ibarra Sarlat, Rosalía, *Desplazados climáticos: Evolución de su reconocimiento y protección jurídica*, *cit.*

[112] Felipe, Beatriz, *Migraciones climáticas. Sobre desigualdades, mitos y desprotección*, Barcelona, España, MRA ediciones, 2022, pp. 76 y 77.

sis que, en buena parte, es atribuible a los efectos de su histórico crecimiento económico con base al empleo de fuentes de energía fósil, ligado a sus modos de producción y consumo en exceso.[113]

La cuestión es que, cuando se trata de seguridad nacional o regional, sólo importan los intereses particulares, y justamente la amenaza de los movimientos masivos de personas —causada por las repercusiones climáticas— es parte importante de la securitización climática, tanto en Estados Unidos, como en la Unión Europea, con repercusión en el desarrollo de políticas migratorias más enérgicas.[114]

De acuerdo con Buxton, tal advertencia ha potenciado las dinámicas a favor de la militarización fronteriza, las cuales de por sí, aun sin la variante climática, ya eran hegemónicas. De modo que las estrategias de seguridad climática no abordan soluciones estructurales a las causas de fondo; por el contrario, ante tal problemática, prevén un aumento de financiamiento en la protección fronteriza. Basta apuntar que la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), creada en 2004 para custodiar lo que se ha denominado "Europa Fortaleza", tiene reservados 5,600 millones de euros para el período de 2021 a 2027.[115] Una agencia que cuando "habla de vulnerabilidad, se está refiriendo a la de la frontera, no a la de las personas que la cruzan, encuadrándose las referencias a las personas migrantes en el ámbito del riesgo y la amenaza dentro del universo criminal".[116]

El extendido sentimiento antiinmigrante, resultado del auge de populismos xenófobos de los últimos años, ha propiciado que las fuerzas militares intervengan cada vez más. Esta es una tendencia que difícilmente cambiará

[113] Véase Ibarra Sarlat, Rosalía, "Producción y consumo en exceso. La gran pandemia del siglo XXI", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Martín, Nuria (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid-19: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (II). Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, núm. 48, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, pp. 123-129.

[114] Véase Smith, Paul J., "Climate Change, Mass Migration and the Military Response", *Orbis,* vol. 51, núm. 4, 2007, pp. 617-633.

[115] Buxton, Nick, *Aproximación a la seguridad climática. Los peligros de militarizar la crisis climática*, TNI Transnational Intitute y FUHEM educación + ecosocial, Ámsterdam y Madrid, 2021, pp. 18 y 19; Véase Por Causa, *Frontex: El guardián descontrolado. Informe 2021 Por Causa Investigación, periodismo y migración*. https://porcausa.org/wp-content/uploads/2021/06/Frontex_2021.pdf (fecha de consulta: 22 de mayo de 2023).

[116] González-Páramo, Ana, "Frontex, la cara oscura de la Unión Europea", *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, núm. 155, 2021, p. 76.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

con el trato hacia los desplazados climáticos. Al contrario, su recrudecimiento es probable, pues hasta ahora, frente a este impacto global, no se vislumbra la intención de acoger, por parte de los países desarrollados, una cuota de personas que por razones climáticas ya no puede vivir en sus lugares de origen; ni tampoco se percibe que estos países desarrollados quieran ser partícipes de facilitar medios de supervivencia. Es todo un dilema; ante una problemática global que constantemente demanda responsabilidades y una cooperación internacional efectiva, que humanice al migrante. De modo que, si de seguridad se trata, la protección debe enfocarse más bien en la humana.

White apunta que enmarcar dicha migración como una amenaza para la seguridad es una respuesta equivocada que no conduce a abordar las cuestiones fundamentales, pues desvía y aleja la atención (financiera y política) de los esfuerzos y compromisos para reducir emisiones de GEI, las medidas de adaptación y la búsqueda de mejores estrategias de desarrollo.[117]

2. *Competencia para controlar recursos estratégicos: zonas de sacrifico en pro de la seguridad ante economías amenazadas*

La dependencia económica hacia los combustibles fósiles (petróleo, gas y carbón) en el sistema energético constituye un potente generador de emisiones GEI que alteran la composición atmosférica. Por ello, existe un acuerdo generalizado en la necesidad de una transición sustancial en el modelo energético, para atender el compromiso internacional de mantener la temperatura media global por debajo de los 2 °C, y así minimizar los impactos del cambio climático. Al respecto, la descarbonización implica la introducción de nuevas tecnologías y la explotación de diversos recursos de interés estratégico, para transitar hacia una renovada industria energética, con el consecuente impacto económico y las futuras tensiones políticas entre el Norte y Sur global.[118]

En este contexto, los efectos de la transición energética desempeñan un papel cada vez más importante en las discusiones sobre seguridad y geopolítica, ante la amenaza que representa a la estabilidad económica y a la soberanía energética, por lo que las grandes potencias como China y Estados Unidos han securitizado el acceso y la disponibilidad de recursos estratégicos

[117] White, Gregory, *Climate Change and Migration: Security and Borders in a Warming World*, Oxford Academic, 2011. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199794829.001.0001

[118] Véase IEA, *The role of critical minerals in clean energy transition, cit*.

—como el litio, cobalto, níquel, cobre, y/o tierras raras— para avanzar tanto en la *carrera verde* como en la de los minerales.[119]

El 16 de febrero de 201, el Departamento del Interior de Estados Unidos publicó una lista de 35 minerales considerados críticos para su seguridad económica y nacional. La lista incluye aluminio, utilizado en casi todos los sectores de la economía; los metales del grupo del platino, empleados para agentes catalíticos; un grupo de elementos de tierras raras, litio y cobalto, usados en baterías y electrónica; estaño, utilizado como recubrimientos protectores y aleaciones para acero; y titanio, utilizado abrumadoramente como pigmento blanco o como aleación de metal. Cabe señalar que dicha lista pretende ser dinámica; actualizada periódicamente de acuerdo con la oferta, la demanda, la concentración de la producción, así como con las prioridades de las políticas actuales. Bajo la Orden Ejecutiva 13817, estos minerales son calificados como "críticos", porque cada uno ha sido identificado como un mineral no combustible o como un material mineral que es esencial para la seguridad económica y nacional de los Estados Unidos, el cual tiene una cadena de suministro vulnerable a la interrupción, y cumple una función esencial en la fabricación de un producto, cuya ausencia tendría consecuencias significativas para la economía o la seguridad nacional. De ahí la securitización de tales minerales, con la finalidad de implementar una estrategia federal para: 1) asegurar su suministro como una prioridad; 2) superar su dependencia externa, sobre todo de China; 3) investigar alternativas a estos elementos; 4) buscar opciones de acceso mediante el comercio con aliados o socios; 5) mejorar la cartografía de los Estados Unidos y sus recursos minerales; y 6) aumentar el descubrimiento, producción y refinación nacional de minerales críticos.[120]

[119] Un sistema energético impulsado por tecnologías de energía limpia difiere profundamente de uno alimentado por recursos de hidrocarburos tradicionales. Si bien las plantas solares fotovoltaicas y los parques eólicos no requieren combustibles para operar, generalmente para su construcción requieren más materiales que sus contrapartes basadas en combustibles fósiles. Los minerales son un ejemplo de ello. Un automóvil eléctrico típico requiere seis veces más minerales que un automóvil convencional, y una planta eólica terrestre requiere nueve veces más recursos minerales que una planta a gas de la misma capacidad. Desde 2010 la cantidad promedio de minerales necesarios para una nueva unidad de capacidad de generación de energía ha aumentado en un 50%, a medida que las energías renovables aumentan su participación en las adiciones de capacidad total. La transición a la energía limpia significa un cambio de un sistema intensivo en combustible a uno intensivo en materiales. *Ibidem*, p. 28.

[120] *Interior Releases 2018's Final List of 35 Minerals Deemed Critical to U.S. National Security and*

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por su parte, el gobierno de China, mediante su Plan Nacional de Recursos Minerales publicado en 2016, enlistó 24 minerales estratégicos —entre ellos, hierro, cobre, aluminio, níquel, oro, cobalto, litio y tierras raras—. El Plan señala que los minerales son clave para "salvaguardar la seguridad económica nacional, la seguridad de la defensa nacional y el desarrollo de industrias emergentes estratégicas".[121] Asimismo, es de señalar la implementación de normas para mantener el control dominante de tierras raras y minerales básicos por parte del gigante asiático; ello mediante la implementación de políticas de sostenibilidad y de cuotas, o incluso prohibición, de exportación de algunos de estos minerales estratégicos. Dichas cuotas iniciaron en 2004; para 2006 se redujeron al 50 %, y en 2011 al 75 % con afectaciones al comercio mundial por el consecuente aumento de precio y la reducción del abastecimiento.[122]

En este escenario, es de subrayar que, aun cuando países latinoamericanos con reservas de litio han declarado a este mineral como "estratégico", se requiere trabajar arduamente en la implementación de instrumentos jurídico, económicos y políticos para incursionar en los altos estándares de especialización tecnológica de la larga cadena productiva, con la finalidad de dejar de ser países exportadores sin valor agregado.[123]

the Economy. https://www.usgs.gov/news/national-news-release/interior-releases-2018s-final-list-35-minerals-deemed-critical-us (fecha de consulta: 25 de mayo de 2023).

[121] Barría, Cecilia, "La disputa entre China y Estados Unidos por el litio en América Latina", *BBC News Mundo*, 12 de abril de 2023. https://www.bbc.com/mundo/noticias-65183614 (fecha de consulta: 5 de junio de 2023).

[122] Olivera, Beatriz, Tornel, Carlos y Azamar, Aleida, *Minerales críticos para la transición energética. Conflictos y alternativas hacia una transformación socioecológica*, México y El Caribe, Engenera, Fundación Heinrich Böll y Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, 2022, pp. 67-69.

[123] México es parte de los 10 países con mayores reservas de litio a nivel global con 1,700,000 toneladas; de ahí que el 20 de abril de 2022 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Minera, conforme a lo cual en el artículo 5 Bis queda estipulado que: Se declara de utilidad pública el litio, por lo que no se otorgarán concesiones, licencias, contratos, permisos o autorizaciones en la materia. Serán consideradas zonas de reserva minera aquéllas en que haya yacimientos de litio. Se reconoce que el litio es patrimonio de la Nación y su exploración, explotación, beneficio y aprovechamiento se reserva en favor del pueblo de México […]. A su vez en el artículo 10 queda establecido que: La exploración, explotación, beneficio y aprovechamiento del litio quedan ex-

El litio, que es uno de los recursos más relevantes, está propiciando una competencia por su control y explotación, debido a que este preciado mineral, cada vez más codiciado a nivel mundial, es utilizado en la fabricación de diversos productos, tales como las baterías para resguardar flujos eléctricos, es decir, para almacenar energía de fuentes renovables que no tienen un flujo constante (solar y eólica); así mismo, tiene un alto uso para la electromovilidad (por ejemplo: autos eléctricos). De acuerdo con la Agencia Internacional de Energía, se espera que la demanda del litio aumente en un 90 % para el 2040.[124] Es de subrayar que en el ciclo económico, productivo, comercial y tecnológico del litio, China lleva la delantera obteniendo ventaja en la competencia económica, dejando cada vez más rezagadas a grandes potencias como Estados Unidos.[125]

Si bien tanto Estados Unidos como China tienen reservas considerables de litio[126] —12,000,000 toneladas y 5,100,000, respectivamente—, la extracción externa ha resultado muy atractiva para gobiernos e inversores en grandes proyectos de la minería del litio, tanto por factores económicos, como por la carencia de estabilidad política y un efectivo estado de derecho en materia ambiental y de derechos humanos en determinados países. Especialmente es en Sudamérica donde se encuentra la mayor cantidad de reservas mundiales, tan sólo Bolivia (21,000,000 toneladas), Argentina (20,000,000 toneladas),y Chile (11,000,000 toneladas) poseen más del 60 % de las principales reservas en Salares de más fácil explotación y mayor rentabilidad económica, la zona es conocida como "el triángulo del litio".[127] Si bien, el beneficio económico para estos países podría ser alto, este se ve ensombrecido por las

clusivamente a cargo del Estado, y se llevarán a cabo por el organismo público descentralizado que determine el Ejecutivo Federal.

124 IEA, *The role of critical minerals in clean energy transition, cit.*, p. 51.

125 Véase Zicari, Julián *et al.,* "El mercado mundial del litio y el eje asiático. Dinámicas comerciales, industriales y tecnológicas", en Fornillo, Bruno (coord.), *Litio en Sudamérica. Geopolítica, energía y territorios*, Buenos Aires, Argentina, IEALC-El Colectivo-CLACSO, 2019, pp. 51-77.

126 Para actualización de datos de reservas de litio véase USGS (U.S. Geological Survey), *Lithium Statistics and Information*. Los datos reportados en este documento se tomaron de la última publicación anual en USGS, *Mineral Commodity Summaries*, enero, 2023.

127 Grupo de Estudios en Geopolítica y Bienes Comunes, "A modo de introducción: antropoceno, litio y transiciones", en Fornillo, Bruno (coord.), *Litio en Sudamérica. Geopolítica, energía y territorios*, *cit.*, p. 16.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

carencias locales como la falta de una cadena productiva[128] y la limitada capacidad tecnológica para la explotación, extracción y/o procesamiento, por lo que imperan los proyectos concesionados a empresas extranjeras, entre ellas de origen estadounidense (pero también chino), con bajo costo operativo, mientras que los *perjuicios* locales se quedan en la región latinoamericana[129] en territorios indígenas y rurales.[130] Basta señalar que en las salmueras salinas del triángulo del litio

> se bombean entre un millón y medio a dos millones de litros de agua para extraer una sola tonelada de litio; existen estimaciones de uso de 640 litros de agua por segundo para algunas minas en Chile; es decir, 55 millones de litros de agua por día, que se obtiene mediante evaporación para luego enviarse a una instalación de transformación que es donde se obtendrán los compuestos necesarios para la industria, que dicho sea de paso no son empleados localmente, sino que se envían por medio de cargueros y aviones hacia destinos internacionales para su posterior aplicación productiva.[131]

De modo que soluciones como las energías renovables y/o limpias, así como la electromovilidad, están generando "zonas de sacrificio" para hacer frente a la crisis climática,[132] reproduciendo mediante actividades extractivis-

[128] En la fabricación de baterías tener litio no lo es todo, ya que la larga cadena de producción requiere una alta especialización tecnológica.

[129] Azamar Alonso, Aleida, "El mito de la transición energética y la importancia del litio", en Azamar Alonso, Aleida (coord.), *Litio en América Latina. Demanda global contra daño socioambiental*, México, SEMARNAT-UAM, 2022, pp. 38-42.

[130] Véase la problemática socioambiental asociada a la minería del litio en el Salar de Atacama en Chile, donde precisamente, gracias a la presencia del agua en el Salar es que sus habitantes han podido sobrevivir hace más de 10,000 años, dependiendo del equilibrio ligado a las prácticas agropastoriles. Actualmente, la agricultura y el pastoreo transhumante ocupa un lugar rezagado en la vida económica del Salar, mas no así en la vida cultural, espiritual, en el cuidado y defensa del territorio. Estas prácticas, sin embargo, se ven amenazadas por manifestaciones del cambio climático como sequías y aluviones, y por las consecuencias directas e indirectas que trae consigo la profundización del modelo de desarrollo extractivista. Balcázar Morales, Ramón, "Minería de litio en el Salar de Atacama: extractivismo y despojo en nombre de una lejana transición", en Azamar Alonso, Aleida (coord.), *Litio en América Latina. Demanda global contra daño socioambiental*, *cit.*, pp. 199-224.

[131] Azamar Alonso, Aleida, "El mito de la transición energética y la importancia del litio", *cit.*, pp. 38 y 39.

[132] Aida, Seminario Web "Minería en Los Andes: Cobre, litio y transición energética", De la

tas el sacrificio socioambiental de los más vulnerables en pro de la seguridad económica y el "enverdecimiento industrial" de los países más contaminantes. En ese panorama los países del Sur mantienen su rol de proveedores de recursos básicos sin grandes beneficios.

De acuerdo con Filippi y Brandão, las sociedades industrializadas buscan aumentar su seguridad expandiendo sus actividades industriales y económicas, lo que acaba minando la seguridad de otras sociedades, amenazando sus economías y la sobrevivencia de innumerables personas. Al mismo tiempo, la degradación ambiental generada por dichas actividades afectará al equilibrio ecológico global en su conjunto, reduciendo la seguridad de todas las sociedades.[133]

Si bien no estamos en el propio terreno de la securitización climática, es claro que la respuesta de mitigación a la crisis climática global ha propiciado la securitización en otro ámbito, en el cual imperan los intereses nacionales y económicos. No obstante, se trata de una situación derivada de los nuevos esquemas geopolíticos, marcados por el fenómeno climático y con el potencial de detonar conflictos socioambientales en regiones de por sí ya vulnerables por los efectos de los eventos meteorológicos extremos. Como bien apunta el Grupo de Estudio en Geopolítica y Bienes Comunes:

> estamos envueltos en una confrontación interimperial entre el Asia en ascenso y la antigua potencia atlántica, más específicamente entre China y Estados Unidos, de modo que los intereses nacionales, la búsqueda de poder global, el destino de las grandes corporaciones y la carrera por el desarrollo parecen más relevantes que encontrar una salida global a este callejón sin salida.[134]

Puente Burlando, Lorena, 28 de mayo de 2021. https://aida-americas.org/es/blog/seminario-web-mineria-en-los-andes-cobre-litio-y-transicion-energetica (fecha de consulta: 15 de junio de 2023); Véase Olivera, Beatriz, Tornel, Carlos y Azamar, Aleida, *Minerales críticos para la transición energética. Conflictos y alternativas hacia una transformación socioecológica*, *cit.*

133 Filippi, Eduardo y Brandão, Luciana, "Segurança ambiental em relações internacionais: perspectivas teóricas, unidades de análise e principais desafios nos estudos sobre recursos hídricos internacionais", *Conjuntura Austral Journal of the Global South*, vol. 8, núm. 44, octubre-noviembre, 2017, p. 76.

134 Grupo de Estudios en Geopolítica y Bienes Comunes, "A modo de introducción: antropoceno, litio y transiciones", *cit.*, p. 15.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

V. Conclusiones

El cambio climático actúa como un "multiplicador de amenazas" que exacerba inestabilidades y conflictos, sin dejar de tomar en cuenta que estos son multicausales. De modo que se advierte que el cambio climático no es el único o el principal impulsor; sin embargo, hay evidencia empírica —como el caso de Darfur— de que el cambio climático es un detonante central que aumenta el riesgo de conflictos violentos. Especialmente en entornos frágiles, donde los gobiernos tienen recursos limitados para gestionar las crisis superpuestas, y al mismo tiempo ayudar a las poblaciones a adaptarse al cambio climático.

Se percibe, por lo tanto, que los conflictos no surgen solamente a causa de amenazas políticas y militares, sino que también se pueden ver influenciados por el fenómeno climático debido al impacto ambiental, social y económico que provoca, cuyos efectos proyectados tienen implicaciones para la seguridad internacional y nacional.

En este contexto, la amplitud de la dimensión del objeto de la seguridad se vincula con la variedad de las nuevas amenazas. Así, de acuerdo con las diversas teorías que han proliferado en torno a las posturas expansionistas, la securitización se entiende como proceso intersubjetivo que se construye socialmente y cambia con el tiempo, donde el agente securitizador establece sus intereses, prioridades y su posición. De ahí que las agendas de seguridad sean dinámicas. La securitización, al ser parte del escenario de la política exterior, deja ver que los intereses nacionales son una brújula que guían las decisiones y el actuar de los Estados. Debido a que el etiquetar un determinado asunto y calificarlo como una amenaza se asocia al binomio amigo/enemigo, que legitima el uso de los medios necesarios para acabar de manera urgente con la amenaza, imperando la concepción estatocéntrica tradicional de la seguridad fundamentada en la defensa propia.

Lo anterior se vislumbra en las estrategias de seguridad de Estados Unidos y la Unión Europea, donde, si bien no hay soluciones militares ante el fenómeno climático, sí se permea un enfoque de seguridad ante las amenazas derivadas del mismo que necesitan ser neutralizadas; y al pensar en términos de seguridad (aun en un ámbito expansionista) no son del todo descartables las respuestas militarizadas.

En este sentido, la securitización del cambio climático resulta contraproducente al propiciar "soluciones" en torno a la narrativa de "su" seguridad y la "nuestra", cuya sensación de peligro trae aparejada la exigencia de políticas

extremas que no contribuyen a resolver la problemática de fondo, así como tampoco a reforzar el multilateralismo y la estabilidad mundial, por cierto, ambos en decadencia.

Por otro lado, la discusión sobre la securitización climática en el seno del Consejo de Seguridad se centra tanto en la idoneidad de la organización para adoptar decisiones sobre este asunto, como en su capacidad legislativa. De aprobarse una resolución en la materia, a razón de la seguridad internacional, las medidas a adoptar pueden exceder las facultades del Consejo y atentar contra la soberanía estatal y la igualdad soberana, con el riesgo de generar enfrentamientos entre los Estados. Las decisiones en torno a la crisis climática requieren de la participación de todos los miembros de la ONU; sin embargo, el Consejo de Seguridad tiene una composición limitada y poco representativa, además de que es un órgano político que no refleja los intereses de toda la comunidad internacional. De ahí que ampliar el quehacer de este organismo, con este enfoque, requiere de una transformación institucional; empero, hay muy poca probabilidad de que esto suceda.

La securitización no parece ser una vía beneficiosa para enfrentar la crisis climática, ya que probablemente se incrementarán las injusticias sociales para los países más afectados y vulnerables, tal como lo hemos reflejado en los dos casos expuestos. Además, es preciso considerar que en la securitización climática no son claras las estrategias a largo plazo para la prevención de conflictos vinculados al cambio climático; por el contrario, más bien se perciben las medidas reactivas ante el estallido de crisis, pues resultan más operativas ante el objetivo de defensa.

No obstante, ante un multilateralismo cuestionable, un mundo cada vez más polarizado y la tendencia actual de los Estados de volcarse hacia el interior —aspectos reflejados en una política climática internacional dominada por la toma de decisiones centradas en priorizar intereses nacionales (básicamente de corte económico) sobre el bienestar y protección humana, propiciando el aumento de la crisis climática con efectos irreversibles— la pregunta es si, en efecto, la securitización climática es lo que sigue. Esto, especialmente en el marco de defensas interiorizadas, ante el incremento de amenazas y tensiones geopolíticas vinculadas con los impactos negativos del cambio climático antropogénico, es decir, la autopreservación; y, desde luego, con las graves repercusiones que conllevaría reforzar en este línea las estrategias de seguridad.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

VI. Bibliografía

ACNUR, *Darfur, un crimen de guerra olvidado*, 5 de febrero de 2017. https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/darfur-un-crimen-de-guerra-olvidado (fecha de consulta: 20 de marzo de 2023).

AIDA, "Minería en Los Andes: Cobre, litio y transición energética" (Seminario Web con Lorena De la Puente Burlando), 28 de mayo de 2021. https://aida-americas.org/es/blog/seminario-web-mineria-en-los-andes-cobre-litio-y-transicion-energetica (fecha de consulta: 15 de junio de 2023).

Asamblea General, *El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad. Informe del secretario general*, Naciones Unidas, A/64/350, 11 de septiembre de 2009.

Azamar Alonso, Aleida, "El mito de la transición energética y la importancia del litio", en Azamar Alonso, Aleida (coord.), *Litio en América Latina. Demanda global contra daño socioambiental*, México, SEMARNAT-UAM, 2022.

Balcázar Morales, Ramón, "Minería de litio en el Salar de Atacama: extractivismo y despojo en nombre de una lejana transición", en Azamar Alonso, Aleida (coord.), *Litio en América Latina. Demanda global contra daño socioambiental*, México, SEMARNAT-UAM, 2022.

Banco Mundial, *Emisiones de CO2 per cápita*. https://datos.bancomundial.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC?end=2019&start=1990&view=chart (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

Barría, Cecilia, "La disputa entre China y Estados Unidos por el litio en América Latina", *BBC News Mundo*, 12 de abril de 2023. https://www.bbc.com/mundo/noticias-65183614 (fecha de consulta: 5 de junio de 2023).

Blanco Jiménez, Francisco José y Romero Ania, Alberto, "Europa: Estructura institucional para la seguridad desde la paz de Westfalia", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 9, 2008, pp. 103-126.

Borràs, Susana, "Refugiados ambientales: el nuevo desafío del derecho Internacional del medio ambiente", *Revista de Derecho*, vol. 19, núm. 2, diciembre, 2006, pp. 85-108.

Busby, Joshua W., *Climate Change and National Security An Agenda for Action*, United States of America, Council on Foreign Relations, CRS, núm. 32, noviembre, 2007.

Buxton, Nick, *Aproximación a la seguridad climática. Los peligros de militarizar la crisis climática*, TNI Transnational Intitute y FUHEM educación + ecosocial, Ámsterdam y Madrid, 2021.

Buzan, Barry, Wæver, Ole y DE Wilde, Jaap, *Security A new framework for analysis*, USA, UK, Lynne Rienner Publishers, 1998.

Caballero, Álvaro, "De la fiebre del oro a la fiebre del litio: así es la carrera por los minerales del futuro", *RTVE*, 23 de enero de 2023. https://www.rtve.es/noticias/20230123/fiebre-litio-minerales-criticos-futuro/2415627.shtml (fecha de consulta: 12 de febrero de 2023).

Can Corporation, *National Security and the Threat of Climate Change*, Estados Unidos, The CAN Corporation, 2007.

Cayetano Garrido, Luis, "Geopolítica y globalización", *Revista General de Marina*, vol. 266, mes 5 (mayo), 2014, pp. 649-655.

Center for Climate and Security, *Climate Security 101*, febrero, 2015. https://climatesecurity101.org/ (fecha de consulta: 4 de abril de 2023).

Climate Change and International Security. *Paper from the High Representative and the European Commission to the European Council*, S113/08, 14 de marzo de 2008. https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf (fecha de consulta: 3 de mayo de 2023).

Comisión Europea, *El Pacto Verde Europeo*, COM (2019) 640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019.

Consejo DE Seguridad, Naciones Unidas, S/2007/186, 5 de abril de 2007.

Consejo DE Seguridad, Naciones Unidas, S/2021/1026, 14 de diciembre de 2021.

Consejo DE Seguridad, Naciones Unidas, S/PV.5663 y S/PV.5663 (Resumption 1), 17 de abril de 2007.

Consilium y Comisión Europea, *El cambio climático y la seguridad internacional. Documento del Alto Representante y de la Comisión Europea al Consejo Europeo*, 2008.

Contreras Polgeti, Arturo, "Análisis crítico de la geopolítica contemporánea", *Revista Política y Estrategia*, núm. 108, 2007, pp. 29-45.

Cruz Aspajo, Edwin, "La seguridad desde la paz de Westfalia hasta la seguridad sostenible", *Revista de Ciencia e Investigación en Defensa-CAEN*, vol. 3, núm. 2, junio-septiembre, 2022, pp. 112-132.

Cuéllar Laureano, Rubén, "Geopolítica. Origen del concepto y su evolución", *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 13, mayo-agosto, 2012, pp. 59-80.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cujabante, Ximena, "La seguridad internacional: evolución de un concepto", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre, 2009, pp. 93-106.

Dallanegra Pedraza, Luis, "Teoría y metodología de la geopolítica. Hacia una geopolítica de la "construcción de poder", *Perspectivas Tóricas, Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 2010, pp. 15-42.

De la Serna Galván, Mónica Lourdes, "Interpretation of article 39 of the UN Charter (threat to the peace) by the Security Council. Is the Security Council a legislator for the entire international community?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 147-185. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2011.11.349

Department of Defense, Office of the Undersecretary for Policy (Strategy, Plans, and Capabilities), *Department of Defense Climate Risk Analysis*. Report Submitted to National Security Council, octubre, 2021.

Depledge, Duncan, "The Impact of Climate Change on Security: Is the UK in Need of a Nationwide Review?", *RUSI*, 12 de febrero, 2010, pp. 1-9.

Encyclopedia Britannica, "Rudolf Kjellén" (Voz), en *Encyclopedia Britannica*. https://www.britannica.com/biography/Rudolf-Kjellen (fecha de consulta: 24 de octubre de 2022).

European Security Strategy, *A secure Europe in a better world*, Brussels, 12 de diciembre de 2003. https://www.cvce.eu/obj/european_security_strategy_a_secure_europe_in_a_better_world_brussels_12_december_2003-en-1df262f2-260c-486f-b414-dbf8dc112b6b.html (fecha de consulta: 3 de mayo de 2023).

Felipe, Beatriz, *Migraciones climáticas. Sobre desigualdades, mitos y desprotección*, Barcelona, España, MRA ediciones, 2022.

Filippi, Eduardo y Brandão, Luciana, "Segurança ambiental em relações internacionais: perspectivas teóricas, unidades de análise e principais desafios nos estudos sobre recursos hídricos internacionais", *Conjuntura Austral Journal of the Global South*, vol. 8, núm. 44, octubre-noviembre, 2017, pp. 72-89.

German Advisory Council ON Global Change (WBGU), *Climate Change as a Security Risk*, London, UK and Sterling VA, USA, Earthscan, 2008.

González Tule, Luis, "Organización del espacio global en la geopolítica "clásica": una mirada desde la geopolítica crítica", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 13, núm. 1, 2018, pp. 221-238, https://doi.org/10.18359/ries.2864

González-Páramo, Ana, "Frontex, la cara oscura de la Unión Europea", *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 155, 2021, pp. 67-78.
Grupo de Estudios en Geopolítica y Bienes Comunes, "A modo de introducción: antropoceno, litio y transiciones", en FORNILLO, Bruno (coord.), *Litio en Sudamérica. Geopolítica, energía y territorios*, Buenos Aires, Argentina, IEALC-El Colectivo-CLACSO, 2019.
Gutiérrez Álvarez, Ángela, "La crisis prolongada de Sudán: la escasez de recursos en el conflicto de Darfur", *Encrucijadas, Revista Crítica de Ciencias Sociales*, vol. 11, núm. 1101, 2016, pp. 1-20.
Herrero de Castro, Rubén, "El concepto de interés nacional" en Monografías del CESEDEN 115, *Evolución del concepto de interés nacional*, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2010.
Hinojosa Martínez, Luis Miguel, "The Legislative Role of the Security Council in Its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, núm. 2, abril, 2008, pp. 333-359.
Hurrell, Andrew, "Seguridad y violencia en América Latina: un análisis conceptual", *Foro Internacional*, vol. XXXVIII, núm. 1(151) enero-marzo, 1998, pp. 19-33.
Ibarra Sarlat, Rosalía (coord.), *Cambio climático y gobernanza: Una visión transdisciplinaria*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
Ibarra Sarlat, Rosalía, "Producción y consumo en exceso. La gran pandemia del siglo XXI", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Martín, Nuria (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid-19: Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (II). Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, núm. 48, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.
Ibarra Sarlat, Rosalía, *Desplazados climáticos: Evolución de su reconocimiento y protección jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2021.
IDMC y NRC, *Informe Mundial sobre Desplazamiento Interno 2022*, Ginebra Suiza, Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC)-Norwegian Refugee Council (NRC), 2022.
IEA *The Role of Criitical Minerals in Clean Energy Transitions*, París, Francia, International Energy Agency, 2021. https://www.iea.org/reports/the-role-of-critical-minerals-in-clean-energy-transitions (fecha de consulta: 12 de febrero de 2023).
Interior Releases 2018's Final List of 35 Minerals Deemed Critical to U.S. National Security and the Economy. https://www.usgs.gov/news/national-news-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

release/interior-releases-2018s-final-list-35-minerals-deemed-critical-us (fecha de consulta: 25 de mayo de 2023).

IPCC, "Anexo I Glosario", en Masson-Delmotte V., *et al.* (eds.), *Calentamiento global de 1,5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*, Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2018.

IPCC, "Resumen para responsables de políticas", en Field, C. B. *et al*. (eds.), *Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Ginebra, Suiza, Organización Meteorológica Mundial, 2014.

IPCC, "Resumen para responsables de políticas", en Stocker, T. F. *et al*. (eds.), *Cambio Climático 2013: Bases físicas. Contribución del Grupo de trabajo I al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Cambridge, Reino Unido y Nueva York, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2013.

IPCC, "Summary for Policymakers", en Core Writing Team; Lee, Hoesung. y Romero, José (eds.), *Climate Change 2023: Synthesis Report. A Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Geneva, Switzerland, WMO-UNEP, 2023.

IPCC, "Summary for policymakers", en Pörtner Hans-O. *et al.*, *Climate Change 2022 Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Working Group II contribution to the Sixth Assessmet Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, WMO-UNEP, 2022.

Kerry, John y Khanna, Ro, "Don't let China win the green race", *The New York Times*, 9 de diciembre de 2019. https://www.nytimes.com/2019/12/09/opinion/china-renewable-energy.html (fecha de consulta: 9 de febrero de 2023).

Ki-moon, Ban, "A climate culprit in Darfur", *The Washington Post*, 16 de junio de 2007. https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/2007-06-16/climate-culprit-darfur (fecha de consulta: 17 de marzo de 2023).

Ki-moon, Ban, "What I saw in Darfur", *The Washington Post*, 14 de septiembre de 2007. https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/2007-09-14/what-i-saw-darfur (fecha de consulta: 17 de marzo de 2023).

Krause, Keith, "The key to a powerful agenda, if properly delimited", *Security Dialogue,* vol. 35, núm. 3, septiembre, 2004, pp. 367-368.

Laborie, Mario, *La involución del concepto occidental de seguridad (y sus implicaciones estratégicas), Documento* de Opinión IEEE 71/2021. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2021/DIEEEO71_2021_MARLAB_Seguridad.pdf y/o enlace bie3 (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

Li, Jeremy, "Chile lidera la carrera por los minerales escasos gracias a la tecnología de la radiación", *Boletín del OIEA*, 2017.

Mason, Michael, "Climate change and human security: the international governance architectures, policies and instruments", en Redclift, Michael R. y Grasso, Marco, (eds.) *Handbook on Climate Change and Human Security*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2015.

Méndez Silva, Ricardo, *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los casos de Afganistán e Irak*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

Moore, Scott M., "La nueva geopolítica del cambio climático: De la cooperación a la competencia", *Anuario Internacional CIDOB*, 2021, pp. 133-139.

Naciones Unidas, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro futuro común"*, Naciones Unidas, Asamblea General, A/42/427, 4 de agosto de 1987.

Niño Pérez, Jairo *et al.*, "Seguridad humana: securitización del desarrollo y evaluación de amenazas en el siglo XXI", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas -UPB*, vol. 46, núm. 125, julio-diciembre, 2016, pp. 275-290.

Nordås, Ragnhildy y Gleditsch, Nils Petter, "Climate Change and Conflict", *Political Geography*, núm. 26, 2007, pp. 627-638.

Olivera, Beatriz, Tornel, Carlos y Azamar, Aleida, *Minerales críticos para la transición energética. Conflictos y alternativas hacia una transformación socioecológica*, México, CDMX y El Caribe, Engenera-Fundación Heinrich Böll-Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, 2022.

Orozco, Gabriel, "El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 72, diciembre 2005-enero 2006, pp. 161-180.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Ortega, Rafael, "Islamismos y Estado en Sudán: cohesiones y rupturas", *Revista Cultura y Religión*, vol. V, núm. 1, junio, 2011, pp. 156-180.
Ortega, Rafael, "Sudán: ¿islam africano e islam árabe? Dicotomías del islam, el islamismo y el sufismo", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 21, núm. 41, 2019, pp. 439-462.
Pérez de Armiño, Karlos, "El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 76, diciembre 2006-enero 2007, pp. 59-77.
Pérez de Armiño, Karlos, "Sobre riesgos y amenazas. La Securitización discursiva de la acción climática de la UE", en Pigrau Solé, Antoni *et al.* (dirs), *La Comunidad Internacional ante el desafío de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. XXIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2023.
Pla, Eva, *EE. UU. y China, a la carrera por el oro verde*, 31 mayo 2021, última actualización 11 octubre 2021. https://forbes.es/empresas/101531/eeuu-y-china-a-la-carrera-por-el-oro-verde/ (fecha de consulta: 9 de febrero de 2023).
Programa de las Naciones Unidas Para EL Desarrollo (PNUD), *Informe de Desarrollo Humano 1994: Nuevas dimensiones de la seguridad humana*, PNUD, Fondo de Cultura Económica, 1994.
Programa de Naciones Unidas PARA EL Medio Ambiente, *Informe Anual del PNUMA 2007*, Nairobi, PNUMA, 2008.
Por causa, *Frontex: El guardián descontrolado. Informe 2021 por Causa Investigación, periodismo y migración*. https://porcausa.org/wp-content/uploads/2021/06/Frontex_2021.pdf (fecha de consulta: 22 de mayo de 2023).
Reuveny, Rafael, "Climate change-induced migration and violent conflict", *Political Geography*, núm. 26, 2007, pp. 656-673.
Rodríguez Alcázar, Javier, "La noción de 'seguridad humana' sus virtudes y sus peligros", *Polis Revista Latinoamericana*, núm. 11, 2005, pp. 1-18.
Rohr, Aldana, (dir.), *Las facultades legislativas del consejo de seguridad ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, Buenos Aires, Argentina, Avellaneda, SGN Editora, 2019.
Rohr, Aldana, "Introducción al estudio de las facultades legislativas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas", en Rohr, Aldana, (dir.), *Las facultades legislativas del consejo de seguridad ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, Buenos Aires, Argentina, Avellaneda, SGN Editora, 2019.

Russi, Daniela *et al.*, *Deuda Ecológica ¿Quién debe a quién?*, Barcelona, España, Icaria Editorial, 2003.

Sanahuja, José Antonio, *La Estrategia Global y de Seguridad de la Unión Europea: narrativas securitarias, legitimidad e identidad de un actor en crisis*, ICEI Working Papers, WP01/18, 2018.

Scheuerman, William E., *Hans Morgenthau: Realism and Beyond*, Cambridge, UK, Polity, 2009.

Smith, Paul J., "Climate Change, Mass Migration and the Military Response", *Orbis*, vol. 51, núm. 4, 2007, pp. 617-633.

Statista, *Ranking mundial de los principales países emisores de gases de efecto invernadero en 2020*. https://es.statista.com/grafico/23395/paises-regiones-con-mayor-volumen-de-emisiones-de-dioxido-de-carbono/ (fecha de consulta: 7 de febrero de 2023).

Steele, Brent J, "Introduction. Profession Symposium The Politics of Constructivist International Relations in the US Academy", *Political Science and Politics*, vol. 50, núm. 1, enero, 2017, pp. 71-74.

The Center for Climate and Security, *Exploring the Security Risks of Climate Change*. https://climateandsecurity.org/ (fecha de consulta: 4 de abril de 2023).

Tisera, Juan Cruz, "El estudio de la seguridad internacional: aplicación y profundización del debate en torno a la nueva agenda de seguridad" (Conferencia), presentada en el *VII Congreso del IRI*, *I Congreso del CoFEI*, *II Congreso de la FLAEI*, La Plata, Argentina, 27 de noviembre de 2014.

Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, "La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12, 2012, pp. 365-406. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2012.12.402

Tratado de la Paz de Münster (Instrumentum Pacis Monasteriensis, IPM). https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=741&url_tabelle=tab_quelle (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

Tratado de la Paz de Osnabrück (Instrumentum Pacis Osnabrugensis, IPO). https://www.lwl.org/westfaelische-geschichte/portal/Internet/finde/langDatensatz.php?urlID=740&url_tabelle=tab_quelle (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Unión Europea, *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*, Bruselas, Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), 2016.

United Nations, *Nationally determined contributions under the Paris Agreement. Synthesis report by the secretariat*, FCCC/PA/CMA/2022/4, 26 october 2022.

USGS (U.S. Geological Survey), *Lithium Statistics and Information*. Los datos reportados en este documento se tomaron de la última publicación anual en USGS, *Mineral Commodity Summaries*, enero, 2023.

Vázquez Rodríguez, Beatriz, "El cambio climático en la agenda de seguridad de la Unión Europea", *Relaciones Internacionales*, núm. 58, 2020, pp. 165-178.

Verdes-Montenegro Escánez, Francisco J., "Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad", *Relaciones Internacionales*, Grupo de Estudios de Relaciones Internacionales (GERI)-UAM, núm. 29, junio-septiembre 2015, pp. 111-131.

Villalba Hidalgo, César, "¿Qué es política exterior? (Reflexiones en torno al concepto)", *Escenarios XXI*, año II, núm. 10, julio-agosto, 2011, pp. 9-18.

Welzer, Harald, *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, trad. de Alejandra Obermeier, Buenos Aires, Argentina, Katz Editores, 2010.

Wendt, Alexander, "Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics", *International Organizations*, vol. 46, núm. 2, spring, 1992, pp. 391-425.

White, Gregory, *Climate Change and Migration: Security and Borders in a Warming World*, Oxford Academic, 2011. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199794829.001.0001

Williams, Michael C., "Why ideas matter in international relations: Hans Morgenthau, classical realism, and the moral construction of power politics", *International Organization*, vol. 58, núm. 4, 2004, pp. 633-665.

Wisner, Ben *et al.*, "Cambio Climático y Seguridad Humana", *Studies Afes-Press*, 15 de abril, 2007, pp. 1-16.

Zicari, Julián *et al.*, "El mercado mundial del litio y el eje asiático. Dinámicas comerciales, industriales y tecnológicas", en Fornillo, Bruno (coord.), *Litio en Sudamérica. Geopolítica, energía y territorios*, Buenos Aires, Argentina, IEALC-El Colectivo-CLACSO, 2019.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Ibarra Sarlat, Rosalía, "Cambio climático, geopolítica y conflictos: Un desafío para la seguridad internacional y nacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19060. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060

APA

Ibarra Sarlat, R. (2025). Cambio climático, geopolítica y conflictos: Un desafío para la seguridad internacional y nacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19060. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19060

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Purchased nationality: A functional approach to address the risks associated with its recognition by other states and the exercise of diplomatic protection

Nacionalidad adquirida: Un enfoque funcional para abordar los riesgos asociados a su reconocimiento por otros estados y al ejercicio de la protección diplomática

Nationalité achetée: Une approche fonctionnelle pour traiter les risques associés à sa reconnaissance par d'autres États et à l'exercice de la protection diplomatique

Santiago **Yarahuán Dodero**[1]

https://orcid.org/0009-0008-4447-2428

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. México
Correo electrónico: santiago.yarahuan@outlook.com

Recepción: 16 de mayo de 2024
Aceptación: 24 de agosto de 2024
Publicación: 20 de noviembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048

Abstract: This paper focuses on reviewing the validity of citizenship by investment programmes with international law. This paper will demonstrate that what the Second Judgement of the *Nottebohm* Case of the International Court of Justice really intended was to rule against naturalizations granted contrary to the general principle of law prohibiting abuses of rights. Moreover,

[1] Head of Departamen at the Legal Office for International Trade Law of the Ministry of Economy of Mexico. The opinions expressed in this paper are personal opinions of the author and do not reflect the opinions/posture of the Mexican government or any firm/company/organization/institution where the author may collaborate in the future.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

this paper will provide a functional approach to citizenship by investment programmes that will enable States to attract investors while naturalizing them in accordance with international law, as they will generate significant links, avoiding the risks associated with the recognition of their nationality by other States and within the scope of diplomatic protection.
Keywords: nationality; citizenship by investment; Nottebohm case; genuine link; predominant link; good faith; abuse of rights; international law.

Resumen: El presente artículo se centra en la revisión de la conformidad de los programas de ciudadanía por inversión con el Derecho internacional. Este artículo demostrará que lo que realmente pretendía la Segunda Sentencia del Caso Nottebohm de la Corte Internacional de Justicia era pronunciarse en contra de las naturalizaciones concedidas en contra del principio general del derecho que prohíbe los abusos de derechos. Además, este artículo ofrecerá un enfoque funcional para los programas de ciudadanía por inversión que permitirá a los Estados atraer inversores al tiempo que los naturalizan de conformidad con el Derecho internacional, ya que generarán vínculos significativos, evitando riesgos asociados al reconocimiento de nacionalidad por parte de otros Estados y en el ámbito de la protección diplomática.
Palabras clave: nacionalidad; ciudadanía por inversión; caso Nottebohm; vínculo genuino; vínculo predominante; buena fe; abuso de derechos; derecho international.

Résumé: Cet article porte sur l'examen de la validité des programmes de citoyenneté par l'investissement au regard du droit international. Il démontre que l'intention réelle du deuxième arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire Nottebohm était de s'opposer aux naturalisations accordées en violation du principe général du droit interdisant les abus de droit. En outre, cet article propose une approche fonctionnelle des programmes de citoyenneté par l'investissement qui permettra aux États d'attirer les investisseurs tout en les naturalisant conformément au droit international, puisqu'ils généreront des liens significatifs, en évitant les risques liés à la reconnaissance de leur nationalité par d'autres États et dans le cadre de la protection diplomatique.
Mots-clés: nationalité; citoyenneté par l'investissement; affaire Nottebohm; lien réel; lien prédominant; bonne foi; abus de droit; droit international.

Summary: I. *Introduction*. II. *Problem contextualization*. III. *The Nottebohm Case*. IV. P*redominant nationality for diplomatic protection in cases of dual-nationality*. V. *A functional approach for purchased nationality*. VI. *Conclusions*. VII. *Bibliography*.

I. Introduction

In today's world of economic globalization and migration, nationality remains a centerpiece of global relations, as it defines the permanent population belonging to a State, comprising a legal relationship between the individual

and the State.[2] In this sense, international law has conferred on States the sovereign right to decide, in accordance with their laws, who are their own nationals and to protect them. Despite a long-standing understanding of the meaning and purpose of nationality, a number of States, in an effort to obtain significant economic benefits and stimulate development, decided to introduce citizenship by investment programmes to offer high-net-worth individuals the possibility of acquiring their nationalities in order to benefit from the advantages their passports possess. Naturally, this scheme has generated a considerable amount of controversy, as it does not require investors to establish any significant ties to the countries, which runs counter to the genuine link theory of the famous Second Phase Judgment of the *Nottebohm* case of the International Court of Justice (ICJ).

Is the genuine link theory legitimized and capable of assessing whether a State abuses its right to decide who its nationals are and its nationality law in light of a citizenship by investment programme? This paper holds that *Nottebohm's* genuine link theory is a solid and legitimate precedent to condemn naturalizations carried out in violation of the general principle of law of good faith, as it provides a limit to State discretion, which preserves the values associated with the sacrosanct concept of nationality. Therefore, the objective of this paper is to propose a functional approach to citizenship by investment programmes that will enable States to attract investors while naturalizing them in accordance with international law.

I will proceed in the following way: first (II, *infra*), I will contextualize the problem; in a second section (III, *infra*), I will examine the *Nottebohm* case, in order to understand its reasoning and determination under the lens of a general rule of law and as a violation of the general principle of law prohibiting abuses of rights, as well as the criticisms of its judgment; then (IV, *infra*), an explanation of the predominant nationality principle in dual nationality cases will be addressed; fourthly (V, *infra*), I will offer a functional approach to acquired nationality in order to bring these programmes in line with international law; and lastly (VI, *infra*), I will offer some concluding remarks.

[2] Dörr, Oliver, "Nationality", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2019, ¶ 1.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

II. Problem contextualization

Since the 2000s, Investor Immigration Programmes (IIP) have proliferated in a number of countries in order to attract investments from high-net-worth individuals in exchange for residency and even citizenship rights.[3] The foregoing, taking into account that more than a quarter of the world's countries offer specialized entry, settlement, and passport programmes for wealthy foreigners, which is a profitable practice for States to obtain important economic benefits and stimulate development.[4]

However, IIPs have received substantial criticism, as they raise legitimate security, social, and, above all, legal concerns. This, considering that within the IIPs, there are programmes that effectively marketize citizenship because they offer the granting of their nationalities through the payment of a rather large sum of money without the fulfillment of any other significant requirement.[5] These modalities are called citizenship by investment programmes (CIP), commonly known as checkbook citizenship, purchased nationality, or golden passports. Prats defines them in the following way: "CIPs are laws that in a systematic way grant citizenship in exchange for economic transactions, which waives or significantly reduces requirements that other naturalization applicants need to fulfill, such as, but not exclusively, residence, language, or civic tests".[6]

Not many countries have IIPs of this nature, namely only Antigua and Barbuda, Austria, Cambodia, Dominica, Egypt, Grenada, Jordan, Malta, Moldova, North Macedonia, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Turkey, Vanuatu,[7]

[3] Parker, Owen, "Commercializing Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 55, Issue 2, March 2017, p. 332; *see also* Van den Brink, Martijn, "Revising Citizenship within the European Union: Is a Genuine Link Requirement the Way Forward?", *German Law Journal*, Vol. 23, 2022, pp. 79-96.

[4] Sachar, Ayalet, "Citizenship for Sale?" in Sachar, Ayelet *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, United Kingdom, Oxford University Press, 2017, p. 940; *see also* Donner, Ruth, "Dual Nationality in International Law", *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 47, No. 1, 2006, pp. 15-25.

[5] Parker, Owen, "Commercializing Citizenship...", *cit.*, p. 333.

[6] Prats, Elena, "Citizenship by Investment Programmes: Express Naturalisation for Bulky Wallets. An Arbitrary de Jure Stratification?", *UNED Revista de Derecho Político*, No. 106, septiembre-diciembre 2019, 2019, p. 354.

[7] Global Citizen Solutions, *Citizenship by Investment*, 29 July 2024. https://www.globalcitizensolutions.com/citizenship-by-investment/

Cyprus (terminated in 2020),[8] and Bulgaria (abolished in 2022).[9] That is, sixteen countries, out of a total of 193 worldwide (less than 10%), decided that nationality could be granted through a direct cash transfer, without any other significant link to those countries, which would allow buyers to benefit from the wide range of advantages that their passports possess, such as visa-free travel, tax benefits, among others.

Naturally, a wide range of stakeholders have been involved in strong opposition against the installment of CIPs. Particularly, in the context of the Maltese CIP and the European Union (EU), there was a huge backlash coming from the European Parliament and the European Commission. The latter, since first of all, when the initial scheme of their CIP was announced back in 2014, the European Parliament debated what it termed "Citizenship for sale", where there were statements such as that of the Commissioner for Justice, Fundamental Rights, and Citizenship, who said that "[M]ember states should only award citizenship to persons where there is a 'genuine link' or 'genuine connection' to the country in question[…] Citizenship must not be up for sale!".[10] Similarly, the European Commission protested against Malta's CIP and threatened to bring the case before the Court of Justice of the EU because, according to its legal reasoning, granting EU citizenship in return for pre-determined payments or investments without any genuine link under the terms of the *Nottebohm* case of the ICJ to the Member State concerned was not compatible with EU law or international law.[11]

Although this threat was useful in bringing Malta to the negotiating table and amending its first CIP to generate a more genuine link between the applicants and Malta, as well as limiting the granting of nationality to 1,800 applications,[12] in 2020 Malta released a new version of its CIP that the European Commission deemed illegal. Therefore, the Commission initiated infringement proceedings against Malta in 2020[13] and referred its case in 2022

[8] Global Citizen Solutions, *Cyprus Ends its Citizenship by Investment Program*, 16 June 2024. https://www.globalcitizensolutions.com/cyprus-ends-citizenship-investment-program/

[9] Euronews, *Bulgaria abolishes 'golden passport' scheme for wealthy foreigners*, 24 March 2022. https://www.euronews.com/2022/03/24/bulgaria-abolishes-golden-passport-scheme-for-wealthy-foreigners

[10] Parker, Owen, "Commercializing Citizenship...", *cit.*, p. 339.

[11] European Commission, *Investor citizenship scheme: Commission refers Malta to the Court of Justice*, 29 September 2022. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5422

[12] Prats, Elena, "Citizenship by Investment Programmes...", *cit.*, p. 365.

[13] European Commission, *Investor citizenship schemes: European Commission opens infringements*

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

to the Court of Justice of the EU because its "golden passport" scheme undermined the essence of EU citizenship and posed serious risks for security, money laundering, tax evasion, and corruption.[14]

These events provoked a heated doctrinal debate on the relevance of the genuine link requirement in matters of nationality since many experts believe that such a condition is not compatible with a globalized world in which millions of persons are nationals of more than one country. For instance, authors such as Kochenov argued that the European Commission had acted contrary to its own law because it showed a misunderstanding of international law in the matter since the genuine link derived from the *Nottebohm* case was a repugnant and long-dead ideal, incompatible with a "[W]orld that has left behind perpetual loyalty and the glorious mystifications of blood nationalism".[15] Consequently, the CIPs controversies brought the 68-year-old Second Phase Judgement of the *Nottebohm* case to the forefront of the dispute.

Is the genuine link theory legitimized and capable of assessing whether a State abuses its right to decide who its nationals are and its nationality law in light of a CIP? If that is the case, what are the legal risks for countries that decide to implement a CIP? Furthermore, will States be obliged to recognize a naturalization under a CIP and will diplomatic protection of persons naturalized under such a scheme be possible? This paper will address these questions not only for EU member states, but also for other non-EU states, which must be at the center of the debate as well.

III. The Nottebohm Case

1. *Nottebohm's Genuine Link Theory*

On September 16, 1881, Mr. Friedrich Nottebohm was born in Hamburg (Germany), and his story, which was intertwined with the scourges of the

against Cyprus and Malta for "selling" EU citizenship, 20 October 2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1925

[14] European Commission, *Investor citizenship scheme: Commission refers Malta…*, *cit.*

[15] Vladimirovich Kochenov, Dimitry, "Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission's Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union", *Studia Europejskie – Studies in European Affairs*, Vol. 25, Issue 1, 2021, pp. 43 & 51.

Second World War, gave rise to the landmark case of the ICJ on nationality. The latter, since in 1955, the ICJ delivered its famous Second Phase Judgement of the *Nottebohm* case, in which the genuine link theory of nationality was introduced for the first time, triggering a heated debate on the meaning and scope of the correctness of naturalization regimes.

Since Mr. Nottebohm was born on German soil (*ius soli*) and from German parents (*ius sanguinis*), he was a German citizen until 1939, when he opted to naturalize as a Liechtenstein national in order to avoid undesirable probable consequences in his private enterprises in Guatemala.[16] This, taking into account that on September 1, 1939, the German Reich (Nazi Germany) decided to invade Poland and thus began the Second World War with the retaliatory declarations of war by the United Kingdom and France[17]. Following the attack on Pearl Harbor orchestrated by the Empire of Japan against the United States on December 7, 1941,[18] Guatemala, like many other Latin American countries, declared war on the Axis Powers that same month.[19]

In that vein, Mr. Nottebohm, who returned to Guatemala at the beginning of 1940, found himself in a country where citizens of countries belonging to the Axis Powers were considered hostile and were therefore under the Guatemalan rule of war. Despite the fact that he was issued a Guatemalan visa in his Liechtenstein passport on December 1, 1939, and that upon his return to Guatemala his status was changed in the Registry of Aliens and in the Civil Registry, as well as in his identity card,[20] to reflect that he had adopted Liechtenstein's nationality, on October 19, 1943, Mr. Nottebohm was arrested by the Guatemalan authorities and handed over to the United States armed forces on the grounds that he was German.[21]

During his two-year internment in the United States, Guatemala initiated fifty-seven legal proceedings against him to confiscate all his movable and im-

[16] Kunz, Josef L.,"The Nottebohm Judgment", *American Journal of International Law*, Vol. 54, Issue 3, July 1960, p. 536.

[17] Hobsbawm, Eric, *Historia del Siglo XX: 1914-1991*, translation of Faci, Juan *et al.*, Planeta, 2019, p. 46.

[18] *Ibidem*, p. 49.

[19] Encyclopedia Britannica, *Guatemala | History, Map, Flag, Population, & Facts*, 22 November 2023, https://www.britannica.com/place/Guatemala/The-postcolonial-period

[20] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, 1955, pp. 17-18.

[21] Kunz, Josef L., "The Nottebohm…", *cit.*, p. 536.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

movable property, and in 1949, all of his possessions were effectively seized by the latter country under its law.[22] The above, considering that Mr. Nottebohm, from 1905 onwards, took up residence in Guatemala to develop prosperous business activities in the field of commerce, banking, and plantations.[23] Notably, at the time of the relevant events, he was the head of the firm Nottebohm Hermanos, and, after being released from internment in 1946, he attempted to return to Guatemala in order to dispute all pending litigation against him, but his admission was denied.[24]

It is in this context that the *Nottebohm* case takes place, since in 1951, Liechtenstein initiated proceedings before the ICJ against Guatemala in the exercise of its right of diplomatic protection in relation to its national, Mr. Nottebohm. On the one hand, Liechtenstein requested the Court to hold and declare that Mr. Nottebohm's arrest, detention, expulsion, and refusal to pay compensation were contrary to international law since his naturalization was in accordance with its domestic law and not contrary to international law, which deprived him of his German nationality. On the other hand, Guatemala contested the inadmissibility of Liechtenstein's claim due to a lack of prior diplomatic negotiations and failure to prove that Mr. Nottebohm duly acquired his nationality in accordance with domestic and international law.

To resolve the case, the Tribunal assessed whether or not Mr. Nottebohm acquired his Liechtenstein nationality in accordance with international law. This, taking into account that it is a general principle of international law that States have the sovereign right to decide, in accordance with their law, who are their nationals.[25] This principle was positivized in Article 1 of the 1930 Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Laws Concerning Nationality (CCNL), since it states that: "Article 1. *It is for each State to determine under its own law who are its nationals*. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality" [emphasis added].[26]

[22] *Idem*.

[23] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 13.

[24] Kunz, Josef L.,"The Nottebohm…", *cit.*, p. 536.

[25] Crawford, James & Brownlie, Ian, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., United Kingdom, Oxford University Press, 2019, p. 495.

[26] Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Laws Concerning Nationality (CCNL), Art. 1, 1930.

Although the second part of this article will be addressed shortly, it shows that States possess a general freedom of action to decide the procedure they will undertake to assess who are their nationals. Moreover, this general principle of law was confirmed in the *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* case of the Permanent Court of International Justice (PCIJ), where it was stated that questions of nationality are, in principle, within the reserved domain of each State.[27] Hence, the Court in the *Nottebohm* case determined that it was not necessary to assess whether international law imposed any limitations on its freedom to decide who were their nationals since "[I]t is for Liechtenstein as, it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality".[28]

However, the Court stated that although they did not dispute that fact, what was at stake was whether Nottebohm's naturalization as a Liechtenstein national had international effects for the latter country to exercise diplomatic protection before the ICJ,[29] effectively separating "nationality" from the municipal law concept of citizenship.[30] The latter, bearing in mind that the right of States to decide who their nationals are is not absolute. According to the aforementioned Article 1 of the CCNL, which is generally treated as a statement of customary international law,[31] States may refuse to recognize a nationality if the law allowing its acquisition is contrary to international conventions, international custom, and the principles of law generally recognized with regard to nationality.[32] Consequently, the rules governing the granting of a State's own nationality are not entitled to be recognized by other States unless they are in conformity with international law.[33]

In addition, Crawford established that nationality law resembles the law relating to territorial sovereignty because it involves the assignment of persons to states.[34] In the *Fisheries* case, it was decided that states do not have

[27] Advisory Opinion No. 4, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco Case (France v. United Kingdom)*, Permanent Court of International Justice, 1923, p. 24.

[28] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 20.

[29] *Ibidem*, p. 21.

[30] Kunz, Josef L.,"The Nottebohm…", *cit.*, p. 546.

[31] Thwaites, Rayner, "The Life and Times of the Genuine Link", *Victoria University of Wellington Law Review*, 2018, Vol. 49, Issue 4, p. 648.

[32] CCNL, Art. 1, 1930.

[33] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 20.

[34] Crawford, James & Brownlie, Ian, *Brownlie's Principles…*, *cit.*, p. 495.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

complete autonomy to prescribe the extent of their territorial sea in national law since international forums are enabled to revise the validity of such prescription using criteria in international law.[35] Therefore, and by analogy, the nationality law of a State is not absolute and may be reviewed by an international court if a third State contests its conformity with international law.[36]

In that order of ideas, the Court turned to the analysis of the generally recognized principles of law on nationality. This, in light of the practice of international arbitrators to decide through them in cases of dual nationality, in order to determine whether full international effect should be attributed to the nationality invoked.[37] This practice, which has been perpetuated to this day, is that of seeking the real and effective nationality from an individual who has more than one nationality, weighting between factors such as: "[T]he habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country, and inculcated in his children, etc.".[38]

The weighting occurs because the principle of non-responsibility, enshrined in Article 4 of the CCNL, mandates that States may not exercise their right of diplomatic protection when their nationals also possess the nationality of the opposing State, so the third-party adjudicator is obliged to assess which nationality has a closer link to the individual. For example, in the *Mergé* case,[39] the Italian-United States Conciliation Commission received a petition, through the exercise by the United States of diplomatic protection, from a dual Italian-United States citizen against Italy.[40] In order to resolve the issue, the Commission assessed Ms. Mergé's effective nationality because, if her United States nationality had a closer and more effective link with her, the

[35] Judgment, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, International Court of Justice, 1951, p. 132.

[36] Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection: A reappraisal" in Annoni, Alessandra *et al.* (eds.), *The Changing Role of Nationality*, New York & London, Routledge Research in International Law, 2013, p. 79.

[37] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 23.

[38] *Ibidem*, p. 22.

[39] Interestingly, the final decision in the *Mergé* case was issued on June 10, 1955, two months after the issuance of the final judgment in the *Nottebohm* case, reflecting the ICJ's precision with the practice they choose to resolve the case.

[40] Decision No. 55, *Mergé Case*, Italian-United States Conciliation Commission, 1955, p. 236.

principle of non-responsibility would yield to the principle of effective nationality, as the content of the CCNL expresses *opinio iuris communis.*[41] Consequently, they decided to reject the petition since the United States could not exercise diplomatic protection because Ms. Mergé had a closer and more effective link with Italy, and therefore the principle of non-liability prevailed.[42]

Consequently, the Court in the *Nottebohm* case, after carefully assessing the practice of States, arbitral and judicial decisions, and the opinion of experts, resolved that nationality acquisition must be based on a "[…]a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests, and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties".[43] This conclusion conforms the famous genuine link theory of nationality, which stipulates that:

> [A] State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defense of its citizens by means of protection as against other States.[44]

In conclusion, the Tribunal decided that Liechtenstein's claims were inadmissible because it was not entitled to extend its protection to Mr. Nottebohm against Guatemala. This, taking into account that Mr. Nottebohm acquired Liechtenstein's nationality without regard to the concept of nationality adopted in international relations,[45] as his actual connections to the latter country were extremely tenuous.[46] The above, given that his sole motive for naturalizing as a Liechtenstein national was to dissociate himself from the Government of the German Reich in order to evade the Guatemalan rule of war and to afford Liechtenstein's diplomatic protection against Guatemala, which does not comprise a genuine intention to generate a legal bond with Liechtenstein.[47]

41 *Ibidem*, p. 243.

42 *Ibidem*, p. 248.

43 Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 23.

44 *Idem*.

45 *Ibidem,* p. 26.

46 *Ibidem,* p. 25.

47 *Idem*.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

2. *Nottebohm and the Principle of Good Faith in its Aspect of Abuse of Rights*

Some scholars argue that the reasoning used by the Court to conclude that Mr. Nottebohm had extremely tenuous ties to Liechtenstein was not to generate a genuine link rule on nationality but rather to demonstrate opposition to the abuse of the right to confer nationality.[48] According to Shaw, good faith is perhaps the most important general principle of law, as it underpins many international legal rules, constituting an indispensable part of the rules of international law.[49] The foregoing, considering for example that Article 2 (2) of the UN Charter establishes that States must fulfill in good faith the obligations assumed therein, which shows that the principle of good faith is a cornerstone of the international system.[50]

For instance, in the *Nuclear Tests* case, both Australia and New Zealand initiated proceedings against France because of the latter country's intention to conduct nuclear weapons tests in the atmosphere of the South Pacific region, which produced radioactive fallout in their territories.[51] The Court decided that since France had made a series of public announcements in 1974 expressly denoting its Government's commitment to stop nuclear testing in the atmosphere, given that the level of their nuclear technology allowed them to continue their programme with underground testing,[52] Australia's claim no longer had any object and that the Court should therefore not decide on the matter.[53] The rationale that led to that conclusion was based on the following:

> One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international cooperation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of pacta sunt

[48] Sloane, Robert D., "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, Issue 1, 2009, p. 19.

[49] Shaw, Malcolm N., *International Law*, 8th ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2017, p. 77.

[50] Charter of the United Nations, Art. 2 (2), 1945.

[51] Judgment, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, International Court of Justice, 1974, p. 258.

[52] *Ibidem*, p. 266.

[53] *Ibidem*, p. 272.

servanda in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and *are entitled to require that the obligation thus created be respected*.[54]

Therefore, the Court assessed that the French Government had bound itself to stop conducting nuclear tests in the atmosphere because its public statements had the same legal effects as the ones that can usually only be attributed to a binding synallagmatic treaty.[55] The above, considering that the Court noted that unilateral declarations can generate obligations if they are made publicly and with a clear intention to limit the freedom of action of a given State, which receives the confidence of the receiving States, thus creating an obligation.[56] Consequently, the general principle of the law of good faith acts in this case as the rule regulating the legal effect of public declarations, which confirms its central role in international relations.[57]

However, Shaw further notes that good faith is not by itself a source of obligations where none would otherwise exist, rather it is "[…]background principle informing and shaping the observance of existing rules of international law and in addition constraining the manner in which those rules may legitimately be exercised".[58] On this last idea, it is apparent that the general principle of good faith law also fulfills a duty of control over the exercise of rights by States, which brings to the table the theory of abuse of rights, being merely an application of this function.[59]

According to Cheng, an important aspect of the theory of abuse of rights is the prohibition of malicious injury, as the exercise of a right must be done in furtherance of the legitimate interest the right protects, thus exercising a

[54] *Ibidem*, p. 268 (emphasis added).

[55] Reinhold, Steven, "Good Faith in International Law", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 2, Issue 1, 2013, p. 48; *see also* Uçaryılmaz, Talya, "The Principle of Good Faith in Public International Law", *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 68, Issue 1, september-december 2020.

[56] Judgment, *Nuclear Tests Case…*, *cit.*, p. 267.

[57] Reinhold, Steven, "Good Faith in…", *cit.*, p. 48.

[58] Shaw, Malcolm N., *International Law…*, *cit.*, p. 77.

[59] Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, United Kingdom, Cambridge Grotius Publications Limited, 1984, p. 121; *see also* Schwarzenberger, Georg, "Uses and Abuses of the 'Abuse of Rights' in International Law", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 42, 1956, pp. 147-179.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

right for the sole purpose of causing injury is not valid.[60] Furthermore, the scholar explains that any fictitious exercise of a right to evade a legal rule or a contractual obligation constitutes an abuse of rights since the principle of good faith requires that all rights must be exercised in an honest and loyal manner.[61] Consequently, an abuse of rights implies an interdependence of rights and obligations deriving from both treaty law and general international law, between which a fair balance must be maintained with respect to the interest of the parties, delimiting their respective rights, since any crossing of that line by one of the parties in the exercise of its right would constitute a violation of good faith.[62]

Kiss pronounced himself similar to Cheng due to the fact that he defined an abuse of rights as "[A] State exercising a right either in a way which impedes the enjoyment by other States of their own rights or for an end different from that for which the right was created, to the injury of another State".[63] Most relevant, however, is that he contextualized the three distinct sets of circumstances in which an abuse of right occurs, namely when: (i) a State exercises its right in such a way as to prevent another State from enjoying its own rights; (ii) a State exercises a right for a purpose for which it was not intended; and, (iii) an arbitrary exercise of a right that causes injury to another party.[64]

This, in turn, intimately relates the concept of abuse of rights to the element of discretion that a State has in relation to the exercise of rights.[65] The latter, as in order to avoid the abuse of such element, a State with a wide margin of discretion to exercise a right must do so reasonably and honestly, as well as in accordance with the spirit of the law and with due regard to the interests of others.[66] Consequently, abuse of discretion, and therefore also of rights, must be adduced taking into account either the intention or motive of the State, or the objective result of the exercise of rights, since if an

[60] *Ibidem*, pp. 121-122.

[61] *Ibidem*, p. 123.

[62] *Ibidem*, pp. 129-131.

[63] Kiss, Alexandre, "Abuse of Rights", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, December 2006, ¶ 1.

[64] Reinhold, Steven, "Good Faith in…", *cit.*, p. 49.

[65] *Ibidem*, p. 50.

[66] Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied…*, *cit.*, p. 134.

unlawful intention can be established, or if the act is clearly irrational, there is an abuse of rights.[67]

On that account, abuse of rights is particularly useful for contesting alleged malicious exercises of sovereign rights in domestic law whose limits are not well defined, such as in the area of nationality law.[68] For instance, A.J.P. Thames at the 1075th Meeting of the International Law Commission (ILC) commented that when sovereign rights remain undivided, state responsibility does not arise from a violation of a primary rule of international law, it is rather determined "[…]on the basis of general rules providing for the settlement of disputes with 'due regard for' or 'reasonable regard for' the mutual interests of the parties concerned".[69] Moreover, in the *North American Dredging Co. of Texas* Case, the Mexican-United States General Claims Commission stated that no international tribunal should avoid finding limitations to the sovereign right of national jurisdiction in order to make it compatible with the general rules and principles of international law.[70]

As noted in the previous section, the Court in the *Nottebohm* case held that Mr. Nottebohm acquired his Liechtenstein nationality contrary to the recognized general principles on nationality because he lacked a genuine intention to generate a legal link with Liechtenstein.[71] According to Sloane, such conduct is an accurate description of an abuse of rights, given that Mr. Nottebohm acquired such nationality legally under Liechtenstein's domestic nationality law, but with the sole intention of evading the Guatemalan rule of war.[72] He further commented that the Court was not attempting to legislate a new rule requiring a national to demonstrate a genuine link to his State of nationality, but rather ruled against Mr. Nottebohm's abusive manipulation of Liechtenstein's nationality law to circumvent a rule of war.[73]

[67] *Idem*.

[68] Byers, Michael, "Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age", *McGill Law Journal*, Vol. 47, Issue 2, 2002, p. 43.

[69] ILC, "1075th Meeting" in Yearbook of the International Law Commission 1970, Vol. 1, ¶ 40.

[70] Concurring Opinion by American Commissioner, *North American Dredging Co. of Texas Case*, Mexican-United States General Claims Commission, 1926, p. 27.

[71] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 25.

[72] Sloane, Robert D., "Breaking the Genuine Link…", *cit.*, p. 19.

[73] *Ibidem*, p. 21

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

This, in turn, as stated by the Court, did not generate in Guatemala any obligation to recognize his nationality under the circumstances,[74] understanding circumstances as the "[…]reason Nottebohm acquired a new nationality in 1939 and the nature of the case, a paradigmatic instance of diplomatic espousal".[75] Accordingly, in the *Flegenheimer* case, the Italian-US Conciliation Commission followed the abuse of law rationale of the *Nottebohm* case, stating the following:

> The profound reason for *these broad powers of appreciation* which are guaranteed to an international court for resolving questions of nationality, even though coming within the reserved domain of States, is based on the principle, undenied in matters of arbitration, that *complete equality must be enjoyed by both Parties to an international dispute*. If it were to be ignored, one of the Parties would be placed in a state of inferiority vis-à-vis the other, because it would then suffice for the Plaintiff State to affirm that any given person is vested with its nationality for the Defendant State to be powerless *to prevent an abusive practice of diplomatic protection by its Opponent*.[76]

Therefore, the Conciliation Commission reaffirmed the right of international fora to independently verify the validity of the attribution of nationality under internal law in order to recognize abusive manipulations of the right of States to confer nationality in order to preserve the essential principle of juridical equality in international adjudication.[77] To conclude, in the opinion of these scholars, the real basis of the *Nottebohm* case was to invalidate the abuse of law in the granting of nationality that occurred in the facts and circumstances of Mr. Nottebohm's naturalization as a citizen of Liechtenstein.

3. *Critique of the Nottebohm Case and its genuine link theory*

A. *Dissenting opinions of the Nottebohm Case*

Even though the *Nottebohm* case was approved by eleven votes to three, the opinions of the three dissenting Judges provoked a large amount of litera-

[74] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case*…, *cit.*, p. 26.

[75] Sloane, Robert D., "Breaking the Genuine Link…", *cit.*, p. 21.

[76] Decision No. 182, *Flegenheimer Case*, Italian-United States Conciliation Commission, 1958, p. 388 (emphasis added).

[77] Sloane, Robert D., "Breaking the Genuine Link…", *cit.*, p. 22.

ture critical of the decision adopted therein, as well as of the genuine link theory, which makes the judgment highly controversial.[78] Namely, Judges Klaestad and Read, as well as Judge *Ad Hoc* Guggenheim, challenged the validity of the Phase II Judgment on both procedural and substantive grounds in their dissenting opinions.[79] Consequently, these opinions, instead of fading with time, gained new strength over the years, as several publicists broadened their scope and challenged the judgment with new arguments, some of them going so far as to argue that the *Nottebohm* case is now a "dead letter".[80]

First of all, the dissenting Judges observed that there were a series of procedural errors that generated a one-sided analysis of the case. In my opinion, the most relevant adduced procedural issue is related to the fact that the Court limited its jurisdiction to assessing only the admissibility of Liechtenstein's claim against Guatemala, which prevented it from ruling on the merits of the case.[81] This, considering that the real issue of the case was not whether Mr. Nottebohm acquired Liechtenstein's nationality according to international law, it was rather an issue of legality regarding the confiscation of his property as a war measure.[82] Therefore, Judges Read and Guggenheim contested that only analyzing the allowance of the plea in bar would ensure that justice would not be done either at the national or international level, since the merits of the claim would not be reviewed.[83]

Regarding substance, it is important to note that while it is universally recognized that an international court or tribunal is competent to investigate the true nationality of a claim[84], according to Judge Guggenheim it is also true that when a State disputes that attribution of nationality was done contrary to municipal/international law, it must prove it, since the burden of proof is on that State.[85] Therefore, the issues of fraud raised by Guatemala in relation to the granting of nationality to Mr. Nottebohm had to be proven by

78 Kunz, Josef L., "The Nottebohm…", *cit.*, p. 539.

79 *Idem*.

80 Spiro, Peter J., "Nottebohm and "Genuine Link": Anatomy of a Jurisprudential Illusion", *Investment Migration Working Papers*, IMC-RP2019/1, 2019, p. 21; *see also* Macklin, Audrey, "Is it Time to Retire Nottebohm?", *AJIL Unbound*, Vol. 111, 2017, pp. 492-497.

81 Kunz, Josef L.,"The Nottebohm…", *cit.*, p. 542.

82 *Ibidem*, p. 543.

83 *Idem*.

84 Opinion of Commision, *Flutie Cases*, American-Venezuelan Commission, 1903, p. 152.

85 Kunz, Josef L.,"The Nottebohm…", *cit.*, p. 544.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

the latter country, which did not occur in the opinion of the dissenting Judges.[86] Furthermore, Guatemala argued that Mr. Nottebohm had acted not in good faith, but fraudulently, in the granting of his Liechtenstein nationality because the use he gave to his naturalization was as a cloak for the property of enemy nationals in Guatemala.[87] This, in turn, was in the opinion of the dissenting Judges erroneous because: (i) Guatemala presented no evidence to support such claims; (ii) Mr. Nottebohm's motives for naturalization were hardly admissible and extremely complicated to prove; (iii) Guatemala was not in a state of war with the Axis Powers in 1939, the year of his naturalization; (iv) even if Mr. Nottebohm's only motive for naturalization was to evade the Guatemalan war rule, there was no rule of municipal or international law that would invalidate his naturalization for that reason; among others.[88] Therefore, they considered that the Judgment should have taken these issues into account to avoid a one-sided analysis.

However, the most important criticism of the dissenting Judges concerned the famous nationality genuine link theory developed in the *Nottebohm* case. The first criticism was that at the time of the decision, the Court and Guatemala were unable to cite treaties, general principles of law, or judicial precedents that presented the genuine link as a source of positive international law, since in their opinion such a conceptualization of nationality did not exist as it was a new rule imposed by the Court.[89] As a result, they considered that their judgment was based on mere tendencies since the Court never laid down any rule of international law to support its argument.[90] For instance, Judge Read stated the following:

> [I] do not question the desirability of establishing some limitation on the wide discretionary power possessed by sovereign States: the right, under international law, to determine, under their own laws, who are their own nationals and to protect such nationals. Nevertheless, I am bound, by Article 38 of the Statute, to apply international law as it is -*positive law*- and not international law as it might be if a Codification Conference succeeded in establishing new rules limiting the conferring of nationality by sovereign States. It is, therefore, *necessary to consider whether there are any rules of*

[86] *Ibidem*, p. 549.

[87] *Ibidem*, p. 550.

[88] *Ibidem*, pp. 549-550.

[89] *Ibidem*, p. 552-555.

[90] *Ibidem*, p. 556.

positive international law requiring a substantial relationship between the individual and the State, in order that a valid grant of nationality may give rise to a right of diplomatic protection.[91]

On the other hand, when it came to a rule of general customary international law conditioning the establishment of a genuine link for the acquisition of nationality, the dissenting Judges also objected to the existence of such a rule. The latter, since while it was true that the genuine link theory manifested itself in the practice of several States, it was clear that the practice of States conferring their nationality on individuals who had no specific link to their countries through *ius soli* or *ius sanguinis* was very frequent and had never been considered illegal.[92] For example, in Judge Guggenheim's dissenting opinion, he established that "[I]nternational law does not […] prohibit a State from claiming as its nationals […] the descendants of its nationals who have been resident abroad for centuries and whose only link with the State[…] is to be found in descent".[93] Consequently, in their view, the Court was unable to demonstrate a rule of customary international law that could validly support its theory of genuine link, because there was a consistent practice of States allowing nationality to individuals by *ius soli* or *ius sanguinis* who had severe tenuous links with them.

A final point of criticism was related to the arbitral and judicial decisions that the Tribunal used to evaluate its definition of nationality as those precedents were derived from the very particular and entirely different problem of dual and multiple nationality.[94] The foregoing, considering that it was not the case that Mr. Nottebohm had dual nationality since he was only a Liechtenstein national, and therefore the criteria derived from said precedents were not applicable to his case.[95] Therefore, Judge Read mentioned that "[I] do not think that it is permissible to transfer criteria designed for cases of double nationality to an essentially different type of relationship".[96] Moreover, they

[91] Dissenting Opinion by Judge Read, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, 1955, p. 39 (emphasis added).

[92] Kunz, Josef L., "The Nottebohm…", *cit.*, p. 554.

[93] Dissenting Opinion by Judge Guggenheim, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, 1955, p. 56.

[94] Kunz, Josef L., "The Nottebohm…", *cit.*, p. 556.

[95] *Ibidem*, p. 559.

[96] Dissenting Opinion by Judge Read, *Nottebohm Case…, cit.*, p. 42.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

even refuted that those precedents contained a theory of the genuine link, since, as explained above, the assessment to find the effective and dominant nationality implies rather a weighting to evaluate which nationality has a closer link with the individual.[97]

In that order of ideas, the dissenting Judges of the *Nottebohm* case concluded that the legislation it laid down "restricted the right of diplomatic protection without any basis in positive international law and severs nationality as the principal link from diplomatic protection".[98] This, given that it crafted a theory of genuine link without respect for positive international law and established that a State, in granting its nationality and making its nationality law, acted purely on the domestic level of citizenship.[99] Hence, this rationale affected the connection that nationality had with diplomatic protection because, in their opinion, States must always recognize the nationality law of third States because international law attributed to them the right to confer their nationality in the way they considered proper, which generates an international act.[100]

B. *External criticisms of Nottebohm's genuine link theory*

Aside from the initial criticism that the genuine link theory received from the dissenting Judges Klaestad, Read, and Guggenheim, there were other external disapprovals. Firstly, in the aforementioned *Flegenheimer* case, the Italian-US Conciliation Commission also determined that: "[I]t is doubtful that the International Court of Justice intended to establish a rule of general international law in requiring, in the Nottebohm Case, that there must exist an effective link between the person and the State in order that the latter may exercise its right of diplomatic protection".[101]

Therefore, according to Spiro, the Commission effectively expounded that the genuine link theory was only applicable to the facts of the *Nottebohm* case.[102] The above, considering that the Commission also stated that it had no

97 Kunz, Josef L.,"The Nottebohm…", *cit.*, p. 558.

98 *Ibidem*, p. 565.

99 *Ibidem*, p. 551.

100 *Idem.*

101 Decision No. 182, *Flegenheimer Case…*, *cit.*, p. 376.

102 Spiro, Peter J., "Nottebohm…", *cit.*, p. 15.

grounds to refuse to recognize Flegenheimer's U.S. nationality, as long as it had been acquired in accordance with the nationality law of that State despite its nominal link.[103] Furthermore, in the *Micheletti* case, the Court of Justice of the European Union was faced with the case of a dual Argentinian and Italian national whose application for permanent residence in Spain was dismissed because the latter country considered that his effective nationality was the Argentinian due to his last habitual residence, which did not allow him to practice as a dentist in Spain.[104] The Court decided to reject "[T]he application of effective nationality, whose origin lies in a 'romantic period' of international relations and, in particular in the concept of diplomatic protection".[105]

Another important criticism of the genuine link theory occurred in the context of the International Law Commission (ILC) Draft Articles on Diplomatic Protection since Comment 5 of Article 4 mentions that States are not required to prove an effective or genuine link between themselves and their nationals in order to exercise diplomatic protection, along the lines of the *Nottebohm* case.[106] The latter, given that the facts of the *Nottebohm* case served to limit its applicability because the links between Mr. Nottebohm and Liechtenstein were extremely tenuous compared to those between him and Guatemala.[107] In addition, it further stated that, in the context of a globalized world, if the genuine link requirement were to be strictly applied:

> [I]t would exclude millions of persons from the benefit of diplomatic protection. Indeed, in today's world of economic globalization and migration, there are millions of persons who have moved away from their State of nationality and made their lives in States whose nationality they never acquire, or have acquired nationality by birth or descent from States with which they have a tenuous connection.[108]

In this vein, it is plausible to conclude that the status of the genuine link requirement for nationality as a general principle of international law and

[103] Decision No. 182, *Flegenheimer Case…*, *cit.*, p. 338.

[104] Judgment, Micheletti Case (Micheletti v. Cantabria), Court of Justice of the European Union, 1992, pp. 2-3.

[105] Spiro, Peter J., "Nottebohm…", *cit.*, p. 15.

[106] ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Art. 4, Comm. 5, 2006.

[107] *Idem.*

[108] *Idem.*

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

customary law is highly contested. Therefore, in order to obtain a fruitful analysis for the case of naturalizations under the CIPs it is necessary to balance the positions for and against the genuine link theory, since both sides have solid arguments worthy of consideration.

IV. Predominant nationality for diplomatic protection in cases of dual nationality

As introduced in section III of this paper, the *Nottebohm* case based its assessment to find its famous conceptualization of nationality by reviewing, among others, the practice of arbitral tribunals to determine the effective nationality of the individual in dual nationality disputes. Notably, in said section, the *Mergé* case of the Italian-United States Conciliation Commission was analyzed to illustrate how competing nationalities are weighed to determine the dominant and effective nationality, which would give legitimacy to a State for diplomatic protection in respect of its national in cases where the principle of non-responsibility is implicated. However, it is still relevant to elaborate on the historical evolution of such a balancing process, since, in the case of naturalization under a CIP, individuals are most likely to possess more than one nationality. This section will therefore discuss the jurisprudential evolution of the weighting of effective nationality up to the modern conceptualization of predominant nationality enshrined in Article 7 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection.

The *Stevenson* case, which involved individuals holding the nationalities of the United Kingdom and Venezuela, concluded that domicile or residence was the most important factor in assessing effective nationality.[109] For instance, in the *Stevenson* case, it was stated that: "Mrs. Stevenson is a British subject under British law and a Venezuelan under Venezuelan law the prevailing rule of public law, to which appeal must then be taken, is that *she is deemed to be a citizen of the country in which she has her domicile*; that is, *Venezuela*".[110]

[109] Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection…", *cit.*, p. 83; *see also* Arevalo-Ramirez, Walter *et al.*, "Dual nationality and international law in times of globalization. Challenges and opportunities for consular assistance and diplomatic protection in recent cases", *Brazilian Journal of International Law*, Vol. 17, No. 2, 2020, pp. 288-307.

[110] Arbitral Award, *Stevenson Case*, Mixed Claims Commission Great Britain-Venezuela, 1903, p. 500 (emphasis added).

The conclusion was derived from precedents that the umpires had at their reach at the time, such as the case of Elis Lebret, before the French and American Commission, where it was mentioned that "[T]he only reasonable way of settling the difficulty is to hold him subject to the laws of the country where he resides".[111] Subsequently, in the *Canevaro* case, the Arbitral Tribunal assessed whether Mr. Canevaro's Italian nationality was his dominant nationality as opposed to his Peruvian nationality, as it would allow the first country to exercise diplomatic protection against Peru. In this case, the Arbitral Tribunal innovated the scope because it now recognized that the way in which individuals used their nationality was an important factor to consider, especially the participation in the political life of a country.[112] The latter, noting that Mr. Canevaro conducted himself many times as a Peruvian citizen, given that he ran for the Senate and defended his candidacy, which made the nationality of that country dominant with respect to the Italian nationality.[113]

Furthermore, in the aforementioned Mergé case, it was also stated that apart from habitual residence, attention to the individual's conduct in his economic, social, political, civic, and family life was important in assessing effective nationality.[114] Last but not least, before going on to analyze the cases that occurred in the framework of the Iran-United States Claims Tribunal, the hitherto well-known *Nottebohm* case, pointed out the list of factors to be assessed in view of the arbitral practice to ascertain the effective nationality.[115]

The Iran-United States Claims Tribunal was established in 1981 as a result of the events related to the crisis in relations between the two countries following the Iranian revolution.[116] This Tribunal has been described as "the most significant arbitral body in history" due to the relevant precedents it has issued, of which there are several on diplomatic protection and dual nationality.[117] Specifically, the *Esphahanian*, *Golpira*, *Malek,* and *Danielpour* cases have

[111] *Idem*.

[112] Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection…", *cit.*, pp. 83-84.

[113] Arbitral Award, *Canevaro Claim (Italy v. Peru)*, Permanent Court of Arbitration, 1912, p. 3.

[114] Decision No. 55, *Mergé Case…*, *cit.*, p 247.

[115] Second Phase Judgment, *Nottebohm Case…*, *cit.*, p. 22.

[116] Iran-United States Claims Tribunal, *About*, 17 November 2020. https://iusct.com/about/

[117] Caron, David D., "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *American Journal of International Law*, 1990, Vol. 84, Issue 1, p. 104.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

interesting developments in the weighting of the effective and dominant nationality of both United States and Iran nationals, each of which will be evaluated in the following lines.

The *Esphahanian* case dealt with a controversy between Mr. Nasser Esphahanian and Bank Tejarat claiming payment of US$704,691.85 due to a dishonored check drawn by the latter bank's predecessor, Iranians Bank.[118] Iran contested that Mr. Esphahanian could not bring this claim against Iran because of his Iranian nationality,[119] which was in line with the principle of non-responsibility explained in section III of this paper. However, Mr. Esphahanian mentioned that due to the fact that he naturalized as a US citizen in 1959, he had closer links to the United States, which made valid his claim against Iran.[120]

The Tribunal decided that Mr. Esphahanian's factual ties prior to, contemporaneous with, and subsequent to his naturalization as a US citizen were closer to that country because, although he spent his childhood in Iran, retained his Iranian passport and made family visits in Iran, his link to the United States was more significant because he completed his education there, exercised his voting rights, was active in cultural, civic and business activities, and worked for a US company in Iran. In short, the Tribunal made use of the principle of effective and dominant nationality to perform the balancing, but as it also established that Mr. Esphahanian could maintain significant contacts with his Iranian nationality and it still would not be the effective one, Annoni & Forlati established that the Tribunal rather used the principle of predominance, which will be explained in detail in later lines.[121]

Given that the Iranian counterpart reproached the decision reached therein, Iran requested a principle decision by the full Tribunal to interpret the term "national" of the Algiers Accords,[122] in order to decide whether it covered dual nationals with the nationality of the respondent State.[123] In reality, this petition was basically a challenge between the principle of non-responsi-

[118] Final Award No. 31, *Esphahanian Case (Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat)*, Iran-United States Claims Tribunal, 1983, pp. 2-5.

[119] *Idem.*

[120] *Idem.*

[121] Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection…", *cit.*, p. 86.

[122] The Algiers Accords is the legal document by which the Iran-United States Claims Tribunal got established.

[123] A/18 Decision No. 32, Iran-United States Claims Tribunal, 1984, p. 1.

bility and the principle of effective nationality,[124] as Iran considered that dual nationals could not make claims against them if they were also their nationals. Despite Iran's intentions, the full Tribunal ruled in Decision A/18 that "[T]he applicable rule of international law is that of dominant and effective nationality".[125]

Due to that decision, the Tribunal decided to solve cases involving dual nationals of both countries in light of the principle of predominance, thus the *Golpira*, *Malek,* and *Danielpour* cases followed the same rationale.[126] Moreover, the Tribunal did not add new criteria to determine predominance, but rather based its decisions on factors established in other case law, such as "habitual residence, center of interests, family ties, participation in public life and other evidence of attachment".[127] However, in the *Malek* and *Danielpour* cases, the Tribunal put special emphasis on the self-identification of the individual with respect to nationality for the purpose of diplomatic protection.[128] For example, in the interlocutory award of the *Malek* case, it was found that "[T]he entire life of the Claimant, from birth, and all the factors which, during this span of time, evidence the reality and the sincerity of the choice of national allegiance he claims to have made, are relevant".[129]

Hence, there is ample case law to establish that when a case of diplomatic protection arises in which an individual has both the nationality of the Claimant and Respondent, a balance of the factual links with both countries must be conducted based on the principle of predominant nationality. This was further confirmed in Article 7 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection:

> Article 7: Multiple nationality and claim against a State of nationality
>
> *A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is pre-*

[124] Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection…", *cit.*, p. 87.

[125] A/18 Decision No. 32…, *cit.*, p. 1.

[126] Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection…", *cit.*, pp. 87-88.

[127] *Idem*.

[128] *Idem*.

[129] Interlocutory Award, *Malek Case (Reza Said Malek v. Iran)*, Iran-United States Claims Tribunal, 1988, p. 3.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

dominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim.[130]

In addition, in Commentary 5 of Article 7, it was stated that the weight attributed to each factor depended on the circumstances of each case. Lastly, on the same Commentary, the ILC established a list of factors to be assessed, of which the elements of place, curricula, language of education, use of language, taxation, bank account, social security insurance, and military service stand out as they have not been shared in this section.

V. A functional approach for purchased nationality

1. *The real intention of the Nottebohm Case Judgement*

Having reviewed in detail the genesis, implications, and criticisms of the genuine link theory derived from the *Nottebohm* case, this paper will now turn to analyze whether such a doctrine is legitimized and capable of judging CIPs. First of all, I would like to stress that I consider, in line with the conclusions of the *Flegenheimer* case, that the ICJ never intended to establish in its judgment a general international law rule of genuine link requirement in matters of nationality in order for a State to exercise diplomatic protection. This would have been contrary to the factual conditions of the times in which it was issued, since according to the dissenting Judges Read and Guggenheim it was evident that even in those times, States granted their nationality to the descendants of their nationals residing abroad for centuries in an *ius sanguinis* rationale, without any other element of connection with the State.[131] Therefore, I consider that it is not conclusive to assume that the genuine link theory is a rule of general international law to exercise diplomatic protection, a reasoning that was confirmed by Article 4 of the ILC Draft Articles on Diplomatic Protection in the field, naturally, of diplomatic protection.

Likewise, on the specific issue of diplomatic protection, I partially concur with the views of the dissenting Judges on the inapplicability of the arbitral and judicial decisions that the Court used to assess the criteria necessary to

[130] ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, Art. 7, 2006 (emphasis added).

[131] Kunz, Josef L.,"The Nottebohm…", *cit.*, p. 554.

determine genuine links to a nationality. The latter, since Mr. Nottebohm's case was not a dual or multiple nationality situation and the factors that the Court brought to the discussion were intended to weigh which nationality has a closer link to an individual. However, and as I will establish in later lines, I consider that the Court studied these factors with a different intention.

Nevertheless, in my opinion, the *Nottebohm* case did provide a solid and legitimate precedent to condemn naturalizations carried out in violation of the general principle of law of good faith. Specifically, in its aspect of abuse of rights due to the wide margin of discretion that States have in their sovereign right to decide who are their nationals. Indeed, the genuine link theory was brought to the analysis because of Mr. Nottebohm's extremely tenuous connections with Liechtenstein, given that he acquired the nationality of said State with the sole intention of evading Guatemala's rule of war against his property and person.

I therefore disagree with the views of the dissenting Judges that Mr. Nottebohm's motives for naturalization were hardly admissible and extremely complicated to prove because, among other reasons, Guatemala was not in a state of war with Germany when he acquired his Liechtenstein nationality, and that there was no rule of municipal or international law that would invalidate his naturalization on such a ground. The above, bearing in mind that from a simple historical account of the facts, Mr. Nottebohm conveniently acquired the nationality of a state that declared its permanent neutrality in the Second World War and divested itself of its German nationality only two months after the outbreak of the conflict. In addition, he fast-tracked the nationality of a neutral state (Liechtenstein) by means of a special agreement under which he effectively paid a *sui generis* naturalization tax for naturalization without delay. Hence, the rush with which he acquired his neutral Liechtenstein nationality after the immediate outbreak of the Second World War proves, in my opinion, that he was indeed trying to shield his assets from his status as an enemy alien in Guatemala, given that his fears were ultimately realized as Guatemala ended up declaring war on the Axis Powers.

On the other hand, these acts, since they were a fictitious exercise of a right to evade a legal rule, constitute a violation of the general principle of law prohibiting abuses of rights. The foregoing, as Mr. Nottebohm's motives to naturalize, namely as a nationality of convenience to evade the Guatemalan rule of war without establishing a social fact of attachment and a genuine connection with Liechtenstein, constituted a violation of international law

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

through the general principle of law previously stated, which counters the aforementioned opinions of the dissenting Judges. Consequently, this paper holds, along the lines mentioned by Sloane, that the real intention of the Second Phase Judgement of the *Nottebohm* case was to invalidate naturalizations carried out in violation of the general principle of law prohibiting abuses of rights and not to legislate a new rule mandating a genuine link requirement of nationality for a State to be able to exercise diplomatic protection.

Furthermore, it is argued that a situation of abuse of rights in the context of nationality conferral comes not only from the side of the applicant but also from the country that creates a nationality law that does not pay due regard for the concept of nationality observed in international relations. As stated in subsection B of section III, a State with a wide margin of discretion to exercise a right must do so reasonably and honestly, paying due regard for or reasonable regard for the mutual interests of the parties concerned. The limits of a country's sovereign right to define its nationals and its nationality law are not, in principle, well defined, hence they remain undivided. Therefore, when exercising this right, States must observe due regard for the principles of law generally recognised with regard to nationality, which are to possess significant ties, even if they are tenuous, but never extremely tenuous, with the State of nationality.

This is true considering that across the world, municipal law relies overwhelmingly on significant links between the individual and the State to acquire the nationality of a State.[132] Moreover, even from the times of Aristotle, citizenship was meant to comprise "[P]olitical relations; as such, it is expected to both reflect and generate notions of participation, co-governance, risk-sharing, and some measure of solidarity among those constituting the body politic".[133] Therefore, the concept of nationality, since memorable times, was intended to generate a social fact of connection and a genuine link with a country, which was exactly what the Court found in the *Nottebohm* case, using the criteria used in dual nationality cases to evaluate what the legal community understands by nationality; that was the true intention they assessed those precedents. Evidently, our globalized world has diminished the "romantic" conceptualization of nationality, but its true purpose remains strong, that of

[132] Crawford, James & Brownlie, Ian, *Brownlie's Principles...*, *cit.*, p. 495.

[133] Sachar, Ayalet, "Citizenship...", *cit.*, p. 940; Henrard, Kristin, "The Shifting Parameters of Nationality", *Netherlands International Law Review*, Vol. *65,* Issue 3, 2018, pp. 280-281.

creating a meaningful bond with a country, whether from the perspective of *ius soli*, *ius sanguinis,* or naturalization.

2. *The Need for Significant Links in CIPs*

It is completely understandable that, with budget crises and a general need to improve the availability of resources, States are looking for creative ways to generate new lucrative sources of revenue, but, as far as CIPs are concerned, this paper argues that States must ensure that such programmes generate significant links with them and their prospective nationals because nationality is not a commodity subject to marketization. That is, I am not entirely against CIPs, they obey a legitimate interest of the States in the exercise of a sovereign right, what I am against is the abuse of such modality of IIP, since investments should be followed by additional requirements to ensure that the investor produces a genuine link and social connection with the country. The above, in order to preserve the values stemming from the sacrosanct concept of nationality and prevent it from becoming a mere commodity subject to commercialization. Moreover, if countries continue with cash-for-passport schemes, their nationality might not be recognized by third countries, and diplomatic protection would be undermined because States would be legitimized to contest its conformity with international law, given that, in my opinion, such schemes of CIP are an abuse of the right of States to confer nationality.

The first risk linked to CIPs without due regard to the concept of nationality in international relations is that third States may legitimately refuse to recognize the nationality law that allowed the attribution of nationality. This, bearing in mind that the aforementioned Article 1 of the CCNL establishes that States have the right to do exactly that. Moreover, in the *Nottebohm* case, which interestingly also concerns a CIP that did not require any substantial requirement apart from money, it was also stated that States cannot claim that the nationality rules they have established are entitled to be recognized by another State unless they are in conformity with the general objective of establishing a genuine legal bond with the individual.

For instance, in 2014 the United States issued a warning about St. Kitts and Nevis' cash-for-passport CIP because applicants were abusing it to mask their identity and geographic provenance, since the latter country was only concerned about whether or not they made the wire transfer. Consequently,

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

"[C]anada soon thereafter revoked St. Kitts and Nevis citizens' visa-free travel, due to security and due diligence concerns about the country's cash-for-passport programme".[134] These examples demonstrate that States are willing and able to restrict visa-free travel privileges to nationals of passport-selling countries; nothing prevents them from further refusing to recognize their nationality as a whole, they are legitimized to do it as CIPs without due regard to the concept of nationality in international relations are contrary to the general principle of law prohibiting abuses of rights.

Another risk that entangles this type of CIP concerns the field of diplomatic protection. The latter, as third States, may also challenge in the international arena the legality of a nationality granted under such conditions in a case before an international court or tribunal. This is without considering the genuine link theory of the *Nottebohm* case as a rule of international law for the exercise of diplomatic protection, but rather as a prohibition to grant naturalization in the context of abuse of rights. As seen in the *Nottebohm* case, the abuse of rights may come from the side of the applicant, that is, Mr. Nottebohm, or, as explained in this paper, from the nationality law of a State abusing its broad discretionary power to grant nationality. It is my opinion that if countries with this scheme of CIPs continue to grant nationality under these terms, we will see more cases of third States alleging violations of the general principle of good faith law because naturalizations arising from those CIPs are an abuse of rights since they fail to take due regard for the generally accepted concept of nationality. Moreover, it is evident that in dual or multiple nationality cases where the predominance principle is applied, the nationality of a CIP requiring only a wire transfer will in all likelihood be the nationality least proximate to an individual.

Therefore, and as a final note, this paper maintains that States must design CIPs that include requirements that produce significant links between them and the naturalized individuals, accepting cash to issue passports without any other substantial requirement is not in conformity with international law. As a best practice, I would like to highlight the Austrian CIP, which grants citizenship in exchange for a substantial investment (usually between 2 and 10 million euros) in the Austrian economy that generates a significant number of full-time jobs, a strong economic performance, among others. However, in order to apply, individuals must first prove: (i) a clean criminal record;

[134] *Ibidem*, p. 952.

(ii) that they have sufficient funds to make the investment; (iii) that the investment is legal and legitimate; (iv) they have German language skills; (v) that they have knowledge of Austria's democratic system and history of Austria and Vienna; (vi) uninterrupted legal residence; and (vii) must renounce to their current nationality (there are exceptions).[135] This model ensures both that the Austrian government attracts investment from wealthy individuals and that they establish meaningful links with their country, making this CIP a winning scheme that complies with international law and avoids the risks mentioned above.

VI. Conclusions

In his dissenting opinion of the Second Judgement of the *Nottebohm* case, Judge Read eloquently pronounced himself on the desirability of establishing limitations to the discretionary rights of States to decide who are their own nationals and to protect such nationals. This statement encompasses the ideal that underlies this paper since it is clear that, in the context of nationality, limits on State discretion are more important than ever in order to prevent the market from blurring the sacrosanct purpose of nationality in order to turn citizenship into a mere marketable commodity. In that sense, I hope this paper helps policymakers, politicians, legal scholars, lawyers, students, and anyone else interested in the global regime of nationality to design CIPs or other novel nationality regimes that do not undermine the social and political essence of nationality. All of this, to generate a broader conversation that recognizes that sovereign rights, even those outside the realm of nationality, are not absolute and are governed by the general principle of the law of good faith, which must continue to act as a guiding compass to maintain the stability of the international system that our forefathers and foremothers fought so hard to create.

[135] Global Citizen Solutions, *Austria Citizenship by Investment*, 30 April 2024. https://www.globalcitizensolutions.com/austria-citizenship-by-investment/

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

VII. Bibliography

A/18 Decision No. 32, Iran-United States Claims Tribunal, 1984.

Arbitral Award, *Stevenson Case*, Mixed Claims Commission Great Britain-Venezuela, 1903.

Arbitral Award, *Canevaro Claim (Italy v. Peru)*, Permanent Court of Arbitration, 1912.

Arevalo-Ramirez, Walter *et al.*, "Dual nationality and international law in times of globalization. Challenges and opportunities for consular assistance and diplomatic protection in recent cases", *Brazilian Journal of International Law*, 2020, vol. 17, no. 2, pp. 288-307.

Byers, Michael, "Abuse of rights: an old principle, a new age", *McGill Law Journal*, vol. 47, Issue 2, 2002, pp. 389-434.

Caron, David D., "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *American Journal of International Law*, vol. 84, Issue 1, 1990, pp. 104-156.

Charter of the United Nations, Art. 2 (2), 1945.

Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, United Kingdom, Cambridge Grotius Publications Limited, 1984.

Concurring Opinion by American Commissioner, *North American Dredging Co. of Texas Case*, Mexican-United States General Claims Commission, 1926.

Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Laws Concerning Nationality, Arts. 1 & 4, 1930.

Crawford, James & Brownlie, Ian, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., United Kingdom, Oxford University Press, 2019.

Decision No. 55, *Mergé Case*, Italian-United States Conciliation Commission, 1955.

Decision No. 182, *Flegenheimer Case*, Italian-United States Conciliation Commission, 1958.

Dissenting Opinion by Judge Guggenheim, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, 1955.

Dissenting Opinion by Judge Read, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, 1955.

Donner, Ruth, "Dual Nationality in International Law", *Acta Juridica Hungarica*, vol. 47, no. 1, 2006, pp. 15-25.

Encyclopedia Britannica, *Guatemala | History, Map, Flag, Population, & Facts*, 22 November 2023, https://www.britannica.com/place/Guatemala/The-postcolonial-period

Euronews, *Bulgaria abolishes 'golden passport' scheme for wealthy foreigners*, 24 March 2022. https://www.euronews.com/2022/03/24/bulgaria-abolishes-golden-passport-scheme-for-wealthy-foreigners

European Commission, *Investor citizenship scheme: Commission refers Malta to the Court of Justice*, 29 September 2022. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5422

European Commission, *Investor citizenship schemes: European Commission opens infringements against Cyprus and Malta for "selling" EU citizenship*, 20 October 2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1925

Final Award No. 31, *Esphahanian Case (Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat)*, Iran-United States Claims Tribunal, 1983.

Global Citizen Solutions, *Austria Citizenship by Investment*, 30 April 2024. https://www.globalcitizensolutions.com/austria-citizenship-by-investment/

Global Citizen Solutions, *Citizenship by Investment*, 29 July 2024. https://www.globalcitizensolutions.com/citizenship-by-investment/

Global Citizen Solutions, *Cyprus Ends its Citizenship by Investment Program*, 16 June 2024. https://www.globalcitizensolutions.com/cyprus-ends-citizenship-investment-program/

Henrard, Kristin, "The Shifting Parameters of Nationality", *Netherlands International Law Review*, vol. 65, Issue 3, 2018, pp. 269-297.

Hobsbawm, Eric, *Historia del Siglo XX: 1914-1991*, 1st. ed., translation of Faci, Juan *et al.*, Spain, Editorial Planeta, 2019.

ILC, "1075th Meeting" in Yearbook of the International Law Commission 1970, Vol. 1.

ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, Art. 4, Comm. 5, 2006.

ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, Arts. 4 & 7, 2006.

Judgment, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, International Court of Justice, 1951.

Interlocutory Award, *Malek Case (Reza Said Malek v. Iran)*, Iran-United States Claims Tribunal, 1988.

Iran-United States Claims Tribunal, *About*, 17 November 2020. https://iusct.com/about/

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Judgment, Micheletti Case (Micheletti v. Cantabria), Court of Justice of the European Union, 1992.
Judgment, *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, International Court of Justice, 1974.
Kiss, Alexandre, "Abuse of Rights", *Max Planck Encyclopedias of International Law*, December 2006.
Kunz, Josef L.,"The Nottebohm Judgment", *American Journal of International Law*, vol. 54, issue 3, july 1960, pp. 536-571.
Macklin, Audrey, "Is it Time to Retire Nottebohm?", *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017, pp. 492-497.
Opinion of Commision, *Flutie Cases*, American-Venezuelan Commission, 1903.
Parker, Owen, "Commercializing Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes", *Journal of Common Market Studies*, vol. 55, Issue 2, March 2017, pp. 332-348.
Prats, Elena, "Citizenship by Investment Programmes: Express Naturalisation for Bulky Wallets. An Arbitrary de Jure Stratification?", *UNED Revista de Derecho Político*, no. 106, septiembre-diciembre 2019, pp. 347-376.
Reinhold, Steven, "Good Faith in International Law", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, Issue 1, 2013, pp. 40-63.
Sachar, Ayalet, "Citizenship for Sale?", in Sachar, Ayelet *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, United Kingdom, Oxford University Press, 2017.
Second Phase Judgment, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, 1955.
Schwarzenberger, Georg, "Uses and Abuses of the «Abuse of Rights» in International Law", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 42, 1956, pp. 147-179.
Sloane, Robert D., "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", *Harvard International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 2009, pp. 1-60.
Spiro, Peter J., "Nottebohm and "Genuine Link": Anatomy of a Jurisprudential Illusion", *Investment Migration Working Papers*, IMC-RP2019/1, 2019, pp. 1-25.
Thwaites, Rayner, "The Life and Times of the Genuine Link", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49, Issue 4, 2018, pp. 645-670.
Uçaryılmaz, Talya, "The Principle of Good Faith in Public International Law", *Revista Estudios de Deusto*, vol. 68, Issue 1, september-december 2020, pp. 43-59.

Van den Brink, Martijn, "Revising Citizenship within the European Union: Is a Genuine Link Requirement the Way Forward?", *German Law Journal*, vol. 23, 2022, pp. 79-96.

Vermeer-Künzli, Annemarieke, "Nationality and diplomatic protection: A re-appraisal" in Annoni, Alessandra *et al.* (eds.), *The Changing Role of Nationality*, New York & London, Routledge Research in International Law, 2013, pp. 76-95.

Vladimirovich Kochenov, Dimitry, "Policing the Genuine Purity of Blood: The EU Commission's Assault on Citizenship and Residence by Investment and the Future of Citizenship in the European Union", *Studia Europejskie-Studies in European Affairs*, vol. 25, Issue 1, 2021, pp. 33-62.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Yarahuán Dodero, Santiago, "Purchased nationality: A functional approach to address the risks associated with its recognition by other states and the exercise of diplomatic protection", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19048. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048

APA

Yarahuán Dodero, S. (2025). Purchased nationality: A functional approach to address the risks associated with its recognition by other states and the exercise of diplomatic protection. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19048. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19048
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Revising neo-liberalism in international law: indirect expropriation and norm change

Reajustando el neoliberalismo en el derecho internacional: expropiación indirecta y cambio normativo

Une révision du néolibéralisme en droit international: L'expropriation indirecte et changement normatif

Pedro José **Martínez Esponda**

https://orcid.org/0009-0000-0209-773X
Universidad Iberoamericana. México
E-mail: pedro.martinez@graduateinstitute.ch

Recepción: 9 de febrero de 2024
Aceptación: 1 de abril de 2025
Publicación: 8 de mayo de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18916

Abstract: This article zooms in on the rather unexplored history of indirect expropriation in international investment law. It argues that two major shifts have taken place in its evolution since its inception around 1917. The first concerns its transition, throughout the 1960s and 1970s, from a residual norm protecting investors while accommodating the right of states to pursue public interest, to a markedly neoliberal device providing a considerably higher level of protection for investors. The second shift, around 2000, marked the return to a moderately statist paradigm, largely under the idea of police powers. The article uses this historical reconstruction to reflect on the dynamics of norm change in international investment law and in international law more generally. It suggests four theoretical factors recognizable in the trajectory of indirect expropriation and arguably central in the evolution of any international rule: norm instability, low institutional authority, the interests of powerful states, and public oversight.
Keywords: norm change; neoliberalism; indirect expropriation; investment; statism; police powers.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen: Este artículo busca estudiar la historia relativamente inexplorada de la expropiación indirecta en el derecho internacional de inversiones. Sostiene que se han producido dos cambios importantes en su evolución desde su creación alrededor de 1917. El primero se refiere a su transformación, a lo largo de los años 1960 y 1970, de una norma residual que protegía a los inversores y al mismo tiempo acomodaba el derecho de los Estados a perseguir el interés público, a una norma marcadamente neoliberal que proporcionaba un nivel considerablemente mayor de protección a los inversores, a expensas del poder regulador del Estado. El segundo cambio, alrededor del año 2000, marcó el regreso de la norma a un paradigma moderadamente estatista, en gran medida bajo la doctrina de poderes regulatorios legítimos. El artículo utiliza esta reconstrucción histórica para reflexionar sobre la dinámica del cambio de normas en el derecho internacional de inversiones y en el derecho internacional en general. Sugiere cuatro factores teóricos reconocibles en la trayectoria de la expropiación indirecta y centrales en la evolución de cualquier norma internacional: la inestabilidad normativa, la baja autoridad institucional, los intereses de los Estados poderosos y la vigilancia pública.
Palabras clave: cambio normativo; neoliberalismo; expropiación indirecta; inversión; estatismo; poderes regulatorios legítimos.

Résumé: Cet article essai de pénétrer sur l'histoire relativement obscure de l'expropriation indirecte dans le droit international des investissements. Il soutient que deux changements majeurs ont eu lieu dans son évolution depuis sa création vers 1917. Le premier concerne sa transformation, tout au long des années 1960 et 1970, d'une norme résiduelle protégeant les investisseurs tout en accommodant le droit des États de poursuivre l'intérêt public, à une norme nettement néolibéral offrant un niveau de protection considérablement plus élevé aux investisseurs, au dépit des pouvoirs régulateurs du État. Le deuxième changement, vers 2000, a marqué le retour à un paradigme modérément étatiste, largement fondé sur la doctrine de pouvoirs de police. L'article utilise cette reconstruction historique pour réfléchir à la dynamique du changement de normes dans le droit international des investissements et dans le droit international en général. Il suggère quatre facteurs théoriques reconnaissables dans la trajectoire de l'expropriation indirecte et sans doute centraux dans l'évolution de toute règle internationale: l'instabilité des normes, la faible autorité institutionnelle, les intérêts des États puissants et la surveillance publique.
Mots-clés: changement normatif; néolibéralisme; expropriation indirecte; investissement; étatisme; pouvoirs de police.

Summary: I. *Introduction*. II. *Indirect expropriation and the DPP throughout time: a shifting equation*. III. *Indirect expropriation and the DPP: some elements for understanding norm change in IIL*. IV. *Change in IIL: elements for a theory?*. V. *Conclusion*. VI. *Bibliography*.

I. Introduction

Despite its widespread use in investment arbitration, indirect expropriation remains a somewhat hazy rule of international investment law (IIL).[1] Its exact content is, to this day, controversial, and its history is for the most part unknown among international lawyers and the general public.[2] Arbitrators and scholars have interpreted it in different ways throughout the last century, attributing different functions and limits to it.[3] Therefore, it seems fair to say that fluctuation has been the rule rather than the exception in its historical trajectory. Its underlying values have drifted over time, altering the shape of its normative content.

This article seeks to track this history and reflect on the key systemic and contextual elements that have determined the pace and direction of legal change in indirect expropriation. It focuses particularly on the role that has been attached to the doctrine of police powers (DPP) as a limit to what can be considered to fall under indirect expropriation. Two inflections seem particularly noteworthy in this regard. The first, roughly around the 1970s, implied a transition from a rule protecting investors while accommodating the right of states to pursue public interest to a more markedly neoliberal paradigm seeking to guarantee foreign investors the complete stability of the legal framework in the host country. The second, around 2000, meant a return to a relative sovereigntist understanding of indirect expropriation as a norm that protects investors generally, but not against the use of public power for legitimate purposes.

This historical account is then used as a basis on which to reflect on the systemic and contextual elements that have favoured legal change in this case.

[1] Reinisch, August and Schreuer, Christoph (eds.), "Expropriation", *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Cambridge University Press, 2020, paras. 200, 201; Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of international investment law*, 2a. ed., Oxford University Press, 2012, pp. 101, 102; OECD, *Indirect Expropriation and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004, p. 3.

[2] See, for example, Paulsson and Douglas' observation in 2004 that 'the fact that we are no closer to a precise definition of indirect expropriation some forty years after Professor Christie's study only reinforces [the] insight [that] the case-by-case method is the only way to determine what kind of interference constitutes a "taking" under international law'. See in: Paulsson, Jan and Douglas, Zachary, "Indirect expropriation in investment treaty arbitration", in Horn, Norbert (ed.), *Arbitrating foreign investment disputes*. Kluwer Law International, 2004, pp. 146-147.

[3] Reinisch, August and Schreuer, Christoph, *op. cit.*, paras. 202-243.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Four core elements are identified: norm instability, low institutional authority, the interests of powerful states, and public oversight. These, it is argued, have enabled shifts in the understandings of indirect expropriation and the DPP at several historical points of inflection. However, these four features are not exclusive to the trajectory of indirect expropriation, and therefore allow for a broader reflection on the conditions under which the rules in IIL change. The article thus reflects on the extent to which norm instability, low institutional authority, the interests of powerful states, and public oversight can be used to articulate a more ambitious theoretical account of change in IIL and international law in general.

II. Indirect expropriation and the DPP throughout time: a shifting equation

1. *The uncertain birth of indirect expropriation (1917-1970s)*

The law on expropriation, as a subarea of international economic law—as opposed to merely an institution of domestic law—can be broadly said to have emerged around 1917. That year, two crucial yet unrelated events took place: the entry into force of the new Mexican Constitution and the Russian Revolution.[4] Both in Mexico and in the newly founded USSR, revolutionary governments set out to implement large-scale agrarian—and in the case of Russia, also industrial—reforms that often required the forfeiture of the property of foreign investors, what they referred to as 'nationalizations.'[5] Until then, the taking of foreign-owned property had been addressed in international law through the rules on diplomatic protection and the International Minimum Standard (IMS).[6] This meant that the international legal protection of foreign investors was, until then, no different from that offered to any

[4] Greenman, Kathryn and Orford, Anne *et al.*, "International Law and Revolution", in Saunders, Anna, Orford, Anne *et al.* (eds.), *Revolutions in International Law: The Legacies of 1917*. Cambridge University Press, 2021, pp. 1-4.

[5] López Escarcena, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law*. Edward Elgar Publishing [Leuven Global Governance series], Cheltenham, 2014, pp. 23, 24.

[6] Paparinskis, Martins, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013, p. 48.

other foreigner—basically a general and mostly procedural safeguard against denial of justice.[7]

Aware that these rules provided mostly unsatisfactory solutions to Soviet and Mexican nationalizations, Western international lawyers and diplomats had to come up with creative solutions. Claims commissions and other mechanisms were set up, and doctrines on protection against expropriation emerged as an international legal standard on its own. Under these new rules, expropriation at the expense of foreign property was not per se conceived as unlawful, but it required to be undertaken for a public purpose, without discrimination, and, crucially, mediating some form of compensation.[8] Yet, judges and scholars alike seem to have been aware that direct expropriation did not cover the whole spectrum of interferences with foreign property rights that, before the Mexican and Russian revolutions, had covered by IMS. Property could be affected, they thought, not only through the formal transfer of property titles, but also through the hinderance of its value by a governmental act or omission.[9] These types of interferences were qualitatively different from direct expropriation, but were still considered to fall within the category of expropriation.

International judges and scholars therefore started including in their writings on the law of expropriation references to interferences that were 'tantamount' to expropriation, sometimes but not always referred to as indirect expropriation.[10] It was recognized from the outset, however, that not all indirect interferences with property could be considered to amount to expropriation requiring compensation under international law. Some measure of adverse effects on the rights of foreign investors was unavoidable from the

[7] Paulsson, Jan, *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press, 2005, p. 36; Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press, 2013, p. 47; Kläger, Roland, *"Fair and equitable treatment" in international investment law*, Cambridge University Press, 2011, pp. 50-53.

[8] López Escarcena, Sebastián, *op. cit.*, p. 25.

[9] Wortley, B. A. and Cheshire, G. C. *et al.*, "Expropriation in International Law", *Transactions of the Grotius Society*, No. 33, 1947, pp. 34-35.

[10] Fachiri, Alexander P., "Expropriation and International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 6, 1925, pp. 160-163; Wortley, B. A., "Problèmes soulevés en droit international privé par la législation sur l'expropriation", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* vol. 67, 1939, pp. 419, 420; Herz, John H., "Expropriation of Foreign Property", *American Journal of International Law*, vol. 2, n. 35, 1941, pp. 251, 252.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18916
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

normal exercise of government in host states, and could not be considered to be prohibited by international law. These 'normal' functions of government were referred to as 'police powers', a term borrowed from the doctrines of expropriation in common law systems.[11] Yet, while most authors of the interwar period recognized the DPP, uncertainty around its content, and more broadly around the limits between indirect expropriation and legitimate government activity, is evident in the literature of the time.[12]

The jurisprudence of the interwar period is indicative of this state of the law. That acts not formally transferring the property of foreigners but severely damaging it amounted to expropriation was recognized in two seminal cases: *Norwegian Shipowners* before the Permanent Court of Arbitration (PCA)[13] and *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Chorzów Factory)* before the Permanent Court of International Justice (PCIJ).[14] A third case, *Oscar Chinn*, is also informative of the development of indirect expropriation and more specifically of the DPP, although it needs to be read with caution because neither the parties nor the PCIJ used these exact terms, which is maybe indicative of the uneven evolution of IMS towards the law on expropriation.[15] The Court established in its judgment for the first time the principle that regula-

[11] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922)*. In this case, Justice Oliver Wendell Holmes recognized the DPP in the domestic context, famously holding that: 'Government hardly could go on if to some extent values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law. As long recognized some values are enjoyed under an implied limitation and must yield to the police power. But obviously the implied limitation must have its limits or the contract and due process clauses [of the Constitution] are gone. One fact for consideration in determining such limits is the extent of diminution. When it reaches a certain magnitude, in most if not all cases there must be […] compensation to sustain the act[…]The general rule at least is that while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking'.

[12] Fachiri, Alexander P., *op. cit.*, pp. 170-171; Lauterpacht, Hersch, "Règles générales du droit de la paix", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 62, 1937, p. 346; Kaeckenbeeck, G., "The Protection of Vested Rights in International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 17, 1936, pp. 16, 17; Herz, J. H., *op. cit.*, pp. 252-253.

[13] Permanent Court of Arbitration, *Norwegian Shipowners Claims (Nor. v. U.S.)*, Reports of International Arbitral Awards, vol 1, 1922, p. 307.

[14] Permanent Court of International Justice, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland),* Judgment of May 25, 1926, p. 44.

[15] Permanent Court of International Justice, *Oscar Chinn (U.K. v. Belgium)*, Judgment of December 12, 1934, pp. 99-101.

tory measures affecting the value of foreign investments can be lawful under international law depending on their purpose, and thus do not give rise to an obligation to compensate.[16]

After WWII, indirect expropriation remained marginal in the practice of international lawyers and academics, even if now it was unambiguously understood as an autonomous standard.[17] The spread of socialism in Eastern Europe and the gradual process of decolonization led direct expropriation to occupy most of the energies of diplomats, lawyers, and scholars working on investment. Large processes of nationalization took place in different parts of the world,[18] and with them, a heated debate around the issue of compensation for direct expropriation emerged.[19] Developed countries backed the Hull Formula, under which expropriation carried the obligation to ensure prompt, adequate, and effective compensation, regardless of the purpose of the expropriation. All of this on the basis of the *Chorzów* principle, which establishes that reparation ought to wipe out the effects of a legal injury. Developing countries, in contrast, argued that foreign investors deserved the same treatment as national investors, and thus that the standard of compensation should be sovereignly determined by the law of the host state and applied without discrimination.[20] Debates on direct expropriation thus marked IIL during the 1950s, 1960s, and 1970s, leaving indirect expropriation and DPP understudied, underpracticed, and with the somewhat vague legal status that it had before WWII.

Withal, indirect expropriation and the DPP never fully faded away during the decades of the boom of direct expropriation.[21] Several authoritative studies included and discussed them, albeit tangentially. The most important ones were the work of Francisco García Amador as first ILC Special Rappor-

[16] *Ibidem*, párr. 86.

[17] Herz, J. H., *op. cit.*, p. 251.

[18] López Escarcena, Sebastián, *op. cit.*, pp. 25, 26.

[19] Reinisch, August and Schreuer, Christoph, *op. cit.*, pp. 6, 7.

[20] Collins, David, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 191.

[21] This is confirmed by the different positions expressed in a meeting of the Grotius Society in 1947 to discuss the state of the law of expropriation at the time. See, in particular Wortley and Loewenfeld's positions acknowledging IE and DPP, in: Wortley, Cheshire, G.C. *et al.*, *op. cit.*, pp. 34, 35, 44.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

teur on State Responsibility,[22] the American Law Institute's Restatement of the Law Second of 1965,[23] and the well-known Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens of 1961.[24] In its article 10(5), the latter stated, making clear reference to the DPP, that:

> An uncompensated taking of an alien's property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful.[25]

A similar awareness is reflected in an influential article of 1962 written by George Christie, which was one of the very few thorough works, if not the only, to address indirect expropriation straightforwardly during that period.[26]

2. *Indirect expropriation in the years of neoliberalism: the sidelining of the DPP (1980s-1990s)*

A change towards neoliberalism started to take place in the law on expropriation throughout the 1960s, although it did not manifest fully until the 1980s. It happened gradually and in different fronts —some signs of it were visible even as early as the end of the 1950s. As such, it is impossible to anchor it to a specific moment or event. To begin with, the era of direct expropriation started to slowly fade out during the 1970s. Direct expropriation became less and less common, and the controversy over the standard of compensation ended in favour of the Hull Formula; the position that lawful expropriation requires prompt, adequate, and effective compensation in every case, and that the pur-

[22] ILC, *Fourth report on State Responsibility by F.V. Garcia Amador, Special Rapporteur*, 1959, párrs. 40–45.

[23] American Law Institute, *Restatement of the law second, foreign relations law of the United States*, American Law Institute, 1965, p. 192.

[24] Sohn, Louis B. and Baxter, R. R., "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens", *The American Journal of International Law*, vol. 55, num. 3, 1961, p. 553.

[25] *Ibidem*, p. 554.

[26] Christie, George C., "What Constitutes a Taking of Property Under International Law?", *British Yearbook of International Law*, vol. 38, 1962, p. 307.

pose of the expropriation is irrelevant for the determination of compensation.[27] In parallel to this, modern IIL saw the day. The political front built by developing states under the banners of decolonization and the New International Economic Order (NIEO), led developed states to abandon any multilateral treatymaking effort and pursue bilateral investment agreements (BITs) and Free Trade Agreements (FTAs) directly with developing countries.[28] Moreover, many developing states found themselves in need of attracting foreign direct investment, for which they thought, and were told by international financial institutions, that entering BITs was a good idea.[29]

These two factors, namely the triumph of the Hull Formula in direct expropriation and the turn to bilateral investment agreements, silently transformed the prevailing understandings of indirect expropriation and the practice of investment claims. More often than not,[30] BITs and FTAs adopted between the late 1960s and the 1990s contained expropriation clauses that joined direct and indirect expropriation with simplistic formulations such as the following, selected randomly from the Indonesia-Netherlands BIT of 1968:

> Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments goods, rights or interests unless[…]: a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; b) the measures are not discriminatory[…]; c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation.[31]

Crucially, and contrary to the common interpretation of indirect expropriation until then, this had the effect of subjecting both direct and indirect expropriation to the same standard of compensation under the Hull Formula, implying that the purpose of any expropriatory measure, whether direct or indirect, was irrelevant for the determination of a duty to compensate. In

[27] Titi, Catharine, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, Social Science Research Network (SSRN), Rochester, 2017, p. 6. https://papers.ssrn.com/abstract=3050417

[28] Reinisch, A. and Schreuer, C., *op. cit.*, p. 6.

[29] López Escarcena, Sebastián, *op. cit.*, p. 34.

[30] Although this seems not to have been the case with the very first BITs. Germany, the main initial promotor of BITs, did not follow this practice until the 1980s.

[31] See article 7 of the Indonesia - Netherlands BIT of 1968. Similar formulations can be found in most BITs of the time.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

other words, these provisions eliminated the DPP from the law of expropriation, making it immaterial whether the state was implementing its legitimate police powers in its doings. All measures indirectly affecting the property of foreigners became, through the analogy with direct expropriation, subject to compensation. This was a clear, though silent, rupture with the way indirect expropriation had until then been loosely understood to operate.

How did this shift happen? Two draft conventions are crucial in explaining it. The first one, published in 1959, was known as the Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad. This document contained the seed of what was to become the investment protection regime in the following decades.[32] Drafted by Hermann Abs and Lord Shawcross, then Chairman of Deutsche Bank and Director of the Shell Petroleum Company respectively, this text recommended states to adopt multilaterally a framework of investment protection based on three pillars: fair and equitable treatment (FET), the strict respect of contracts and undertakings between states and investors, and the principle that any expropriation ought to be compensated for in terms of the Hull Formula.[33] On this last point, article III read:

> No Party shall take any measures against nationals of another Party to deprive them directly or indirectly of their property except under due process of law and provided that such measures are not discriminatory or contrary to undertakings given by that Party and are accompanied by the payment of just and effective compensation.[34]

This formulation excluded, unlike the fourth report of García Amador to the ILC of the same year and the Harvard Draft of 1961, any consideration of DPP. The bar for exceptions was set much higher, borrowing from article 15 of the ECHR.[35]

[32] Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 35.

[33] UNCTAD, *Draft Convention on Investments Abroad (Abs–Shawcross Convention)*, International Investment Instruments: A Compendium – Volume V, 2000, p. 395. https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf. See articles I, II, and III.

[34] *Idem*.

[35] Chernykh, Yuliya, "The gust of wind: The unknown role of Sir Elihu Lauterpacht in the drafting of the Abs-Shawcross Draft Convention", in Schill, Stephan W., Tams, Christian J. *et al.* (eds.), *International Investment Law and History*, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 271.

The Abs–Shawcross Draft failed to get any meaningful support by states.[36] At the time of the struggle between developing and developed states around the NIEO, it was unfeasible to attempt multilateral consensus on a proposal based on clearly pro-investor criteria. As explained by Georg Schwarzenberger at the time, 'even moderate governments of capital-importing countries [found] it impossible to pay the political price involved in becoming parties to conventions on the Abs-Shawcross lines'.[37] Yet, the ideas of this document deeply influenced a much more authoritative and transcendental draft: the 1967 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property. This draft followed nearly to the letter the Abs-Shawcross Draft on its three first articles, including its provision on expropriation.[38] Again, it erased the distinction between direct and indirect expropriation in terms of compensation, and overlooked wholly the DPP.[39]

As with its predecessor, the tide of international politics in 1967 did not favour the project, and thus the draft failed to gain the support of OECD member states and was never even formally opened to signature.[40] Yet, its failure cemented the idea in developed countries that a much more feasible way to protect their investors was to engage in bilateral treaty-making with developing countries. That is, BITs and FTAs. Unsurprisingly, the basis on which these started to be drafted in the late 1960s and in the 1970s was precisely the OECD Draft. As a matter of fact, the Draft was recommended by the OECD to its members as a model for bilateral agreements, and thus countries like France, the UK and the US used it as a template during several decades.[41] As the example from the Indonesia-Netherlands BIT shows, the clauses joining summarily direct and indirect expropriation, and subjecting them to compensation on an equal basis, became very common.

Underlying this shift was a deeper change in the philosophy behind the protection of foreign investment. As explained by Barklem and Prieto-Ríos,

[36] Schill, S. W., *op. cit.*, p. 36.

[37] Schwarzenberger, Georg, *Foreign investments and international law*, Stevens and Sons, 1969, p. 134.

[38] OECD, *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Adopted by the OECD Council on 12 October 1967)*, 1967. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2812/download

[39] The draft established an even higher threshold for derogations in its article 6.

[40] Schill, S. W., *op. cit.*, pp. 36-38.

[41] *Ibidem*, p. 39.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

BITs and FTAs, in establishing FET so broadly and in disconnecting indirect expropriation and DPP, responded to the 'investors' lack of confidence in the legal systems of developing countries'.[42] In contrast to the Friendship, Commerce and Navigation Treaties (FCNs) that preceded them, which normally just stated, among other things, that direct expropriation required compensation, BITs sought to establish wider normative liberal frameworks in capital-importing states. This meant that treaties aimed not merely at outlawing abuses to foreign investors by host-state governments, but more importantly at generally guaranteeing favourable conditions for foreign investment.[43] This implied extending the law on expropriation beyond the concern of appropriation of foreign property by the state, towards 'inappropriate regulatory acts, omissions, and other deleterious conduct that undermines the vital normative framework created and maintained by BITs'.[44] A broad understanding of indirect expropriation, decoupled from DPP, was one of the several mechanisms with which to attempt this.

The first immediate manifestation of this change was the jurisprudence, not of arbitral tribunals under BITs, which were marginal until the 1990s, but of the US-Iran Claims Tribunal (IUSCT). The Iranian Revolution in 1979 had affected US interests in different forms, among which stood out the nationalization of several American companies. In many instances, however, the government had stayed short of appropriating American companies and had rather taken control of them without formally seizing their ownership.[45] This led to three crucial cases between 1983 and 1986 where the IUSCT had to deal with indirect expropriation under customary international law, given the substantive narrowness of its founding instrument, the Algiers Accords. These were *Starrett Housing Corp. v. Iran*; *Tippetts and others v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*; and *Phelps-Dodge v. Iran*.[46] In them, the Tribunal established a

[42] Barklem, Courtenay and Prieto-Ríos, Enrique Alberto, "The Concept of 'Indirect Expropriation', its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments", *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, num. 21, vol. 11, 2011, p. 83.

[43] Sloane, Robert D. and Reisman, W. Michael, *Indirect Expropriation and its Valuation in the Bit Generation*. Social Science Research Network (SSRN), 2006, p. 117, https://papers.ssrn.com/abstract=943430 (consulta: 25 de marzo de 2021).

[44] *Ibidem*, pp. 118, 119.

[45] Sedigh, Hassan, "What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 2, num. 4, 2001, pp. 631, 632.

[46] Aldrich, George H., "What Constitutes a Compensable Taking of Property--The Decisions of

doctrine of indirect expropriation that resonated with the new formulations of indirect expropriation in the BITs of the time, equating direct and indirect expropriation for the purpose of compensation, and doing away with the DPP.[47] *Tippetts* is the best example and the most referenced case of this time. The IUSCT said that:

> A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected[…] The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.[48]

This paragraph, together with the decisions in *Starrett* and *Phelps-Dodge* had an important effect in the later jurisprudential developments of the law on indirect expropriation in the 1990s.

While some other non-BIT arbitral awards also contributed to decoupling the DPP from indirect expropriation during the 1980s,[49] the moment of truth for this doctrine came with the three first BIT/FTA cases between 1998 and 2000. These were *Ethyl Corporation v. Canada, Santa Elena v. Costa Rica* and, crucially, *Metalclad v. Mexico*. The first one concerned a ban on the manufacture of certain petrochemical products for public health and environmental reasons.[50] After the tribunal had admitted the investor's indirect

the Iran-United States Claims Tribunal", *American Journal of International Law*, vol. 88, num. 4, 1994, pp. 588-591.

47 Iran-United States Claims Tribunal, *Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. v. The Islamic Republic of Iran*, Award, IUSCT Case No. 99, 1986, para. 22.

48 Iran-United States Claims Tribunal, *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et al*, Award, IUSCT Case No. 7, 1984, pp. 225, 226.

49 Dolzer, Rudolf, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, num. 1, 1986, pp. 41, 51, 52; Dolzer, Rudolf and Bloch, Felix, "Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?", *International Law Forum*, vol. 5, num. 3, 2003, pp. 155, 162; American Arbitration Association, *Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Award, 1978, paras. 107–133; ICSID, *Benvenuti et Bonfant v People's Republic of the Congo*, Award, Case No. ARB/77/2, 1980, para. 4.61; ICSID, *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, Award, Case No. ARB/83/2, 1986, para. 70, 71; UNCITRAL, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 1989, para. 81.

50 NAFTA, *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, Award on Jurisdiction, 1998, para.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

expropriation complaint and dismissed the government's objections on jurisdiction, Canada opted for a settlement. This was perceived at the time as showing that the claim of indirect expropriation might have been grounded.[51] In the second case, *Santa Elena*, the tribunal famously held, citing *Tippetts*, that

> There is ample authority for the proposition that a property has been expropriated when the effect of the measure taken by the states has been to deprive the owner of title, possession, or access to the benefit and economic use of its property […] Expropriatory environmental measures —no matter how laudable and beneficial to society as a whole— are, in this respect, similar to any other expropriatory measures […] : the state's obligation to pay compensation remains.[52]

Finally, in *Metalclad v. Mexico*, a case that concerned the opposition of a local authority to the development of a hazardous-waste landfill, the Tribunal ruled that there had been indirect expropriation in the government's interference with the investor's reasonable expectations. Discarding the argument that the measures pursued legitimate environmental aims, the tribunal held that:

> [It] need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal's finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.[53]

This determination, rather summary in the award, is so far the starkest judicial endorsement of indirect expropriation decoupled from DPP, and as such it became the unavoidable reference among investment lawyers at the time.[54]

61; Sornarajah, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, p. 204.

[51] *Ibidem*, p. 196.

[52] ICSID, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award, Case No. ARB/96/1, 2000, paras. 72, 77.

[53] ICSID, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Award, Case No. ARB(AF)/97/1, 2000, para. 111.

[54] Paine, Joshua, "On Investment Law and Questions of Change", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, num. 2, 2018, pp. 196, 197.

These cases marked the highest neoliberal point of indirect expropriation. As with direct expropriation, no reference to the DPP nor any consideration to the state's regulatory power was made that could nuance the obligation to compensate. *Santa Elena* and *Metalclad* made such an impact among the investment arbitration community, that they had the effect of consolidating what scholars began calling a doctrine out of the different tendencies interpreting indirect expropriation as autonomous from DPP: the 'sole effects doctrine', a term apparently created by Rudolph Dolzer around that time.[55] Andrew Newcombe, less popularly, characterized it as the 'orthodox approach' to indirect expropriation, an approach which he perceived to be dominant in 2005.[56]

3. *Re-moderation of Indirect Expropriation and Mainstreaming of DPP (2000-on)*

Around the turn of the century, a second inflection took place in the trajectory of the law on indirect expropriation, this time under a moderationist spirit: the DPP re-emerged in international investment law. Many authors identify the year 2000 as the point of change. Allain Pellet identifies it as an 'attempt by investment tribunals to reconcile the sovereign right of the state, as the guardian of the general public interest, to regulate economic activities on its territory with its treaty or contractual obligations'.[57] Catherine Titi talks about it as 'a tendency […] that increasingly decouples an indirect expropriation from the exercise of the state's police powers' which is 'obvious both in the deference shown by investment tribunals to the state's police

[55] Dolzer, Rudolf, "Indirect Expropriations: New Developments", *NewYork University Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 64, 79, 80; McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration: Substantive Principles,* 1 ed., Oxford University Press, 2007, p. 301; Barker, Paul, "Legitimate Regulatory Interests: Case Law and Developments in IIA Practice", in Kulick, Andreas (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge University Press, 2016, pp. 245, 246.

[56] Newcombe, Andrew, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, Social Science Research Network (SSRN), 2005, p. 8. https://papers.ssrn.com/abstract=703244

[57] Pellet, Alain, "Police Powers or the State's Right to Regulate", in Kinnear, Meg (ed.), *Building International Investment Law – The First 50Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016, pp. 447, 452.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18916
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

powers and in recent investment treaty practice'.[58] The simple fact is that, more or less around 2000, all kinds of authorities in the field began acknowledging that measures hindering property short of appropriation do not give rise to an obligation to compensate if they can be considered to fall within a certain core of state functions, or police powers.[59] This view has, today, become virtually uncontroversial.[60]

There are two main manifestations of this change: investment arbitration jurisprudence and practices of investment treaty-making. Concerning the case-law, from 2000 on, BIT and FTA tribunals started to acknowledge and apply the DPP, to the point that it became an unavoidable reference in cases and discussions concerning indirect expropriation.[61] Only very exceptionally tribunals used the sole effects doctrine after 2000.[62]

S.D. Myers, v. Canada is sometimes referred as the first case breaking the sole effects doctrine in *Metalclad* only two months after it, although the decision of the tribunal was based more on the nature of the alleged expropriatory measures than on the DPP.[63] More important was *Marvin Feldman v. Mexico*, of 2002, where the tribunal did substantially overturn *Metalclad* on the meaning of indirect expropriation and the role of the DPP. Endorsing the *S.D. Myers* precedent, it ruled, fatefully, that:

> [G]overnments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be

[58] Titi, Catherine, *op. cit.*, p. 11.

[59] *Ibidem*, p. 1.

[60] *Ibidem*, p. 5; Pellet, Alain, *op. cit.*, p. 457; Cox, Johanne M., *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2019, p. 154; Yannaca-Small, Katia, "Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues", 2nd ed., Oxford University Press, 2018, p. 585; Paulsson, J. and Douglas, Z., *op. cit.*, p. 147.

[61] UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, pp. 91-94. https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf

[62] See, for example: ICSID, *Compañia de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v Argentina*, Award, Case No. ARB/97/3, 2007, paras. 7.5.20, 7.5.21.

[63] NAFTA, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 2000, para. 282.

> achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this.[64]

This precedent laid the ground for the next crucial case, considered in the literature as the main jurisprudential turn away from *Metalclad* and towards the DPP: *Methanex Corporation v USA*, of 2005.[65] The tribunal held, in one of the most cited paragraphs on the matter of indirect expropriation and the DPP, that:

> [A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government.[66]

The case that is generally seen as finally consolidating the re-emergence of the DPP is *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, of 2006. In its decision, the tribunal rejected that indirect expropriation had taken place in the intervention and eventual forced administration of a private bank by the Czech National Bank.[67] It found that:

> [I]t is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.[68]

Many cases followed this stream of jurisprudence after *Saluka*. Among them, the literature usually refers to *Chemtura Corporation v. Canada*; *Copper Mesa v. Ecuador*; *Burlington Resources Inc. v. Ecuador*; *WNC Factoring Limited v. Czech Republic*; *Continental v. Argentina*; *Azurix Corp v. Argentina*; *El Paso v. Argentina*, among others.[69] Worth highlighting is one of the relatively recent deci-

[64] ICSID, *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Award, Case No. ARB(AF)/99/1, 2002, para. 103.

[65] Paine, Joshua, *op. cit.*, p. 196.

[66] NAFTA, *Methanex Corporation v USA,* Final Award, 2005, Part IV, Chapter D, para 7.

[67] Cox, J. M., *op. cit.*, p. 160.

[68] Permanent Court of Arbitration, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Partial Award, Case No. 2001-04, 2006, p. 255.

[69] Paine, Joshua, *op. cit.*, p. 197.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sions, which is largely seen as reflecting the state of the matter today: *Philip Morris v. Uruguay* of 2016. Capturing the historical trajectory of indirect expropriation, the tribunal decided that:

> [A] consistent trend in favour of differentiating the exercise of police powers from indirect expropriation emerged after 2000. During this latter period, a range of investment decisions have contributed to develop the scope, content and conditions of the State's police powers doctrine, anchoring it in international law. According to a principle recognized by these decisions, whether a measure may be characterized as expropriatory depends on the nature and purpose of the State's action.[70]

As concerns the shift in practices of investment treaty-making, the turning point came in 2004. That year, both the US and Canada issued new model BITs that specified and limited the type of governmental acts that can constitute indirect expropriation.[71] The US model used basically the old formulation from the 1967 OECD Draft in its provision on expropriation, but a specific annex confined its interpretation. It said, among other things, that: "Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriation".[72]

The Canadian BIT used nearly the same wording.[73]

A very important number of BITs and FTAs have adopted similar practices since then, especially those entered by developed countries. The most prominent examples include the ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area of 2010; the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) of 2016 between Canada and the EU; the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), negotiated for many years and finally entered into force in 2018; and the remake of NAFTA, the United States-Mexico-Canada Agreement

70 ICSID, *Phillip Morris v. Uruguay*, Award, Case No. ARB/10/7, 2016, párr. 295.

71 De Brabandere, Eric, "States' Reassertion of Control over International Investment Law: (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'", in Kulick, Andreas (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge University Press, 2016, p. 302.

72 US Trade Representative, *US 2004 Model BIT*, Annex B, 2004, p. 38. https://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf.

73 UNCTAD, *Canada 2004 Model BIT*, Annex B, p. 21. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download

(USMCA) of 2020. The Trump-boycotted Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the US and the EU contained similar provisions too. China seems to have adopted a similar practice, as evidenced by its BITs since 2011.[74]

Developing countries have followed suit in many instances. A great example is article 20 of the Investment Agreement for the Common Investment Area of the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) of 2007, which provides that

> Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation.

Colombia is another instance of a developing country adopting the DPP in its BITs since 2008.[75] Other countries, like India and Brazil, have opted for excluding wholly indirect expropriation from their investment treaties, a move that might reshape international investment law on the longer run.[76] This notwithstanding, it must be said that the overwhelming majority of BITs currently in force date from the 1990s and the beginning of the 2000s, and retain the former, unnuanced form of expropriation clause providing no space for the DPP.

These developments, added to the desuetude of the sole effects doctrine, signal that the existence of the DPP is no longer controversial.[77] For a tribunal to follow Metalclad tout court nowadays is unlikely if not impossible, just as an academic work defending the sole effects doctrine without nuances would raise serious doubts. The debate is largely over, and thus the law on in-

[74] See China's BITs with Uzbekistan, Tanzania, and Turkey. Chinese BITs before 2011 did not provide for a DPP clause.

[75] See the BIT between Colombia and France, of 2014: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3488/colombia---france-bit-2014-

[76] See the India-Brazil BIT of 2015 and the Mexico-Brazil BIT of the same year: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3665/brazil---mexico-bit-2015-

[77] Yannaca-Small, K., *op. cit.*, p. 585; Schreuer, Christoph, "The Development of International Law by ICSID Tribunals", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 31, num. 3, 2016, pp. 728-739.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

direct expropriation can be said to have changed again. What remains open, however, is the precise content of the DPP, just as at the time of the first texts on expropriation a century ago. On this matter, the discussion is likely to still go on for some time.

III. Indirect expropriation and the DPP: some elements for understanding norm change in IIL

How can these sharp fluctuations in the understanding of indirect expropriation be explained? Without trying to come up with an overambitious theory of change in IIL, this section theorizes some of the main triggers of change observed throughout the trajectory of indirect expropriation. The first two are linked to the legal environment of IIL as such, and thus are systemic in nature: previous norm instability and low institutional authority. The other two, in contrast, are linked to the specific political context of indirect expropriation, and have more to do with the stakes involved for states and more broadly among the general public: the interests of powerful, global north states, and the weight of public oversight. These factors are discussed on the basis of this case alone, although they seek to contribute to a broader reflection on change in IIL and in international law more generally.

1. *Norm instability*

A first background element in the puzzle of indirect expropriation and the DPP is the norm instability of the legal framework surrounding this rule, especially at the key moments of inflection in the 1960s and 1970s and then later in 2000. By norm instability it is meant here a situation where the answer to a legal question is somewhat unclear or disputed within international legal interpretive communities; judges, lawyers, academics, diplomats, etc.[78] This can be either because a situation is unprecedented and its legal implications are mostly unexplored, or because there exists a dispute among interpretive communities and multiple interpretations conflict. The result, in any case, is

[78] The concept of 'interpretive community' is borrowed from Stanley Fish. See: Fish, Stanley Eugene, *Is there a text in this class: the authority of interpretive communities*, Harvard University Press, 1980, p. 394.

that norm instability makes it easier for a change attempt to take place. The argumentative burden of challenging a legal status quo is lower when the law is uncertain or disputed, if anything because there are less people to convince and less authorities to dispute. An argument thus can be put forward and assessed on its own merits, rather than exclusively against the benchmark of the challenged norm.

In the case of indirect expropriation and the DPP, instability has been present since the very beginning. This form of expropriation emerged as a residual norm seeking to capture the cases of governmental interference not squarely falling under the scope of direct expropriation. While most authors inferred that measures tantamount to expropriation had to be covered by the rule on expropriation, this was more a legal analogy based on the desire to protect investors than a certainty founded on solid legal grounds. Unsurprisingly, then, little clarity existed as to the meaning of 'tantamount' and the limits of this protection vis-à-vis legitimate governmental action. No instrument coming close to codifying the matter existed, the caselaw on the matter was very scarce, and no academic work had been devoted to the matter. More importantly, perhaps, the issue remained completely tangential to the main global concern on direct expropriation. The attention of people thinking about the protection of foreign investment was elsewhere, something that became even more marked after WWII.

In this context, it seems less surprising that the provision joining direct and indirect expropriation and excluding the DPP in the Abs-Shawcross Draft went unnoticed and got replicated in the OECD Draft of 1967, eventually becoming part of the legal framework replicated by BITs in the following decades. This change attempt faced little theoretical resistance and close to zero practical resistance. The absence of any strong precedent stating the DPP, added to the ubiquity of direct expropriation in the minds of international lawyers, paved the road for this neoliberal revision to go forward.

Norm instability also played a role, albeit arguably less crucial, in the second inflection of indirect expropriation and the DPP, around 2000. It was seen how the stream of jurisprudence discarding the DPP started with the US-Iran Claims Tribunal in the 1980s and continued with some isolated ad-hoc arbitrations. In their majority these cases provided a collection of useful dicta saying that the intentions of a government in interfering with an investment were less important than the actual expropriatory effect of the interference. But what they did not provide for was an articulated body of

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

jurisprudence that could truly stabilize this version of the norm. The cases on indirect expropriation during the 1970s and 1980s lacked a clear and unified legal ground that these interpretations could all be related to, as would have for instance been a multilateral treaty on investment, or even common BIT/FTA provisions. On the contrary, the jurisdictional basis of the US-Iran Claims Tribunal was an ad-hoc instrument not even mentioning indirect expropriation, and that of the ad-hoc arbitrations was even more scattered: contracts between multinationals and governments. In this sense, this case-law was not perceived as very straightforward at the time, and it was on this instable basis that the first three BIT/FTA awards upholding the sole effects doctrine had to build on: *Ethyl Corporation, Santa Elena*, and *Metalclad*.

Seen from this perspective, one realizes that the argumentative bar was not set too high for future tribunals to depart and establish a new precedent. This is precisely what happened very shortly after *Metalclad*, when the tribunals in *S.D. Myers, Marvin Feldman,* and *Methanex* discarded the sole effects doctrine without too much fuzz. Today, things have certainly changed. It would be much more difficult for a tribunal nowadays to depart from this new stream of jurisprudence and restate the sole effects doctrine. Not that the norm can be said to have fully stabilized either —few things are fully stable in IIL— but at least a consistent jurisprudential pathway is visible among BIT/FTA tribunals consolidating the DPP in indirect expropriation.

2. *Low institutional authority*

Very much in relation to previous norm instability, low institutional authority has also played a crucial role in the trajectory of indirect expropriation and the DPP. As understood here, the notion of authority builds on the 'deference model' of authority and understands it as the ability to induce deference among actors.[79] As explained by Nico Krisch, deference means that an actor feels compelled to follow some path of action, without him or her being neither openly coerced nor simply persuaded.[80] This implies that the ac-

[79] Friedman, R.B. "On the Concept of Authority in Political Philosophy", in Raz, Joseph (ed.), *Authority*, New York University Press, 1990, p. 56; Nico Krisch, "Liquid authority in global governance", *International theory*, vol. 9, num. 2, 2017, p. 242.

[80] *Idem*.

tor retains some degree of freedom while seeing pressing reasons to opt for a course of action, independently of his or her preference.

Authority understood this way plays a fundamental role in international law. Surely, international law retains a marked voluntarist flavour in that it privileges explicit endorsement by states as the prime form of meaning-making. But this pathway is full of political hurdles and therefore seldom meets the expectations of norm entrepreneurs. Legal meaning in international law is mostly produced elsewhere, namely in the work of international institutions. That is, courts, organizations, experts, multilateral venues. These generate norms and interpretations even if they have no central law-making capacity nor formal stare decisis. Their authoritativeness is thus highly deferential: it compels actors, not coerces them. To achieve that, institutions rely on their standing among international legal constituencies, the general public, and the broader political context. The decisions of the International Court of Justice (ICJ), for instance, have the power to shape international law even if no one but the parties before it is legally bound to follow them. This is fundamentally because the ICJ is perceived as a crucial judicial institution in international law.[81] Most actors are technically free to ignore them, and many certainly do, but the political and reputational cost of doing so is high.

Now, in certain subareas of international law, too, institutions playing central roles exist. That is the case, or at least was until some years ago, of the Appellate Body in international trade law, for example, or of UNHCR in refugee law.[82] These institutions, very different in their nature, play a crucial role in interpreting the rules of their respective fields. IIL, however, lacks institutions of the sort. As the evolution of indirect expropriation shows, arbitral tribunals are the main institutional venues where meaning is produced in this field. Yet, arbitral tribunals have little authoritativeness due to three main reasons. First, they are ad hoc mechanisms designed to rule only over specific disputes on the basis of specific BITs, FTAs or contracts. Quite evidently, this means that nothing binds a tribunal to follow the interpretations of other tri-

[81] This predominant role is confirmed, for example, in the recent works of the ILC on the topic of identification of customary law. See: ILC, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries (A/73/10)*, 2018, Commentary to conclusion 13, para (4). See also, Jennings, Robert, "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, vol. 68, 1997.

[82] Venzke, Ingo, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford University Press, 2014, chapters 3 and 4.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

bunals. Second, given their ad hoc nature, there is no institutional continuity that could ensure some form of interpretive coherence in IIL, nor is there any mechanism to solve interpretive conflicts authoritatively or to hold arbitral tribunals politically accountable. And third, the explosion of investment arbitration in the last decades has meant that the opportunities for divergence are huge, making it rare that an award becomes a reference for future cases, and weakening the few that actually do.

The lack of strong institutional authority in IIL has played an important role in explaining the fluctuation in the understandings of indirect expropriation and the DPP. Before the US-Iran Claims Tribunal in the 1980s, the institutional venues where the issue was discussed were limited to the sparse interwar caselaw. Institutional authority was virtually inexistent at this stage. From then on, some authority started emerging, albeit extremely scattered: the IUSCT itself and some ad-hoc contractual arbitrations which were not seen as particularly authoritative. After that, when BIT/FTA arbitration on indirect expropriation took off towards the end of the 1990s, stronger precedents like *Methanex* or *Saluka* surfaced. Yet, it was not the strength of any authoritative institution what built momentum for the DPP to come back, but the repetition of precedents. The result was that, until then, the different versions of indirect expropriation lacked any meaningful institutional support, making change attempts much easier and even unnoticeable.

One can only speculate what could have happened had an authoritative institution interpreting indirect expropriation been around at any point of this story. For instance, if the *Barcelona Traction* case before the ICJ in 1970 had made it beyond the preliminary objections stage. Or if the Court had discussed the issue of the DPP in the *Elettronica Sicula* case of 1989, where it ruled based on other criteria.[83] These cases would not have set the matter on stone, but they would have undoubtedly made it much more complicated to revert any interpretive trend.

3. *Real Politik: The Interests of the Powerful*

One need not look too closely into the history of indirect expropriation to realize that a crucial driver of change has been the interest of capital-exporting, economically powerful states. The first inflection in this story, that

[83] ICJ, *Elettronica Sicula (USA v. Italy)*, Judgment, 1989, paras. 118, 119.

is, the decoupling of the DPP from indirect expropriation in the 1970s and 1980s through BITs and FTAs, was only possible because of the support of the governments of capital-exporting states. After the failure of bringing the Abs-Shawcross and the OECD draft conventions on investment to a serious multilateral discussion, the associations of investors, bankers, and multinational companies that had pushed for them turned again to their governments in an attempt to have them support their new investment regime through bilateral diplomacy. And the policymakers and diplomats of capital-exporting states proved receptive to this. They endorsed the protection of their nationals' investments abroad as a matter of foreign policy, under the conviction that it was the natural business of states to use their diplomatic structures and their political capital to secure certain standards of treatment and compensation for their investors in countries which they saw as unpredictable.[84] The Abs-Shawcross and OECD drafts therefore started being used as a template in the negotiations of BITs and FTAs from the late 1960s on.

But the weight of the interests of capital-exporting states is even more visible in the second inflection around 2000. When developed states endorsed the Abs-Shawcross template for their BITs and FTAs in the 1970s and until the 1990s, they were exclusively thinking of protecting their investors and expanding their economic influence. They never thought that this system could also be used against them. And indeed, this did not happen for three decades. A very liberal version of indirect expropriation, free from the DPP and thus highly constraining of state action, was no problem for them because it targeted their enemies and economically weak countries over which they sought economical hegemony. But this changed radically when Canada and the US became respondents in *Ethyl, S.D. Myers*, and later *Methanex*. These cases opened the eyes of several developed countries, who grew aware of the potential risks inherent in the blunt indirect expropriation clauses in their BITs and FTAs and sought to revert this by reintroducing the DPP.[85]

This is particularly visible in the context of NAFTA, where the US and Canada amended their model BITs in 2004 to limit the scope of indirect expropriation and exclude unambiguously the idea of compensation for gov-

[84] Jandhyala, Srividya, Henisz, Witold J. and Mansfield, Edward D., "Three Waves of BITs: The Global Diffusion of Foreign Investment Policy", *Journal of Conflict Resolution,* vol. 55, 2011, pp. 1047, 1051; Henisz, Witold, J., "The Institutional Environment for Multinational Investment", *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 16, 2000.

[85] Brabandere, E. D., *op. cit.*, p. 294; Collins, D., *op. cit.*, p. 165.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ernmental regulation pursing public interest. Tellingly, this came exactly after the saga of *Ethyl, Metalclad, SD Myers,* and *Feldman*. It was a clear reaction to these cases. Several authors also suggest that these model BITs and the apprehension by the Canadian and US governments awoke a sensibility among arbitrators towards the DPP, which would explain why only a year after their publication the tribunal in *Methanex* ruled in favour of allowing environmental regulations, opening the gates for the jurisprudence that followed.[86] In this sense, is seems reasonable to think that there was a reciprocal influence in this evolution: the jurisprudence influenced treaty negotiators and policymakers, and treaty negotiators influenced the jurisprudence back. In any case, what is clear is that the change in jurisprudence and treaty-making in the years following the NAFTA case-law constituted a 'sudden reversal of the way the law was heading'.[87] Many capital-exporting countries, as seen above, followed the example of the US and Canada, and a similar process of realization of the problematic nature of an unnuanced indirect expropriation clause happened in other emerging economic powers like China and India. In the latter, for instance, after decades of being sceptical of the investment arbitration system,[88] the government decided to terminate most of its BITs and renegotiate new ones excluding indirect expropriation completely.[89]

4. *Public oversight*

A last element arguably played an important role in the shifting trajectory of indirect expropriation: public oversight. The role of public awareness over the development of IIL is often overlooked, and indirect expropriation is probably one of the rules in this field whose evolution has been most affected

[86] Kriebaum, Ursula, "FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT Special Issue: The Anatomy of the Invisible EU Model BIT", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, num. 3-4, 2014, p. 466; Paine, J., *op. cit.*, p. 198.

[87] Sornarajah, M., *op. cit.*, p. 204.

[88] Vidyarthi, Abhisar, "Revisiting India's Position to Not Join the ICSID Convention", Kluwer Arbitration Blog, 2 August 2020. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/02/revisiting-indias-position-to-not-join-the-icsid-convention/.

[89] Weber, Simon, "What Happened To Investment Arbitration In India?", Kluwer Arbitration Blog, post of 27 March 2021. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/27/what-happened-to-investment-arbitration-in-india/

by it. This part of the story of indirect expropriation and the DPP, however, is not very well known.

It begins in the early 1990s, with the attempt of the OECD to relaunch its old project of a multilateral agreement on investment (MAI), which it had abandoned after the failure of the 1967 Draft Convention. This time the OECD convened its members to start negotiations in 1994, which happened in remarkable secrecy from 1995 to 1998.[90] The meetings were closed, and all the documents remain confidential to this day. Only by a later decision to disclose minimal summaries of the meetings, omitting any reference to names of diplomats and countries, can the development of the negotiations be more or less known.[91] Thus it is possible to see that the first version of the MAI took its expropriation provision from the 1967 OECD Draft with no substantial changes – that is, placing direct and indirect expropriation on the same footing in terms of compensation and giving no place to the DPP.[92] In the discussion about the potential limits of this provision, a remarkably low threshold was mentioned, way below the yardstick of the DPP.[93]

Decisively, however, a confidential copy of the draft agreement was filtered to the public in early 1997.[94] This triggered an unprecedented campaign by civil society organizations from all over the world which took place largely online, something unheard of at the time.[95] Noteworthy is that one of the crucial points raised by NGOs, and specially by Canadian NGOs, was that the MAI's provision on IE was very likely to tie the hands of governments in

[90] Schittecatte, Catherine, "The Politics of the MAI: On the Social Opposition of the MAI and its Role in the Demise of the Negotiations", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 2, num. 1, 2000, p. 333.

[91] The introductory note to the MAI website explains the following: 'In making these documents available, the OECD, at the request of Member governments, has retained the original dates and reference numbers of the documents but removed the names of individuals and countries. Under the OECD's normal release procedures, these documents could not have entered the public domain for several more years. Enquiries concerning the positions of individual countries should be addressed directly to the countries concerned'. See: http://www.oecd.org/daf/mai/intro.htm

[92] OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Consolidated Reports by Drafting Group N° 1 and Drafting Group N°2*, (DAFFE/MAI(96)16), 1996, Article 2.

[93] *Ibidem*, p. 21.

[94] Schittecatte, Catherine, *op. cit.*, pp. 337, 338.

[95] *Ibidem*, p. 388.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

their efforts for implementing environmental policies. In making this claim they pointed to the *Ethyl* case, which exactly at that point was being heard in a NAFTA panel against Canada, and which provided the perfect example of a state being sued by transnational companies before obscure arbitral tribunals for well-meant environmental regulation.[96] The reference to this case, coupled with the social unawareness of investment arbitration generally, produced a big impression in Canada, turning the public against the MAI and leading the Canadian government to rethink its support to provisions like indirect expropriation decoupled from the DPP.

France is another country where the effect of public oversight was decisive. Catherine Schittecatte explains that activism in France brought the matter to the mainstream media, where great suspicion grew at the secrecy and confidentiality of the MAI negotiations. This, she recalls, provoked a request of inquiry by the Senate on the matter, which made for a big scandal and embarrassment of the Executive, leading France to withdraw entirely from the process in early 1998.[97] While this level of public attention on the matter was not reached in other countries, it is feasible that similar concerns emerged among many governments.[98] Perhaps as a consequence of this, one can clearly see in the documentation available that, from the moment when the draft was filtered onwards, the topic of the DPP suddenly emerged in the negotiations. The summary of a meeting of 1997 says, the following, for example: '[t]he Group took note of comments expressed by some delegations about the scope of the expropriation provision of the MAI in relation to legitimate government regulations in environment, labor, health and other fields that for the took place'.[99]

Because this concern is absent from the records of the negotiations in 1994, 1995, and 1996, this reference strongly suggests that some delegations reacted to the pressure by civil society. In any case, what is clear is that by

[96] *Ibidem*, p. 343.

[97] *Ibidem,* p. 349.

[98] See, as a general reference on the role of public opinion in IIA: Hirsch, Moshe, "Social movements, reframing investment relations, and enhancing the application of human rights norms in international investment law", *Leiden Journal of International Law*, vol. 41, num. 1, 2020.

[99] OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Drafting Group No. 3 on Definition, Treatment and Protection of Investors and Investments,* (DAFFE/MAI/DG3/M(97)9), 1997.

March 1998, the issue had clearly become problematic,[100] and a month later the whole process stranded.[101] This signals that public oversight was decisive in the fate of the MAI, and it is certain that the mobilization seen in countries like Canada and France raised alarms among policymakers from all over the world over the potential political cost of clauses like indirect expropriation without DPP.

It is impossible to know the precise weight that the story of the MAI and specifically the public awareness and activism around it had on the change in the understandings of indirect expropriation around 2000. Yet, it is apparent from the secrecy of the negotiations and from the embarrassment of governments over the leaks that, at least developed states realized that they had a lot to lose domestically if they kept pursuing these policies. In the words of Paul Barker, 'growing public disquiet over the functioning of the global economic system, including investor-State arbitration [...] translated into heightened public scrutiny of IIA negotiations'.[102] This certainly had an effect in the positions of states around indirect expropriation and the DPP.

IV. Change in IIL: Elements for a Theory?

To what extent can the elements discussed in the previous section shed light on the processes of normative change in IIL beyond the case of indirect expropriation? Answering this question fully would require a broader analysis than the one offered in this work. Yet, some hypothesis based on the history of indirect expropriation can be drawn from this discussion. Both the systemic and the contextual elements discussed above are present in other areas of IIL, and therefore there exists room for suggesting broader conclusions about change in IIL on the basis of this story.

Norm instability is part and parcel of the entire field of investment, and not only an element of indirect expropriation. At the time of the boom of BITs and FTAs, during the 1980s and 1990s, drafters considered that it would

[100] OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *CHAIRMAN'S NOTE ON ENVIRONMENT AND RELATED MATTERS AND ON LABOUR*, (DAFFE/MAI(98)10), 1998.

[101] OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Ministerial Statement on the MAI*, 28 April 1998.

[102] Barker, P., *op. cit.*, p. 232.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

be a waste of time and potentially a counterproductive endeavour to define the standards of treatment in great detail. Arbitral tribunals, they thought, would be better placed to develop the meaning of these rules over time, paying attention to the particularities of each case. As a result, many conventional standards remained considerably abstract in their original formulation. The best example of this is FET, which was originally introduced in BITs as a general, malleable legal standard designed to have an auxiliary function in the interpretation of other provisions.[103] It was left undefined on purpose. Yet, against the imagination of its first drafters, FET became the most frequently used rule in investment arbitration after 2000.[104] This led to lengthy and still-ongoing academic and jurisprudential debates on its content. And it has been precisely because of the instability of the conventional wording of FET and the absence of caselaw in the first decades of the investment arbitration system that attempting to introduce novel interpretations has been easy for norm entrepreneurs, especially between 2000 and 2010, when several interpretive threads on FET emerged in the jurisprudence.[105] As such, it seems granted to say that norm instability has played a crucial role in the development of IIL beyond the case of indirect expropriation.

The lack of solid institutional authority has also marked the trajectory of a number of rules beyond indirect expropriation. Again, because of its centrality in the current practice of IIL, FET is a case in point. Very similar to what happened with indirect expropriation, and even more strongly so, FET is a rule over which little or nothing was known before 2000, precisely because no authoritative institution was there to take up the task of interpreting it.[106] Some cases had stayed on the margins of FET, dealing superficially with related notions such as "constant protection and security", but staying short of

[103] OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004, pp. 25, http://dx.doi.org/10.1787/675702255435; Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publishers, 1995, p. 625; Dolzer, Rudolf, "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, vol. 39, num., 2005, pp. 87, 89.

[104] Dolzer, R., "Fair and Equitable Treatment", *op. cit.*, p. 87.

[105] *Idem*. See also; Hirsch, Moshe, "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade,* vol. 12, 2011, vii.

[106] UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, 1999, pp. 4-5.

actually dealing with FET.[107] The door was therefore open for creativity and change once BIT/FTA arbitration turned towards FET in 2000. But even then, contradictory jurisprudence started emerging.[108] The most notable example was the discussion over the question whether the legitimate expectations of an investor at the time of the investment would be covered by the rule.[109] And there again no authoritative institution was there to offer a clear solution. It was only after long jurisprudential sagas that the opinion started settling in favour of a weak legitimate expectations rule conditioned by the right of the state to regulate for the purpose of public interest.[110] It is therefore clear that the lack of institutional authority to settle the meaning of FET all throughout its history made of this rule a hermeneutically volatile one, very much like in the case of indirect expropriation.

The more contextual elements of powerful-state interest and public oversight are also factors that shape the course of IIL beyond the case of indirect expropriation. The 'reassertion of control' over IIL by developed states, as de Brabandere puts it, has been an overarching phenomenon in the whole discipline.[111] Together with indirect expropriation, FET is again the clearest example of this. The concerns of capital-exporting states over the scope for policymaking within their jurisdictions have been, with time and after several readjustments, received by arbitrators and scholars across the discipline. This has given IIL a mildly sovereigntist flavour since 2000, public interest playing a significantly bigger role than before. But also public oversight has played a role in the shape of IIL rules beyond indirect expropriation. True, few instances of public exposure have taken the dimensions that the failure of the MAI took in 1998. The awareness of the general public over other rules has

[107] See, for example: Iran-United States Claims Tribunal, *Rankin v. Iran,* Award, Case No. 10913, 1987 and ICJ, *Elettronica Sicula, op.cit*.

[108] López Escarcena, Sebastián, "Aplicación de la Clausula de la Nacion Mas Favorecida y del Trato Justo y Equitativo en la Jurisprudencia Internacional en Materia de Inversion Extranjera - El Caso MTD, La Derecho Internacional Publico", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 , núm. 1, (2005), pp. 79-88.

[109] Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008, pp. 151-182.

[110] Ortino, Federico, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness*, Oxford University Press, 2019, p. 8; Hirsch, Moshe, "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause", *op. cit.*, pp. 805, 806.

[111] Brabandere, E. D. *op. cit.*, p. 285.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

been in general low. Yet, as Anthea Roberts points out, there have been other instances where the '[dramatic] public law implications of investment treaty arbitration' have been exposed.[112] The critical situation of Argentina facing excessive complaints after a complete shutdown of its economy, or the huge complaints faced by Germany for its decision to shut down nuclear energy are good examples of this.[113] All of this has put significant pressure on IIL to readjust and accommodate public interest in more comprehensive manners.

These different elements are therefore observable throughout the discipline and not just in the case of indirect expropriation and the DPP. All of them could contribute to building a broader theoretical account of change in IIL and understanding better the dynamics that shape its rules.

V. Conclusion

Indirect expropriation has shifted in different directions throughout its history. From being an obscure, underused residual rule before the 1970s which nonetheless acknowledged the right of states to regulate pursing public interest, it transformed into a rule parallel to direct expropriation which required compensation regardless of the aims pursued by a governmental decision. Then, around 2000, public interest came back into the picture through jurisprudence and treaty amendments, repositioning the DPP in the law on expropriation. These inflections were largely driven by the interests of capital-exporting states and, to a lesser extent, by public oversight, and made possible largely by the instability of normative understandings around indirect expropriation and the low institutional authority of the field. But these elements enabling change are not peculiar to indirect expropriation. They operate across IIL. As such, they have the potential of contributing to a broader theoretical discussion on how change in IIL operates. By the same token, they provide useful categories to think of change in international law more broadly.

[112] Roberts, Anthea, "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", *The American Journal of International Law*, vol. 107, num. 1, 2013, p. 78.

[113] Barker, P., *op. cit.*, pp. 230, 231.

VI. Bibliography

Aldrich, George H., "What Constitutes a Compensable Taking of Property--The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal", *American Journal of International Law*, vol. 88, num. 4, 1994, pp. 585-610.

American Law Institute, *Restatement of the law second, foreign relations law of the United States*, American Law Institute, 1965.

Barker, Paul, "Legitimate Regulatory Interests: Case Law and Developments in IIA Practice", in Kulick, Andreas (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime,* Cambridge University Press, 2016, pp. 230-258.

Barklem, Courtenay y Prieto-Ríos, Enrique Alberto, "The Concept of 'Indirect Expropriation', its appearance in the international system and its effects in the regulatory activity of governments", *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 21, num. 11, 2011.

Brabandere, Eric De, "'States' Reassertion of Control over International Investment Law: (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'", in Kulick, Andreas (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge University Press, 2016, pp. 285-308.

Chernykh, Yuliya, "The gust of wind: The unknown role of Sir Elihu Lauterpacht in the drafting of the Abs-Shawcross Draft Convention", in Schill, Stephan W. *et al.* (eds.), *International Investment Law and History*, Edward Elgar Publishing, 2018, pp. 241-285.

Christie, George C., "What Constitutes a Taking of Property Under International Law?" *British Yearbook of International Law*, vol. 38, 1962, pp. 307-338.

Collins, David, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2016.

Cox, Johanne M., *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2019.

Dolzer, Rudolf, "Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, vol. 39, num. 1, 2005, pp. 87-106.

Dolzer, Rudolf, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vo. 1, 1986, pp. 41-65.

Dolzer, Rudolf, "Indirect Expropriations: New Developments", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, num. 1, 2002, pp. 64-93.

Dolzer, Rudolf y Bloch, Felix, "Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?", *International Law Forum*, vol. 5, num. 3, 2003, pp. 155-165.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18916

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012.
Fachiri, Alexander P., "Expropriation and International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 6, 1925, pp. 159-171.
Fish, Stanley Eugene, *Is there a text in this class: the authority of interpretive communities*, Harvard University Press, 1980.
Friedman, R. B., "On the Concept of Authority in Political Philosophy", en Raz, Joseph (ed.), *Authority*. New York University Press, 1990.
Greenman, Kathryn, Orford, Anne *et al.*, "International Law and Revolution", en Saunders, Anna; Orford, Anne *et al.* (eds.), *Revolutions in International Law: The Legacies of 1917*, Cambridge University Press, 2021, pp. 1-24.
Henisz, Witold J., "The institutional environment for multinational investment", *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 16, num. 2, 2000.
Herz, John H., "Expropriation of Foreign Property", *American Journal of International Law*, vol. 35, num. 2, 1941, pp. 243-262.
Hirsch, Moshe, "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 12, num. 6, 12, 2011. https://doi.org/10.1163/221190011X00300
Hirsch, Moshe, "Social movements, reframing investment relations, and enhancing the application of human rights norms in international investment law", *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, num. 1, 2020. https://doi.org/10.1017/S0922156520000643
ILC, "Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries (A/73/10)", 2018.
ILC, *Fourth report on State Responsibility by F.V. Garcia Amador, Special Rapporteur*, 1959.
Jandhyala, Srividya, Henisz, Witold J. *et al.*, "Three Waves of BITs: The Global Diffusion of Foreign Investment Policy", *Journal of Conflict Resolution*, vol. 55, num. 6, 2011, pp. 1047-1073. https://doi.org/10.1177/0022002711414373
Jennings, Robert, "The Role of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law*, vol. 68, 1997.
Kaeckenbeeck, G., "The Protection of Vested Rights in International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 17, 1936, pp. 1-18.

Kläger, Roland, *"Fair and equitable treatment" in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.
Kriebaum, Ursula, "FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT Special Issue: The Anatomy of the Invisible EU Model BIT", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, num. 3-4, 2014, pp. 454-483.
Krisch, Nico, "Liquid authority in global governance", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017.
Lauterpacht, Hersch, "Règles générales du droit de la paix", Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, vol. 62, 1937.
López Escarcena, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law*, Edward Elgar Publishing, 2014.
López Escarcena, Sebastián, "Aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida y del Trato Justo y Equitativo en la Jurisprudencia Internacional en Materia de Inversion Extranjera-El Caso MTD", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, num. 1, 2005, pp. 79-88.
McLachlan, Campbell, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007.
Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013.
Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, 1995.
Newcombe, Andrew, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, Social Science Research Network, 2005. https://papers.ssrn.com/abstract=703244
OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004.
OECD, *Indirect Expropriation and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004.
OECD *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, Adopted by the OECD Council on 12 October 1967.
OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Chairman's Note on Environment and Related Matters and on Labour,* DAFFE/MAI(98)10, 1998.
OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Consolidated Reports by Drafting Group N° 1 and Drafting Group N°2*, DAFFE/MAI(96)16, 1996.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Drafting Group No. 3 on Definition, Treatment and Protection of Investors and Investments*, DAFFE/MAI/DG3/M(97)9, 1997.

OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Ministerial Statement on the MAI*, 28 April 1998.

Ortino, Federico, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness*, Oxford University Press, 2019.

Paine, Joshua, "On Investment Law and Questions of Change", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, num. 2, 2018, pp. 173-207.

Paparinskis, Martins, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013.

Paulsson, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

Paulsson, Jan y Douglas, Zachary, "Indirect expropriation in investment treaty arbitration", in Horn, Norbert (ed.), *Arbitrating foreign investment disputes*, Kluwer Law International, 2004.

Pellet, Alain, "Police Powers or the State's Right to Regulate", in Kinnear, Meg (ed.), *Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2016.

Reinisch, August y Schreuer, Christoph (eds.), "Expropriation", en *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, Cambridge University Press, 2020, pp. 1-250.

Roberts, Anthea, "Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System", *American Journal of International Law*, vol. 107, 2013, pp. 45-94.

Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009.

Schittecatte, Catherine, "The Politics of the MAI: On the Social Opposition of the MAI and its Role in the Demise of the Negotiations", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 1, num. 2, 2000, pp. 329-356.

Schreuer, Christoph, "The Development of International Law by ICSID Tribunals", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 31, num. 3, 2016, pp. 728-739.

Schwarzenberger, Georg, *Foreign Investments and International Law*, Stevens and Sons, 1969.

Sedigh, Hassan, "What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 4, num. 2, 2001.

Sloane, Robert D. y Reisman, W. Michael, *Indirect Expropriation and its Valuation in the Bit Generation*, Social Science Research Network, 2006. https://papers.ssrn.com/abstract=943430

Sohn, Louis B. y Baxter, R. R., "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens", *American Journal of International Law*, vol. 55, num. 1961.

Sornarajah, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015.

Titi, Catharine, *Police Powers Doctrine and International Investment Law*, Social Science Research Network, 2017. https://papers.ssrn.com/abstract=3050417

Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008.

UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012.

UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, 1999.

Venzke, Ingo, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press, 2014.

Vidyarthi, Abhisar, "Revisiting India's Position to Not Join the ICSID Convention", Kluwer Arbitration Blog, 2 August 2020. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/02/revisiting-indias-position-to-not-join-the-icsid-convention/

Weber, Simon, "What Happened To Investment Arbitration In India?", Kluwer Arbitration Blog, 27 March 2021. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/03/27/what-happened-to-investment-arbitration-in-india/

Wortley, B. A., "Problèmes soulevés en droit international privé par la législation sur l'expropriation", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law,* vol. 67, 1939.

Wortley, B. A., Cheshire, G. C. *et al.*, "Expropriation in International Law", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 33, 1947, pp. 25-48.

Yannaca-Small, Katia, "Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues", Oxford University Press, 2018.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

IIJ-UNAM

Martínez Esponda, Pedro José, "Revising neo-liberalism in international law: indirect expropriation and norm change", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e18916. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18916

APA

Martínez Esponda, P. J. (2025). Revising neo-liberalism in international law: indirect expropriation and norm change. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e18916. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18916

La defensa de derechos colectivos con las obligaciones *erga omnes* en el derecho internacional: un nuevo paradigma de responsabilidad internacional

The defense of collective rights with erga omnes obligations in international law: A new paradigm of international responsibility

La défense des droits collectifs avec les obligations erga omnes en droit international: un nouveau paradigme de responsabilité internationale

José María **Olvera Amado**

https://orcid.org/0009-0007-4308-2316

Universidad Panamericana. México

E-mail: joseolveraamado@gmail.com

Recepción: 18 de mayo de 2024

Aceptación: 24 de agosto de 2024

Publicación: 13 de diciembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148

Resumen: A partir de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, se introdujo al derecho internacional el concepto de obligaciones *erga omnes*. A pesar de las similitudes con la *actio popularis*, estas figuras procesales difieren fundamentalmente. No obstante, ambas buscan el mismo fin: hacer exigibles los derechos que corresponden a una colectividad. Es a través de la figura de *erga omnes partes* que emerge la posibilidad de proteger los *valores compartidos* de la comunidad internacional. En este sentido, no sólo es evidente la necesidad de esta clase de obligaciones, sino que su concepción modifica el paradigma a nivel internacional, respecto a la perspectiva tradicional de responsabilidad bilateral entre los estados. En este artículo, se realiza un análisis sobre las obligaciones *erga omnes*.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia; locus standi; erga omnes.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Abstract: Following the judgment of the International Court of Justice in the Barcelona Traction case, the concept of obligations *erga omnes* was introduced to international law. Despite similarities with the *actio popularis*, these procedural figures differ fundamentally. However, both aim at the same end: to enforce the rights that correspond to a collective. It is through the *erga omnes partes* figure that the possibility of protecting shared values of the international community emerges. In this sense, not only is the need for this kind of obligations latent, but its conception modifies the paradigm at the international level regarding the traditional perspective of bilateral responsibility between states. This article provides an analysis of obligations *erga omnes*.
Keywords: International Court of Justice; locus standi; erga omnes.

Résumé: À la suite du jugement de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire Barcelona Traction, le concept d'obligations *erga omnes* a été introduit dans le droit international. Malgré les similitudes avec l'*actio popularis*, ces figures procédurales diffèrent fondamentalement. Cependant, les deux visent le même objectif : faire respecter les droits qui correspondent à une collectivité. C'est à travers la figure des *erga omnes partes* que la possibilité de protéger les valeurs partagées de la communauté internationale émerge. En ce sens, non seulement le besoin de ce type d'obligations est latent, mais sa conception modifie le paradigme au niveau international en ce qui concerne la perspective traditionnelle de la responsabilité bilatérale entre les États. Cet article propose une analyse des obligations *erga omnes*.
Mots-clés: Cour Internationale de Justice; locus standi; erga omnes.

I. Introducción

El mundo está atravesando un momento crítico. Un largo período de estabilidad global parece estar llegando a su fin, marcado por el surgimiento de dos grandes conflictos internacionales. Primero, en 2022, la guerra entre Rusia y Ucrania sacudió al mundo. Luego, en 2023, el enfrentamiento entre Hamás e Israel añadió más tensión a un escenario ya complicado. Estos eventos recientes han capturado la atención global por su rapidez y magnitud.

Pero estos no son los primeros episodios que desafían el orden internacional. Ya hemos visto conflictos significativos, como la intervención de la OTAN en Serbia, y las guerras en Afganistán y Libia, que también sacudieron la estabilidad global. Sin embargo, estos nuevos conflictos podrían ser una señal de que la *pax americana* está en un declive más profundo. Lo alarmante es la velocidad con la que han surgido, cuestionando la durabilidad de la paz que alguna vez creímos estable. A pesar de este panorama sombrío, no todo está perdido. A finales del año pasado, Sudáfrica sorprendió al iniciar un proceso contra Israel por presuntas violaciones a la Convención sobre el Genocidio. Este acto, motivado por la protección de valores humanos más que por inte-

reses nacionales, podría ser un paso hacia la consolidación de una verdadera *comunidad internacional*.[1]

La Corte Internacional de Justicia (CIJ, la Corte) tiene reglas muy estrictas sobre países que pueden invocar la responsabilidad internacional de otros países.[2] Así, la invocación de responsabilidad internacional ante la Corte ha seguido un riguroso régimen de relaciones bilaterales, en el cual únicamente los Estados directamente afectados tienen el derecho de hacer tal invocación.[3] No obstante, una nueva figura jurídica, que ha experimentado un notorio auge recientemente, ha llevado a los Estados a velar de manera sistemática por el cumplimiento de obligaciones que son debidas a la comunidad internacional en general, es decir, a salvaguardar *valores compartidos*. Este propósito se logra mediante la característica procesal que tienen las obligaciones *erga omnes*, que desde la sentencia de *Barcelona Traction* ha suscitado un amplio debate en la doctrina internacional.[4]

En este artículo, identificaremos el *locus standi*, es decir, el derecho conferido por las obligaciones *erga omnes*, como un requisito de admisibilidad para iniciar procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia. Posteriormente, se analizará la necesidad de una figura similar a la *actio popularis* a nivel internacional para garantizar el cumplimiento de los intereses generales de la comunidad internacional. Finalmente, concluiremos con un estudio sobre qué son las obligaciones *erga omnes* y cuál podría ser su utilidad en la actualidad.

[1] Rodrigo Hernández, Ángel, "La constitución invisible de la comunidad internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Pamplona, vol. 34, 2018, pp. 51-85. https://doi.org/10.15581/010.34.51-85

[2] Espaliú, Carlos, "Locus standi de los Estados y obligaciones erga omnes en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 72, núm. 2, julio-diciembre de 2020, p. 35. http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.1a.01

[3] En ese sentido en el caso el caso de *Armed Activities in the Territory of the Congo*, donde Uganda es señalado como Estado agresor con actos de actividades militares y paramilitares que tuvieron efectos en el territorio y población del Congo. Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Sentencia de Reparaciones, 9 de febrero de 2022.

[4] Jahoon, Lawrence, "Barcelona Traction in the 21st century: revisiting its customary and policy underpinnings 35 years later", *Stanford Journal of International Law*, California, vol. 42, núm. 2, 2006, p. 237. https://purl.stanford.edu/kg901gs8545

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

II. Procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial del Sistema de Naciones Unidas.[5] Surgió a partir de la creación de Naciones Unidas en 1945 y es la sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Está conformada por quince jueces y tiene su sede en La Haya, Holanda, en el Palacio de la Paz. Se encuentra regulada por el Estatuto de la CIJ, que es un documento anexo de la Carta de Naciones Unidas, y por su reglamento interno. La Corte está facultada para llevar a cabo dos tipos de procedimientos: por un lado, las opiniones consultivas, y por otro, los casos contenciosos.

Los casos contenciosos permiten a los países miembros de Naciones Unidas acceder a la jurisdicción de la Corte para resolver sus disputas. Aunque las decisiones de la Corte no la obligan en futuros casos debido a la ausencia de un sistema de precedentes o *stare decisis*,[6] estas decisiones sí tienen un peso significativo.[7] No sólo constituyen una fuente de derecho subsidiaria,[8] sino que la Corte misma ha señalado que no se apartará de sus decisiones anteriores, siempre que su razonamiento sea considerado legalmente válido.[9]

1. *Procedimientos contenciosos*

Existe la posibilidad de que los conflictos que surgen entre los Estados parte de Naciones Unidas puedan presentarse ante la Corte. No es suficiente ser un Estado miembro de Naciones Unidas para activar la jurisdicción[10] de la Corte,

[5] Artículo 92, *Carta de Naciones Unidas*. Firmado el 26 de junio de 1945; ratificación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de octubre de 1945.

[6] Brabandere, Eric de, "The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, vol. 15, núm. 1, 2016, pp. 24-55. https://doi.org/10.1163/15718034-12341311

[7] Devaney, James, "The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: a constructive interpretation", *Leiden Journal of International Law*, Leiden, vol. 35, núm. 3, 2022, p. 659. https://doi.org/10.1017/S092215652200022X

[8] Artículo 59, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Firmado el 26 de junio de 1945; ratificación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de octubre de 1945.

[9] Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Reino Unido)*. Fondo, sentencia, 30 de agosto de 1924, p. 18.

[10] Hambro, Edvard, *The Jurisdiction of the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1948, p. 130.

sino que se deben cumplir con dos condiciones básicas:[11] el consentimiento y la existencia de una disputa válida.[12]

Por un lado, el requisito de consentimiento se cumple al satisfacer una de las cuatro formas en las que se puede iniciar un procedimiento ante la CIJ, de acuerdo con su Estatuto. Estas formas son: una cláusula compromisoria, *forum prorogatum*, *compromis* y declaración opcional. La cláusula compromisoria surge en un tratado que facilita llevar alguna disputa ante la Corte, generalmente sobre su aplicación o interpretación. La figura de *forum prorogatum* es aquella en la que, una vez iniciado algún procedimiento por una de las partes de forma unilateral, posteriormente la otra acepta la competencia de la Corte. El *compromis* es un acuerdo entre las partes en disputa en el que se comprometen a iniciar un procedimiento ante la Corte, y en este se establecen los términos y el alcance de la disputa. Finalmente, la declaración opcional es aquella que surge cuando un Estado es aceptado como miembro de Naciones Unidas y puede tener ciertos límites en cuanto a *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*.

Por otro lado, es necesario que la disputa sea sobre una controversia real entre las partes, es decir: "*a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interest, which is not merely hypothetical and shall exist at the time of decision*".[13] Esto implica que no cualquier conflicto es materia de la jurisdicción de la Corte, sino que entre los estados debe haber puntos de vista completamente opuestos y continuos hasta una resolución del tribunal.[14]

La consecuencia del cumplimiento de estos dos requisitos es que la CIJ puede conocer de la disputa y emitir una resolución de fondo vinculante para los Estados parte en la disputa.

[11] Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. Sentencia del 3 de febrero de 2006, p. 20.

[12] Shaw, Malcolm, *International Law*, 9a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 933.

[13] "Una discrepancia sobre un punto de ley o hecho, un conflicto de opiniones o intereses legales, que no es meramente hipotético y debe existir en el momento de la decisión". Caso Mavrommatis, *op. cit.*, p. 11.

[14] Schreuer, Christoph, "What is a Legal Dispute?", en Buffard, Isabelle *et al.* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 964.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

2. *Admisibilidad y jurisdicción*

Ahora bien, una vez que se cumplen con las condiciones básicas relativas a la jurisdicción, la Corte analiza la admisibilidad del caso. Si bien es cierto que la propia Corte no ha sido clara en lo que respecta a una distinción entre admisibilidad y jurisdicción,[15] ya que en ocasiones las utiliza indistintamente y en otras realiza una diferenciación entre ambos conceptos,[16] lo cierto es que ambos conceptos son un factor decisivo en materia procesal y preliminar para determinar si es posible analizar el fondo del asunto.

La decisión más reciente sobre este tema que tomó este órgano internacional fue en el caso Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela) en 2022, dónde se hizo una distinción entre estos conceptos.[17] Este caso trata sobre una disputa territorial que se originó en la era colonial y que no se resolvió satisfactoriamente en un laudo arbitral, siendo posteriormente cuestionado por Venezuela. Inicialmente, la Corte emitió un fallo en 2020 en el que resolvió que tenía jurisdicción para conocer el caso. En 2022, Venezuela presentó una objeción sobre la admisibilidad, a lo cual Guyana respondió que no había una distinción entre estos conceptos y que ya había una resolución al respecto desde 2020. Sin embargo, la Corte hizo una diferenciación entre *ejercicio* y *existencia* de jurisdicción,[18] donde el *ejercicio* de la jurisdicción hace referencia a la admisibilidad. Así, con esta nueva decisión, tenemos una distinción en la que, en primer lugar, la jurisdicción tiene como consecuencia la admisibilidad, y, en segundo lugar, esto no significa necesariamente que se discute al mismo tiempo la existencia de la jurisdicción y la admisibilidad.

A efectos del presente artículo, se considerará que la jurisdicción de la Corte se conforma por consentimiento y la existencia de una disputa. Por

[15] Reed, Lucy, "Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts. By Yuval Shany. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. x, 174. Index. $110, £69.99", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 111, núm. 4, Octubre 2017, p. 1085. https://doi.org/10.1017/ajil.2017.66

[16] Rosenne, Shabtai, "Jurisdiction and Admissibility: General Concepts", *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 505-585. https://doi.org/10.1163/ej.9789004139589.i-1892.5b

[17] Thin, Sarah, "Admissibility vs Jurisdiction in Guyana v Venezuela (ICJ)", *EJIL: Talk!*, 25 de abril de 2023. https://www.ejiltalk.org/admissibility-vs-jurisdiction-in-guyana-v-venezuela-icj/

[18] Corte Internacional de Justicia, *Arbitral Award Of 3 October 1899 (Guyana V. Venezuela)*. Sentencia del 6 de abril de 2023, p. 18.

otro lado, la admisibilidad como otros aspectos que pertenecen a la fase preliminar: *ius standi*, *res iudicata*, *litispendencia* y el necesario agotamiento de instancias internas.

III. Ius standi

Como parte de los requisitos de admisibilidad, la Corte debe evaluar el derecho —interés legal— de los Estados para reclamar la responsabilidad de otro Estado, conocido como *ius standi*,[19] que en el sistema legal mexicano sería el interés jurídico de las partes. Es así que, para que la Corte pueda abordar el fondo del asunto, es necesario que el Estado tenga un derecho a hacer la reclamación, para lo cual debe establecer un vínculo suficiente entre sí y la norma legal que constituye el objeto de la acción;[20] es decir, debe tener un motivo legal real que lo vincule con la norma sustantiva invocada.[21] Tradicionalmente, en derecho internacional, este vínculo se puede lograr de dos formas: la lesión a un Estado (*direct claim*) y, por otro lado, la acción de protección diplomática (*indirect claim*). Cabe precisar que me enfocaré en el interés legal que surge a través de una lesión, no en la acción de protección diplomática.

1. *Interés de los Estados*

La regla principal de la invocación de responsabilidad a un Estado se encuentra en el artículo 42(a) del Proyecto de Artículos de Responsabilidad de los estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos[22] (ARSIWA, por sus siglas en

[19] Vecchio, Angela del, "International Courts and Tribunals, Standing", *Max Planck Encyclopedias of Public International Law,* Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 56. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e79

[20] Tams, Chrisitian, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 26. https://doi.org/10.1017/CBO9780511494116

[21] Corte Internacional de Justicia, *East Timor (Portugal v. Australia)*. Sentencia del 30 junio de 1995, para. 20.

[22] A pesar de que no es un tratado propiamente dicho, debido a que lo establecido se ha utilizado por la comunidad internacional, la mayoría de sus normas son consideradas como derecho consuetudinario. Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, *with commentaries*, 2001.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

inglés), realizado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001. Esta norma expresa el requisito de un vínculo entre la regla sustantiva, que es reclamada, y el Estado, que se materializa como una lesión directa de un Estado hacia otro. La lesión hacia un Estado se determina a través de la existencia de un derecho perteneciente a un Estado y los efectos de la acción u omisión de otro Estado. Es decir, el Estado lesionado debe tener constituido un *clothed right*[23] y además debe existir una afectación directa de otro Estado, esto se conoce como *direct claims*.[24]

Estas reglas surgen a partir de la regla tradicional sobre responsabilidad bilateral a nivel internacional, en la que los derechos surgen de una relación recíproca entre dos Estados.[25] Ahora bien, el primer problema surge al definir el alcance del interés de un Estado. Al respecto, no basta con que exista una simple preocupación, porque en ese caso todos estarían interesados. El juez Morelli en su opinión disidente en la fase preliminar de los casos *South West Africa* señaló que "*Each State is the judge of its own interest*".[26] Y el juez *ad hoc* Skubiszewski señaló que existe una miríada de intereses que pueden ser económicos, políticos o humanitarios.[27] Ante la imposibilidad legal de que todos los Estados puedan invocar responsabilidad, es necesario distinguir de los intereses generales a los intereses que son legalmente protegidos, es decir, que no se puede invocar responsabilidad por un simple interés, sino que debe surgir de un derecho sólido "*clothed in legal form*".[28] Esto significa que únicamente se puede reclamar responsabilidad ante la Corte Internacional de Justicia cuando se presenta una presunta violación respaldada por una norma vinculante para las partes, que surge de una de las fuentes del derecho internacional.[29]

[23] Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*. Opinión Disidente Conjunta de Sir Percy Spender y Sir Gerald Fitzmaurice, 21 de diciembre de 1962, p. 466.

[24] Tams, Christian, *op. cit.*, p. 27.

[25] Shelton, Dinah, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 96, núm. 4, 2002, p. 834. https://doi.org/10.2307/3070681

[26] "Cada Estado es juez de su propio interés", Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*. Opinión Disidente del juez Morelli, 21 de diciembre de 1962, p. 255.

[27] Corte Internacional de Justicia, *East Timor (Portugal v. Australia)*. Opinión Disidente del juez *ad hoc* Skubiszewski, 30 junio de 1995, para. 103.

[28] Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*. Sentencia del 21 de diciembre de 1962, p. 34.

[29] Estas están reguladas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El segundo problema es la bilateralidad en las relaciones de los Estados, que ha sido la doctrina tradicional en lo que respecta a la responsabilidad internacional.[30] Esta teoría hace referencia a que los derechos y deberes son *vis-à-vis* entre los estados. Es decir, ante una violación internacional solo hay un afectado que tiene derecho a reclamar la responsabilidad. Como señala James Crawford, *"all bilateral relations could be assimilated to classical bilateral right-duty relations"*;[31] es decir, que los derechos, por su misma naturaleza, "*allocate to one subject, and enable it to enforce a duty against one other subject*".[32] En consecuencia, el derecho se debe a un sujeto y sólo éste lo puede exigir.

2. *Régimen de relaciones bilaterales de derechos y obligaciones*

La pregunta principal sobre el interés legal es si los derechos emanan de relaciones estrictamente bilaterales. Como respuesta general, se puede decir que sí,[33] dado que los procedimientos que pretenden reclamar derechos de una pluralidad de individuos o *actio popularis* son atípicos. Los primeros en asimilar que los derechos no se limitan a relaciones bilaterales fueron los alemanes.[34] Es así que, tras la incorporación de esta concepción a los sistemas jurídicos, se hizo tendencia distinguir entre los derechos que se deben a una colectividad y los derechos individuales. Por lo que posteriormente, en 2001, la CDI expresó esta concepción de derechos en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en el que se aceptó la existencia de derechos que no solo tenían su origen en disputas bilaterales, sino que involucraban a más de un Estado.[35]

[30] Tams, Christian, *op. cit.*, p. 42.

[31] "Todas las relaciones bilaterales podrían asimilarse a relaciones bilaterales clásicas de derechos y deberes", Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, text and commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 24 y 25.

[32] "Se asignan a un sujeto y lo capacitan para hacer cumplir una obligación contra otro sujeto"; Tams, Christian, *op. cit.*, p. 34.

[33] Nedeski, Nataša, "The Distinction between Bilateral and Multilateral Legal Relations in the International Law of Obligations", *Shared Obligations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 54-96. https://doi.org/10.1017/9781108893985.

[34] Tams, Christian, *op. cit.*, p. 35.

[35] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Commentary to draft article 40, Suiza, 2001, p. 112.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Los intereses individuales, como se señaló anteriormente, son aquellos que se deben individualmente al actor en su capacidad personal. Por otro lado, los intereses generales son los que se deben a una pluralidad de actores, pero no en lo individual sino como un grupo. De esta manera es que podemos determinar que las violaciones a *obligaciones internacionales* pueden interesar a más de un Estado en su cumplimiento, por ejemplo, de aquellas obligaciones que emanan de un tratado multilateral. Es en estos instrumentos donde, generalmente, se encuentran obligaciones en las que no hay un interés individual, sino que todos los Estados buscan un interés común; estas son llamadas obligaciones integrales.[36]

Ahora bien, no siempre un tratado de naturaleza multilateral incluye obligaciones *integrales*, sino que también estos tratados pueden tener obligaciones *bilateralizables*. Un ejemplo de tratados multilaterales con obligaciones bilateralizables son aquellos de relaciones diplomáticas o consulares en los que el cumplimiento sólo interesa a un país, es decir, que son relaciones *vis-à-vis*. En consecuencia, la bilateralidad del cumplimiento de una obligación no se determina por el número de Estados parte del tratado sino por el interés de los estados en el cumplimiento de esa obligación.

3. *Régimen de intereses generales de derechos y obligaciones*

Desde Hugo Grocio, hay indicios de la necesidad de proteger intereses generales. Es así como el autor neerlandés señala: "*kings, and those who possess rights equal to those kings, have the right of demanding punishments not only on account of injuries committed against themselves or their subjects, but also on account of injuries which do not directly affect them but excessively violate the law of nature*".[37] En un análisis histórico del derecho a invocar intereses generales, tenemos como primera concepción a nivel internacional el caso de *Barcelona Traction*. Es a partir de este caso que los estados se dan cuenta que el régimen de reclama-

[36] Sicilianos, Linos-Alexander, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 13, núm. 5, diciembre de 2002, pp. 1127–1145. https://doi.org/10.1093/ejil/13.5.1127

[37] "Los reyes tienen el derecho de exigir castigo no solo por las lesiones cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también por lesiones que no les afectan directamente, sino que violan exclusivamente la ley de la naturaleza". Grocio, Hugo, *On the law of war and peace: Three books*, Oxford, Oxford University Press, 1925, p. 40.

ción bilateral es insuficiente, debido a la incertidumbre sobre quién puede exigir las obligaciones que no son bilaterales o bilateralizables y que, por lo tanto, en el régimen tradicional, ningún Estado puede exigir su cumplimiento. El siguiente pronunciamiento judicial importante al respecto es el caso *Pfunders*, en el que se señala que hay "*a common public order in Europe beyond reciprocal rights*".[38]

Ante este problema, el sistema internacional de protección a derechos humanos ya es una primera piedra en el reconocimiento de la necesidad que existe de proteger valores que van más allá de intereses o relaciones bilaterales. En el ámbito de los derechos humanos, se otorga a los individuos la facultad de presentar reclamaciones ante cortes especializadas en derechos humanos. Sin embargo, en el régimen internacional de los estados se ha mantenido el mismo principio, que puede resumirse como lo señaló el juez Winiarski: "*pas d'intérêt, pas d'action*".[39]

Otras soluciones fueron las reglas secundarias que regulan el *standing* de los Estados. En concreto, las cláusulas compromisorias o judiciales de los tratados, las cuales facilitan a las partes de un tratado llevar una disputa ante la Corte. Estas cláusulas no sólo satisfacen el requisito de consentimiento, sino que otorgan derecho al Estado para tener *locus standi* ante la Corte. Esto se debe a que la jurisdicción de la Corte proviene de cláusulas compromisorias, una de las fuentes más importantes de consentimiento de los Estados.[40] Normalmente estas cláusulas aplican en las disputas de interpretación o aplicación del tratado multilateral donde se pactan.[41] Así, queda claro no sólo un mecanismo coercitivo y eficiente para la aplicación del tratado, sino también la voluntad de las partes para que las controversias en torno al tratado puedan ser llevadas en virtud de proteger el interés común entre las partes y no sólo

[38] "Un orden público común en Europa más allá de los derechos recíprocos". Comisión Europea de Derechos Humanos, *Application No. 788/60 (Austria v. Italia),* 11 de enero de 1961, p. 18.

[39] "Sin interés, no hay acción". Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*. Opinión Disidente del juez Winiarski, 21 de diciembre de 1962, p. 455.

[40] Morrison, Fred, "Treaties as a Source of Jurisdiction, Especially in U.S. Practice", en Damrosch, Lori F. (ed.), *International Court of Justice at a Crossroads*, Nueva York, American Society of International Law, Transnational Publishers, 1987, p. 58.

[41] Charney, Jonathan, "Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 81, núm. 4, Octubre 1987, p. 857. https://doi.org/10.2307/2203414

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

obligaciones individuales. Es decir, con este tipo de cláusulas, queda claro la *raison d›être* de un tratado, al ser de interés común de los Estados y con la posibilidad de que las partes puedan presentar una disputa ante la Corte.

4. *Actio popularis*

Desde el derecho romano existe una acción que podía ser ejercida por cualquier individuo a nombre del interés público, conocida como *actio popularis*, en la cual hay una concepción completamente liberal en cuanto al derecho de invocar responsabilidad.[42]

En la actualidad, la figura procesal más parecida es la *class action* en Estados Unidos.[43] Este tipo de acción procede en violaciones graves a derechos humanos y en litigios de gran escala cuando los individuos no pueden llevar el procedimiento por sí mismos y se acumula en un solo juicio. Esta acción se distingue porque sólo puede ser ejercida por los individuos de manera directa. Además, debe haber puntos en común entre el individuo que reclama y los que representa, es decir, hay un nexo. En consecuencia, es un tipo de acción más restrictiva que el *actio popularis*, la que no requiere ningún nexo entre el reclamante y los representados.[44]

Como se mencionó anteriormente, ante el problema del régimen bilateral, los Estados permitieron a los individuos hacer las reclamaciones de manera directa. En consecuencia, las figuras procesales más parecidas a nivel internacional a una *actio popularis* son las reclamaciones ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y los procedimientos ante la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esto no significa que se permite el litigio de *actio popularis* a nivel internacional, sino que en algunas circunstancias se han aceptado casos donde hay víctimas que no son los directamente afectados por las violaciones a derechos humanos. Según el profesor William Aceves, el procedimiento que

[42] Stephens, Beth, "Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations", *Yale Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2002, p. 16. http://hdl.handle.net/20.500.13051/6437

[43] Dreyfuss, Richard, "Class Action Judgment Enforcement in Italy: Procedural Due Process Requirements", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Nueva Orleans, vol. 10, núm. 5, Primavera 2002, p. 167. https://journals.tulane.edu/jicl/article/view/3466

[44] Arnull, Anthony, "Private Applicants and the Action for Annulment Under Article 173 of the EC Treaty", *Common Market L Rev* 7, Reino Unido, 1995, p. 32.

se lleva a cabo ante la Comisión Interamericana es el más efectivo.[45] Sin embargo, la ausencia de un *actio popularis* se debe principalmente a que hay un paradigma restrictivo de estas figuras jurídicas a nivel internacional, que generalmente sólo permite procedimientos por violaciones directas.

5. *Naturaleza de las obligaciones*

Para poder estudiar la necesidad de *standing* en las reclamaciones de un interés común, es necesario entender la naturaleza de las obligaciones internacionales. Esto implica un análisis estructural,[46] como lo llama Christian Tams, para dilucidar el necesario desempeño de los Estados respecto a las obligaciones internacionales.

El profesor Fitzmaurice[47] es quien distingue las obligaciones internacionales. En primer lugar, en cuanto a la forma en que tienen su origen, ya sea multilaterales —acordadas por varios Estados— o bilaterales —acordadas entre dos Estados—. En segundo lugar, las distingue entre *recíprocas*, *absolutas* e *interdependientes*.

Las obligaciones *recíprocas* consisten en un intercambio mutuo y recíproco de beneficios o concesiones entre las partes, un ejemplo son las obligaciones de las convenciones de relaciones diplomáticas y consulares. Por otro lado, las obligaciones *absolutas* son aquellas que requieren una conducta paralela de los Estados. El cumplimiento de estas obligaciones no depende de un cumplimiento recíproco de otro Estado, es decir, se desempeñan de manera autónoma y no conllevan beneficios. Algunos ejemplos son los estándares comunes en cuanto a seguridad ambiental o marítima y, generalmente, las obligaciones de derechos humanos.

Finalmente, las obligaciones *interdependientes* son aquellas en las que todos los estados vinculados tienen intereses similares en que las obligaciones sean cumplidas, por lo cual requieren de una actuación integral. En estas obligaciones, el cumplimiento de cada Estado está estrechamente vinculado, por lo que se necesita el cumplimiento de todos los países de manera simultánea

[45] Aceves, William, "Actio Popularis. The Class Action in International Law", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2003, p. 391. https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2003/iss1/9

[46] Tams, Christian, *op. cit.*, p. 52.

[47] Comisión de Derechos Internacional, *Fourth report on the Law of Treaties by Mr. G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur,* 1959, p. 72.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

para que se cumpla el propósito de las obligaciones, generando así una "*global reciprocity*".[48]

A pesar de que esta distinción entre las obligaciones no se encuentra en ninguna de las fuentes principales de derecho internacional, lo cierto es que indirectamente podemos encontrar su existencia. Así, las obligaciones bilaterales surgen en el régimen tradicional, como por ejemplo en el artículo 60(2)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), mientras que las integrales las podemos encontrar en el artículo 60(2)(c), donde existe la posibilidad de suspender o terminar un tratado ante el incumplimiento de obligaciones interdependientes, el cual afecta a los Estados de tal manera que es necesario el desempeño igual de todos para su cumplimiento.

Podemos concluir que en el derecho internacional existen obligaciones que se deben a un grupo de Estados y que no pueden ser reclamadas por uno específicamente afectado. En consecuencia, es necesaria una figura procesal a nivel internacional que otorgue a los estados el derecho de reclamar las violaciones de este tipo de obligaciones colectivas.

IV. Obligaciones erga omnes

Ante la necesidad de una figura procesal que permita a los Estados reclamar la responsabilidad por violaciones que surgen de derechos que se deben a un grupo de Estados y que no son bilateralizables por tener una naturaleza integral, surge la figura de *erga omnes* en el derecho internacional.

Esta es una característica procesal de las obligaciones internacionales. Según el Instituto de Derecho Internacional, estas son "obligaciones bajo el derecho internacional general que un Estado debe a la comunidad internacional en vista de los valores comunes y la preocupación de su cumplimiento, por lo que ante el incumplimiento permite que todos los estados tomen acción".[49] En pocas palabras, son aquellas obligaciones que deben cumplirse frente a la comunidad internacional en su conjunto, cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los gobiernos, no de manera bilateral, sino por un interés colec-

[48] Sicilianos, Linos-Alexander, *op. cit.*, p. 1135.

[49] Instituto de Derecho Internacional, *Fifth commission, Obligations and rights erga omnes in international law, Rapporteur M. Giorgio Gaja*, 2005, p. 1.

tivo, ya sea como Estados parte en tratados multilaterales o como miembros de la comunidad internacional en su conjunto.

La locución latina *erga omnes* se traduce literalmente como *frente a todos* o *con respecto a todos*, por lo cual, en un sentido estrictamente literal, serían obligaciones cuya observancia y cumplimiento sería forzoso para todos. Sin embargo, en el derecho internacional, es una figura procesal que los faculta a reclamar violaciones de obligaciones integrales; en consecuencia, confiere *ius standi*. Es decir, no es la obligación en sí misma, sino el derecho a exigir el cumplimiento lo que se debe a un grupo de países.

La fuente principal de esta figura procesal es la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que desde 1970 introdujo este concepto. A continuación, analizaremos los casos que dieron origen a este concepto y que lo han conformado a lo largo de los años.

Es importante mencionar que la Corte Internacional de Justicia ha hecho referencia a este latinismo, pero en otros sentidos que no son en relación con el *ius standi* de los Estados, como lo es por un lado en el caso de *Namibia*,[50] en el que lo usa para señalar que las resoluciones de Naciones Unidas son oponibles a todos (*erga omnes*). Por otro lado, el caso de Convención del Genocidio,[51] en el que se habla de obligaciones de observancia obligatoria en todos los territorios (*erga omnes)*. También en el caso de *Nuclear Test*[52] en el que se le da un uso descriptivo para aquellas declaraciones unilaterales que generan una obligación con efectos *erga omnes*.

Finalmente, en el caso *Nuclear Arms and Disarmament*,[53] se usa el término *erga omnes* principalmente para referirse a las obligaciones que tienen el carácter de ser oponibles a todos los Estados. Esto se entiende mejor en la opinión

[50] Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Opinión Consultiva, 21 de junio de 1971, p. 56.

[51] Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Sentencia del 26 de febrero de 2007, p.104.

[52] Corte Internacional de Justicia, *Nuclear Tests (Australia v. France)*. Sentencia del 20 de diciembre de 1974, p. 269.

[53] Corte Internacional de Justicia, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Sentencia del 5 de octubre de 2016, p. 14.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internaciona

disidente del juez Antônio Cançado Trindade,[54] quien explica que la obligación de no proliferación de armas nucleares pactada en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares (NPT) no es una obligación general que sea oponible (*erga omnes*) a los Estados que no son parte del tratado.

Dicho esto, sólo me enfocaré en casos que hacen uso de este término en relación con el *standing* de los Estados para invocar responsabilidad internacional ante la Corte.

1. *Caso del S.S. Wimbledon (Inglaterra, Francia, Italia y Japón vs. Alemania)*[55]

En 1923, cuatro Estados presentaron su caso ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en contra de Alemania. Este es el antecedente más remoto en lo que respecta a la discusión de *standing* sobre intereses generales ante una corte internacional. El caso se refiere al rechazo del acceso al canal de Kiev de un barco inglés que había sido arrendado a Francia. Este rechazo fue por parte de Alemania, quien alegó estar conforme a derecho debido a los mandatos de neutralidad que había emitido sobre la guerra ruso-polaca. La disputa fue respecto a la interpretación del artículo 380 del Tratado de Versalles, que señalaba que el canal se debía mantener abierto a buques de comercio y guerra de todas las naciones en paz con Alemania, como lo fue en el caso. El punto a resolver por la Corte fue si Alemania debió o no permitir el acceso al barco, así como la prevalencia del Tratado de Versalles sobre cualquier mandato de Alemania.

En lo que respecta al *standing* de Francia e Inglaterra, queda claro su interés legítimo. Sin embargo, *prima facie* parecía que no había un interés legítimo para Italia y Japón. Al respecto, la Corte señaló que sí había un interés claro: "*it will suffice to observe for the purposes of this case that each of the four Applicant Powers has a clear interest in the execution of the provisions relating to the Kiev canal, since they all possess fleets and merchant vessels flying their respective flags*".[56]

[54] Corte Internacional de Justicia, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Opinion Disidente del juez Antônio Cançado Trindade, 5 de octubre de 2016, p. 98, 122 y 136.

[55] Corte Permanente de Justicia Internacional, *S.S. Wimbledon Case (United Kingdom, Italy, France and Japan v. Germany)*. Sentencia del 17 de agosto de 1923, pp. 16-34.

[56] "Bastará observar, para los fines de este caso, que cada una de las cuatro Potencias Solicitantes tiene un interés claro en la ejecución de las disposiciones relacionadas con el canal

Ante este primer fallo de una Corte Internacional, podemos quedarnos con dos conclusiones importantes. Primero, se interpretó el alcance del Tratado de Versalles de manera amplia, por lo que la obligación no sólo se debía a los Estados parte sino a aquellos que poseen buques. Segundo, fue necesario un vínculo mínimo para tener *standing*, es decir, bastó con tener un barco para que la Corte aceptara la admisibilidad del caso.

2. *South West Africa Cases (Etiopía y Liberia v. Sudáfrica)*[57]

Este es el primer caso en el que se discute directamente el *standing* de un interés general en la Corte Internacional de Justicia. Además, se caracteriza por ser uno de los casos más controversiales, principalmente por dos razones: en primer lugar, el cambio radical en la decisión de la Corte de su primer fallo en 1962 sobre las objeciones preliminares y su fallo posterior en 1966 sobre el fondo del asunto. En segundo lugar, el cambio de decisión se debió principalmente a un cambio sustancial en la composición de la Corte. Este es un caso sobre el incumplimiento de las obligaciones de un mandato en el que se le confió la administración de África Sudoccidental a Sudáfrica. El punto central de la disputa es precisamente sobre el *standing* de los estados que presentan el caso ante la Corte, a través de una cláusula compromisoria del artículo 7 del mandato que permitía a la Liga de Naciones presentar la disputa.

En su primer fallo, la Corte hace una interpretación flexible sobre la cláusula y considera que los Estados sí tienen *standing*. En el fallo posterior de 1966, hace una nueva interpretación restrictiva sobre la cláusula compromisoria y determinó que no son los estados miembros de la Liga quienes tienen el derecho, sino sólo es la Liga quien puede tener *standing*. En este caso pueden surgir ciertas dudas sobre si la Corte está obligada por sus decisiones anteriores en la misma disputa. Aparte de eso, lo relevante del caso es que la Corte desecha cualquier posibilidad de un interés general de los Estados para poder llevar casos ante la Corte. Principalmente, la última decisión se fundamenta en dos pilares que servirán para la discusión posterior sobre las obligaciones que se deben a la comunidad internacional: una separación de

de Kiev, ya que todas poseen flotas y buques mercantes que ondean sus respectivas banderas", Wimbledon, *op. cit.*, p. 20.

[57] Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*. Sentencias de objeciones y fondo, 21 de diciembre de 1962 y 18 de julio de 1966.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

principios morales que no tienen una *forma legal* por no ser un vínculo suficiente para el interés y, por otro lado, que no existe ninguna figura como un *actio popularis* en el sistema de derecho internacional.

3. *Caso Barcelona Traction (Bélgica v. España)*[58]

En 1970, la Corte decide contrarrestar la decisión tomada en los casos de *Southwest Africa* sobre un interés general de los países que confiere *standing*. Es en el caso de *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* en el que se introducen en el sistema jurídico internacional las llamadas obligaciones *erga omnes*. Este caso trata sobre la reclamación de Bélgica sobre afectaciones a sus nacionales por parte del gobierno español y sus acciones contra la empresa *Barcelona Traction*, de la cual varios nacionales belgas eran accionistas.

En lo que concierne al fondo del asunto, la Corte determinó que era un caso de acción diplomática sobre la persona jurídica de *Barcelona Traction*, que tenía capacidad independiente de los accionistas, y al ser una empresa canadiense, sólo Canadá podía ejercer la acción diplomática. Sin embargo, en *obiter dictum*, la Corte menciona las obligaciones que se deben a la comunidad internacional en general, en los famosos párrafos 33 y 34, en los que señala:

> 33. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all states. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.[59]

Es a partir de este caso que podemos tener un panorama general sobre las obligaciones *erga omnes* y sus características; obligaciones que conciernen a todos los Estados, que se deben a la comunidad internacional como un todo,

[58] Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*. Sentencia del 5 de febrero de 1970.

[59] "En particular, es esencial establecer una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras son de interés para todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*". *Barcelona Traction, op. cit.* p. 32.

y el interés legal de los países para su protección. Sin embargo, son dos las características que van a definir el alcance de estas obligaciones en futuros casos, a saber, los derechos protegidos[60] y el interés general.[61] A partir de este caso también se puede concluir: que el concepto *erga omnes* es un concepto más antiguo y que no inició con *Barcelona Traction*, sino que ya se venía gestando con anterioridad.[62]

4. *Erga omnes partes*

Hasta la sentencia del caso *Barcelona Traction*, el único concepto que había surgido a nivel internacional era *erga omnes*, como un sustituto de las reglas tradicionales en lo que respecta al *standing* de los Estados. Estas obligaciones se caracterizan por deberse a la comunidad internacional en general.

Sin embargo, en el año 2000, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el caso *Tihomir Blakić*,[63] hizo una distinción sobre las obligaciones que se deben a la comunidad internacional de aquellas que surgen en un tratado, a las cuales llamó *erga omnes partes contratantes*. Es así que para distinguir estos dos conceptos se debe analizar la fuente de la obligación, y si esta surge de un tratado internacional es *erga omnes partes*. Fue a partir de esto que la Comisión de Derecho Internacional introdujo estos dos conceptos en su proyecto de artículos ARSIWA. Y es en el artículo 48 donde desarrolla específicamente el concepto de *erga omnes partes*.

Es importante hacer la distinción porque, como veremos más adelante, sólo la figura de *erga omnes partes* ha sido aceptada en el sistema del derecho internacional. A pesar de la sentencia en el caso *Barcelona Traction*, la Corte no ha aceptado el concepto de *erga omnes*, refiriéndose a las obligaciones que se deben a la comunidad internacional en general por la naturaleza de las obli-

60 Oellers-Frahm, Karin, *Comment: The erga omnes Applicability of Human Rights*, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Alemania, 1992, pp. 28-37.

61 Jørgensen, Nina, "Obligations Erga Omnes", en *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford Monographs in International Law, Reino Unido, 2000, p. 94.

62 Villalpando, Santiago, "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law", *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 21, núm. 2, mayo de 2010, pp. 387-419, https://doi.org/10.1093/ejil/chq038

63 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Tihomir Blakić (The Prosecutor v. Tihomir Blaškić)*. Sentencia del 3 de marzo del 2000.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

gaciones protegidas, y se ha limitado a aceptar únicamente el *erga omnes partes*, cuyo origen se encuentra en un tratado.

5. *Caso Prosecute or Extradite (Bélgica v. Senegal)*[64]

Es precisamente a partir de la introducción del concepto *erga omnes partes* a la doctrina del derecho internacional general que la Corte decide aceptar el primer derecho de *ius standi* para invocar responsabilidad. Este caso trata sobre un intento por parte de Bélgica de hacer valer la obligación *aut dedere aut iudicare*, que se encuentra en el artículo 7(1) de la Convención para la Prevención de la Tortura, sobre el expresidente de Chad, el señor Hisene Habré, quien se encontraba en Gambia cuando se inició un procedimiento judicial en Bélgica.

Es así que, sin ningún vínculo legal, como podría ser un daño directo contra Bélgica o sus nacionales, ya que quienes iniciaron el proceso no eran nacionales de ese Estado al momento de la iniciación, y sin un interés legal aparente, la Corte resalta tres argumentos principales. En primer lugar, que Bélgica es parte de la Convención. En segundo lugar, que se trata de una convención con obligaciones integrales debido a su interés común; por lo tanto, este interés común además protege principios que trascienden los intereses particulares de los países. Y, en tercer lugar, se destaca que se trata de una reclamación que no opera por sí misma, sino que surge de una cláusula que faculta a los estados a actuar. Por estas razones, se considera el *locus standi* de Bélgica.

Con esta sentencia tenemos tres elementos que jurisprudencialmente conforman a las obligaciones *erga omnes*, a saber: el interés común, el origen convencional y la necesidad de que sea reclamable por las partes. Las opiniones disidentes nos dan más luz para identificar las obligaciones *erga omnes*; en primer lugar, el juez *ad hoc* Sur[65] señala que no se puede afirmar que una convención sea *erga omnes* sino únicamente ciertas obligaciones. Y la jueza Xue[66] concluye que no se puede tomar a la ligera la existencia de las obligaciones *erga omnes*.

[64] Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Sentencia del 20 de julio de 2012.

[65] Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Opinión Disidente del juez ad hoc Sur, 20 de julio de 2012.

[66] Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Opinión Disidente de la jueza Xue, 20 de julio de 2012.

6. *Caso Aplicación de la Convención del Genocidio (Gambia v. Myanmar)*[67]

La Corte analizó las medidas provisionales en 2020 y abordó las objeciones preliminares en 2022. Este caso se relaciona con el genocidio del grupo de los rohinyás, quienes habían sido asesinados sistemáticamente por las autoridades de Myanmar. A pesar de no ser un Estado especialmente afectado, Gambia invoca responsabilidad con respecto a las obligaciones de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

La nueva característica que surge a partir de este caso es que, aunque haya un Estado especialmente afectado, conforme al artículo 42 de ARSIWA, cualquier otro Estado aún puede invocar responsabilidad, cuando se trata de obligaciones *erga omnes*. En el presente caso, el Estado especialmente afectado era Bangladesh; pero, aun así, Gambia podía invocar responsabilidad internacional, como señalan ambas sentencias del caso.

V. Operabilidad de las obligaciones *erga omnes* partes

Una vez identificada la jurisprudencia internacional de la CIJ con respecto al concepto de obligación *erga omnes*, podemos llegar a algunas conclusiones que revelan la verdadera naturaleza de estas obligaciones, sus efectos y sus características.

1. *Las características de las obligaciones* erga omnes *partes*

A través de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, podemos delimitar cuáles son las características de las obligaciones *erga omnes partes*. En primer lugar, estas obligaciones surgen de un tratado; en segundo lugar, constituyen una respuesta a violaciones graves de los derechos humanos; en tercer lugar, son obligaciones interdependientes; en cuarto lugar, el mismo tratado confiere algún interés legal para actuar; y finalmente, tienden a proteger un interés común.

[67] Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. Sentencias de objeciones preliminares y medidas provisionales, 23 de enero de 2020 y 22 de julio de 2022.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Al analizar las características de estas obligaciones, primero es importante mencionar que las obligaciones *erga omnes* están estrictamente limitadas a aquellas que tienen como fuente un tratado multilateral. Es inevitable pensar que esta concepción de la Corte es demasiado liberal y va en contra de su práctica común que se resume en: "*This is a Court of law and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form*".[68] Sin embargo, es cierto que la Corte ha sido demasiado cuidadosa en lo que respecta a la introducción de este concepto, por lo cual se ha limitado únicamente a violaciones graves de obligaciones internacionales. Además, únicamente operan en las obligaciones integrales, que se caracterizan porque su incumplimiento no afecta *vis-à-vis* algún otro Estado en lo individual. La característica del interés común es clara respecto a que son obligaciones que se deben al grupo en general y, por lo tanto, se puede invocar por cualquiera de los países.

Ahora bien, el último de los factores que la Corte no lo ha mencionado de manera expresa, pero es una constante de los casos de *erga omnes*, es que la misma convención permite a los estados actuar. Por ejemplo, la existencia de cláusulas compromisorias en el tratado que contiene obligaciones *erga omnes*, a pesar de que no sea el medio por el cual se ejecuta la jurisdicción de la Corte, es una constante en las obligaciones *erga omnes* y puede ser un factor determinante.

2. *Percepciones de las obligaciones erga omnes partes*

Para concluir, es necesario señalar cuáles son las percepciones erróneas que se tienen en torno a las obligaciones *erga omnes*, que son principalmente cuatro. En primer lugar, sus efectos en los elementos de jurisdicción;[69] En segundo lugar, las obligaciones *erga omnes* son esencialmente *ius cogens*;[70] en tercer lu-

[68] Southwest Africa, *op. cit.*, p. 32.

[69] Rana, Prajwol Bickram, "An Analysis of Principle of Erga Omnes Partes with Special Reference to the Case of Belgium v. Senegal 2012", *Kathmandu School of Law Review*, Bhaktapur, vol. 6, núm. 1, abril de 2018, p. 196. https://kslreview.org/index.php/kslr/article/view/957

[70] Paulus, Andreas, "Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal", *Nordic Journal of International Law*, Leiden, vol. 74, núm. 3-4, 2005, pp. 297-334. https://doi.org/10.1163/157181005774939904

gar, únicamente operan en la ausencia de un *Estado afectado*,[71] y en cuarto lugar, los efectos de la reparación.

En primer lugar, en lo que respecta al consentimiento de las partes, la Corte ha sido clara en que es un requisito necesario para que las partes puedan invocar responsabilidad *erga omnes* partes. Es así que en el caso de *East Timor*[72] se señaló que "*the erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things*".[73] Por lo anterior, antes de cualquier revisión de admisibilidad debe quedar claro el consentimiento de los gobiernos. Es decir, que previo al análisis del carácter *erga omnes partes* de una norma, para que la Corte pueda conocer del caso, debe estar clara la jurisdicción que tiene sobre la disputa por el consentimiento de las partes.

Además, sobre la jurisdicción, también está presente la necesidad de la existencia de una disputa. En este aspecto la Corte también ha sido clara en la satisfacción este requisito previo a analizar la naturaleza *erga omnes* partes de una obligación, como en el caso de *Marshall Islands*,[74] donde Islas Marshall intentó iniciar un procedimiento contra ocho países, de los cuales, sólo pudo comprobarse el consentimiento de tres y ninguna disputa con cualquiera de los Estados. A pesar de que las Islas Marshall presentaron una oposición a la proliferación de armas nucleares, en los hechos del caso queda claro que nunca hubo una divergencia con ningún país de los que pretendió invocar responsabilidad de forma directa, ya que sus acciones habían sido generales. En consecuencia, la Corte estableció la necesidad de establecer una relación de disputa bilateral entre el Estado que invoca responsabilidad y el acusado.

En segundo lugar, es común la idea de que solo las normas *ius cogens* poseen el carácter *erga omnes*. Aunque esta noción se deriva de la importancia de las obligaciones en casos donde se ha reconocido el *locus standi* por *erga omnes* partes, no es del todo precisa. Desde el caso *Barcelona Traction*, se hace refe-

71 Corte Internacional de Justicia, *Application Instituting Proceedings and Request For Provisional Measures,* 11 de noviembre del 2019.

72 Corte Internacional de Justicia, *East Timor (Portugal v. Australia)*. Sentencia, 30 de junio de 1995.

73 "El carácter erga omnes de una norma y la regla del consentimiento a la jurisdicción son dos cuestiones distintas". *Ibidem*, p. 102.

74 Corte Internacional de Justicia, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*. Sentencia del 5 de octubre de 2016.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internaciona

rencia a *basic rights*[75] que no necesariamente son considerados *ius cogens*. Es fundamental destacar que las normas *ius cogens* son las que gozan de mayor jerarquía en derecho internacional por su importancia, son "normas imperativas de derecho internacional general, que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".[76]

Al respecto de las normas *ius cogens*, la CDI ha señalado que no necesariamente todas las obligaciones *erga omnes* son *ius cogens*, a pesar de que las normas *ius cogens* sí son necesariamente *erga omnes*.[77] Es decir, que las obligaciones *erga omnes* también pueden derivar de reglas dispositivas, así "*all ius cogens norms were by definition erga omnes but not all erga omnes were necessarily peremptory norms*".[78]

Algo que es claro, es que todas las normas que son *ius cogens* son *erga omnes*. Al respecto, el juez Antônio Cançado Trindade ha realizado una importante labor de consolidación de lo que él llama el *ius gentium* de derecho de nuestros tiempos, que se refiere a la conformación de ciertos valores superiores y fundamentales en el derecho internacional.[79] La existencia de estos valores supremos explica el vínculo necesario entre las obligaciones *erga omnes* y las normas *ius cogens*. Como menciona Cançado, estas normas representan "*the collective guarantee of the rights protected*",[80] en el sentido de que no sólo son normas jerárquicamente superiores y oponibles a todos, sino que también pueden ser reclamadas por todos los países.

Es decir, las obligaciones *ius cogens* son *erga omnes*, no porque deriven de un tratado, sino en el sentido de que se deben a la comunidad internacional

[75] *Barcelona Traction*, *op. cit.*

[76] Artículo 53, Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

[77] Comisión de Derecho Internacional, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens),* Estados Unidos, 2019, p. 208.

[78] *Idem*.

[79] Cançado Trindade, Antônio, "La ampliación del contenido material del ius cogens", *XXIV Curso de Derecho Internacional*, Río de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, 2007, p. 6.

[80] "La garantía colectiva de los derechos protegidos". Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Opinión Disidente del juez Antônio Cançado Trindade, 20 de julio de 2012.

como un todo.[81] Su carácter *erga omnes* deriva de la importancia de los derechos *ius cogens* en la comunidad internacional. Esto se consolida como *"an international regime against grave violations of human rights"*.[82] Son normas que tienen una doble naturaleza: por un lado, un valor normativo superior a cualquier otra norma de derecho internacional (*ius cogens*) y, por otro lado, un valor procesal que permite a todos los países reclamar su observancia ante cortes internacionales (*erga omnes*). El objetivo de estas normas con doble naturaleza es "*to get closer to the plenitude of the international protection of the human being*".[83]

Además, el carácter procesal no sólo debe entenderse desde una aplicación horizontal que faculta a los miembros de la comunidad internacional —*erga omnes*— o de un tratado —*erga omnes partes*— para hacer cumplir las obligaciones o reclamar su incumplimiento, sino que también tiene un ámbito de observancia vertical en el cual estas normas son de observancia obligatoria no sólo para el poder público estatal, sino también para los individuos.[84]

En tercer lugar, en lo que respecta al requisito que no exista un *Estado lesionado,* en el caso de Gambia v. Myanmar parece que queda claro que al ser obligaciones que se deben a la comunidad en general, no hay necesidad de la existencia de un país perjudicado e incluso se puede concluir que no hay prevalencia de la acción de uno que haya sido afectado sobre los demás.

Por último, en los casos en los que se busca preservar un interés común, puede no quedar tan claro a favor de qué parte se va a dictar la reparación, ya que, como se ha analizado, en este tipo de casos, quien lo presenta ante la Corte no es necesariamente el Estado específicamente afectado. En este sentido, el único indicio que se tiene sobre la forma de dictar reparación sería lo que la Corte resolvió en el caso de Gambia v. Myanmar.[85] En este tipo de casos, específicamente en las medidas provisionales, lo que se debe buscar reparar o preservar es la obligación materia del litigio; es decir, que en el

[81] *Barcelona Traction, op. cit.*, p. 33.

[82] "Un régimen internacional contra graves violaciones de derechos humanos", en Cançado Trindade, Antônio, *The Construction of a Humanized International Law: A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 155.

[83] "Acercarse a la plenitud de la protección internacional del ser humano". *Idem*.

[84] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Voto Concurrente del juez Antônio Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.

[85] *Gambia v. Myanmar, Medidas Provisionales*, *op. cit.*, p. 28.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

caso de que haya una parte afectada, esta será la que goce de las reparaciones. Tanto las medidas provisionales como el sentido de la sentencia tienen que proteger las obligaciones materia del litigio, a saber: el interés común. Por ejemplo, en el caso de Gambia v. Myanmar, evitar actos de genocidio contra los Rohingya, y en el caso de Sudáfrica v. Israel, evitar actos de genocidio en contra de los palestinos.

VII. Perspectivas futuras

Una vez establecido qué son las obligaciones *erga omnes* y cómo operan en el derecho internacional, al conferir a los estados *standing* sin tener que apelar a las reglas tradicionales, como las *direct claims* y la acción de protección diplomática, es relevante explorar el porqué de la relevancia de estas obligaciones. Para responder a esta pregunta, quiero cerrar el artículo con dos procedimientos que se están llevando ante la CIJ respecto a las obligaciones *erga omnes*.

1. *Práctica actual de los Estados*

Estos dos procedimientos son, por un lado, el caso de Países Bajos y Canadá contra Siria, sobre la Convención de la Tortura, y por otro lado, Sudáfrica contra Israel, sobre la Convención del Genocidio. En primer lugar, es necesario mencionar que respecto a estos dos casos, la Corte ha sido muy clara en que las obligaciones reclamadas poseen el carácter de *erga omnes*. Lo relevante no es la posición que tomará la Corte, con respecto al *standing* de los países, ya que aparentemente se apegará a su jurisprudencia, como lo hizo en la sentencia del 16 de noviembre de 2023 con respecto a las medidas provisionales en el caso de Siria,[86] o recientemente la sentencia del 26 de enero del 2024 sobre el caso contra Israel;[87] lo destacable es la actitud de la comunidad internacional hacia la existencia de este tipo de herramientas. Parece que los países han optado por ir más allá de sus intereses individuales en lo que respecta a

[86] Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and The Netherlands v. Syrian Arab Republic)*. Orden, 16 de noviembre de 2023.

[87] Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa V. Israel)*. Orden, 26 de enero de 2024.

las *direct injuries* y han adaptado un orden internacional de preocupación, no necesariamente por otros, sino principalmente por individuos vulnerables.

Estas solicitudes son admirables porque abogan a favor de personas que no pueden defenderse por sí mismas. Por un lado, las víctimas sirias que sufren represión de su propio gobierno. Por otro lado, el caso de los ciudadanos palestinos. Es especialmente esperanzador que se opte por dejar de lado el régimen bilateral de los Estados para proteger derechos humanos colectivos. Las reacciones positivas en apoyo a esta figura procesal, que hasta el momento su única fuente había sido la jurisprudencia, refuerzan su existencia en el derecho internacional y podrían representar pasos importantes en la consolidación de un bien común internacional.

2. *Protección de derechos humanos*

Es importante hacer una breve mención de la declaración de la jueza Xue en la última decisión tomada por la Corte con respecto a las obligaciones *erga omnes*. A pesar de que la jueza ha sido una firme opositora de estas obligaciones en el pasado, parece que, conforme se ha consolidado esta figura, ha ido aceptando su importancia y utilidad. En la sentencia contra Siria hizo una explícita aceptación de la importancia de las obligaciones *erga omnes* a nivel internacional.[88] Sin embargo, fue en la reciente decisión del 26 de enero de 2024 donde finalmente aceptó plenamente esta figura procesal.

En su declaración[89] destaca la importancia de la evolución del derecho y la práctica judicial en lo que respecta a la protección de derechos humanos, especialmente de grupos vulnerables como los palestinos. En consecuencia, le parece menos controversial reconocer un interés común cuando este tiene un objetivo claro, como en este caso, que es la protección contra violaciones de obligaciones internacionales.

[88] Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and The Netherlands v. Syrian Arab Republic)*. Opinión Disidente de la jueza Xue, 16 de noviembre de 2023.

[89] Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa V. Israel)*. Declaración de la jueza Xue, 26 de enero de 2024.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

3. *La consolidación de deberes con una aplicación global*

Con la solicitud de Sudáfrica del 29 de diciembre de 2023, no sólo queda claro el uso de estos medios altruistas, sino que además parece haber una clara tendencia a reconocer un alcance más amplio de este tipo de obligaciones.[90] Es decir, además de ser exigibles *erga omnes*, su ejecución se está volviendo de observancia obligatoria. En su solicitud, Sudáfrica no sólo señaló el carácter de *erga omnes* de la norma, sino que también indicó su obligación de llevar este caso ante la Corte. A pesar de que invocar responsabilidad es un derecho y no una obligación, lo cierto es que la CIJ, en el caso de la Convención del Genocidio,[91] señaló que los Estados tienen el deber de usar todos sus medios para evitar el genocidio, esto es presentar este tipo de casos ante la CIJ.

VIII. Conclusión

Las figuras jurídicas que promueven el bien común y la cooperación entre los Estados son esenciales para el desarrollo de un estado de derecho consolidado. En este contexto, las obligaciones *erga omnes partes* no sólo constituyen una contribución novedosa y positiva al derecho internacional, sino que también representan una necesidad latente para dar voz a quienes no la tienen.

La necesidad de un *actio popularis* para exigir el cumplimiento de los intereses generales de los estados es fundamental en el derecho internacional. Esta necesidad se venía gestando desde antes de la famosa sentencia de *Barcelona Traction*. Esto se debe principalmente al reconocimiento de obligaciones colectivas que no interesan únicamente en el ámbito individual de los países, ya que no son bilaterales o bilateralizables, sino que representan una preocupación compartida. Desde la configuración misma del sistema de derecho internacional, las formas de hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones han sido estrictamente individualistas, donde cada Estado velaba por sus propios intereses sin buscar preservar un bien común. No fue sino hasta la creación de tratados multilaterales, destinados a proteger valores comparti-

[90] Pezzano, Luciano, "The Obligation to Prevent Genocide in South Africa v. Israel: Finally a Duty with Global Scope?", *EJIL: Talk!*, 4 de enero de 2024, https://www.ejiltalk.org/the-obligation-to-prevent-genocide-in-south-africa-v-israel-finally-a-duty-with-global-scope/

[91] *Convención del Genocidio*, *cit.*, para. 431.

dos, que los gobiernos se vieron en la necesidad de hacer cumplir dichas obligaciones compartidas.

Es en este contexto, la Corte Internacional de Justicia ha introducido el concepto de *erga omnes* en el derecho internacional a través de su práctica judicial. A través de su desarrollo jurisprudencial, hemos podido identificar algunas características clave, como obligaciones esencialmente integrales que se deben a un grupo de estados con valores comunes. Ahora que la Corte ha dado mayor relevancia a este concepto, es el turno de los Estados para que, a través de la práctica estatal, se consolide una norma legal vinculante para todos, y la fuente de las obligaciones *erga omnes* no sea únicamente la jurisprudencia de la Corte.

Con los procesos que se han iniciado ante la Corte, parece ser que esta figura procesal tiende a estar revestida de una forma legal. Por lo tanto, los Estados han dejado de lado la concepción individualista de las obligaciones internacionales y han adoptado una concepción de comunidad internacional, en la que se buscan proteger los valores compartidos.

Como señaló la jueza Xue en su opinión disidente en el caso de Gambia vs. Myanmar: "*[i]ntroduction of the notion of obligation erga omnes and erga omnes partes is a positive development in international law*".[92] De esta manera, no sólo representa un cambio de paradigma, sino que se establece un orden universal común.

IX. Bibliografía

Aceves, Aceves, William, "Actio Popularis. The Class Action in International Law", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2003, p. 391. https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2003/iss1/9

Arnull, Anthony, "Private Applicants and the Action for Annulment Under Article 173 of the EC Treaty", *Common Market L Rev*, vol. 32, núm. 1, Reino Unido, 1995.

Brabandere, Eric de, "The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Países Bajos, vol. 15, núm. 1, 2016, pp. 24-55. https://doi.org/10.1163/15718034-12341311

[92] Xue, *op. cit.*, p. 14.

e-ISSN 2448-7872

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cançado Trindade, Antônio, "La ampliación del contenido material del ius cogens", *XXIV Curso de Derecho Internacional*, Río de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, 2007.
Cançado Trindade, Antônio, *The Construction of a Humanized International Law: A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015.
Charney, Jonathan, "Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 81, núm. 4, octubre de 1987, pp. 855-887. https://doi.org/10.2307/2203414
Comisión de Derecho Internacional, Darsiwa, *Commentary to draft article 40*, Suiza, 2001.
Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with commentaries, 2001.
Comisión de Derecho Internacional, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens),* Estados Unidos, 2019.
Comisión de Derechos Internacional, *Fourth report on the Law of Treaties by Mr. G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur,* Suiza, 1959.
Comisión Europea de Derechos Humanos, *Application No. 788/60 (Austria v. Italia),* 11 de enero de 1961.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.
Corte Internacional de Justicia, *Application Instituting Proceedings and Request For Provisional Measures,* 11 de noviembre de 2019.
Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and The Netherlands v. Syrian Arab Republic)*. Orden, 16 de noviembre de 2023.
Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and The Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, opinión disidente de la jueza Xue, 16 de noviembre de 2023.
Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia del 26 de febrero de 2007.
Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, sentencias

de objeciones preliminares y medidas provisionales, 23 de enero de 2020 y 22 de julio 2022.
Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa V. Israel)*, Order del 26 de enero de 2024.
Corte Internacional de Justicia, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa V. Israel)*, declaración de la jueza Xue, 26 de enero de 2024.
Corte Internacional de Justicia, *Arbitral Award Of 3 October 1899 (Guyana V. Venezuela)*, sentencia del 6 de abril de 2023.
Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Sentencia de Reparaciones, 9 de febrero de 2022.
Corte Internacional de Justicia, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, sentencia del 3 de febrero de 2006.
Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, sentencia del 5 de febrero de 1970.
Corte Internacional de Justicia, *East Timor (Portugal v. Australia)*; sentencia del 30 junio de 1995, ICJ Rep. 90, at 99 (1995).
Corte Internacional de Justicia, *East Timor (Portugal v. Australia)*, opinión disidente del juez ad hoc Skubiszewski, 30 junio de 1995, ICJ Rep. 90, at 99 (1995).
Corte Internacional de Justicia, *East Timor (Portugal v. Australia)*, sentencia del 30 de junio de 1995.
Corte Internacional de Justicia, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinion consultive del 21 de junio de 1971.
Corte Internacional de Justicia, *Nuclear Tests (Australia v. France)*. Sentencia, 20 de diciembre de 1974.
Corte Internacional de Justicia, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, sentencia del 5 de octubre de 2016.
Corte Internacional de Justicia, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, sentencia del 5 de octubre de 2016.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Corte Internacional de Justicia, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, opinion disidente del juez Antônio Cançado Trindade, 5 de octubre de 2016.
Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, sentencia del 20 de julio de 2012.
Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, opinión disidente del juez *ad hoc* Sur, del 20 de julio de 2012.
Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, opinión disidente de la jueza Xue, 20 de julio de 2012.
Corte Internacional de Justicia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, opinión disidente del juez Antônio Cançado Trindade, 20 de julio de 2012.
Corte Internacional de Justicia, South West Africa (Ethiopia v. South Africa), opinión disidente Conjunta de Sir Percy Spender y Sir Gerald Fitzmaurice, 21 de diciembre de 1962.
Corte Internacional de Justicia, South West Africa (Ethiopia v. South Africa), opinión disidente del juez Morelli, 21 de diciembre de 1962.
Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, sentencia del 21 de diciembre de 1962.
Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, opinión disidente del juez Winiarski, 21 de diciembre de 1962.
Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, sentencias de objeciones y fondo, 21 de diciembre de 1962 y 18 de julio de 1966.
Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Reino Unido)*. Fondo, sentencia del 30 de agosto de 1924.
Corte Permanente de Justicia Internacional, *S.S.Wimbledon Case (United Kingdom, Italy, France and Japan v. Germany)*, sentencia del 17 de agosto de 1923.
Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, text and commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
Devaney, James, "The role of precedent in the jurisprudence of the International Court of Justice: a constructive interpretation", *Leiden Journal of International Law*, Leiden, vol. 35, núm. 3, 2022, pp. 641-659. https://doi.org/10.1017/S092215652200022X

Dreyfuss, Richard, "Class Action Judgment Enforcement in Italy: Procedural Due Process Requirements", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Nueva Orleans, vol. 10, núm. 5, 2002, p. 167. https://journals.tulane.edu/jicl/article/view/3466

Espaliú, Carlos, "Locus standi de los Estados y obligaciones erga omnes en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 72, núm. 2, julio-diciembre de 2020, p. 33-59. http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.1a.01

Grocio, Hugo, *On the law of war and peace: Three books*, Oxford University Press, Reino Unido, 1925.

Hambro, Edvard, *The Jurisdiction of the International Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1948.

Hernández, Hernández, Rodrigo, "La constitución invisible de la comunidad internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional*, España, vol. 34, 2018, pp. 51-85.

Instituto De Derecho Internacional, *Fifth commission, Obligations and rights erga omnes in international law, Rapporteur M. Giorgio Gaja*, Polonia, 2005.

Jahoon, Lawrence, "Barcelona Traction in the 21st century: revisiting its customary and policy underpinnings 35 years later", *Stanford Journal of International Law*, California, vol. 42, núm. 2, 2006, pp. 237-289. https://purl.stanford.edu/kg901gs8545

Jørgensen, Nina, *Obligations Erga Omnes* en *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford Monographs in International Law, Reino Unido, 2000.

Morrison, Morrison, Fred, "Treaties as a Source of Jurisdiction, Especially in U.S. Practice", en Damrosch, Lori F. (ed.), *International Court of Justice at a Crossroads*, Nueva York, American Society of International Law, Transnational Publishers, 1987.

Naciones Unidas, *Carta de Naciones Unidas*, artículo 92. Firmada el 26 de junio de 1945; ratificación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de octubre de 1945.

Naciones Unidas, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Firmada el 26 de junio de 1945; ratificación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 5 de octubre de 1945.

Nedeski, Nataša, "The Distinction between Bilateral and Multilateral Legal Relations in the International Law of Obligations", *Shared Obligations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Oellers-Frahm, Karin, *Comment: The erga omnes Applicability of Human Rights*, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Alemania, 1992.

Paulus, Andreas, "Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal", *Nordic Journal of International Law*, Leiden, vol. 74, núm. 3-4, 2005, pp. 297-334. https://doi.org/10.1163/157181005774939904

Pezzano, Luciano, "The Obligation to Prevent Genocide in South Africa v. Israel: Finally a Duty with Global Scope?", *EJIL: Talk!*, 4 de enero de 2024. https://www.ejiltalk.org/the-obligation-to-prevent-genocide-in-south-africa-v-israel-finally-a-duty-with-global-scope/

Rana, Prajwol Bickram, "An Analysis of Principle of Erga Omnes Partes with Special Reference to the Case of Belgium v. Senegal 2012", *Kathmandu School of Law Review*, Bhaktapur, vol. 6, núm. 1, abril de 2018, pp. 193-198. https://kslreview.org/index.php/kslr/article/view/957

Reed, Lucy, "Questions of Jurisdiction and Admissibility Before International Courts. By Yuval Shany. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Pp. x, 174. Index. $110, £69.99", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 111, núm. 4, 2017, pp. 1079-1085. https://doi.org/10.1017/ajil.2017.66

Rosenne, Shabtai, "Jurisdiction and Admissibility: General Concepts", en *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 505-585, https://doi.org/10.1163/ej.9789004139589.i-1892.5b

Schreuer, Christoph, "What is a Legal Dispute?", en Buffard, Isabelle *et al.* (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 959-980.

Shaw, Malcolm, *International Law*, 9a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

Shelton, Dinah, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", *American Journal of International Law*, Cambridge, vol. 96, núm. 4, 2002, pp. 833-856. https://doi.org/10.2307/3070681

Sicilianos, Linos-Alexander, "The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility", *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 13, núm. 5, diciembre de 2002, pp. 1127-1145. https://doi.org/10.1093/ejil/13.5.1127

Hacia un tribunal especial para el crimen de agresión en Ucrania. Un camino (im)posible

Towards a special court for the crime of aggression in Ukraine. An (im)possible path

Chema **Suárez Serrano**

https://orcid.org/0000-0001-8155-7633
Universidad de Sevilla. España
Correo electrónico: chemasuarez1@gmail.com

Recepción: 29 de abril de 2024
Aceptación: 20 de octubre de 2024
Publicación: 21 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748

Resumen: La persecución de los crímenes en el conflicto armado en Ucrania es probablemente el desafío más complejo al que se enfrenta el sistema penal internacional desde la Segunda Guerra Mundial. Los actores involucrados no han reconocido la plena jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y la implicación de un jefe de Estado en activo, y miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU (Rusia) con poder de veto, impide activar la competencia obligatoria de la Corte. Cerrados los caminos convencionales, emerge la idea de organizar un tribunal especial para juzgar el crimen de agresión en Ucrania. ¿Qué legitimidad tendría este tribunal si uno de los estados afectados no reconoce el tratado para formarlo? ¿Acaso no sería una involución del sistema, puesto que la Corte nació para eliminar los tribunales *ad hoc*?
Palabras clave: conflictos armados; Corte Penal Internacional; crimen de agresión; Estatuto de Roma; Ucrania.

Abstract: The prosecution of crimes committed within the armed conflict in Ukraine is probably the most arduous challenge faced by the international criminal system since World War II. The involved actors have not ratified the International Criminal Court Statute, and the alleged implication of an active head of state and permanent member of the UN Security Council (Russia) with veto power, prevents the activation of mandatory jurisdiction of the Court. In this point

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

emerges the idea of a special tribunal to judge the crime of aggression in Ukraine. Would a treaty to establish it be legitimate, considering that one stated directly incumbent would not recognise it? Would not it be a reversal of the system, since the Court was born precisely to close the ad hoc courts that proliferated in the last century?
Keywords: armed conflicts; International Criminal Court; crime of aggression; Rome Statute; Ukraine.

Résume: La poursuite des crimes dans le cadre du conflit armé en Ukraine est probablement le défi le plus complexe auquel le système pénal international est confronté depuis la Seconde Guerre Mondiale. Les acteurs impliqués n'ont pas reconnu la pleine juridiction de la Cour pénale internationale ; et l'implication d'un chef d'État actif, et d'un membre permanent du Conseil de Sécurité de l'ONU (Russie) avec droit de veto, empêche l'activation de la juridiction obligatoire de la Cour. Les voies conventionnelles étant fermées ; l'idée d'organiser un tribunal spécial pour juger le crime d'agression en Ukraine a émergé. Quelle légitimité cette Cour aurait-elle si l'un des États concernés ne reconnaissait pas le traité pour la former? Ne s'agirait-il pas d'une régression du système, puisque la Cour est née pour éliminer les tribunaux ad hoc?
Mots-clés: conflits armés; Cour Pénale Internationale; crime de voies de fait; Statut de Rome; Ukraine.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Acto de agresión y crimen de agresión*. III. *La formación de un tribunal especial sobre el crimen de agresión en Ucrania*. IV. *Contra la impunidad del crimen de agresión*. V. *Conclusiones*.

I. Introducción

1. *Ningún juicio contra el crimen de agresión*

Después de los juicios de Núremberg y de Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial, nunca más un tribunal pronunció una condena por agresión contra un individuo.[1] Doce oficiales alemanes y veinticuatro japoneses[2] son, hasta hoy, las únicas personas de la historia condenadas por este crimen, y proba-

[1] Chehtman, Alejandro, "¿Un tribunal especial para juzgar a Putin por la agresión contra Ucrania?", *Agenda Estado de Derecho* (Blog), 20 de febrero de 2023. https://agendaestadodederecho.com/un-tribunal-especial-para-juzgar-a-putin-por-la-agresion-contra-ucrania/

[2] Organización de las Naciones Unidas, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Examen histórico de la evolución en materia de agresión, PCNICC/2002/WGCA/L.1, 24 de enero de 2022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N01/709/66/PDF/N0170966.pdf?OpenElement

blemente seguirán ostentando esa condición durante mucho tiempo. Desde entonces ha habido uso de la fuerza de un Estado contra otro, en contravención del artículo 2.4 de la Carta de la ONU, así como actos de agresión explícitamente declarados por el Consejo de Seguridad, el organismo al que corresponde hacerlo en derecho. Sin embargo, ninguna persona llegó a ser juzgada por ello; por lo tanto, sus presuntos responsables gozan de impunidad, mientras que las víctimas nunca obtuvieron reparación.

Luego de ocho décadas de constatadas agresiones sin castigo, no es ninguna audacia plantear que este es el escenario más probable para la cometida por Rusia contra Ucrania en febrero de 2014 en la península de Crimea, que incomprensiblemente sólo ha despertado el clamor internacional ocho años después, cuando la potencia ocupante lanzó un nuevo ataque por el Este del país en febrero de 2022. Ni los tribunales ucranianos o rusos, ni subsidiariamente la Corte Penal Internacional (CPI), van a enjuiciar el crimen de agresión por imposibilidad material, indiferencia o incompetencia legal, según el caso. La CPI podrá, como mucho, juzgar los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad que se estén cometiendo en el contexto de la guerra en Ucrania, pero no el de agresión, porque ni Rusia ni Ucrania son estados parte en el Estatuto de Roma (ER).

Así las cosas, la formación de un tribunal especial diseñado con poderes y competencias exclusivas para investigar estos sucesos emerge como la posibilidad más plausible. Una trama extraordinariamente compleja obstaculiza el paso a la justicia cuando se enfrenta al crimen de agresión, como lo demuestra el hecho ya comentado de que nunca se ha vuelto a enjuiciar a nadie desde mediados del siglo pasado, a pesar de haber existido actos que reúnen los elementos del crimen según lo dispuesto por el artículo 8 bis del ER. La necesidad de crear un tribunal internacional *ad hoc* para juzgar estos hechos se explica por las limitaciones de los recursos existentes.

La CPI, si bien tiene abierto un procedimiento por crímenes de guerra,[3] no está autorizada para investigar la agresión si ésta ha sido cometida por nacionales de Estados que no aceptan su jurisdicción este delito, como ocurre con Rusia y Ucrania. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tampoco podría crear un tribunal *ad hoc*, en el marco del capítulo VII de la Carta de San Francisco, que le daría fuerza obligatoria —como lo hizo durante la

[3] International Criminal Court, The situation in Ukraine, 2 de marzo de 2022. https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

década de 1990 para la extinta Yugoslavia o Ruanda—, dado que Rusia tiene poder de veto. Por último, si bien los tribunales nacionales ucranianos, rusos y de otros Estados tendrían jurisdicción sobre el crimen de agresión, estos tampoco suponen una alternativa posible. Los rusos, por razones obvias; y los ucranianos, por la inmunidad soberana de los presuntos responsables rusos, particularmente después de que la Corte Internacional de Justicia[4] haya avalado que la inviolabilidad de los jefes de Estado se mantiene ante los tribunales de otros Estados aún bajo sospecha de haber cometido los crímenes más graves.

2. *La originalidad jurídica del caso*

Desde su nacimiento la CPI nunca había emitido una orden de detención contra un jefe de Estado de uno de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU; esto fue así hasta el 17 de marzo de 2023. Ese día, conforme a la solicitud del fiscal de la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares lanza sendas órdenes internacionales contra el presidente de la Federación de Rusia, Vladimir Putin, y la responsable de la oficina de los derechos del niño de su gobierno, Maria Lvova-Belova.[5] La CPI quiere tomar sus declaraciones dentro de la investigación abierta sobre la presunta implicación de ambos en la comisión de crímenes de guerra, relativos a la deportación y al traslado ilegal de niños desde zonas ocupadas en Ucrania hasta Rusia, llevados a cabo al menos desde el 24 de febrero de 2022.

El objetivo es, por un lado, procurar la comparecencia de los acusados; y, por el otro, evitar que sigan cometiendo los delitos de los que se le acusa o destruyan evidencias que pongan en peligro la investigación. El procedimiento viene descrito en los artículos 14 y 15 del ER, los cuales permiten a la fiscalía presentar una solicitud para que los jueces de la CPI emitan las órdenes de arresto, una vez que determinen la existencia de motivos razonables. Cumplidos estos trámites, existen indicios suficientes para sospechar que el presidente de Rusia tiene responsabilidad penal individual por los delitos an-

[4] International Court of Justice, Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment, *I. C. J. Reports*, 2002, p. 3, párrs. 59-61. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf

[5] . International Criminal Court, "ICC arrest warrants in the situation of Ukraine: Statement by President Piotr Hofmánski" (Video), en *Youtube*, 17 de marzo de 2023. https://www.youtube.com/watch?v=FbKhCAaRLfc

tes mencionados, que habría cometido, directa o indirectamente, según lo dispuesto en el artículo 25.3 (a), así como por no haber ejercido el control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que los permitieron o llevaron a cabo, de los que él es el responsable superior jerárquico, ateniéndonos al artículo 28 (b).

El procedimiento general aplicado al caso concreto supone una excepcionalidad desde el mismo momento de la emisión de las órdenes, si consideramos los elementos *ratione personae*, *temporis* y *materiae*. No sólo es el hecho, ya comentado, que supone el requerimiento contra un jefe de Estado de los cinco permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. También destaca que en el momento del lanzamiento de la orden el presidente de Rusia está en activo y goza de inmunidad —segundo elemento original—. Y aunque el ER recoge de manera expresa, en su artículo 27, la improcedencia de cargo oficial, sucede que Rusia no es Estado parte y, por lo tanto, no reconoce tal provisión como tampoco la competencia de la CPI —tercer elemento determinante (tampoco Ucrania es parte, si bien ha admitido su jurisdicción muy recientemente y sólo para este conflicto concreto, en ejercicio del artículo 12.3 del ER, como abordaremos enseguida—.

Junto con otros elementos que se añadirán en las páginas que siguen, estos tres aspectos nos sitúan desde el primer momento en un supuesto nunca visto en la práctica ante la CPI; se trata de aspectos que determinarán la viabilidad del procedimiento abierto y darán lugar a no pocas interrogantes. Pero, además, del éxito del procedimiento iniciado con estas órdenes de detención depende la credibilidad del sistema penal internacional. La justicia, la rendición de cuentas, la lucha contra la impunidad y la prevención de nuevos crímenes que amenacen la paz y la seguridad internacionales son desafíos de este caso que requieren respuestas audaces. Podemos seguir nombrando más aspectos que remarcan el carácter singular del momento, como el elevado número de Estados que han pedido la intervención del fiscal de la CPI —siguiendo el mecanismo establecido por el artículo 14 del ER—, aún a sabiendas de la no pertenencia de los dos sujetos de derecho implicados. Sólo días después de la invasión, cuarenta y tres miembros requirieron la investigación de la fiscalía, entre ellos todos los de la Unión Europea.

Pero la orden internacional sólo persigue a Putin por crímenes de guerra, uno de los cuatro delitos sobre los que la CPI tiene competencia. Por el momento no pesa sobre él ninguna acusación formal sobre los otros tres tipos penales sobre los que ejerce su capacidad (genocidio, lesa humanidad y

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

agresión), por más que existan fundadas sospechas. En el mejor de los escenarios, y sólo después del reconocimiento expreso de Ucrania para este caso concreto, la CPI podría investigar todos los crímenes excepto el de agresión. Sin embargo, debido a la no pertenencia de Rusia y Ucrania al ER, precisaría la formación de un tribunal especial. Teóricamente, un instrumento de esta naturaleza debe provenir por encargo del Consejo de Seguridad de la ONU; lo que en este caso no es posible, por el veto de Rusia como miembro permanente.

Así las cosas, la investigación penal para conocer qué está sucediendo en Ucrania y quiénes son sus responsables se ramifica en dos posibilidades. Por un lado, la comisión de crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad que podría investigar la CPI; por el otro, el crimen de agresión que queda fuera de su competencia y requiere un mecanismo *ad hoc*. No faltan voces para pedirlo. La Asamblea de la ONU ha advertido de que las operaciones militares de la Federación de Rusia dentro del territorio soberano de Ucrania son de una magnitud que la comunidad internacional no había visto en Europa desde la Segunda Guerra Mundial; lo que requiere una acción urgente que salve a esta generación del "flagelo de la guerra".[6] Paulatinamente, se han ido sumando posiciones que comparten la gravedad del momento y reclaman una solución sin precedentes para una situación que también lo es, en alusión a la formación de un tribunal especial. En puridad, sí hay precedentes en los tribunales de Núremberg y de Tokio, celebrados tras la Segunda Guerra Mundial, que, como se ha dicho, son los únicos hasta la fecha que han juzgado el crimen de agresión —o "crimen contra la paz", como se llamó entonces en su Estatuto—.

Independientemente de su eficacia, y de las enormes dificultades para ponerlo en marcha, el establecimiento de un mecanismo especial para juzgar el crimen de agresión en Ucrania podría ser interpretado como un paso atrás en la evolución de la jurisdicción penal internacional, porque apunta en dirección contraria al espíritu fundacional de la CPI. Durante la última década del siglo 20, las negociaciones previas a su nacimiento se sostuvieron sobre el anhelo de eliminar la multiplicidad de tribunales especiales para situaciones concretas, y, de ese modo, conformar sólo un órgano judicial permanente, vinculado al sistema de Naciones Unidas, con plenas facultades para perseguir

[6] A/RES/ES-11/1, 18 de marzo de 2022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/40/pdf/N2229340.pdf?OpenElement

"los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", según el preámbulo del Estatuto.

Siguiendo este objetivo, poco después de la entrada en vigor de la CPI (2002), el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (2010)[7] para finalizar los procesos juzgados por los mecanismos especiales creados para la extinta Yugoslavia y Ruanda —surgidos tras sendas resoluciones del Consejo en 1993 y 1994, respectivamente, ante la inexistencia en ese entonces de la CPI—. Pero hoy día, dos décadas después de su nacimiento, los logros de la CPI son modestos: ha conocido 31 casos, y emitido 40 órdenes de arresto, de las que sólo 21 personas han sido detenidas y comparecido; mientras que ha dictado 10 condenas y 4 absoluciones.[8]

Aunque este trabajo se dedica a la responsabilidad penal individual por el crimen de agresión, como parte de los más graves crímenes internacionales y la posibilidad de reparación a las víctimas, no podemos olvidar que en el conflicto armado en Ucrania se están cometiendo otros delitos contra los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos son protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, un sistema conforme al cual se exigirán procedimientos aparte para determinar la responsabilidad de los Estados mediante una investigación que corresponderá realizar a otras instancias judiciales nacionales o internacionales —probablemente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos—. A pesar de la suspensión de Rusia como miembro del Consejo de Europa, desde el 16 de marzo de 2022, el TEDH puede juzgar violaciones contra el Convenio Europeo de Derechos Humanos por hechos ocurridos hasta el 16 de septiembre de ese mismo año,[9] incluso aunque hubieran sido cometidos en territorio de otro Estado, si está en un área bajo el control efectivo de una parte contratante del Convenio.[10] El cur-

[7] S/RES/1966 (2010), 22 de diciembre de 2010. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/706/11/PDF/N1070611.pdf?OpenElement

[8] International Criminal Court, "About the Court", *ICC*. https://www.icc-cpi.int/about/the-court

[9] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Resolution on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22 de marzo de 2022. https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf

[10] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139347; Tribunal Europeo de Derechos

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

so del conflicto armado hace temer que los estragos de la guerra superen esa fecha, pues muchos quedarán en el limbo. Pero la vulneración de derechos humanos, y su persecución judicial, serán objeto de otro estudio y quedan fuera de este análisis.

Esto con la finalidad de centrarnos en la responsabilidad penal del individuo por la comisión del crimen de agresión, que, además, formalmente hablando, Rusia aún no ha cometido en Ucrania. El Consejo de Seguridad, al que corresponde declararlo, no ha determinado siquiera la existencia de un acto de agresión; como tampoco hay, hasta ahora, una acusación formal ni un tribunal que pueda iniciar una investigación concluyente para señalar la existencia fehaciente del crimen. Sin embargo, la actuación de las fuerzas militares rusas en Ucrania se ajusta a los elementos materiales del crimen de agresión que señala el artículo 8 bis del ER, con suficientes motivos para incriminar a altos dirigentes rusos y bielorrusos. Sobre la posibilidad o imposibilidad de cubrir esta laguna hablaremos en las líneas que siguen. Los instrumentos que hoy día dispone el derecho no son suficientes para investigar el crimen de agresión; para ello se necesitaría un tribunal aparte con mandato exclusivo. Allí estriba el gran reto actual para la justicia penal internacional. Esta solución aparece como la más viable —si bien anacrónica—, al rescatar una fórmula del siglo pasado para problemas del tiempo presente. ¿Evolución o involución de la jurisdicción penal internacional?

II. Acto de agresión y crimen de agresión

1. *Dos momentos jurídicos distintos*

La idea básica que sustenta la persecución del crimen de agresión es simple. La propia Carta de la ONU prohíbe, en su artículo 2.4, el uso de la fuerza (con las excepciones que marca el artículo 51, relativas a la legítima defensa y las intervenciones autorizadas por el Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII). Lo que no es tan simple es su persecución judicial; como prueba la inexistencia ya referida de causa alguna en todas estas décadas. Sin embargo, sí ha habido una considerable cantidad de actos de agresión que no

Humanos (TEDH), *Illascu and other v. Moldova and Rusia*, 8 de julio de 2004. https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61886

sirvieron para impulsar ningún procedimiento judicial paralelo, lo cual resulta llamativo. El Consejo de Seguridad que, en aplicación del artículo 39 de la Carta de la ONU, debe interpretar cuándo se produce un acto de esta naturaleza, ha señalado un buen número de casos[11] que no han derivado en investigaciones judiciales sino en la impunidad de los supuestos autores. La

[11] Por citar algunas resoluciones del Consejo de Seguridad en las que condena de manera explícita actos de agresión, véanse: S/RES/387 (1976), 31 de marzo de 1976. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/295/29/PDF/NR029529.pdf?OpenElement. "Profundamente preocupado por los actos de agresión cometidos por Sudáfrica contra la República Popular de Angola".

S/RES/411 (1977), 30 de junio de 1977. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/297/54/PDF/NR029754.pdf?OpenElement. "Condena enérgicamente al régimen ilegal de la minoría racista de Rhodesia del Sur por sus recientes actos de agresión contra la República Popular de Mozambique".

S/RES/573 (1985), 4 de octubre de 1985. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/489/73/PDF/NR048973.pdf?OpenElement. "Condena enérgicamente el acto de agresión armada perpetrado por Israel contra el territorio de Túnez en patente violación de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho y las normas de conducta internacionales".

S/RES/577(1985), 6 de diciembre de 1985. https://digitallibrary.un.org/record/116406?ln=es. Dice literalmente "actos injustificados de agresión por parte del régimen racista minoritario de Sudáfrica"; […] "Reafirmando que la prosecución de esos actos de agresión contra Angola constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales"; […] "Condena enérgicamente al régimen racista de Sudáfrica por sus actos de agresión continuos, intensificados y no provocados contra la República Popular de Angola"; […] "Exige una vez más que Sudáfrica ponga fin inmediatamente a todos los actos de agresión contra la República Popular de Angola".

S/RES/568 (1985), 21 de junio de 1985. https://digitallibrary.un.org/record/87409?ln=es. Dice, literalmente, "Actos de agresión cometidos por el régimen racista de Sudáfrica contra la República de Botswana"; […] "esos actos de agresión sólo pueden servir para agravar la situación en el África meridional"; […] "1. Condena enérgicamente el reciente ataque militar no provocado e injustificado de Sudáfrica contra la capital de Botswana por constituir un acto de agresión contra ese país y una violación flagrante de su integridad territorial y su soberanía nacional; 2. Condena además todos los actos de agresión, provocación y hostigamiento, incluidos asesinatos, chantajes, secuestros y destrucción de bienes materiales, cometidos por el régimen racista de Sudáfrica contra Botswana; 3. Exige la cesación inmediata, total e incondicional de todos los actos de agresión de Sudáfrica contra Botswana".

S/RES/ 667 (1990), 16 de septiembre de 1990. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/576/28/PDF/NR057628.pdf?OpenElement. El Consejo de Seguridad interpreta como actos de agresión los perpetrados por Iraq contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, entre ellos el secuestro de nacionales extranjeros que se encontraban en esos locales, en el transcurso de la invasión de este estado en agosto de 1990.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

inexistente persecución judicial de estos sucesos puede explicarse por la diferencia entre el *acto* de agresión —cuya determinación como se ha dicho corresponde exclusivamente al Consejo de Seguridad— y el *crimen* de agresión —que es responsabilidad de los tribunales de justicia y subsidiariamente de la CPI—. Acto y crimen están estrechamente relacionados entre sí. Pero son dos pasos distintos —sin que necesariamente uno sea causa o consecuencia del otro— que el derecho internacional codificó en momentos bien diferenciados. El tribunal de Núremberg avaló la coincidencia de ambos conceptos cuando sentenció que el cambio o el intento de cambiar las relaciones internacionales mediante la fuerza de las armas es un acto de agresión; mientras que, si desemboca en guerra, es una guerra de agresión. Así se determinó que la actuación de Alemania en 1939 supuso el origen de una guerra de agresión, que es criminal con arreglo al derecho internacional,[12] en alusión al Pacto Briand-Kellogg. Pero acto y crimen son dos movimientos distintos, y no necesariamente coincidentes. Cronológicamente, primero llegó la definición del acto de agresión, que la comunidad internacional buscaba desde la efímera experiencia de la Sociedad de Naciones,[13] y no alcanzó su pleno desarrollo hasta décadas después en el seno de la ONU, con la Resolución 3314 (XXIX)[14] de la Asamblea General, que básicamente lo sintetiza en el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. La Asamblea copió el artículo 2.4 de la Carta y pide al Consejo de Seguridad que tenga en cuenta esta definición cuando deba determinar la existencia de un acto de agresión. De manera que, aunque el Consejo tiene plena libertad para decidirlo, la Asamblea le dotó de una herramienta muy precisa con la Resolución 3314. La práctica durante todos estos años revela la flexibilidad del Consejo en la interpretación del acto

[12] Organización de las Naciones Unidas, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Examen histórico de la evolución en materia de agresión; Grupo de Trabajo sobre el crimen de agresión, Nueva York, 8 a 19 de abril de 2002. PCNICC/2002/WGCA/L.1 https://digitallibrary.un.org/record/461833?ln=es&v=pdf

[13] Para un mejor conocimiento del camino recorrido por la ONU para la definición del acto de agresión, véase el documento Definición de la agresión, Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, en United Nations Audiovisual Library of International Law (2008). https://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_s.pdf

[14] A/RES/3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974.

de agresión, pues no siempre aplica la misma pauta en situaciones análogas.[15] Probablemente porque la agresión es un área en la que los Estados han querido reservarse un cierto margen de interpretación;[16] especialmente cuando implica a los cinco miembros permanentes o algunos de sus amigos.

Después de definir el *acto*, también fueron necesarios grandes esfuerzos para tipificar el *crimen* de agresión. Y se requirió más tiempo aún para incorporarlo entre las competencias de la CPI, ya que el ER no lo recogía en su primera versión. Precisó un reposo doce años y una conferencia de revisión (Kampala, 2010)[17] para finalmente calcar la definición de la Asamblea en la tipificación penal del crimen.[18] La CPI y el Consejo de Seguridad aceptaron la definición de la Asamblea de la ONU, y todos coinciden al pie de la letra con lo expresado en el artículo 2.4 de la Carta, que ha ido imponiendo su rotundidad. No obstante, la aparente coincidencia doctrinal no tiene reflejo en la práctica, ya que los numerosos actos de agresión señalados por resoluciones del Consejo de Seguridad nunca han sido remitidos a la CPI para su investigación criminal; ni tampoco la fiscalía ha abierto causa sobre ellos desde que tiene las competencias, lo que escenifica un llamativo divorcio entre el *acto* y el *crimen*. Al Consejo podemos achacarle el derecho de veto que tienen los cinco miembros permanentes para rechazar la criminalización de la agresión; pero la CPI puede actuar sin servidumbres porque sus conclusiones sobre la existencia del crimen no están vinculadas a lo que digan órganos ajenos.[19]

Existen, sin embargo, ciertas condiciones procedimentales. El fiscal de la CPI sólo puede iniciar la investigación sobre un crimen de agresión —obviamente, sólo sobre nacionales cuyos Estados sean parte en el ER— si antes el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia del acto de agresión, ya

[15] S/RES/ 667 (1990), 16 septiembre 1990. El Consejo de Seguridad interpreta como *actos de agresión* los perpetrados por Iraq contra los locales diplomáticos en Kuwait y su personal, entre ellos el secuestro de nacionales extranjeros que se encontraban en esos locales en el transcurso de la invasión de este Estado en agosto de 1990.

[16] Cassese, Antonio, *International Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 257.

[17] Corte Penal Internacional, comunicado, 12 de junio de 2010. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/NR/rdonlyres/43072C93-6C90-4622-83E8-7D97949ADAB7/0/PressReleaseclosingRC12june0245SPANISH.pdf

[18] Artículos 8 bis, puntos 1 y 2, del Estatuto de Roma.

[19] Artículos 15 bis, punto 9, y 15 ter, punto 4, del Estatuto de Roma: "La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

que, en caso contrario, primero debe informar a este órgano sobre su intención y esperar su pronunciamiento al menos seis meses antes de actuar (artículo 15 bis, 6, 7 y 8 del ER). El control del Consejo de Seguridad es más amplio en los procedimientos que aquellos que la CPI haya iniciado bajo el capítulo VII de la Carta, pues tiene la capacidad de detenerlos incluso una vez comenzado el juicio —y puede hacerlo respecto a los cuatro crímenes bajo competencia de la CPI, según el artículo 16 del ER—, lo cual revela la dependencia política de la justicia penal internacional cuando el ordenante es el Consejo de Seguridad. Por lo demás, la determinación previa del acto de agresión por el Consejo facilita el inicio de la investigación a la fiscalía de la CPI, pero no la obliga ni la vincula. Por fortuna, el ER no establece una relación de dependencia respecto a la actuación del Consejo, sobre el que planea la permanente amenaza del bloqueo por el veto de los cinco Estados permanentes. El papel que debería desempeñar el Consejo de Seguridad en la persecución penal de este crimen desencadenó precisamente profundos desacuerdos entre los redactores del ER, que se dieron por resueltos con el aplazamiento de su inclusión entre las competencias de la CPI. De no ser por eso, el debate y la negociación de la definición (y elementos) del crimen, así como las condiciones de ejercicio de la competencia podrían haber prosperado en un plazo más razonable.[20]

2. *Singularidad procesal del crimen de agresión*

El crimen de agresión presenta diferentes rasgos jurídicos con respecto al crimen de guerra, genocidio o lesa humanidad, todos ellos competencia de la CPI, según el artículo 5 del ER. Primero, porque establece que solamente un reducido grupo de personas tiene la capacidad de cometerlo, donde se incluye a quienes están en condiciones efectivas de llevarlo a cabo —esto es, aquellos que controlan o dirigen la acción política o militar de un Estado, según el artículo 8 bis 1 del ER—, lo que prácticamente limita las posibilidades al jefe del Estado o de gobierno. Por el contrario, los demás crímenes que la CPI puede perseguir están al alcance de más personas con rango y capacidades inferiores. De hecho, los tribunales de Tokio y de Núremberg con-

[20] Remiro Brotóns, Antonio, "Crimen de agresión, crimen sin castigo", Agenda Internacional, Perú, vol. 12, núm. 23, 2006, pp. 11-37. https://doi.org/10.18800/agenda.200601.001

templaron este sesgo al alza en su definición de "crímenes contra la paz",[21] el gran contenedor en el que se incluye la codificación actual de agresión.[22] Esta particularidad, lejos de facilitar la persecución de las personas sospechosas en la jurisdicción nacional la dificulta, ya que el cargo que ocupan normalmente está sometido a privilegios e inmunidades frente a sus propios tribunales, que encuentran este primer obstáculo en el caso de que emprendan el procedimiento en un plano nacional. La jurisdicción penal internacional siempre es complementaria; sólo se activa cuando se constata que la jurisdicción nacional no puede (o no quiere) intervenir, ni en aplicación de sus leyes internas ni a través del ejercicio de la jurisdicción universal. Ese es el momento para la activación de la justicia penal internacional, la cual, una vez iniciada, tendrá primacía.[23] La nula voluntad de los tribunales nacionales, junto con la inmunidad de los presuntos autores, remiten cualquier posibilidad de investigación del crimen de agresión hacia la jurisprudencia de la CPI. Así, tras declarar la improcedencia de cargo oficial, establecida en su artículo 27, aparece como la fórmula más viable para encausar a los responsables. Aunque esta opción tampoco está exenta de obstáculos, como veremos enseguida.

El segundo rasgo que hace diferente al crimen de agresión deriva de la limitación impuesta a la CPI, que sólo podrá intervenir con la previa aceptación por parte de los Estados implicados, conforme al artículo 8 bis del ER —y del articulado completo, huelga decir—, nacido de la enmienda acordada por consenso en la ya referida conferencia de revisión de Kampala (2010).[24] Para el resto de crímenes, basta un reconocimiento *ad hoc* del Estatuto, a través del artículo 12.3, que permite a los Estados no signatarios activar la competencia de la CPI por la vía rápida; un mecanismo de urgen-

[21] Malanzuck, Peter, *Akehurst's modern introduction to international law*, 7a. ed., Londres, Routledge, 1997, p. 353.

[22] Artículo 6 (a) del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, Charter of the International Military Tribunal; Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), 8 de Agosto de 1945. https://www.refworld.org/docid/3ae6b39614.html

[23] El artículo 9.2 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (1993) recoge de manera expresa esta idea. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/statute-international-tribunal-prosecution-persons-responsible

[24] Corte Penal Internacional, Resolución de la Conferencia de Revisión RC/Res.1, El crimen de agresión, 11 de junio de 2010, pp. 19-24. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.II-SPA.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cia que deja fuera al crimen de agresión. Ucrania ha empleado este método exprés para autorizar al fiscal de la CPI que realice la investigación sobre los presuntos crímenes de guerra, genocidio o lesa humanidad cometidos en su territorio. Pero el trabajo que ya está en marcha no incluye al crimen de agresión, porque ni el agredido (Ucrania) ni el presunto agresor (Rusia) son estados parte en el ER; y porque, como queda dicho, no es posible activar la competencia de la CPI para este delito mediante el procedimiento de urgencia descrito en el artículo 12.3.

El tercer rasgo que diferencia a la agresión frente a los demás crímenes radica en su propio nacimiento, deshermanado más de una década respecto a los tres inicialmente incluidos en el ER. Las reticencias para su inclusión llegaron entonces a poner en peligro el nacimiento de la CPI hasta que, tras una larga espera, la agresión se incluyó como el cuarto y último de los crímenes, que definitivamente quedan bajo su competencia desde el 17 de julio de 2018.[25]

Teniendo en cuenta estas condicionantes, la investigación de la agresión que los dirigentes de Rusia hubieran cometido sobre Ucrania puede hacerse a través de varias vías, complejas todas ellas.

a) Mediante los tribunales nacionales de los Estados cuyos ciudadanos sean las víctimas, los presuntos agresores o en cuyo territorio se han cometido los crímenes. Esta vía se cierra si tenemos en cuenta que la capacidad operativa de Ucrania para detener a los responsables rusos y llevarlos a juicio es tan improbable como la voluntad de Rusia por hacerlo con sus propios dirigentes. De manera que ni la fiscalía ha iniciado siquiera investigación alguna, ni el gobierno ruso considera lo ocurrido en Ucrania como una agresión, sino todo lo contrario: un acto defensivo ante la agresión de Occidente.[26]
b) A través de los tribunales de cualquier Estado sin relación personal ni territorial con la agresión, si sus legislaciones internas permiten al Poder Judicial el ejercicio pleno de la jurisdicción universal. Aquí la

[25] Corte Penal Internacional, Resolución de la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para la activación de la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-SPA.pdf

[26] Address by the president of the Russian Federation, 24 de febrero de 2022. http://en.kremlin.ru/catalog/countries/UA/events/67843

dificultad aparece por la limitación que imponen las propias leyes nacionales para esta práctica, generalmente condicionada a la territorialidad (que el crimen se haya cometido en su territorio) y a la nacionalidad (de víctimas o agresores).

c) Descartadas las opciones nacionales, hay que recurrir a la acción complementaria de la CPI, que exige a agresores y agredidos ser nacionales, o estar en un Estado que haya aceptado su plena competencia, condición que no cumplen ni Ucrania ni Rusia.

d) A través de la CPI o de un tribunal especial, que en ambos casos necesitará de una resolución expresa del Consejo de Seguridad de la ONU, conforme al capítulo VII de la Carta de San Francisco, una circunstancia descartable por la posibilidad de veto de Rusia.

e) Finalmente, mediante un tratado internacional específico para la formación de un tribunal especial *ad hoc*, dotado de competencias para la persecución del crimen de agresión. Esta última opción aparece como una puerta de emergencia cuando todas las anteriores están bloqueadas, como sucede en el caso de Rusia en Ucrania. Una última y única opción que en absoluto será fácil, y que además provoca dudas sobre su viabilidad y eficacia.

Ciertamente, la formación de un tribunal especial mediante un tratado internacional como el que en su día dio origen a los tribunales especiales de Núremberg (1945) y Tokio (1946), al término de la Segunda Guerra Mundial,[27] emerge como la vía más creíble para investigar el crimen de agresión en Ucrania. Este mecanismo cuenta con numerosos e importantes patrocinadores —aunque es oportuno recordar que la celeridad y disposición mostradas ahora por decenas de Estados para enjuiciar la agresión de Rusia en Ucrania brilla por su ausencia en otros escenarios similares con actores distintos—. Un tribunal especial sería la vía para sortear el bloqueo del Consejo de Seguridad de la ONU, instancia que tiene el encargo de velar por la paz y seguridad internacionales, pero que ha sido incapaz de consensuar siquiera un rechazo a lo ocurrido.[28] La "agresión deplorable" quedó en un borrador de

[27] Heller, Kevin Jon, "Creating a Special Tribunal for Aggresion Against Ukraine is a bad idea", en *Opinio Juris* (Blog), 7 de marzo de 2022. https://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/

[28] S/2022/155, 25 febrero 2022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/271/10/PDF/N2227110.pdf?OpenElement

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

resolución; mientras que la Asamblea General sí aprobó la suya para "deplorar en los términos más enérgicos la agresión" cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania.[29]

En este momento del conflicto, teniendo en cuenta las singularidades que lo convierten en un caso inédito en la historia del derecho internacional, hay que recapacitar sobre la legitimidad y la viabilidad de un mecanismo *ad hoc*. Porque cuando la sospecha apunta a un jefe de Estado con asiento permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU, sobre el que ya pesa una orden de detención lanzada por la CPI por crímenes de guerra, se configura un escenario jamás antes visto. En efecto, los caminos del derecho —como los de Dios, según advirtió San Pablo en su epístola a los romanos— son inescrutables.

III. La formación de un tribunal especial sobre el crimen de agresión en Ucrania

1. *¿Crimen de agresión sin acto de agresión?*

La formación de un tribunal *ad hoc* para el crimen de agresión marcaría un hito en la evolución del derecho penal internacional, tras los únicos precedentes de Núremberg y Tokio. Durante este tiempo han habido otros tribunales especiales, pero ninguno para enjuiciar este crimen; además, tampoco podrían servir como paradigma porque, amén de la participación directa y decisiva del Consejo de Seguridad de la ONU que ahora está descartada, estos organismos contaron en su día con la colaboración del propio Estado en el que se perpetraron los delitos o del que los presuntos criminales eran nacionales (como los tribunales de Tokio 1945, Sierra Leona 2022, Camboya 2006 o Líbano 2007), lo que es una opción inviable ahora.

En la década de los 90, el Consejo de Seguridad sólo habilitó los tribunales especiales de Ruanda y la extinta Yugoslavia para enjuiciar crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra. Con ello se excluyó a la agresión, cuya definición no se ajusta a los conflictos armados de naturaleza no internacional (uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad

[29] A/RES/ES-11/1, 2 de marzo de 2022. https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=es."La Asamblea General, deplora en los términos más enérgicos la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2 .4) de la Carta".

territorial o la independencia política de otro Estado) que habían dado lugar a estas situaciones de violencia. La agresión es un acto y un crimen que sólo puede cometer un Estado contra otro, y, según el Consejo de la ONU, no lo hubo (no pudo haberlo) en conflictos armados no internacionales, donde, por el contrario, sí se han perpetrado crímenes de guerra, genocidio o lesa humanidad, como en Yugoslavia y Ruanda.

Junto con el componente estatal, el empleo de la fuerza militar también es condición necesaria para hablar de agresión;[30] una premisa compartida por el Consejo de Seguridad, el Estatuto de Roma (en su artículo 8 bis) y la Asamblea General de la ONU, cuando establecen que el primer uso de la fuerza armada por un Estado, en contravención a la Carta de la ONU, bastará para constituir prueba *prima facie* de acto de agresión.[31] Para que tal acto se produzca se exige un umbral mínimo de gravedad, de manera que efectivamente constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.[32] Por más que en el caso que nos ocupa la agresión pueda resultar obvia, jurídicamente su determinación está supeditada a la comprobación fehaciente de su impacto sobre los fundamentos básicos del derecho internacional. Esta disposición aparece en el ER, que la toma de la expresada década atrás por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 3314 (XXIX).[33] De allí proviene la definición de *acto de agresión*, cuyo artículo 2 lo supedita a la evaluación del Consejo de Seguridad, órgano que podría en última instancia y en determinadas situaciones rebajar la calificación. De nuevo, aparece el control del Consejo de la ONU sobre asuntos que tienen que ver con la paz y la seguridad internacionales, que, en ocasiones —como la que tratamos en estas páginas—, lejos de consolidar estos esfuerzos, lo debilitan por la falta de acuerdo de sus miembros permanentes. Ciertamente, todo apunta a la comisión de un acto de agresión por parte de Rusia sobre Ucrania; pero no podemos formalmente sostener esta afirmación sin la designación previa del Consejo de Seguridad, a todas luces improbable por el ejercicio del veto del

[30] En la Resolución S/RES/405 (1977), el Consejo de Seguridad de la ONU "condena enérgicamente el acto de agresión armada perpetrado contra la República Popular de Benín el 16 de enero de 1977", pero por primera y única vez no señala Estado agresor, dejando abierta la posibilidad de que el acto de agresión pueda ser perpetrado por un agente no estatal, mercenarios en este caso.

[31] A/RES/3314(XXIX), 14 de diciembre de 1974, art. 2.

[32] *Ibidem*, art. 8 bis, 1.

[33] A/RES/3314(XXIX), 14 de diciembre de 1974.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

presunto actor. La conclusión es rocambolesca, porque, aunque algún día llegue a haber enjuiciamiento, e incluso condena, contra nacionales rusos por cometer *crímenes* de agresión, estos sucesos nunca serán formalmente declarados *actos* de agresión. La Asamblea General de la ONU estableció en su Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional[34] que una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, lo que, con arreglo al derecho internacional, entraña responsabilidad. Si existe o no guerra de agresión en Ucrania debe determinarlo un tribunal de justicia imparcial, con plenas garantías para todas las partes. ¿Realmente existe posibilidad de que tal cosa ocurra?

2. *Competencia y legitimidad de un tribunal especial*

Aun siendo la opción más sólida y viable, la formación de un tribunal especial, nacido de un tratado internacional sin la intervención del Consejo de Seguridad, desmantela dos principios jurídicos básicos, como son la competencia temporal de un órgano judicial —inhabilitado por defecto para investigar casos anteriores a su nacimiento— y la libre voluntad de los Estados para formar parte de un mecanismo internacional de esta índole, lo que está en el corazón de sus competencias soberanas. De manera que esta solución resucita un espinoso debate que se tenía por resuelto. El Estatuto de la CPI limita su actuación, en el artículo 11, a situaciones aparecidas después de su entrada en vigor, mientras que el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece la irretroactividad de los acuerdos internacionales en los artículos 4 y 28. Por su lado, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia declara en su artículo 36 la necesaria voluntad de los Estados para someterse a su jurisdicción. Dos principios seculares en la codificación del derecho internacional, como son la temporalidad y voluntariedad, no rigen sin embargo la actuación de un tribunal especial. Una excepción muy controvertida desde la formación de los primeros y únicos mecanismos de este tipo, los ya citados en Núremberg y Tokio, que actuaron con retroactividad[35] por más que sus principios y sentencias fueran confirmadas *a posteriori* por la Asamblea

[34] A/RES/2625 (XXV), 24 de octubre de 1970. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/PDF/NR035286.pdf?OpenElement

[35] Malanczuk, P., *op. cit.*, p. 354.

General de la ONU.[36] Los enjuiciados tuvieron las mínimas garantías procesales. La acusación ignoró principios elementales, como el de *nullum crimen sine lege*[37] (afianzado expresamente en los artículos 22 a 24 del ER), en favor de la controvertida práctica de la *lex post facto* en perjuicio de los enjuiciados. Muchos de los procesados fueron condenados a muerte o a cadena perpetua; siendo los principios generales del derecho, como el que se ha enunciado, fuentes válidas del derecho internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La retroactividad de un tribunal especial es una excepción procesal o, como se ha llamado, un defecto congénito[38] de los tribunales *ad hoc* que no puede ser eliminado por el recurso de estos tribunales a fuentes no escritas del derecho internacional. ¿Pero es también una irregularidad?

Cuando es el Consejo de Seguridad de la ONU el que lo ordena, el tribunal especial queda legitimado incluso para conocer situaciones anteriores a su formación, por los poderes que le otorga el artículo 25 y el capítulo VII de la Carta, sin que la temporalidad o la pertenencia al Estatuto de Roma actúen como límites. En otras palabras, ningún Estado puede oponerse a la jurisdicción de un tribunal especial si éste nace de una resolución del Consejo de Seguridad. Su justificación jurídica está en el artículo 25 de la Carta de la ONU, que le otorga fuerza vinculante. Comoquiera que todos los Estados de la ONU han aceptado la Carta, también deben hacerlo con la jurisdicción de un tribunal *ad hoc* surgido de su estricta aplicación. En estos casos, la competencia *ratione temporis* será tan flexible como la necesidad demande para el éxito de la investigación; y lo mismo puede colocar su inicio en una fecha anterior a su nacimiento, como ampliar sus actuaciones a conveniencia. Por ejemplo, la resolución que ordenó la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia situó el inicio de la investigación más de dos años antes de su propia existencia, el 1 de enero de 1991; pero mantuvo en suspenso

[36] A/RES/95 (I), 12 de noviembre de 1946. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/PDF/NR003655.pdf?OpenElement

[37] Durango, Álvarez, Gerardo A., "Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la conferencia de revisión (Kampala); retos y perspectivas", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, núm. 24, enero-junio de 2014, pp. 193-218. http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8545

[38] Ambos, Kai, "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional", *Política Criminal*, Chile, vol. 5, núm. 9, art. 6, 2010, p. 238. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la fecha final hasta que estuviera restaurada la paz,[39] que en aquel momento era muy incierta. La extensión temporal parece acertada cuando la formación del tribunal especial se produce antes de que termine el conflicto, pues sería ilógico designar un plazo final mientras la comisión de los crímenes objeto de la investigación no hayan concluido. Otras veces es la fecha de inicio la indeterminada; particularmente cuando se vincula a la recepción de fondos para el funcionamiento del mecanismo. Así ocurrió con el Tribunal Especial para Enjuiciar a los Responsables del Atentado de 14 de febrero de 2005 en Líbano, cuyo Estatuto advertía, en el artículo 5.2, que el Tribunal iniciaría sus trabajos cuando dispusiera de las contribuciones suficientes para garantizar su funcionamiento.[40]

Un tribunal especial creado por resolución del Consejo de Seguridad ejerce poderes obligatorios *erga omnes*. Pero en el caso de la presunta comisión del crimen de agresión de dirigentes rusos contra Ucrania es un imposible ontológico; no podrá ser porque no llegará a nacer. El veto de Rusia como miembro permanente del Consejo de Seguridad elimina cualquier posibilidad de alumbramiento. Esto reduce las posibilidades de llevar a cabo esta tarea faraónica a la única opción de un modelo similar a los celebrados en Núremberg y Tokio a mediados del siglo pasado, los cuales, como ya se ha apuntado, tampoco contaron con la firma de los Estados cuyos nacionales se sentaron en el banquillo como agresores, Alemania y Japón. En ese entonces los acusados no pudieron rechazar la validez del tratado de Londres, por el que nació el tribunal especial, ni evitar su jurisdicción, porque ellos fueron los grandes derrotados tras la contienda. Sólo la fuga, el cambio de identidad o el suicidio les libró del banquillo, aunque no de la persecución. El colapso de uno de los dos bloques enfrentados en la guerra de 1945 dejó al vencedor sin oposición para ejercer su justicia sobre la base de unos tratados redactados sólo por una de las partes. El contexto no pudo ser más propicio para sentar en el banquillo al enemigo hundido y derrotado, sin ninguna capacidad de rechazo y a expensas de una justicia diseñada por los vencedores; algo que difícilmente volverá a repetirse en nuestro tiempo entre Ucrania (entiéndase el bloque occidental que apoya al agredido) y Rusia (que también dispone de impor-

[39] S/RES/827(1993), 25 de mayo de 1993. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/pdf/N9330631.pdf?OpenElement

[40] S/RES/1757 (2007), 30 de mayo de 2007, Anexo: Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano,.

tantes apoyos internacionales). Aquellos juicios de Núremberg comenzaron el 18 octubre de 1945, después del hundimiento del régimen de la Alemania nazi, pero antes de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco, cuando ni la ONU ni el derecho de veto existían; si bien ahora la situación es diametralmente opuesta y desfavorable para una solución similar. En el momento de escribir estas líneas, el conflicto armado entre Rusia y Ucrania permanece irresoluto. Los frentes de guerra permanecen estancados, los contendientes han tejido redes de apoyo que no hacen previsible el colapso de ninguna de las partes y, menos aún, la del presunto agresor. Sin la derrota o rendición previas, las posibilidades de llevar a juicio a los responsables de la agresión se desvanecen.

Otro obstáculo es, paradójicamente, la propia existencia de la ONU, por el ya comentado veto de los miembros permanentes del Consejo. Ello deja una constancia fehaciente de que el funcionamiento orgánico de la Organización impide, en demasiadas ocasiones, la ejecución de sus principios elementales. Por lo tanto, si no es por resolución expresa del Consejo de Seguridad, la única posibilidad de configurar un tribunal *ad hoc* depende de la firma de un tratado internacional entre las potencias y organizaciones internacionales que lo defiendan.

Planteamos ahora otro escollo que no existía cuando se erigieron los tribunales de Núremberg y Tokio, representado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV), aprobada en 1969, fruto de la codificación del derecho internacional impulsada, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, a partir de la segunda mitad del siglo XX. La CV que deberá aplicarse en la redacción del texto que otorgue carta de naturaleza a un tribunal especial,[41] advierte ya en su preámbulo sobre la obligación de respetar el principio universalmente reconocido del libre consentimiento de los Estados (junto con el de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda*). Como los potenciales signatarios de ese tratado también lo son de la CV —incluyendo a Rusia y Ucrania, ambos desde 1986[42]— y han aceptado libremente sus obli-

[41] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados está en vigor, y ha sido universalmente aceptada, por lo que deberá aplicarse si un eventual acuerdo internacional para la formación de un tribunal especial vincula sólo a Estados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales, celebrada en 1986, aún no ha entrado en vigor por no alcanzar el número de firmas necesarias.

[42] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), *United Nations Trea-*

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

gaciones, es legítimo preguntarse si en el siglo XXI es posible la celebración de un tratado internacional, y su entrada en vigor con plenos efectos jurídicos, sin la anuencia de alguna de las partes afectadas. El artículo 34 de la CV es explícito: un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento. Mientras que el artículo 35 declara su nulidad si no lo ha expresado por escrito. Incluso con su firma, el artículo 51 dispone como causa de invalidez del tratado si éste se hubiera logrado bajo coacciones y amenazas, las cuales vulnerarían los principios sagrados de la igualdad soberana de los Estados y de abstención de interferir en sus asuntos internos. El derecho internacional considera como *injerencia* cualquier coerción para forzar a un Estado a hacer lo que no quiere o dejar de hacer aquello a lo que el derecho internacional le autoriza. La Corte Internacional de Justicia[43] sentencia que la intervención armada es la más clara de las formas de injerencia; pero no es la única, puesto que también se incluye a todas las que de alguna manera puedan alterar la voluntad soberana de los Estados. Y, en fin, ya desde su preámbulo, la CV establece la prohibición de influir en los asuntos internos, protege la independencia y la igualdad soberana de los Estados como principios jurídicos de naturaleza imperativa, que, como ya se sabe, anulan a cualquier tratado que se oponga a ellos. El artículo 53 establece de manera taxativa la nulidad de todo acuerdo que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Cualquier tratado internacional celebrado en estas circunstancias es nulo en el mismo momento de nacer, y ningún Estado debe obligarse sin la aceptación voluntaria expresada por los cauces indicados en el CV o en el propio texto. En España, por ejemplo, la ley impide la asimilación de las obligaciones impuestas por un tratado si no ha manifestado previamente su consentimiento.[44] La legislación española define a un tratado internacional como el acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de derecho

ty Collection. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDechttps://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec

[43] International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua judgement, 27 de junio de 1986, párr. 205. https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf

[44] Artículos 16 y 17 de la ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales BOE, 28 de noviembre de 2017. https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/27/25

internacional, y regido por el Derecho Internacional; copia literal del artículo 1 de la CV. De lo que se deduce que España no se obligará por ningún tratado internacional sin su consentimiento por escrito. Si este argumento es válido para todos los Estados, no hay motivo para pensar que Rusia tendría que aceptar la jurisdicción de un tribunal penal internacional levantado para perseguir a sus dirigentes.

IV. Contra la impunidad del crimen de agresión

Son los Estados los que soportan la responsabilidad principal de investigar y enjuiciar a los responsables de crímenes internacionales.[45] Pero la destrucción ocasionada por la guerra imposibilita a Ucrania ejercer su propia jurisdicción en su territorio. Un año después de la agresión de Rusia, el Banco Mundial calcula que la reconstrucción de las infraestructuras elementales en Ucrania superaría los 4 mil millones de dólares,[46] cifra creciente cada día que sucede. Este contexto justifica la activación de la complementariedad. Pero no existe un instrumento fiable capaz de llevarla a cabo, entre la falta de confianza general en la justicia penal internacional. Esto incluye a Ucrania, que sólo ha mostrado interés ahora cuando necesita sus servicios, mientras elude los llamamientos continuos para su adhesión, como el formulado por el Consejo Europeo,[47] que todavía no ha encontrado eco.

La formación de un tribunal penal internacional con competencias sobre el crimen de agresión en Ucrania es una aventura por escribir, no compara-

[45] Véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus tres Protocolos Adicionales; el Convenio de La Haya de 1954 y su segundo Protocolo Adicional; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1976; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006.

[46] World Bank, Ukraine rapid damage and needes assesment, febrero 2022-2023 p. 9. https://documents1.worldbank.org/curated/en/099184503212328877/pdf/P1801740d1177f03c0ab180057556615497.pdf

[47] Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra la impunidad en materia de crímenes de guerra cometidos en el contexto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, 29 de noviembre de 2022. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15237-2022-INIT/es/pdf

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ble a ninguna otra; absolutamente inédita, por implicar al jefe de Estado en activo de un miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU, y jurídicamente indigesta. No sólo porque la negativa del poderosísimo presunto criminal (junto con el previsible apoyo de otros Estados) sumerge en la incertidumbre más espesa a la fuerza vinculante del futurible tribunal, y más aún el cumplimiento de sus decisiones, sino porque de entrada surgen dudas sobre la legitimidad del procedimiento pretendido, por alejarse de los propósitos del derecho internacional en el siglo XXI. Se acusa a Núremberg y Tokio de ser juicios penales con mínimas garantías procesales por una imposición vertical[48] de la justicia. El sistema penal *ad hoc*, si está fuera de la CPI y del capítulo VII de la Carta de la ONU, sólo se justifica en la necesidad de evitar la impunidad de los autores de los crímenes más graves para la comunidad internacional. En este contexto, la justicia penal vertical es el modo de paliar la ausencia de otra vía válida que hoy, visto todo lo anterior, no existe.

Hasta ahora sólo hay propuestas para enjuiciar a los líderes políticos y militares de Rusia por la agresión armada contra Ucrania, sin muchas posibilidades de éxito. Algunas propuestas son muy loables, como la que representa el Centro Internacional para el Enjuiciamiento del Crimen de Agresión contra Ucrania.[49] Levantado con los auspicios de la Unión Europea, a través de Eurojust, es en sí mismo un mecanismo inédito y específico para este caso concreto;[50] pero carece de garantías de éxito en sus pretensiones. Paralelamente, las instituciones principales de la Unión Europea han pedido reiteradamente la persecución judicial de los crímenes que puedan estar sucediendo en Ucrania, incluida la agresión, mediante la creación de un tribunal internacional especial en el seno de las Naciones Unidas, con el reconocimiento explícito de su necesidad para colmar la gran laguna existente en la actual estructura institucional de la justicia penal internacional,[51] en un alarde de optimismo que parece ignorar la enorme dificultad material. Todo es un de-

[48] Ambos, K., *op. cit.*

[49] . International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression against Ukraine. https://www.eurojust.europa.eu/international-centre-for-the-prosecution-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine

[50] Eurojust, European Union Agency for Criminal Justice Cooperation. Core International Crimes Evidence Database https://www.eurojust.europa.eu/publication/core-international-crimes-evidence-database-ciced#:~:text=CICED%20is%20a%20unique%2C%20tailor,evidence%20of%20core%20international%20crimes

[51] Parlamento Europeo, Resolución de 19 enero de 2023 sobre la creación de un tribunal

seo expresado desde múltiples actores y posiciones. Mientras que el único recurso a la mano está en el apoyo de los Estados a los esfuerzos nacionales e internacionales de investigación, en particular en lo que se refiere a las pruebas sobre el terreno.[52] En el momento presente sólo son iniciativas más o menos plausibles, aunque de eficacia incierta, a las que, junto con la complejidad técnica para formar un tribunal que juzgue la agresión, hay que sumar la cambiante voluntad de las organizaciones internacionales y de los Estados individuales, que muchas veces eluden su responsabilidad con la excusa de no existir una definición precisa.[53]

La persecución judicial del crimen de agresión entraña una dificultad colosal; lejos incluso del alcance de la CPI, por la cantidad de personas y recursos que se necesitan,[54] y aumentada por la falta de entendimiento con el Consejo de Seguridad de la ONU. La relación entre ambos ha sido ampliamente debatida por los miembros del Consejo y el mundo académico. La conclusión general es la falta de empuje del Consejo, por no remitir a la CPI algunas situaciones en las que supuestamente se han cometido crímenes atroces, y por su indiferencia ante la falta de cooperación de los Estados miembros con la CPI, en relación con las remisiones existentes. Del mismo modo, el Consejo a menudo ha ignorado los informes sobre la falta de cooperación de los Estados miembro remitidos por la CPI;[55] un defecto de forma que viene de muy atrás, incluso anterior al ER. El máximo órgano ejecutivo de la ONU

para el crimen de agresión contra Ucrania, párr. 7. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.pdf

[52] Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra la impunidad en materia de crímenes de guerra… *cit*.

[53] Cassese, A. *op*. *cit*., p. 257.

[54] Escobar, Hernández, Concepción, "Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, España, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 66-67. https://www.jstor.org/stable/27169915

[55] United Nations Security Council, "Arria-formula Meeting on «The 25th Anniversary of the Rome Statute: the Contribution of the International Criminal Court to the Maintenance of International Peace and Security»", 18 de julio de 2023. https://www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2023/07/arria-formula-meeting-on-the-25th-anniversary-of-the-rome-statute-the-contribution-of-the-international-criminal-court-to-the-maintenance-of-international-peace-and-security.php?utm_medium=email&utm_campaign=17%20July%202023%20campaign%20II&utm_content=17%20July%202023%20campaign%20II+CID_7f7ee962dcdb378e49055fc59564e819&utm_source=Email%20Newsletter&utm_term=Arria-formula%20Meeting%20on%20The%2025th%20Anniversary%20of%20the%20Rome%20Statu-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

fue incapaz de aprobar ninguna resolución de condena contra la intervención militar de la Unión Soviética en Hungría,[56] y de Francia y Reino Unido en Egipto, ambas ocurridas en 1956. Ante la evidencia de que la falta de unanimidad de sus miembros permanentes le había impedido al ejercer la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional, se abrió un periodo de extraordinario de emergencia en la Asamblea General,[57] lo que también ha ocurrido en Ucrania sin resultados por el momento. Hasta hoy el Consejo de Seguridad de la ONU sólo ha remitido dos situaciones a la CPI, con base en el capítulo VII de la Carta: Darfur 2005[58] y Libia 2011;[59] en ellas se obliga a los Estados a cooperar plenamente con la investigación. El veto de China y Rusia evitó una remisión similar sobre la situación de Siria en 2014, como ya ha sucedido para aprobar una resolución de rechazo a la agresión sobre Ucrania; y como sucederá ante el improbable caso de someter a debate la creación de un tribunal *ad hoc*.

V. Conclusiones

El veto de los miembros permanentes en el Consejo de Seguridad de la ONU evita la posibilidad de hacer justicia cuando alguno de ellos está implicado. Desde su nacimiento, el sistema de Naciones Unidas se contradice a sí mismo al mantener el privilegio de los Estados poderosos. Esto debilita su primer propósito de preservar la paz y eliminar sus amenazas; como igualmente evidencia la extrema dificultad de hacer justicia por el crimen de agresión en Ucrania. Probablemente nunca veamos un tribunal (ordinario o especial) con capacidad material para detener y juzgar a los autores de las más graves atrocidades *que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*. Pero el mero hecho de plantear la elevación de un mecanismo especial sugiere otra conclusión: la era de los tribunales *ad hoc*, diseñados para situaciones particulares, que el nacimiento de la CPI pretendía dar por

te%20the%20Contribution%20of%20the%20International%20Criminal%20Court%20to%20the%20Maintenance%20of%20International%20Peace%20and%20Security

[56] S/3730/Rev.1, 4 de noviembre de 1956.

[57] S/RES/112 (1956), 6 de febrero de 1956, y S/RES/120 (1956), 4 de noviembre de 1956.

[58] S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005.

[59] S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011.

superada, no ha terminado. ¿Pueden convivir dos sistemas, uno permanente y otro(s) especiales, sin que la existencia de uno destruya la credibilidad del otro?

La CPI nació para fungir como una entidad permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas, con competencia sobre los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*. Pero, como sucede en tantas otras situaciones, su vínculo con la ONU ha resultado ser un obstáculo para todo lo demás, porque el interés particular de los Estados poderosos supera al interés general expresado en el preámbulo del ER. Cuando alguno de los cinco permanentes —o alguno de sus amigos— está implicado en los crímenes más graves, ni la rendición de cuentas ni la reparación de las víctimas son posibles. Esto deja como última opción, débil y residual, la formación de un tribunal especial, fuera del sistema de la ONU, mediante un tratado internacional similar al redactado para los tribunales de Núremberg y Tokio en 1945.

Para que ello ocurra, la primera condición es que Rusia pierda la guerra. Es necesaria una derrota total del presunto autor porque, aunque el crimen de agresión se comete sobre el terreno —en este caso en Ucrania—, este se organiza en los despachos. El curso actual del conflicto armado sugiere qué tan improbable es el hundimiento militar y político de Rusia, como el acceso a los lugares donde se planeó la agresión, lo que aleja cualquier posibilidad fáctica de obtener pruebas y detener a los responsables en su guarida. Por este motivo, el principal desafío no es la formación del tribunal en sí, puesto que podría celebrarse un tratado entre varias potencias que le otorgue carta de naturaleza, como fue en el precitado caso de Núremberg, sino la obtención de pruebas incriminatorias con escrupuloso celo, en su localización y custodia, y, sobre todo, la posterior detención de altos dirigentes rusos —y bielorrusos, si así fuera— incluido los jefes de Estado. ¿Es esto posible? Bajemos a la realidad.

La legitimidad y la eficacia son los umbrales necesarios que debe superar un tribunal de justicia. ¿De qué serviría tanto esfuerzo y dinero invertidos en su organización si no puede llevar a cabo su función? La incapacidad para hacer comparecer a los acusados derrumbaría su credibilidad en poco tiempo, con consecuencias demoledoras para todo el sistema. Y aunque sus promotores defienden la necesidad de enviar al menos un mensaje de rechazo a la violencia con la formación del tribunal, resulta un objetivo demasiado pobre si corresponde con la inoperancia. Hace falta una derrota total del presunto

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

agresor, tanto en los frentes de guerra como fronteras adentro, con un cambio de régimen político que colabore con la justicia y no proteja a los perseguidos. Así fueron eficaces los tribunales *ad hoc* formados en tiempo reciente. Pero nada hace pensar en un cambio de esta envergadura en Rusia.

Junto con la eficacia, la legitimidad es otro umbral difuso. ¿Cómo justificar la retroactividad en los efectos de un tratado? ¿O la imposición de obligaciones a terceros sin su consentimiento, sin el aval de una resolución de obligado cumplimiento al amparo del capítulo VII de la Carta de la ONU? ¿Cómo celebrar un juicio sin sentar en el banquillo a los acusados, como establecen los principios sagrados del derecho? ¿Sería un tratado justo y representativo de la voluntad de la comunidad internacional? Es cierto que, a diferencia del Consejo de Seguridad, la Asamblea General ha rechazado la agresión de Rusia con mayoría; pero más de la cuarta parte de sus miembros no ha apoyado estas resoluciones de condena.[60] El nacimiento de un tribunal especial, sin la participación de la ONU ni el respaldo absoluto de la Asamblea, aumenta las dudas sobre su oportunidad. ¿Por qué hacer este esfuerzo ahora para el crimen de agresión en Ucrania, pero no se abordó siquiera en otros episodios similares (como en Iraq, 2003)? Entonces la responsabilidad salpicó a otros Estados poderosos, con poder de veto en la ONU, y sus aliados (Estados Unidos, Reino Unido y España), que lideraron una intervención militar sin la legitimidad del capítulo VII. Nunca se planteó enjuiciar aquellos hechos; no hubo reparación para aquellas víctimas, ni investigación sobre la responsabilidad de los dirigentes de aquellos Estados que hoy son los que lideran la construcción de un tribunal penal para Rusia.[61] Los procedimientos derivados de un tribunal *ad hoc* tienden a ser estructuralmente tendenciosos y parciales, ya que sólo investigan los crímenes cometidos por una de las partes en el conflicto.[62] ¿Podemos confiar en el criterio de las potencias que quieren formar un tribunal ahora, pero olvidaron otros sucesos de gravedad semejante? ¿Por qué no plantearon esta actuación en 2014, cuando Rusia ocupó por la fuerza de las armas la península ucraniana de Crimea? Un clamoroso silencio para celebrar la victoria de la política sobre el derecho.

[60] La resolución A/RES/ES-11/6 es la primera que aprueba la Asamblea General tras la invasión de Rusia el 24 de febrero de 2022. De los 193 Estados miembros, 52 no la apoyaron; 5 votaron en contra; 35 se abstuvieron, y 12 no participaron. https://digitallibrary.un.org/record/3959039?ln=es

[61] Heller, K. J., *op. cit.*

[62] Ambos, K., *op. cit.*, p. 240.

VI. Bibliografía

Ambos, Kai, "El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional", *Política Criminal*, Chile, vol. 5, núm. 9, art. 6, 2010, pp. 237-256. http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf

Asamblea General de la ONU, Resoluciones de la Asamblea General de la ONU, en el marco del Undécimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia. https://www.un.org/es/ga/sessions/emergency11th.shtml

Bekou, Olympia y Cryer, Robert, "The International Criminal Court and universal jurisdiction: a close encounter?", *The International and Comparative Law Quarterly*, Reino Unido, vol. 56, núm. 1, 2007, pp. 49-68. https://corteidh.or.cr/tablas/R06755-2.pdf

Burneo Labrín, José Antonio, "El crimen de agresión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Agenda Internacional*, Perú, vol. 25, núm. 36, 2018, pp. 303-322. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6586755

Cassese, Antonio, *International Law*, New York, Oxford University Press, 2001.

Chehtman, Alejandro, "¿Un tribunal especial para juzgar a Putin por la agresión contra Ucrania?", *Agenda Estado de Derecho* (Blog), 20 de febrero de 2023. https://agendaestadodederecho.com/un-tribunal-especial-para-juzgar-a-putin-por-la-agresion-contra-ucrania/

Consejo Europeo, Conclusiones del Consejo Europeo sobre la lucha contra la impunidad en materia de crímenes de guerra cometidos en el contexto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, 29 noviembre de 2022. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15237-2022-INIT/es/pdf

Consejo sobre la lucha contra la impunidad en materia de crímenes de guerra cometidos en el contexto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania; conclusiones, 29 de noviembre de 2022. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15237-2022-INIT/es/pdf

Corte Penal Internacional, comunicado, 12 de junio de 2010. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/NR/rdonlyres/43072C93-6C90-4622-83E8-7D97949ADAB7/0/PressReleaseclosingRC12june0245SPANISH.pdf

Corte Penal Internacional, Resolución de la Asamblea de Estados Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para la activación de

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la competencia de la Corte respecto del crimen de agresión. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res5-SPA.pdf

Corte Penal Internacional, Resolución de la Conferencia de Revisión RC/Res.1, El crimen de Agresión, 11 de junio de 2010, pp. 19-24. https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.II-SPA.pdf

Corten, Olivier y Koutroulis, Vaios, "Tribunal for the crime of aggression against Ukraine", Bruselas, Parlamento Europeo, Subcomité de Derechos Humanos, 2022. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA(2022)702574_EN.pdf

Crane, David M.; Arivalagan, Kanalya; Bhattacharjee, Rohan, y Lampela, Lotta, "Considerations for the setting up of *The Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression*", Estados Unidos, The Ukraine Task Force of The Global Accountability Network. 2022. https://www.jurist.org/news/wp-content/uploads/sites/4/2022/07/The_Special_Tribunal_for_Ukraine_on_the_Crime_of_Aggression.pdf

Dannenbaum, Tom, "A special tribunal for the crime of aggression?", *Journal of International Criminal Justice*, Reino Unido, vol. 20, núm. 4, septiembre de 2022, pp. 859-873. https://doi.org/10.1093/jicj/mqac047

Durango Álvarez, Gerardo A., "Análisis sobre el crimen de agresión en la Corte Penal Internacional a partir de la conferencia de revisión (Kampala); retos y perspectivas", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, núm. 24, enero-junio de 2014, pp. 193-218. http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8545

Escobar Hernández, Concepción, "Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, España, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 57-76. https://www.jstor.org/stable/27169915

Estatuto Corte Penal Internacional. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf

Estatuto del Tribunal de Nüremberg, Charter of the International Military Tribunal; Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), 8 de agosto de 1945. https://www.refworld.org/docid/3ae6b39614.html

Estatuto Tribunal Especial para la ex Yugoslavia, S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/PDF/N9330631.pdf?OpenElement

Estatuto Tribunal Especial para Líbano, S/RES/1757 (2007), 30 de mayo de 2007. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/363/60/PDF/N0736360.pdf?OpenElement

Estatuto Tribunal Especial para Ruanda, S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/437/51/PDF/N9443751.pdf?OpenElement

Eurojust, European Union Agency for Criminal Justice Cooperation. Core International Crimes Evidence Database https://www.eurojust.europa.eu/publication/core-international-crimes-evidence-database-ciced#:~:text=CICED%20is%20a%20unique%2C%20tailor,evidence%20of%20core%20international%20crimes

Heller, Kevin Jon, "Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is a bad idea", en *Opinio Juris* (Blog), 7 de marzo de 2022. https://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/

International Criminal Court, The office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities, 2016. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/161114-otp-rep-PE_ENG.pdf

International Criminal Court, The office of the Prosecutor, Report on Preliminary Examination Activities, 2020. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-PE/2020-pe-report-eng.pdf

International Criminal Court, The situation in Ukraine, 2 de marzo de 2022. https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine

International Criminal Court, "ICC arrest warrants in the situation of Ukraine: Statement by President Piotr Hofmánski" (Video), en *Youtube*, 17 de marzo de 2023. https://www.youtube.com/watch?v=FbKhCAaRLfc

International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua judgement, 27 de junio de 1986. https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf

International Court of Justice, Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Judgment, *I. C. J. Reports*, 2002. https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internaciona

Kress, Claus, "The Ukraine war and the crime of aggression" (Ponencia), *Nuremberg Academy Lecture*, Courtroom 600 of the Nuremberg Palace of Justice, 4 de mayo de 2023. https://crimeofaggression.info/wp-content/uploads/Lecture_Prof_Kress_-_The_Ukraine_War_and_the_Crime_of_Aggression_-_Nuremberg_Academy_Lecture_on_4_May_2023.pdf

Malanzuck, Peter, *Akehurst's modern introduction to international law*, 7a. ed., London, Routledge, 1997.

NATO Parliamentary Assembly, Declaration Standing with Ukraine, adopted by the Assembly at its Plenary Sitting in Vilnius, Lithuania, on Monday 30 May 2022. https://www.nato-pa.int/download-file?filename=/sites/default/files/2022-05/111%20SESP%2022%20E%20rev.1%20fin%20-%20DECLARATION%20ON%20UKRAINE.pdf

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/95 (I), 12 de noviembre de 1946. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/PDF/NR003655.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/2625 (XXV), 24 de octubre de 1970. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/PDF/NR035286.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/3314 (XXIX), 14 de diciembre de 1974. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/da/da_ph_s.pdf

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/ES-11/6, 24 de febrero de 23022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/063/11/PDF/N2306311.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/ES-11/1, 2 de marzo de 2022. https://digitallibrary.un.org/record/3965290?ln=es

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/ES-11/1, 18 de marzo de 2022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/293/40/pdf/N2229340.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Examen histórico de la evolución en materia de agresión, PCNICC/2002/WGCA/L.1, 24 de enero de 2022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N01/709/66/PDF/N0170966.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/112 (1956), 6 de febrero de 1956. https://documents-dds-ny.un.org/

doc/RESOLUTION/GEN/NR0/109/86/PDF/NR010986.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/120 (1956), 4 de noviembre de 1956. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/109/86/PDF/NR010986.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/3730/Rev.1, 4 de noviembre de 1956. https://digitallibrary.un.org/record/539673?ln=es
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/387 (1976), 31 de marzo de 1976. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/295/29/PDF/NR029529.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/405 (1977), 14 de abril de 1977. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/297/48/PDF/NR029748.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/411 (1977), 30 de junio de 1977. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/297/54/PDF/NR029754.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/568 (1985), 21 de junio de 1985. https://digitallibrary.un.org/record/87409?ln=es
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/573 (1985), 4 de octubre de 1985. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/489/73/PDF/NR048973.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/577 (1985), 6 de diciembre de 1985. https://digitallibrary.un.org/record/116406?ln=es
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/667 (1990), 16 de septiembre de 1990. https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/576/28/PDF/NR057628.pdf?OpenElement
Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/827 (1993), 25 de mayo de 1993. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/pdf/N9330631.pdf?OpenElement

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/292/76/PDF/N0529276.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/1757 (2007), 30 de mayo de 2007. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/363/60/PDF/N0736360.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/1966 (2010), 22 de diciembre de 2010. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/706/11/PDF/N1070611.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/RES/1970 (2011), 26 de febrero de 2011. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/61/PDF/N1124561.pdf?OpenElement

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2022/155, 25 de febrero de 2022. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/271/10/PDF/N2227110.pdf?OpenElement

Organization for Security and Co-operation in Europe, Report on violations of international humanitarian and human rights law, war crimes and crimes against humanity committed in Ukraine since 24 February 2022. https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf

Parlamento Europeo, Resolución de 19 enero de 2023 sobre la creación de un tribunal para el crimen de agresión contra Ucrania. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_ES.pdf

Pinzauti, Giulia y Pizzuti, Alessandro, "Prosecuting aggression against Ukraine as an «other inhumane act» before the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Reino Unido, vol. 20, núm. 5, noviembre de 2022, pp. 1061-1083. https://doi.org/10.1093/jicj/mqac058

Remiro Brotóns, Antonio, "Crimen de agresión, crimen sin castigo", *Agenda Internacional*, Perú, vol. 12, núm. 23, 2006, pp. 11-37. https://doi.org/10.18800/agenda.200601.001

Security Council Working Methods in Hard Times, mayo de 2023. https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/working_methods_2023.pdf?utm_medium=email&utm_campaign=2%20May%202023%20Working%20Methods%20Report&utm_content=2%20May%202023%20Working%20Methods%20Report+CID_1b7b8f1a70667e57ae4f68888aa822ff&utm_source=Email%20Newsletter&utm_term=PDF

Sgamsi, Nadia, "The ICC: a political tool? How the Rome Statute is susceptible to pressures of more power states", *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Estados Unidosvol. 24, núm. 1, 2016, 85-104. http://www.jstor.org/stable/26210471

The Global Campaign for the Prevention of Aggression. https://crimeofaggression.info/

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, 7 de julio de 2011. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-139347

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Illascu and other v. Moldova and Rusia*, 8 de julio de 2004. https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61886

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Resolution on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22 de marzo de 2022. https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdfUnited Nations Security Council, "Arria-formula Meeting on «The 25th Anniversary of the Rome Statute: the Contribution of the International Criminal Court to the Maintenance of International Peace and Security»", 18 de julio de 2023. https://www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2023/07/arria-formula-meeting-on-the-25th-anniversary-of-the-rome-statute-the-contribution-of-the-international-criminal-court-to-the-maintenance-of-international-peace-and-security.php?utm_medium=email&utm_campaign=17%20July%202023%20campaign%20II&utm_content=17%20July%202023%20campaign%20II+CID_7f7ee962dcdb378e49055fc59564e819&utm_source=Email%20Newsletter&utm_term=Arria-formula%20Meeting%20on%20The%2025th%20Anniversary%20of%20the%20Rome%20Statute%20the%20Contribution%20of%20the%20International%20Criminal%20Court%20to%20the%20Maintenance%20of%20International%20Peace%20and%20Security

World Bank, Ukraine rapid damage and needes assesment, febrero 2022-2023. https://documents1.worldbank.org/curated/en/099184503212328877/pdf/P1801740d1177f03c0ab180057556615497.pdf

Cómo citar

IIJ-UNAM

Suárez Serrano, Chema, "Hacia un tribunal especial para el crimen de agresión en Ucrania. Un camino (im)posible", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e14748. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748

APA

Suárez Serrano, C. (2025). Hacia un tribunal especial para el crimen de agresión en Ucrania. Un camino (im)posible. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e14748. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.14748

Stephens, Beth, "Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations", *Yale Journal of International Law*, vol. 27, núm. 1, 2002.

Tams, Chrisitian, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Thin, Sarah, "Admissibility vs Jurisdiction in Guyana v Venezuela (ICJ)", *EJIL: Talk!*, 25 de abril de 2023. https://www.ejiltalk.org/admissibility-vs-jurisdiction-in-guyana-v-venezuela-icj/

Tribunal Penal Internacional Para La Antigua Yugoslavia, *Tihomir Blakić (The Prosecutor v. Tihomir Blaškić)*. Sentencia, 3 de marzo de 2000.

Vecchio, Angela del, "International Courts and Tribunals, Standing", *Max Planck Encyclopedias of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, noviembre de 2010. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e79

Villalpando, Santiago, "The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law", *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 21, núm. 2, mayo de 2010, pp. 387-419. https://doi.org/10.1093/ejil/chq038

Cómo citar

IIJ-UNAM

Olvera Amado, José María, "La defensa de derechos colectivos con las obligaciones erga omnes en el derecho internacional: un nuevo paradigma de responsabilidad internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19148. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148

APA

Olvera Amado, J. M. (2025). La defensa de derechos colectivos con las obligaciones erga omnes en el derecho internacional: un nuevo paradigma de responsabilidad internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19148. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19148
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Lobbies and the USMCA: the role of interest groups in the negotiation of the New NAFTA's investment rules[1]

Lobbies y el T-MEC: el papel de los grupos de interés en la negociación de las reglas de inversión del Nuevo TLCAN

Lobbys et l'ACEUM : le rôle des groupes d'intérêt dans la négociation des règles d'investissement du Nouveau ALENA

Lucas **Silva Amorim**
https://orcid.org/0000-0002-8993-9967
Universidade de São Paulo. Brazil
E-mail: amorimlucas@usp.br

Recepción: 6 de febrero de 2024
Aceptación: 12 de noviembre de 2024
Publicación: 26 de febrero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18855

Summary: I. *Introduction*. II. *The United States and the Investment Treaty Regime*. III. *From NAFTA to USMCA: Changes in Investment Rules in North America*. IV. *The Institutional Framework of US Foreign Economic Policy-making*. V. *The Role of Interest Groups in the Negotiation Process*. VI. *Conclusions*. VII. *References*

Abstract: This paper examines the USMCA (United States – Mexico – Canada Agreement) negotiation process that led to the replacement of NAFTA (North American Free Trade Agreement), fulfilling a key Trump-era promise. Focused on Chapter 14's investment provisions, our analysis uncovers the different outcomes for government contract investors, that were able to

[1] This study was financed in part by the *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* - Brasil (CAPES) - Finance Code 001 and the *Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico* (Chamada MCTIC/CNPq 10/2023 - Universal). Previous versions of this paper have been presented at the 6th Graduate Seminar of the Brazilian Association of International Relations and the 27th World Congress of Political Science.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

maintain the protection levels and ISDS (investor-state dispute settlement) access, to the detriment of other investors. Emphasizing the legal framework involving 25 advisory trade committees linked to the United States Trade Representative (USTR), we scrutinize a 40-document corpus, revealing the significant influence of interest groups, notably the National Manufacturers Association. Findings illuminate the intricacies of economic agreement negotiations and underscore lobbies' substantial impact on U.S. foreign economic policy formulation.
Keywords: USMCA; NAFTA; interest groups; foreign investment; United States.

Resumen: Este artículo examina el proceso de negociación del T-MEC (Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá) que llevó a la sustitución del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), cumpliendo una promesa clave de la era Trump. Centrándonos en las disposiciones de inversión del Capítulo 14, nuestro análisis revela los diferentes resultados para los inversores en contratos gubernamentales, quienes pudieron mantener los niveles de protección y el acceso a la solución de controversias entre inversores y Estados (conocida por la sigla inglesa ISDS), en detrimento de otros inversores. Al destacar el marco legal que implica 25 comités comerciales consultivos vinculados al USTR, examinamos un *corpus* de 40 documentos, revelando la influencia significativa de los grupos de interés, especialmente la *National Manufacturers Association* (NAM). Los hallazgos iluminan las complejidades de las negociaciones de acuerdos económicos y destacan el impacto sustancial de los grupos de presión en la formulación de la política económica exterior de Estados Unidos.
Palabras clave: T-MEC; TLCAN; grupos de interés; inversión extranjera; Estados Unidos.

Résumé: Cet article examine le processus de négociation de l'ACEUM (Accord Canada–États-Unis–Mexique), qui a conduit au remplacement de l'ALENA (Accord de libre-échange nord-américain), réalisant une promesse clé de l'ère Trump. Axée sur les dispositions d'investissement du Chapitre 14, notre analyse révèle les résultats divergents pour les investisseurs dans les contrats gouvernementaux, qui ont pu maintenir les niveaux de protection et l'accès au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS en abrégé en anglais), au détriment d'autres investisseurs. En mettant l'accent sur le cadre juridique impliquant 25 comités consultatifs commerciaux liés au représentant américain au commerce (USTR), nous examinons un *corpus* de 40 documents, révélant l'influence significative des groupes d'intérêt, notamment la *National Manufacturers Association* (NAM). Les résultats éclairent les complexités des négociations d'accords économiques et soulignent l'impact substantiel des groupes de pression sur la formulation de la politique économique extérieure des États-Unis.
Mots-Clés: ACEUM; ALENA; groupes d'intérêt; investissement étranger; États-Unis.

I. Introduction

The United States political system is characterized by a deeply fragmented decision-making framework. The level of separation of powers between government branches found there is rarely observed in other developed Western

democracies. The degree of vertical decentralization of power in the country is also notable, as the Constitution of 1787 grants states a high degree of autonomy, often at the expense of the federal government. According to Hacker and colleagues,[2] these characteristics of the US political system empower organized interest groups, as they can operate continuously and engage with diverse forums to accomplish their political goals.

Foreign policy, like any other policy, is also shaped by this fragmented and lobby-prone institutional environment, albeit with some peculiarities. The conduct of international relations is an exclusive prerogative of the federal government, excluding states from the formulation of this policy and relegating them to the role of lobbyists in the process. Still, this responsibility is shared not only between the federal Executive and Legislative branches but also among bureaucratic structures within these branches. The formulation of foreign economic policy, including the negotiation and adoption of trade and investment treaties, revolves around the Office of the United States Trade Representative (USTR), although other federal departments, such as Agriculture, Commerce, State and Treasury, wield significant influence in the formulation and adoption of rules.[3]

President Donald Trump and his Trade Representative, Robert Lighthizer, pledged to renegotiate the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and implement profound changes to the investment rules within the renegotiated agreement, called the United States – Mexico – Canada Agreement (USMCA).[4] The negotiation resulted in a significant reduction in the level of protection offered to foreign investors. This occurred despite the United States having substantial stocks and flows of capital with its neighboring countries, Mexico and Canada. It is worth noting that the exclusion of rules such

[2] Hacker, Jacob S. *et al.* (eds.), *The American political economy: politics, markets, and power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 19.

[3] Vigevani, Tullo, Mendonça, Filipe and Lima, Thiago, *Poder e comércio: a política comercial dos Estados Unidos*, São Paulo, Editora Unesp, 2018, p. 15.

[4] "NAFTA 2.0" received different designations in each signatory country. In Mexico, the agreement is referred to as *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*, with the acronym T-MEC. In Canada, the agreement is officially designated in English as CUSMA, which stands for Canada–United States–Mexico Agreement, and in French as ACEUM, an acronym for *Accord Canada–États-Unis–Mexique*. In this work, the US nomenclature is used, strictly due to the fact it is the most commonly used in the literature.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

as investor-State dispute settlement (ISDS) could potentially have adverse effects even on American investors.

A number of studies, such as those by Blecker,[5] Cabrera an Orlando,[6] Côté and Ali,[7] Gore,[8] and Menezes, Mariano and Contrera,[9] have sought to understand how and why changes in the investment rules from NAFTA to USMCA were implemented. Yet, even those acknowledging the significance of lobbying, such as Sacerdoti,[10] fail to provide comprehensive analysis of these groups' actual engagement in the negotiation process. Consequently, there is a noteworthy gap regarding the specific actions and impact of these interest groups, underscoring the need for additional investigation to elucidate their involvement and untangle the details of the transition from NAFTA to USMCA.

To comprehend how interest groups mobilized to preserve protection for their international investments, the following section of this article will analyze the historical relationship between the United States and the investment treaty regime. The third section will examine the changes made to the investment chapter of the new agreement, with a comparative basis on NAFTA and the defunct Trans-Pacific Partnership (TPP). The fourth section will scrutinize the institutional framework of the United States' foreign economic policy-making, with a particular focus on the space provided for interest groups to express their views in the trade advisory committees under the USTR. The fifth section will analyze the documents produced by these groups within the official consultation system, and in some exceptional cases, outside of it, to

[5] Blecker, Robert A., "The rebranded NAFTA: will the USMCA achieve the goals of the Trump administration for North American Trade?", *Norteamérica*, vol. 16, no. 2, 2021, pp. 289-315. https://doi.org/10.22201/cisan.24487228e.2021.2.516

[6] Cabrera, C. and Orlando, F., "The US-Mexico-Canada Agreement: the new gold standard to enforce investment treaty protection?", *Columbia FDI Perspectives*, no. 269, 2020, p. 3. https://doi.org/10.7916/d8-dh8t-ce37

[7] Côté, Charles-Emmanuel and Ali, Hanza, "The USMCA and investment: a new North American approach?", in Gagne, G. and Rioux, M. (eds.), *NAFTA 2.0: From the first NAFTA to the United States-Mexico-Canada Agreement*, London, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 81-98.

[8] Gore, Kiran Nasir, "From NAFTA to USMCA: providing context for a new era of regional investor-State dispute settlement", *Young Arbitration Review*, no. 34, 2019, pp. 4-9. https://ssrn.com/abstract=3412709

[9] Menezes, Roberto G., Mariano, Karina L. P. and Contrera, Flávio, "Tempos difíceis: os Estados Unidos e o México na «renegociação» do NAFTA", in Bojikian, N. M. P. and Menezes, H. Z. (orgs.), *A economia política do governo Trump*, Curitiba, Appris Editora, 2021, pp. 39-62.

[10] Sacerdoti, Giorgio, "Is USMCA really «the new gold standard» of investment protection?", *Columbia FDI Perspectives*, no. 281, 2020, p. 3. https://doi.org/10.7916/d8-h0hq-bq50

understand the positions of the affected sectors and their influence on the final text of the agreement. Lastly, we present our conclusions in the sixth section.

II. The United States and the Investment Treaty Regime

The United States figured among the pioneers in promoting international investment rules. The Friendship, Commerce, and Navigation (FCN) treaties, which the country signed since its foundation, already contained provisions that can easily be found in contemporary investment treaties, such as granting most favored nation treatment to investors from the partner country and ensuring freedom of establishment.[11] Initially the signing of such treaties was not driven by an interest in promoting a vision of liberal international order but rather to serve the interests of specific bilateral relations, which limited their scope.[12]

Numerous proposals for the establishment of global comprehensive investment rules emerged throughout the 20th century. In the interwar period, discussions were held on adopting global mechanisms to protect the treatment of foreigners and their property within negotiations conducted under the League of Nations.[13] These attempts proved futile as World War II disrupted the possibility of economic cooperation among nations. In the same period, the United States expanded the scope of its FCN treaties, incorporating features of modern investment treaties, as noted by Alschner.[14] This shift entailed a transition from providing generic protection to nationals in other countries to safeguarding the private property of companies engaged in foreign operations.

[11] Vandevelde, Kenneth J., "A brief history of international investment agreements", *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, no. 1, 2005, p. 158. http://ssrn.com/abstract=1478757

[12] Alschner, Wolfgang, "Americanization of the BIT universe: the influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) treaties on modern investment treaty law", *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5, no. 2, 2014, p. 461. http://dx.doi.org/10.3249/1868-1581-5-2-alschner

[13] *Projets de conventions concernant le traitement des etrangers*, 1929. https://archives.ungeneva.org/projets-de-conventions-concernant-le-traitement-des-etrangers-geneve-1928

[14] Alschner, Wolfgang, *op. cit.*, p. 461.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

In the post-war period, European countries and the United States embarked on a substantial expansion of economic cooperation. Foundations of the current economic order, such as the World Bank, the International Monetary Fund (IMF), and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), were put in place in the 1940s. At that time, countries negotiated a new global trade and monetary order while also aiming to adopt multilateral investment rules,[15] as revealed by the Havana Charter, an unratified document that aimed to establish the International Trade Organization in 1948.[16] However, as in subsequent opportunities, divergent positions, particularly between capital exporters and importers, made the adoption of multilateral investment rules an impossible task.[17]

The current investment treaty regime reflects the impossibility of adopting uniform multilateral rules and therefore presents a highly fragmented normative structure. Its enforcement is carried out through investor-State dispute settlement (ISDS) procedures, which allows an investor allegedly affected by a state action prohibited by the investment treaty to file a claim before an arbitral tribunal. This dispute resolution mechanism is guaranteed by multilateral procedural treaties such as the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards[18] and the Washington Convention[19] establishing the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Both legal instruments are designed to ensure the

[15] Vandevelde, Kenneth J., *The first bilateral investment treaties: U.S. friendship, commerce and navigation treaties in the Truman administration*, PhD thesis, San Diego, University of California, 2012, p. 3. https://escholarship.org/uc/item/1640x3p0.

[16] *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment*, 1948. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf.

[17] On at least two other occasions, countries of the Global North, primarily capital-exporting nations with an interest in securing legal protection for their investors, endeavored to promote the negotiation of multilateral investment treaties. The first instance, leading to the convention known as Abs-Shawcross, occurred in the immediate post-war period and served as inspiration for subsequent bilateral and regional investment agreements. In the 1990s, a renewed attempt to negotiate a Multilateral Agreement on Investment (MAI) initially took place within the World Trade Organization (WTO) and later within the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), following its failure in the former organization. However, none of these attempts resulted in the adoption of a binding multilateral treaty.

[18] *Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards*, 1958. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf

[19] *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States*, 1965. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf

global enforcement of awards rendered either by ad hoc arbitral tribunals or those established by ICSID, the World Bank Group institution responsible for the administrative handling of investment dispute proceedings.[20]

The substantive law, that for all purposes establishes rights and obligations between host states and foreign investors, is embodied in the 2,844 bilateral or regional investment treaties currently in force.[21] In the absence of multilateral treaty negotiations, countries seeking to enforce international rules on foreign investments have opted for signing treaties with narrower scopes.[22] In the case of the United States, complete adherence to the investment treaty regime was achieved through the development of a model bilateral investment treaty in the 1980s, during the presidency of Ronald Reagan,[23] and has continued with subsequent reforms culminating in the 2012 bilateral investment treaty (BIT) model.[24]

The majority of investment agreements comprise similar provisions derived from previous attempts to establish multilateral investment treaties (e.g., the Abs-Shawcross Draft Convention). Within the substantive law of the regime, two categories of provisions can be distinguished: relative clauses and absolute clauses. Relative clauses are named as such because they establish treatment standards for investors from one country that reference the treatment offered to other groups of investors. Clauses such as most favored nation and national treatment fall into this category. These provisions guarantee that foreign investors receive treatment no less favorable than that offered to foreign investors from third countries and to nationals of the host country,

[20] Bonnitcha, Jonathan *et al.*, *The political economy of the investment treaty regime*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 5.

[21] Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Reforming international investment agreements*, 2022. https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-06/Reforming-International-InvestmentAgreements.pdf

[22] Bastos, Paulo P. Z., "A política comercial estadunidense: a estratégia de liberalização competitiva, os acordos bilaterais e a ALCA", *Economia Política Internacional: Análise Estratégica*, vol. 1, 2004, p. 37. https://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3103&tp=a

[23] Alschner, Wolfgang, *op. cit.*, p. 464.

[24] Johnson, Lise, "The 2012 US model BIT and what the changes (or lack thereof) suggest about future investment treaties", *Political Risk Insurance Newsletter*, vol. 8, no. 2, 2012, p. 2. https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/160

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

respectively. These clauses generally generate less controversy, as they are already used in other economic treaties, such as trade agreements.[25]

Absolute clauses, as the name suggests, do not equate treatment to that offered to other groups of investors but impose specific obligations in relation to the affected foreign investor. The most prevalent absolute clause in treaties is the prohibition of expropriation of investments without just compensation. This clause encompasses two categories. In the case of direct expropriation, the nationalization of companies, which involves transferring control of the investment from private to government hands, is prohibited. In the case of indirect expropriation, acts that 'amount to expropriation' are prohibited, which, in practice, has led arbitrators to interpret that any state action that, even incidentally, diminishes an investor's profit expectations may be considered a violation of the investment treaty and subject to financial compensation.[26]

Another absolute clause consists of the minimum standard of treatment. Once again, this clause unfolds into specific categories that regulate the behavior of the state towards the private property of foreigners. The first of these implies, in an abstract manner, that government measures affecting the investor should be done in a 'fair and equitable' manner. In the second, the host state must ensure 'full security and protection' to the foreign investor. According to Bonnitcha, Poulsen, and Waibel,[27] the abstract nature and absence of comparative terms provide arbitrators with significant room for interpretation, leading to various tribunals issuing decisions that are seen as exceeding the stated objective of the regime, which is to offer legal certainty to foreign investors in order to promote foreign direct investment (FDI). Building upon this discussion of investment treaties, we will proceed to analyze the modifications made in the investment chapter of the USMCA in relation to NAFTA.

25 Bonnitcha, Jonathan *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

26 *Ibidem*, p. 16.

27 *Idem*.

III. From NAFTA to USMCA: Changes in Investment Rules in North America

Since the 1990s, unfavorable decisions against states and challenges to public policies involving sensitive issues such as the environment and public health have led to significant opposition and criticism of the investment treaty regime and ISDS.[28] In response to these concerns, various governments have proposed alternative approaches to reform the regime, aiming to limit the arbitrators' interpretative discretion and, in some cases, even eliminate the possibility of private investors initiating arbitration.[29]

The reformist momentum also reached the United States, particularly after *Loewen v. United States*, a case in which both the plaintiff and the defendant originated from the developed world.[30] There was a perception that arbitral tribunals had exceeded their original mission of protecting investors from the Global North in jurisdictions of the Global South, generally seen as weak in safeguarding private property, especially that of foreigners.[31]

During his presidency, Barack Obama took a reformist stance by releasing a model bilateral investment treaty in 2012, which aimed to restrict the arbitrators' interpretative discretion through textual modifications.[32] The 2012 Model BIT served as the basis for negotiating the TPP, an economic agreement involving the United States and 11 other economies in the Asia-Pacific region. TPP, however, never entered into force since President Trump with-

[28] Bas Vilizzio, Magdalena, "¿Soberanía en la encrucijada? Nuevas aproximaciones desde la solución de controversias inversor-Estado", in Martens de Willmars, Frédéric (ed.), *Nuevos tiempos, nuevos espacios para las relaciones internacionales y el derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 126.

[29] Amorim, Lucas S. *et al.*, "Missing Calvo? Latin America's love-hate relationship with the investment treaty regime", *Conjuntura Austral*, vol. 12, no. 60, 2021, p. 62. https://doi.org/10.22456/2178-8839.113289

[30] *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3). https://www.italaw.com/cases/632

[31] Polanco Lazo, Rodrigo, "The no of Tokyo revisited: or how developed countries learned to start worrying and love the Calvo Doctrine", *ICSID Review*, vol. 30, no. 1, 2015, p. 2948. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu028

[32] Office of the United States Trade Representative (USTR), *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, 2012. https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

drew the country's signature from the treaty in January 2017, shortly after assuming office.

Statements from both President Trump and his Trade Representative, Robert Lighthizer, prior to the negotiation of the USMCA, revealed clear resistance to investment treaties and ISDS. In one instance, Lighthizer likened the mechanism to 'sugar' that attracted US companies to invest in Mexico and Canada at the expense of the domestic economy.[33] The USTR attributes the previous governments' choice to maintain investor-state arbitration in their trade agreements to the influence of pro-trade lobbying groups that downplay the importance of job and income generation for the American worker, preferring to outsource their operations to countries with cheaper labor.

The opposition of Trump and Lighthizer to investment rules generated a wave of panic in the media. Analysts pointed out the possible exclusion of ISDS as one of the main flaws of the agreement that would replace NAFTA.[34] Despite presidential opposition, the resulting agreement did not completely eliminate the possibility for foreign investors to access ISDS. The USMCA retains all the substantive clauses present in NAFTA, generally adopting the linguistic modifications implemented by the 2012 Model BIT and found in the TPP.[35]

Reforms in the investment chapter aim to neutralize the linguistic "can of worms" of NAFTA's Chapter 11, that made possible ambiguous interpretations of treatment standards definitions.[36] The revised language incorporates the Salini Test, a legal framework that outlines specific criteria for defining an investment. These criteria involve the occurrence of (1) an asset or money

[33] Swanson, Ana, "The little-known trade adviser who wields enormous power in Washington", *The New York Times*, 2018. https://www.nytimes.com/2018/03/09/us/politics/robert-lighthizer-trade.html.

[34] Levy, Phil, "Critique of NAFTA provision highlights team Trump's misconceptions on investment abroad", *Forbes*, 2017. https://www.forbes.com/sites/phillevy/2017/10/23/should-team-trump-encourage-investment-in-mexico; Yong, Lacey, "Lighthizer justifies Trump's opposition to ISDS in NAFTA", *Latin Lawyer*, 2018. https://latinlawyer.com/article/lighthizer-justifies-trumps-opposition-isds-in-nafta; Bodea, Cristina *et al.*, "There's a hidden cost in Trump's new trade agreement with Canada and Mexico", *The Washington Post*, 2019. https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2019/01/02/theres-ahidden-cost-in-trumps-new-trade-agreement-with-canada-and-mexico/

[35] Côté, Charles-Emmanuel and Ali, Hanza, *op. cit.*, p. 89.

[36] Anderson, Greg, *op. cit.*, p. 12.

transfer within (2) a designated timeframe, (3) the assumption of risk by the investor, and (4) contribution to the economic development of the host country.[37] The qualification of clauses such as fair and equitable treatment and full protection and security has been strengthened, shifting the burden to the plaintiff to prove whether their claim finds basis in customary international law.[38]

The USMCA also excludes investor expectations as a determining factor for treatment standard violations. Significant changes, aligned with the 2012 BIT model, include the reformulation of the indirect expropriation clause and clarification that non-discriminatory regulatory measures for legitimate public welfare objectives do not constitute indirect expropriation, except in rare circumstances. The new text reinforces the ability to implement policies for environmental, health, and public safety goals, signaling a limitation in ISDS coverage. Despite innovations, the delegation of interpreting complex issues to private arbitrators, a concern highlighted by Gallegos Zuñiga, persists.[39]

Despite retaining most of the substantive clauses, yet in a modified form, the new agreement severely limits their application through the ISDS mechanism, both in terms of investor nationality and economic sector.[40] The first change is the impossibility, after a transition period that ended on June 30, 2023, of pursuing arbitration cases involving Canadian investors or the Canadian government under the USMCA. According to the agreement's text, the

[37] Grabowski, Alex, "The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini", *Chicago Journal of International Law,* vol. 15, no. 1, 2014, p. 290. https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13. Note that the test is a jurisprudential construct that addresses yet another of the numerous imprecisions and normative gaps that make the regime of investment treaties prone to interpretational divergences. Even though authors like Grabowski argue that the Salini Test is crucial for maintaining the connection between investment promotion and economic development, it is not universally accepted among peers. For instance, the *Quiborax v Bolivia* tribunal employed a modified form of the test that excluded the requirement for the investment to contribute to the economic development of the country. Since there is no appellate body, there is no way to resolve jurisprudential differences.

[38] Gallegos Zúñiga, Jaime, "Algunos cambios que incorpora el T–MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 12, no. 1, 2019, p. 171. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/168639/Algunos-cambios-que-incorpora.pdf.

[39] *Ibidem*, p. 174.

[40] Gantz, David A., *An introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement*, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 14.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

initiation of arbitral proceedings is only possible based on annexes to Chapter 14, and there are only two such annexes between Mexico and the United States.[41]

The general investment regime established by Annex 14-D of the USMCA maintains the potential for arbitral suits, allowing investors from any sector of the U.S. and Mexican economies to engage in such disputes. However, these investors cannot file claims regarding all clauses of the agreement but only in cases of direct expropriation and with respect to the two relative clauses (most favored nation and national treatment).

Table 1. Comparison of investment chapters in US economic agreements

Provisions	*NAFTA*[42]	*TPP*[43]	*USMCA*[44] *(Annex 14-D General Regime)*	*USMCA (Annex 14-E Covered Government contracts)*
Definition of investment includes the Salini test?	No (Art. 1139)	Yes (Art. 9.1)	Yes (Art. 14.1)	Yes (Art. 14.1)
National Treatment	Present (Art. 1102)	Present* (Art. 9.4)	Present* (Arts. 14.4 e 14.D.3)	Present* (Arts. 14.4 e 14.E.2)
Most favored nation	Present (Art. 1103)	Present* (Art. 9.5)	Present* (Arts. 14.5 e 14.D.3)	Present* (Arts. 14.5 e 14.E.2)
Pre-establishment clause	Present (Arts. 1102 e 1103)	Present (Arts. 9.4 e 9.5)	Absent (Art. 14.D.3)	Present (Arts. 14.4, 14.5 e 14.E.2)
Fair and Equitable treatment	Present (Art. 1105)	Present* (Art. 9.6)	Absent (Art. 14.D.3)	Present* (Arts. 14.6 e 14.E.2)

[41] Gallegos Zuñiga, *op. cit.*, p. 175.

[42] *North American Free Trade Agreement: Chapter 11 – Investment*, 1992. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2413/download

[43] *Trans-Pacific Partnership, Chapter 9 – Investment, 2016. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3573/down*load

[44] *Agreement Between Canada, the United States of America, and the United* Mexican States. Chapter 14 – Investment, 2018. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6008/download

Full Security and Protection	Present (Art. 1105)	Present* (Art. 9.6)	Absent (Art. 14.D.3)	Present* (Arts. 14.6 e 14.E.2)
Direct Expropriation	Present (Art. 1110)	Present* (Art. 9.8)	Present* (Arts. 14.8 e 14.D.3)	Present* (Arts. 14.8 e 14.E.2)
Indirect Expropriation	Present (Art. 1110)	Present* (Art. 9.8)	Absent (Art. 14.D.3)	Present* (Arts. 14.8 e 14.E.2)
Exhaustion of Local Remedies	Absent	Absent	Final judicial decision or 30 months (Art. 14.D.5)	Absent

*Text improved with qualifiers such as 'in like circumstances' for relative standards or 'in accordance with the principles of customary international law' for absolute standards, in order to restrict their interpretation.

Although the option for arbitral action exists, it is necessary for the investor to have exhausted all domestic remedies, either through an unfavorable final judicial decision or after a period exceeding 30 months without a resolution from domestic judicial or administrative processes. The full investment provisions of the agreement, including pre-establishment application that guarantees liberalized market access for investors, are exclusively granted to investors listed in Annex 14-E, referred to as covered government contracts.[45] Table 1 provides a comparative overview of the key modifications introduced by the new treaty in relation to its predecessors, NAFTA and TPP.

While the new agreement significantly limits the scope of arbitral actions, it does not completely rule them out. The provisions of Chapter 14 remain intact with minor adjustments in cases initiated under Annex 14-E. Scholars like Cabrera even raise the hypotheses that this represents a paradigmatic shift in the United States' international investment policy, anticipating that in future trade negotiations, the country would maintain access to ISDS only for selected economic sectors based on the frequency with which they file arbitral claims.[46]

Sacerdoti challenges Cabrera's conclusions, attributing the selection of sectors covered in Annex 14-E to the political proximity of those sectors to

[45] These sectors are: exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale of oil and natural gas; supply of power generation services; supply of telecommunications services; supply of transportation services; ownership or management of roads, railways, bridges, or canals.

[46] Cabrera, C. and Orlando, F., *op. cit.*, para. 4.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

the government and lobbying group pressure during the negotiation process. According to him, the new approach implemented by Trump, far from being a gold standard for new agreements, represents a setback marked by 'purely political choices rather than a rational social-economic evaluation of the benefits of FDI protection'.[47] In the following sections, we will analyze the role of lobbying groups in the formulation of the country's foreign economic policy in general and, more specifically, in relation to the case under study, to determine if these hypotheses holds true.

IV. The institutional framework of US Foreign Economic Policy-making

While it is not the aim of this work to delve into the origins and development of the institutions responsible for shaping the country's international economic policy, it is worth summarizing the process of establishing the system of advisory committees that assist the USTR and the president of the United States in addressing private sector demands regarding trade and investment agreements.

According to Vigevani, Mendonça, and Lima, the demand for an advisory role of the private sector in the process of trade policy formulation gained traction following the implementation of the Trade Act of 1974. This legislation brought about significant changes to the system of trade policy formulation, which remain in effect to this day. It positioned the Special Trade Representative (STR), the precursor to the USTR, as the central figure in negotiating trade agreements, both bilaterally and within multilateral frameworks such as GATT. Before the law came into effect, the authority of the STR faced competition from the Department of State and the National Security Council for influence in shaping and negotiating the nation's international economic policy.[48]

On one hand, the 1974 law solidified the STR's role as the government's interlocutor in economic negotiations, but on the other hand, it also propelled a progressively complex system of advisory councils composed of members from the private sector or civil society. The government's objective

[47] Sacerdoti, Giorgio, *op. cit.*, para. 7.

[48] Vigevani, Tullo, Mendonça, Filipe and Lima, Thiago, *op. cit.*, p. 152.

was not only to gather information about private sector interests but also to shape domestic consensus regarding foreign economic policy.[49]

Committee members are granted access to confidential information concerning ongoing negotiations. Additionally, their advisory role, which was previously optional, become mandatory. Negotiators who refuse to heed the committees' advice must report to the members and provide justification for their decisions. Another consequence of the law was the establishment of what is commonly referred to as the 'fast track' process, which grants the president extraordinary powers for the streamlined negotiation of economic agreements. These elements constitute fundamental characteristics of the US international economic policy-making that endure to this day, albeit with some modifications. In 1979, the STR was renamed the USTR, aiming to confer greater significance to the agency without necessitating the creation of a new government department.[50]

The advisory system has undergone various reorganizations over the years. At the top of this hierarchy is the Advisory Committee on Trade Policy and Negotiations (ACTPN). At the second tier of the system, we find five committees. Focusing on the agricultural sector is the Agriculture Policy Advisory Committee (APAC), whose members are nominated jointly by the USTR and the Department of Agriculture. The Labor Advisory Committee for Trade Negotiations and Trade Policy (LAC) consists of labor union representatives, jointly appointed with the Department of Labor. The Trade and Environment Policy Advisory Committee (TEPAC), whose members are appointed with input from the Environmental Protection Agency (EPA), is responsible for assessing the environmental impact of trade agreements. The Intergovernmental Policy Advisory Committee (IGPAC) consists of representatives from subnational governments. Less relevant to the topic discussed in this article, a committee was also established for negotiations involving Africa, called TACA (Trade Advisory Committee on Africa).[51]

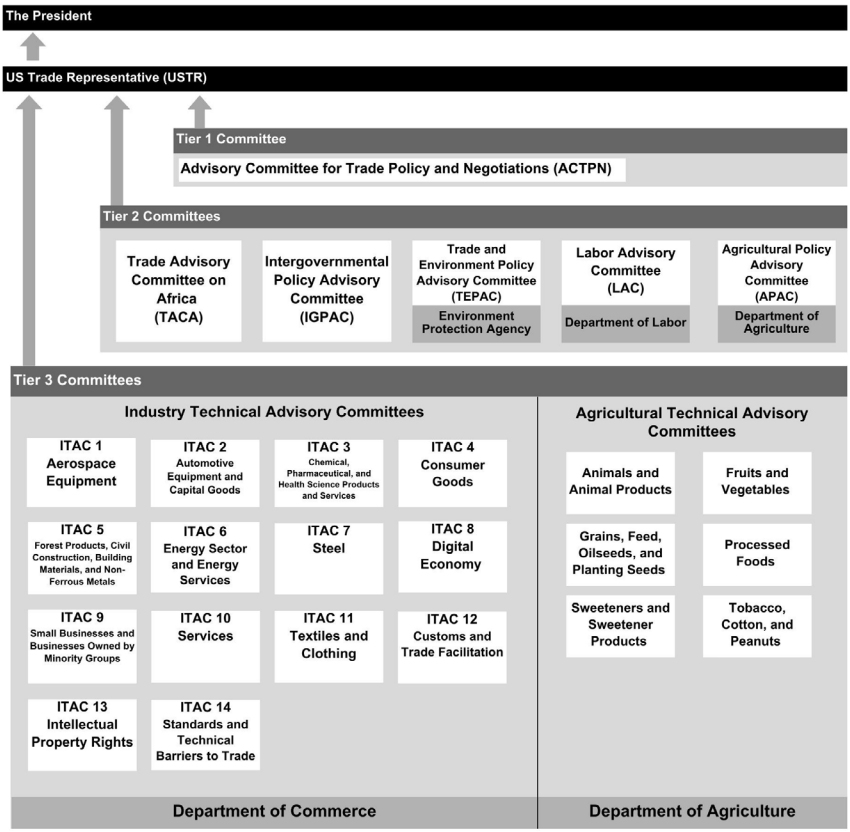
[49] *Ibidem*, p. 155.

[50] *Ibidem*, p. 215.

[51] General Accounting Office (GAO), *Advisory Committee System should be updated to better serve U.S. policy needs*, 2002. https://www.gao.gov/assets/gao-02-876.pdf; Oliveira, Marcelo F. and Geraldello, Camila S., "O USTR e a institucionalidade da política externa comercial dos Estados Unidos", paper delivered at the 4th national meeting of the Brazilian Association of International Relations, Belo Horizonte, July 2013. https://www.encontronacional2013.abri.org.br/download/download?ID_DOWNLOAD=385

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Figure 1. The USTR Advisory Committee System
during the USMCA Negotiation Process



Source: The Author with data from General Accounting Office (GAO), *op. cit.*; Oliveira, Marcelo F. and Geraldello, Camila S., *op. cit.* and USTR, *Advisory Committees*.

The third tier of the advisory system is formed by committees that represent the interests of specific industrial and agricultural sectors. There are six Agricultural Technical Advisory Committees for Trade (ATACs) that focus on specific agricultural sectors, ranging from fruits and vegetables to sweeteners and processed foods. Meanwhile, the fourteen Industry Trade Advisory Committee (ITACs) cover a wide range of topics, including aerospace equipment (ITAC 1), standards and technical trade barriers (ITAC 14), and small

and minority-owned enterprises (ITAC 9).[52] The composition of the advisory committee system during the USMCA negotiation is illustrated in Figure 1.

In the following sections, we will explore how interest groups operated in the negotiation process that led to the USMCA, taking into account this institutional framework established by the 1974 law as amended.

V. The Role of Interest Groups in the Negotiation Process

The trade advisory system, which offers input on all pertinent international economic negotiations, played a significant role in the renegotiation process of NAFTA. The period from September 27 to October 25, 2018 was when this system was active and issued reports with its opinions on the text that had been negotiated up to that point. In addition to being important in itself as a tool to assess the objectives of the various sectors included in the consultative process, the analysis of these documents will provide us with information about a critical period in the negotiations when the confidentiality of discussions among representatives of the three North American countries was emphasized.

A total of 40 documents were analyzed, including reports and addenda. The documents produced by the 25 advisory committees were examined for considerations regarding the investment chapter of the new agreement. In addition to the reports and addenda presented by the committees, we included testimonies from seven other entities that were found during the research process. Furthermore, in addition to all these documents, we chose to analyze an attachment to the report of ITAC 2 (Automotive Equipment and Capital Goods) presented by the union representing workers in that sector – the United Auto Workers (UAW).

For ease of reading, this analysis is divided into the following subsections: (1) the top tier committee, ACTPN, and most second tier committees LAC, TEPAC, IGPAC, (2) APAC and the six ATACs, focusing on the agricultural sector; (3) ITACs 1 to 14; and finally, (4) documents issued by entities outside the official advisory system of the USTR.[53] It is worth noting that during this

[52] General Accounting Office (GAO), *op. cit.*, p. 9; Oliveira, Marcelo F. and Geraldello, Camila S., *op. cit.*, p. 11; USTR, *Advisory Committees*.

[53] All documents analyzed in this section have been cataloged in an Appendix to this paper

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

period, alongside the drafting of the NAFTA replacement, there was uncertainty regarding the continuation of a trilateral agreement, as indicated by the text analysis. Trump considered excluding Canada from the new agreement, although this threat was not ultimately carried out.

1. *Political Advisory Committees (ACTPN, LAC, TEPAC, and IGPAC)*

LAC, the advisory committee composed of labor union representatives, strongly opposed the inclusion of ISDS in the agreement. The report describes the dispute settlement mechanism as a 'parallel justice system' that 'favors foreign producers over domestic ones' and 'promotes outsourcing'. Moreover, the LAC believes that the current text clashes with the fast-track legislation (Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act of 2015), which required language demanding an ISDS appellate mechanism in future trade and investment treaties.[54] In an addendum after the negotiation, the committee approves of the modifications made by Trump that reduce the scope of ISDS application and restrict the clauses accessible to investors, but would like to see it completely scraped from the agreement.[55]

The IGPAC, composed of representatives from subnational entities (state and local governments, as well as collective representations of their legislative and judicial bodies), also took a predominantly opposing stance towards the investment chapter provisions that continued to grant foreign investors access to ISDS. According to the report:[56]

> Most, but not all, IGPAC members believe that the complete elimination of the investor-state dispute resolution mechanism would improve the Trade Agreement between the United States and Mexico. […] The USTR should further improve the investor-state dispute mechanisms by drawing upon the variety of thoughtful reform proposals that have been generated by trade groups and bar associations in recent years.

and are accessible through the following link: osf.io/ce8nd

[54] Labor Advisory Committee on Trade Negotiations and Trade Policy (LAC), *Report on the impacts of the renegotiated North American Free Trade Agreement*, September 27, 2018.

[55] Labor Advisory Committee on Trade Negotiations and Trade Policy (LAC), *addendum to the report*, October 25, 2018.

[56] Intergovernmental Policy Advisory Committee, *Report of the Intergovernmental Policy Advisory Committee on the trade agreement between the U.S., Mexico and potentially Canada*, September 27, 2018.

Among the reforms deemed positive by the IGPAC are the exclusion of the application of national treatment, most favored nation, and direct expropriation clauses in the pre-establishment phase of investment for most sectors. Additionally, the report highlights the maintenance of a three-year transition period for NAFTA provisions, the inclusion of article 11.14 allowing a party to restrict rights granted to a company controlled by a third country, the provision outlined in Annex 11-D requiring exhaustion of local remedies before admitting an arbitral claim, the elimination of the possibility of applying the ISDS provision with Canada, and the inclusion of a footnote in Annex 11-D preventing the use of provisions from other agreements between the United States and Canada through the MFN clause. Consequently, the represented entities perceive the renegotiated text as a partial, yet notable, advancement.

Contrary to the other committees, the members of TEPAC, responsible for the environmental analysis of trade agreements, did not reach a clear conclusion. The committee divided itself into two groups. One believed that ISDS was an important tool for protecting investors, while the other group argued that it could be easily abused, potentially preventing the state from regulating in favor of the environment and other related issues. Despite the lack of consensus, the committee reached a compromise and proposed several reforms, including: limiting the legal remedies and compensation amounts that could be granted by tribunals; providing greater clarity to substantive clauses to reduce arbitrators' interpretive discretion; establishing the requirement to exhaust domestic remedies; implementing transparency obligations such as document disclosure and the possibility of Amicus Curiae participation; and establishing an appellate mechanism.[57]

Since many of the proposals were not addressed, the TEPAC opposed granting special treatment to sectors such as oil and gas. The members, nevertheless, reached a consensus that there was progress concerning Chapter 11 of NAFTA, and they considered the exclusion of the possibility of ISDS application between the United States and Canada as a positive outcome. They held the view that both countries had independent judicial systems that had not displayed bias towards investors from either country.

[57] Trade and Environment Policy Advisory Committee (TEPAC), *Report of the Trade and Environment Policy Advisory Committee on the North American Free Trade Agreement 2018*, September 27, 2018.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

The ACTPN, considered the highest advisory committee on international economic policy matters, did not provide an opinion on Chapter 14 of the agreement, which pertains to investment. Similar to the previous committees (LAC, IGPAC, and TEPAC), the ACTPN believes it is crucial for Canada to be included in the negotiations and the final agreement.[58] The committee issued an addendum to its report, celebrating the achievement of a trilateral agreement among the countries in October, following President Trump's announcement on September 30th that Canada had rejoined the negotiations.[59]

2. *Agricultural Advisory Committees (APAC and ATACs)*

The ATAC on tobacco, cotton, and peanuts issued separate opinions regarding each of the represented agricultural products.[60] The section on tobacco emphasizes the importance of maintaining ISDS clauses to protect trademarks of companies that use tobacco produced in the United States, likely referring to notable cases where ISDS was used in an attempt to freeze regulations on cigarette advertising and other tobacco-related products, such as *Philip Morris v. Uruguay* and *Philip Morris v. Australia*.[61] The committee did not evaluate that without the provisions on indirect expropriation, which were excluded for most cases in the new agreement, it would be impossible to initiate those ctionns. This ATAC also broadly asserts that, from a public health standpoint, the text is not yet ideal but represents progress compared to NAFTA.

The members of the ATAC on sweeteners unequivocally support investment provisions equivalent to those offered by NAFTA, stating that the 'erosion of ISDS provisions' undermines the 'stability and predictability' provided

[58] Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations (ACPTN), *The Advisory Committee for Trade Policy Negotiations (ACTPN) Committee report to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the trade agreement*, September 27, 2018.

[59] Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations (ACPTN), *addendum*, October 25, 2018.

[60] Tobacco, cotton, and peanuts ATAC, *Report of the Industry* [sic] *Trade Advisory Committee on tobacco, cotton, and peanuts on the trade agreement*, September 27, 2018.

[61] *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* (UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12). https://www.italaw.com/cases/851; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7). https://www.italaw.com/cases/460

by the original arrangement.[62] The committee notes that companies in the sector have already benefited from investor-state arbitration, as seen in the case of *Cargill v. Mexico*, where it was determined that tariffs imposed on high-fructose corn syrup imported from the United States by Mexico were illegal.[63] This ATAC also opposes the inclusion of a sunset clause in the agreement, which would require an automatic renegotiation process every five years. In an addendum, following the announcement that it was possible to include Canada in the final agreement, the committee affirms that the partial maintenance of investment provisions (between Mexico and the United States) is positive. However, they believe it would be better to have a more robust set of rules that encompass all sectors.[64]

The ATAC on processed foods opposed proposals that would result in reducing the level of protection offered to investors from the United States, especially by distinguishing the level of protection based on economic sectors as outlined in the annex system of the new USMCA.[65] The report emphasizes that the processed food and beverage industry relies on complex supply chains and international investments to secure its raw materials, requiring therefore a high level of legal certainty. The modifications are seen as setbacks to the country's trade policy agenda, creating legal uncertainty and the potential for discrimination against products made in the United States. A majority of the committee expresses concern over the purported negotiation of a Mexico-United States bilateral agreement and conditions its support for the new agreement on the inclusion of Canada in the final version. The addendum does not introduce any new developments regarding this issue.[66]

The ATACs on grains, feed, oilseeds, and planting seeds; fruits and vegetables; and animals and animal products were the ones that expressed the least support for investor-state arbitration mechanisms. The first commit-

[62] Sweeteners and sweetener products ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee (ATAC) for sweeteners and sweetener products*, September 27, 2018.

[63] *Cargill, Incorporated v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2). https://www.italaw.com/cases/223

[64] Sweeteners and sweetener products ATAC, *Supplemental ATAC letter on USMCA*, October 23, 2018.

[65] Processed foods ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee for trade in processed foods*, September 27, 2018.

[66] Processed foods ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee for trade in processed foods (addendum)*, October 25, 2018.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tee made a generic mention of the need to eliminate measures that result in 'investment distortions' and expressed general disapproval of the weakening of dispute settlement mechanisms, without specifically mentioning ISDS.[67] The second committee (fruits and vegetables) does not mention the investment chapter of the agreement,[68] and the same goes for the third committee (animal products).[69] The committee that encompasses all agricultural sectors, the APAC, also does not mention the investment chapter.[70] However, all four committees mentioned in this paragraph emphasize the importance of including Canada in the final version of the agreement.

3. *Industrial Trade Advisory Committees (ITACs)*

Unlike the ATACs, which are named after the specific products they represent, the ITACs were, during the negotiation of the USMCA, numbered from 1 to 14.[71] ITAC 2, which focuses on automotive equipment and capital goods, identifies Chapter 14, related to investment, as an area that could be improved.[72] This committee views the retaining of certain protection standards (direct expropriation and most favored nation) as positive, but opposes the exclusion of the fair and equitable treatment, full protection and security, and indirect expropriation clauses, which it equates to rights guaranteed by the US Constitution and domestic laws. The committee members argue that excluding the pre-establishment application of these agreement clauses reduces the ability to expand operations and sales to Mexico. Additionally, alongside

[67] Grains, feed, oilseeds, and planting seeds ATAC, *Report of the Industry Trade Advisory Committee on grains, feed, oilseeds, and planting seeds*, September 27, 2018.

[68] Fruits and vegetables ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee for trade in fruits and vegetables*, September 27, 2018.

[69] Animal and animal products ATAC, *Report of the animal and animal products Agricultural Technical Advisory Committee (ATAC)*, September 27, 2018; Animal and animal products ATAC, *addendum to the Committee Report on the New U.S.-Mexico-Canada Agreement*, October 25, 2018.

[70] Agriculture Policy Advisory Committee (APAC), *Report of the Agricultural Policy Advisory Committee*, September 27, 2018.

[71] Note that the number of committees is frequently changed, and topics are sometimes divided into different committees, merged for joint deliberation, or new topics are included in the advisory system. During the negotiation of the TPP the composition of the ITACs consisted of 16 committees instead of 14.

[72] ITAC on automotive equipment and capital goods (ITAC 2), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on automotive equipment and capital goods*, September 27, 2018.

the elimination of anti-dumping provisions, ITAC 2 believes that the erosion of ISDS provisions diminishes the predictability and legal stability in North America. The comments are made under the assumption of Canadian participation, and the committee states that its support is contingent upon Canada's involvement.

ITAC 2 presented an addendum to its initial report, after it became clear that Canada's participation was guaranteed, offering partial support for the text under negotiation.[73] The committee advocated for the inclusion of investment rules similar to those found in NAFTA. However, the committee's decision was not unanimous, and the United Auto Workers, the union representing workers in the automobile industry, presented a separate opinion as an attachment to the committee's report. In contrast to the employers' representatives on the committee, the union believes that the reduction in access to ISDS is 'a step in the right direction' as the current system favors foreign investors at the expense of citizens and promotes outsourcing.

ITAC 3 focuses on chemical, pharmaceutical, and health science products and services. The committee emphasizes the importance of investment rules for maintaining production chains.[74] While acknowledging the partial retention of protection clauses for foreign investors, the committee advocates for the preservation of clauses such as national treatment and most favored nation, as well as clauses that prohibit performance requirements such as technology transfer, the use of domestic content, or the imposition of export obligations. This ITAC asserts that if these clauses are not included in the final agreement, it would result in unequal protection for US and Mexican investors. Mexican investors would have access to the same level of protection through US domestic courts, while the reverse would not be true. The committee also expresses disappointment over Canada's decision not to participate in the investment chapter.

The next advisory committee, ITAC 4'ealing with consumer goods, states that it 'does not support limiting the access to ISDS provisions to a limited number of sectors' as it perceives a contradiction with the history of the

[73] ITAC on automotive equipment and capital goods (ITAC 2), *addendum to the earlier (September 28, 2018) Report of the Industry Trade Advisory Committee on automotive equipment and capital goods*, October 24, 2018.

[74] ITAC on chemicals, pharmaceuticals, health/science products and services (ITAC 3), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on Industry Trade Advisory Committee on chemicals, pharmaceuticals, health/science products and services (ITAC 3)*, September 25, 2018.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

country's trade policy.[75] Committee members also regard ISDS as a tool 'supported by the business community' that ensures 'American investors, companies and their workers will be treated fairly overseas'. ITAC 4 conditions the partial support offered to the renegotiated agreement to the inclusion of Canada in its final version.

ITAC 5 covers a wide range of sectors, including forest products, civil construction, building materials, and non-ferrous metals. This committee, like several others, opposed the negotiation of a bilateral agreement solely between Mexico and the United States.[76] A majority of committee members also conditioned their support for a trilateral agreement on the inclusion of investment clauses that extend beyond Mexico and the United States, specifically in certain economic sectors. Members of ITAC 5 reference the *Abitibi-Bowater v. Canada* case as an example of the importance of maintaining the validity of the investment chapter with Canada.[77] The report emphasizes the significance of preserving the legal protection provided by ISDS for the mining sector, which, due to inherent reasons, cannot easily repatriate its investments. However, some committee members recognize the trade-off between sovereignty and investment protection, considering the protections offered by the US judicial system to be sufficient.

ITAC 6 deals with the energy sector and energy services. In its report, the committee identifies ISDS as one of the top five concerns of the sector since it depends on capital-intensive and long-term investments.[78] The committee acknowledges the significance of reintegrating the energy sector into the investment chapter of the renegotiated agreement. This refers to the sector's inclusion in Annex 11-E, which ensures a level of protection comparable to that of the TPP and NAFTA. However, the committee recommends expanding the scope of Annex 11-E to include sectors indirectly linked to energy generation, such as uranium extraction and processing. In the addendum fol-

[75] ITAC on consumer goods (ITAC 4), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on consumer goods*, September 27, 2018.

[76] ITAC on forest products, building materials, construction, and nonferrous metals (ITAC 5), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on forest products, building materials, construction, and nonferrous metals*, September 27, 2018.

[77] *AbitibiBowater Inc., v. Government of Canada* (ICSID Case No. UNCT/10/1). https://www.italaw.com/cases/39

[78] ITAC on energy and energy services (ITAC 6), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on energy and energy services*, September 27, 2018.

lowing the negotiation, the committee expresses regret over the limited access to ISDS in certain sectors with Mexico and the complete exclusion of Canada from investor-state arbitration. Given the significant reduction in the level of protection offered by the USMCA, the committee members believe it should not be seen as a model to be adopted for future trade negotiations by the country.

ITAC 8, the thematic committee on digital economy, was one of the most vocal advocates for the investment provisions of NAFTA.[79] The report argues for the adoption of 'as strong as possible' provisions for US investors abroad in US trade agreements and bilateral investment treaties. The committee strongly believes that the agreement should maintain its trilateral nature, including Canada.

ITAC 9 addresses the interests of small businesses and businesses owned by minority groups. The report briefly comments on Chapter 14, as well as its Annexes D and E, considering them suitable for promoting US interests.[80] ITAC 9 is another committee that strongly encourages the government to continue negotiations with Canada in order to reach a trilateral agreement.

The committee on services, ITAC 10, dedicated the most pages to the topic of investment. Its report recognizes ISDS as 'vital' to ensure the property rights of US investors.[81] It considers NAFTA as a good starting point but believes that the advancements implemented by the TPP and the 2012 model BIT should be incorporated into the text of the new agreement. Unlike other committees that were satisfied or offered their partial support to the new wording of the investment chapter, ITAC 10 considers it inappropriate for the defense of US economic interests.

ITAC 10's report tries to anticipate the problems that could be caused by abandoning the investment chapter clause by clause. Four main issues were highlighted: the inability to use ISDS to ensure a similar degree of property rights protection to that found in the United States, the elimination of the pre-establishment clause, the need to exhaust local remedies, and the requirement of government contracts for certain sectors to access ISDS. It also

[79] ITAC on the digital economy (ITAC 8), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on the digital economy*, September 25, 2018.

[80] ITAC on small and minority business (ITAC 9), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on small and minority business*, September 27, 2018.

[81] ITAC on services (ITAC 10), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on services*, September 27, 2018.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

emphasizes that interstate arbitration is an inadequate tool for resolving investment disputes. Like many others, ITAC 10 conditions any support for the agreement on maintaining its trilateral nature. A subsequent addendum states that the modifications implemented in the USMCA are unwarranted and could harm the country, and therefore should not be taken as a model for future economic agreement negotiations.[82]

ITAC 13, the committee on intellectual property rights, expresses 'serious concerns' regarding the investment topic, particularly regarding the resolution of disputes between investors and states.[83] Additionally, it states that numerous foreign investments involve intellectual property components and that it is not beneficial for the United States to restrict companies' rights to protect their intellectual property.

Five committees, namely ITAC 1 (Aerospace Equipment),[84] ITAC 7 (Steel),[85] ITAC 11 (Textiles and Clothing), [86] ITAC 12 (Customs and Trade Facilitation),[87] and ITAC 14 (Standards and Technical Barriers to Trade),[88] did not make significant comments on Chapter 14 – Investment. All of them expressed opposition to the negotiation of a bilateral agreement between Mexico and the United States.

4. *Statements outside the official advisory framework*

Expressions to the USTR are possible outside the official advisory committee system, despite limitations like the inability to access the draft agreements

[82] ITAC on services (ITAC 10), *addendum on the U.S.–Mexico–Canada Agreement ("USMCA") to the report submitted by the Industry Trade Advisory Committee on services ("ITAC 10") on September 27, 2018*, October 19, 2018.

[83] ITAC on intellectual property rights (ITAC 13), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on intellectual property rights (ITAC-13)*, September 27, 2018.

[84] ITAC on aerospace equipment (ITAC 1), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on aerospace equipment*, September 27, 2018.

[85] ITAC on steel (ITAC 7), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on steel*, September 27, 2018.

[86] ITAC on textiles and clothing (ITAC 11), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on textiles and clothing*, September 27, 2018.

[87] ITAC on customs matters and trade facilitation (ITAC 12), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on customs matters and trade facilitation*, September 27, 2018.

[88] ITAC on standards and technical trade barriers (ITAC 14), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on standards and technical trade barriers*, September 27, 2018.

being negotiated. In the case of the NAFTA renegotiation, these drafts were subject to a 25-year confidentiality agreement signed by the parties. As mentioned earlier, a public hearing process prior to the agreement negotiation took place from June 27 to 29, 2017. Additionally, various private sector entities and non-governmental organizations expressed their demands through public statements regarding the drafting of the new agreement. This subsection gathers those publicly available expressions. Note that time constraints and the overwhelming volume of data prevent a comprehensive analysis of these documents. Testimonies given at public hearings, for example, were not transcribed by the USTR and are only available in video format, making it impossible to analyze them in this article. Given the analysis of the entirety of the advisory committee reports, the documents analyzed here should be understood as complementary to the research and analysis effort.

The National Association of Manufacturers (NAM) expressed its position even before the public hearings process in June 2017. In a letter to the USTR, in which it requested to testify at that occasion, the organization took a strong stance on the investment issue.[89] Firstly, NAM felt the need to counter the hostile stance towards foreign investment observed in the new government. The organization emphasized that there is no trade-off between trade, investment with Mexico, and jobs in the United States. The document highlights the need for investment provisions and enforcement mechanisms, namely ISDS. With optimism, the group lists as its primary objective in renegotiating NAFTA's Chapter 11 to 'raise investment standards to the level of the United States' and expand ISDS coverage to intellectual property.

The NAM intends to achieve this objective by maintaining the pre-establishment clause and establishing a ratchet clause, which would solidify American access to foreign markets and prohibit rollbacks in investment protection levels. Additionally, the organization advocates for preventing forced technology transfers, a common requirement for foreign investment establishment. The document also supports expanding the use of ISDS to government contracts that pertain to: (a) natural resources controlled by state entities, including their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, and sale; (b) the provision of public services such as electricity generation and

[89] National Association of Manufacturers, *Comments of the National Association of Manufacturers on negotiating objectives regarding modernization of the North American Free Trade Agreement with Canada and Mexico*, June 12, 2017.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

distribution, water treatment and distribution, and telecommunications; or (c) infrastructure projects such as road construction, bridges, canals, dams, or oil and gas pipelines that are not exclusively or predominantly for government use.

Table 2. Comparison of Investment Agreement Provisions and United States Domestic Law

Protection provided by ISDS	*US Law Provisions*
Non-discrimination (National Treatment/ Most Favored Nation)	14th Amendment (Equal protection clause)
Fair and Equitable Treatment/ Minimum Standard of Treatment	5th and 14th Amendment (Due process clause), Administrative Procedure Act
Government Expropriation Compensation	5th Amendment (Takings clause) and state constitutions

Source: National Association of Manufacturers (2017)

The trade association also advocates for expanding access to ISDS to all sectors and extending the investment provisions' duration to ten years after termination. The NAM presents an interesting argument regarding the investment provisions that draws historical precedents from the evolution of the United States' investment agreement system: the comparison of ISDS clauses with the domestic protection offered by the country to private property, as seen in Table 2.

The National Foreign Trade Council (NFTC) is a business association that, according to its website, 'advocates for a rules-based global economy'. In a statement during the USTR hearings held on June 29, 2017, the organization's president expressed that the renegotiation process should focus on improving the provisions of NAFTA, which is considered a success, rather than implementing new trade and investment restrictions.[90] Like several other institutions analyzed throughout this section, the NFTC considers it essential to maintain the trilateral nature of the agreement. Regarding investment pro-

[90] Yerxa, Rufus, *Testimony of ambassador RufusYerxa, president, National Foreign Trade Council*, June 29, 2017.

visions, the organization expresses support for modernizing the investment chapter by expanding the coverage of rules to state-owned enterprises. Additionally, at that time, the NFTC opposed the introduction of thematic carve-out clauses (e.g., tobacco, health, etc.).

The Canadian union Unifor was the only labor organization outside the United States that provided a specific statement regarding Chapter 11 of NAFTA. The organization recommends the complete repeal of Chapter 11, without replacement, as it believes that the arbitration cases unfairly favored foreign investors at the expense of important public policies.[91]

The Cato Institute, a self-described libertarian think tank, devotes few lines to the topic of investment, but considers the TPP model as a reference to be adopted in the renegotiation.[92] It highlights the role of NAFTA in generating the crisis of trade agreements by integrating investment to its text, considering the current negotiation process as a moment for reflection on whether this practice should be maintained.

The American Petroleum Institute, an organization representing oil producers and refiners, considers the preservation of the ISDS in its original format, without making it a voluntary adoption provision or weakening its clauses, as one of the main objectives in its position paper.[93] The other two objectives are the elimination of the 5-year sunset clause and ensuring market access for the energy sector in Mexico.

Lastly, a few months prior to the advisory committee process, the influential corporate lobbying group, the Business Roundtable, issued a statement published on its website. According to the organization, the modernization and strengthening of NAFTA should include the retention of ISDS provisions, ensuring fair treatment for US investors in foreign markets and enabling US companies to pursue international growth opportunities with confidence.

A summary of the positions expressed by various economic and social sectors is provided in Table 3. We discriminated sectors represented in the USTR trade advisory committee systems in three groups: *Pro-ISDS* (those

[91] Unifor, *Unifor position statement on the renegotiation of the North American Free Trade Agreement*, July, 2017.

[92] Lester, Simon, Manak, Inu and Ikenson, Daniel, *Renegotiating NAFTA in the era of Trump: keeping the trade liberalization in and the protectionism out*, CATO Working Paper No. 46, August 14, 2017.

[93] American Petroleum Institute *NAFTA protects US national security: how to increase US influence over Russia and China in Mexico's energy market*, February 19, 2018.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

who advocated for either maintenance of current rules or even an upsurge in investment protection, including ISDS), *Indifferent* (those sectors that did not support neither express dissatisfaction with the proposed investment rules), and *Against-ISDS* (sectors that either expressed satisfaction with the investment rules rollback or demanded the complete removal of investment rules from the treaty).

Table 3. Positions for sectors involved in the negotiation process

Against-ISDS	Indifferent	Pro-ISDS
Labor unions (LAC, Unifor, UAW) Environmental groups (TEPAC) Local governments (IGPAC)	Agrifood sector (ATACs on grains, feed, oilseeds, and planting seeds; fruits and vegetables; and animals and animal products; APAC) Aerospace equipment (ITAC 1) Steel (ITAC 7) Small businesses and businesses owned by minority groups (ITAC 9) Textiles and clothing (ITAC 11) Technical standards committees (ITACs 12 and 14) ACPTN (Tier 1 Committee)	Agrifood sector (ATACs on process foods; tobacco, cotton and peanuts; and sweeteners) Automotive equipment and capital goods (ITAC 2) Chemical, pharmaceutical, and health science products and services (ITAC 3) Consumer goods (ITAC 4) Forest products, civil construction, building materials, and non-ferrous metals (ITAC 5) Energy and energy services (ITAC 6) Digital Economy (ITAC 8) Services (ITAC 10) Intellectual property rights (ITAC 13) American Petroleum Institute Business Roundtable National Association of Manufacturers

VI. Conclusions

The documentary analysis conducted in this study has yielded significant findings regarding the renegotiation of NAFTA, which gave rise to the USMCA. It has illuminated the interests of key economic, social, and political sectors within the United States and their connection to the provisions of the new agreement. However, the inherently secretive nature of lobbying poses

a challenge, and we recognize that a study relying solely on publicly available data about the actions of interest groups is destined to only partially capture the activities of these actors. We acknowledge, for instance, that major corporations may bypass the official consultation mechanism and, due to greater resource availability, engage in direct lobbying with the Executive and members of Congress. Therefore, further studies are essential to uncover the lobbying activity during the negotiation of the USMCA.

The negotiations were held during a time when investment rules were widely questioned. Numerous reform proposals were (and still are) being discussed in international forums, and the United States had been actively involved in the reform process. This is evident through the revision of the 2012 model BIT and subsequent changes in the TPP. The ongoing negotiation process has incorporated several of these modifications into its final text.

Despite the similarities with the TPP, the USMCA introduces changes that go beyond the text that served as its inspiration. One notable change is the severe restriction imposed on most sectors regarding access to ISDS, which surpasses the efforts of other recent reform initiatives, with the notable exception of proposals from Latin American countries such as Bolivia, Brazil, Ecuador, and Venezuela. However, while the radical response from South American countries can be expected due to their disproportionate exposure to investment arbitration cases, it is surprising to see such a response from the United States. As the world's largest capital exporter, the country has never suffered a defeat in any ISDS case.

It is noteworthy to perceive that the 'plutocratic-populist coalition' led by Trump, as described by Hacker and colleagues,[94] faced tensions during the negotiation of this agreement. A coalition formed by workers represented by labor unions (LAC, Unifor, UAW), supported by environmentalists (TEPAC), and representatives of local governments (IGPAC) expressed opposition to the inclusion of investment rules in the final version of the agreement. Members of these committees tended to view the reduction in the level of protection for former investors as a positive development in the renegotiated text compared to the provisions found in NAFTA.

The committees representing specific economic sectors, which were dominated by representatives of employers, tended to oppose the changes implemented by USMCA. Sectors heavily reliant on the internationalization

[94] Hacker, Jacob S. *et al.*, *op. cit.*, p. 35.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

of supply chains, such as services, the digital economy, and processed foods, strongly opposed the renegotiated investment chapter, viewing it as contrary to the country's economic interests. A second group partially supported Trump's proposal to create two ISDS systems, segregating companies from certain sectors with government contracts into a more privileged category. This group primarily consisted of sectors that would benefit from this arrangement, such as the energy sector, or few sectors that were more receptive to criticism regarding ISDS and therefore perceived the restrictions as a step forward. A third, smaller group, generally composed of entities engaged in simpler economic activities that do not require international supply chain integration, showed apathy towards investment rules.

One notable finding was the level of influence of the National Manufacturers Association's proposal on the final drafting of the USMCA. The business association's proposal to include government contracts in the ISDS was accepted and incorporated as a specific annex to the agreement. Despite meeting this specific demand, other suggestions such as the introduction of the ratchet clause, which would have prevented governments from reducing the levels of protection offered to investors, and the request for the expansion of investment provisions, were ignored.

The changes in the dispute resolution system implemented by Chapter 14 of the USMCA were significative. Firstly, it removes the option of investor-state disputes between Canada and the United States. Secondly, it greatly limits investors' access to arbitration in the Mexico-United States relationship. Only a select few sectors have been chosen to enjoy privileges similar to those offered under NAFTA and virtually identical to those outlined in the TPP text.

These sectors were deliberately chosen to advance the president's America First policy, which favored bringing back economic sectors, such as the automotive industry, to American territory. Analysis of the trade and investment policies of the agreement makes this objective clear in the cited example. The reduction of legal protection for operations in Mexico, along with economic incentives found in other chapters of the USMCA, such as the requirement for higher regional content in vehicles and the use of better-paid workers, serve as clear disincentives to the strategy of internationalizing companies in the sector in search of cheap labor in Mexico.

Meanwhile, the USMCA maintained protection for sectors where repatriating operations was not feasible. Some investments pursued market-seeking

internationalization strategies, aiming to access markets that were not easily reachable through international trade. This was the case for meeting the Mexican government's demand for infrastructure, energy generation, and telecommunications. On the other hand, sectors such as oil and gas relied on resource-seeking internationalization strategies, sourcing basic commodities from Mexico at lower prices compared to the domestic market.

The justification for the new legal design of Chapter 14 of the USMCA cannot be exclusively attributed to either a reformist interest seeking to reduce the United States' exposure to arbitration or the complete fulfillment of the powerful lobbying groups. Even the NAM, that seems to have inspired the revised investment text, did not have all its interests addressed, since the manufacturing sector was not included among the most privileged investors and the overall level of investor protection decreased. The USMCA investment rules were ultimately subordinated to the former president's America First policy, which aimed to promote the country's reindustrialization. In conclusion, contrary to what analysts such as Cabrera and Sacerdoti asserted, Trump's investment rules reform project exhibits a clear economic rationale, albeit one that defies the neoliberal economic consensus.

VII. References

AbitibiBowater Inc., v. Government of Canada (ICSID Case No. UNCT/10/1). https://www.italaw.com/cases/39

Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations (ACPTN), *The Advisory Committee for Trade Policy Negotiations (ACTPN) Committee report to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the trade agreement*, September 27, 2018.

Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations (ACPTN), *addendum*, October 25, 2018.

Agriculture Policy Advisory Committee (APAC), *Report of the Agricultural Policy Advisory Committee*, September 27, 2018.

Agreement Between Canada, the United States of America, and the United Mexican States. Chapter 14 – Investment, 2018. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6008/download

Alschner, Wolfgang, "Americanization of the BIT universe: the influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) treaties on modern invest-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18855

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ment treaty law", *Goettingen Journal of International Law,* vol. 5, no. 2, 2014, pp. 455-486. http://dx.doi.org/10.3249/1868-1581-5-2-alschner

American Petroleum Institute, *NAFTA protects US national security: how to increase US influence over Russia and China in Mexico's energy market*, February 19, 2018.

Amorim, Lucas S., Baccarini, Mariana P.O. and Menezes, Henrique Z., "Missing Calvo? Latin America's love-hate relationship with the investment treaty regime", *Conjuntura Austral*, vol. 12, no. 60, 2021, pp. 53-65. https://doi.org/10.22456/2178-8839.113289

Anderson, Greg, "How did investor-State dispute settlement get a bad rap? Blame it on NAFTA, of course" *The World Economy*, vol. 40, no. 12, 2017, pp. 2937-2965. https://doi.org/10.1111/twec.12515

Animal and animal products ATAC, *Report of the animal and animal products Agricultural Technical Advisory Committee (ATAC)*, September 27, 2018.

Animal and animal products ATAC, *addendum to the Committee Report on the New U.S.-Mexico-Canada Agreement*, October 25, 2018.

Bastos, Paulo P. Z., "A política comercial estadunidense: a estratégia de liberalização competitiva, os acordos bilaterais e a ALCA", *Economia Política Internacional: Análise Estratégica*, vol. 1, 2004, pp. 34-59. https://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3103&tp=a

Bas Vilizzio, Magdalena, "¿Soberanía en la encrucijada? Nuevas aproximaciones desde la solución de controversias inversor-Estado", in Martens de Willmars, Frédéric (ed.), *Nuevos tiempos, nuevos espacios para las relaciones internacionales y el derecho internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

Blecker, Robert A., "The rebranded NAFTA: will the USMCA achieve the goals of the Trump administration for North American Trade?", *Norteamérica*, vol. 16, no. 2, 2021, pp. 289-315. https://doi.org/10.22201/cisan.24487228e.2021.2.516

Bodea, Cristina, Kerner, Andrew and Ye, Fangjin, "There's a hidden cost in Trump's new trade agreement with Canada and Mexico", *The Washington Post*, 2019. https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2019/01/02/theres-ahidden-cost-in-trumps-new-trade-agreement-with-canada-and-mexico/

Bonnitcha, Jonathan, Poulsen, Lauge N. Skovgaard and Waibel, Michael, *The political economy of the investment treaty regime*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Cabrera, C. and Orlando, F., "The US-Mexico-Canada Agreement: the new gold standard to enforce investment treaty protection?", *Columbia FDI Perspectives*, no. 269, 2020. https://doi.org/10.7916/d8-dh8t-ce37

Cargill, Incorporated v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2). https://www.italaw.com/cases/223

Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, 1958. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf

Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, 1965. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf

Côté, Charles-Emmanuel and Ali, Hanza, "The USMCA and investment: a new North American approach?", in Gagne, G. and Rioux, M. (eds), *NAFTA 2.0: From the first NAFTA to the United States-Mexico-Canada Agreement*, London, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 81-98.

Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment, 1948. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf

Fruits and vegetables ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee for trade in fruits and vegetables*, September 27, 2018.

Gallegos Zúñiga, Jaime, "Algunos cambios que incorpora el T–MEC, en materia de inversiones extranjeras, en relación con lo previsto en el capítulo XI del TLCAN", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 12, no. 1, 2019, pp. 167-179. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/168639/Algunos-cambios-que-incorpora.pdf

Gantz, David A., *An introduction to the United States-Mexico-Canada Agreement*, Edward Elgar Publishing, 2020.

General Accounting Office (GAO), *Advisory Committee System should be updated to better serve U.S. policy needs*, 2002. https://www.gao.gov/assets/gao-02-876.pdf

Gore, Kiran Nasir, "From NAFTA to USMCA: providing context for a new era of regional investor-State dispute settlement", *Young Arbitration Review*, no. 34, 2019, pp. 4-9. https://ssrn.com/abstract=3412709

Grabowski, Alex, "The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini", *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, no. 1, 2014, pp. 287-309. https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss1/13

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Grains, feed, oilseeds, and planting seeds ATAC, *Report of the Industry Trade Advisory Committee on grains, feed, oilseeds, and planting seeds*, September 27, 2018.

Hacker, Jacob S., Hertel-Fernandez, Alexander, Pierson, Paul and Thelen, Kathleen (eds.), *The American political economy: politics, markets, and power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

Intergovernmental Policy Advisory Committee, *Report of the Intergovernmental Policy Advisory Committee on the trade agreement between the U.S., Mexico and potentially Canada*, September 27, 2018.

ITAC on aerospace equipment (ITAC 1), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on aerospace equipment*, September 27, 2018.

ITAC on automotive equipment and capital goods (ITAC 2), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on automotive equipment and capital goods*, September27, 2018.

ITAC on automotive equipment and capital goods (ITAC 2), *addendum to the earlier (September 28, 2018) Report of the Industry Trade Advisory Committee on automotive equipment and capital goods*, October 24, 2018.

ITAC on chemicals, pharmaceuticals, health/science products and services (ITAC 3), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on Industry Trade Advisory Committee on chemicals, pharmaceuticals, health/science products and services (ITAC 3)*, September 25, 2018.

ITAC on consumer goods (ITAC 4), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on consumer goods*, September 27, 2018.

ITAC on customs matters and trade facilitation (ITAC 12), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on customs matters and trade facilitation*, September 27, 2018.

ITAC on energy and energy services (ITAC 6), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on energy and energy services*, September 27, 2018.

ITAC on forest products, building materials, construction, and nonferrous metals (ITAC 5), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on forest products, building materials, construction, and nonferrous metals*, September 27, 2018.

ITAC on intellectual property rights (ITAC 13), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on intellectual property rights (ITAC-13)*, September 27, 2018.

ITAC on services (ITAC 10), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on services*, September 27, 2018.

ITAC on services (ITAC 10), *addendum on the U.S.–Mexico–Canada Agreement ("USMCA") to the report submitted by the Industry Trade Advisory Committee on services ("ITAC 10") on September 27, 2018*, October 19, 2018.
ITAC on small and minority business (ITAC 9), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on small and minority business*, September 27, 2018.
ITAC on standards and technical trade barriers (ITAC 14), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on standards and technical trade barriers*, September 27, 2018.
ITAC on steel (ITAC 7), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on steel*, September 27, 2018.
ITAC on textiles and clothing (ITAC 11), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on textiles and clothing*, September 27, 2018.
ITAC on the digital economy (ITAC 8), *Report of the Industry Trade Advisory Committee on the digital economy*, September 25, 2018.
Johnson, Lise, "The 2012 US model BIT and what the changes (or lack thereof) suggest about future investment treaties", *Political Risk Insurance Newsletter*, vol. 8, no. 2, 2012. https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/160
Labor Advisory Committee on Trade Negotiations and Trade Policy (LAC), *Report on the impacts of the renegotiated North American Free Trade Agreement*, September 27, 2018.
Labor Advisory Committee on Trade Negotiations and Trade Policy (LAC), *addendum to the report*, October 25, 2018.
Lester, Simon, Manak, Inu and Ikenson, Daniel, *Renegotiating NAFTA in the era of Trump: keeping the trade liberalization in and the protectionism out*, CATO Working Paper No. 46, August 14, 2017.
Levy, Phil, "Critique of NAFTA provision highlights team Trump's misconceptions on investment abroad", *Forbes*, 2015. https://www.forbes.com/sites/phillevy/2017/10/23/should-team-trump-encourage-investment-in-mexico
Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3). https://www.italaw.com/cases/632
Menezes, Roberto G., Mariano, Karina L. P. and Contrera, Flávio, "Tempos difíceis: os Estados Unidos e o México na «renegociação» do NAFTA", in Bojikian, N. M. P. and Menezes, H. Z. (orgs.), *A economia política do governo Trump*, Curitiba, Appris Editora, 2021, pp. 39-62.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

National Association of Manufacturers, *Comments of the National Association of Manufacturers on negotiating objectives regarding modernization of the North American Free Trade Agreement with Canada and Mexico*, June 12, 2017.

North American Free Trade Agreement: Chapter 11 – Investment, 1992. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2413/download

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Reforming international investment agreements*, 2022. https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-06/Reforming-International-InvestmentAgreements.pdf

Oliveira, Marcelo F. and Geraldello, Camila S., "O USTR e a institucionalidade da política externa comercial dos Estados Unidos", paper delivered at the 4th national meeting of the Brazilian Association of International Relations, Belo Horizonte, July 2013. https://www.encontronacional2013.abri.org.br/download/download?ID_DOWNLOAD=385

Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia (UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12). https://www.italaw.com/cases/851

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7). https://www.italaw.com/cases/460

Polanco Lazo, Rodrigo, "The no of Tokyo revisited: or how developed countries learned to start worrying and love the Calvo Doctrine", *ICSID Review*, vol. 30, no. 1, 2015, pp. 172-193. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu028

Processed foods ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee for trade in processed foods*, September 27, 2018.

Processed foods ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee for trade in processed foods*, *addendum)*, October 25, 2018.

Projets de conventions concernant le traitement des etrangers, 1929. https://archives.ungeneva.org/projets-de-conventions-concernant-le-traitement-des-etrangers-geneve-1928

Sacerdoti, Giorgio, "Is USMCA really «the new gold standard» of investment protection?", *Columbia FDI Perspectives*, no. 281, 2020. https://doi.org/10.7916/d8-h0hq-bq50

Swanson, Ana, "The little-known trade adviser who wields enormous power in Washington", *The New York Times*, 2018. https://www.nytimes.com/2018/03/09/us/politics/robert-lighthizer-trade.html

Sweeteners and sweetener products ATAC, *Supplemental ATAC letter on USMCA*, October 23, 2018.

Sweeteners and sweetener products ATAC, *Report of the Agricultural Technical Advisory Committee (ATAC) for sweeteners and sweetener products*, September 27, 2018.

Tobacco, cotton, and peanuts ATAC, *Report of the Industry* [sic] *Trade Advisory Committee on tobacco, cotton, and peanuts on the trade agreement*, September 27, 2018.

Trade and Environment Policy Advisory Committee (TEPAC), *Report of the Trade and Environment Policy Advisory Committee on the North American Free Trade Agreement 2018*, September 27, 2018.

Trans-Pacific Partnership, *Chapter 9 – Investment*, 2016. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3573/download

Unifor, *Unifor position statement on the renegotiation of the North American Free Trade Agreement*, July, 2017.

Office of the United States Trade Representative (USTR), *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*, 2012. https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf

USTR, *NAFTA agreement of confidentiality*, 2017. https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/nafta/NAFTA%20Confidentiality%20Agreement.pdf

USTR, *Advisory Committees*, https://ustr.gov/about-us/advisory-committees

Vandevelde, Kenneth J., "A brief history of international investment agreements", *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, no. 1, 2005, pp. 157-194. http://ssrn.com/abstract=1478757

Vandevelde, Kenneth J., *The first bilateral investment treaties: U.S. friendship, commerce and navigation treaties in the Truman administration*, PhD thesis, San Diego, University of California, 2012. https://escholarship.org/uc/item/1640x3p0

Vigevani, Tullo, Mendonça, Filipe and Lima, Thiago, *Poder e comércio: a política comercial dos Estados Unidos*, São Paulo, Editora Unesp, 2018.

Yerxa, Rufus, *Testimony of ambassador Rufus Yerxa, president, National Foreign Trade Council*, June 29, 2017.

Yong, Lacey, "Lighthizer justifies Trump's opposition to ISDS in NAFTA", *Latin Lawyer*, 2018. https://latinlawyer.com/article/lighthizer-justifies-trumps-opposition-isds-in-nafta

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

IIJ-UNAM

Silva Amorin, Lucas, "Lobbies and the USMCA: the role of interest groups in the negotiation of the New NAFTA's investment rules", Anuario Mexicano de Dere-cho Internacional, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e18855. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18855

APA

Silva Amorin, L. (2025). Lobbies and the USMCA: the role of interest groups in the negotiation of the New NAFTA's investment rules. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 25(25), e18855. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18855

Identidad de género infantil y derechos humanos: nuevas prácticas, nuevos paradigmas en el panorama internacional

Children's gender identity and human rights: new practices, new paradigms on the international scene

Identité de genre des enfants et droits de l'homme: nouvelles pratiques, nouveaux paradigmes sur la scène internationale

Miguel Ángel **León Ortiz**

https://orcid.org/0000-0002-2644-3200

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: maloaaa6@gmail.com

Recepción: 5 de junio de 2024
Aceptación: 18 de septiembre de 2024
Publicación: 21 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141

Resumen: Desde la versión despatológica del fenómeno trans se analizan las nuevas prácticas que el derecho internacional en materia de derechos humanos exige a los Estados en torno al reconocimiento del derecho a la identidad de género autopercibida de la niñez, partiendo de una serie de presupuestos históricos, teóricos y conceptuales que han dado cabida a su estudio reciente. Al final, se alude al modelo de regulación argentino que surgió tras expedirse la Ley núm. 26.743, de Identidad de Género, a la forma en que se convirtió en el marco de referencia para que otros Estados del orbe crearan un orden jurídico incluyente hacia cualquier diversidad corporal y de género.

Palabras clave: identidad de género; niñez trans; personas trans; diversidades de género; derechos humanos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Abstract: From the depathological version of the trans phenomenon, we analyze the new practices that international human rights law requires of States regarding the recognition of the right to self-perceived gender identity in childhood, based on a series of historical, theoretical and conceptual assumptions that have given rise to its recent study. At the end, reference is made to the Argentinean regulatory model that emerged after the enactment of Law No. 26.743 on Gender Identity, and the way in which it became the reference framework for other States in the world to create an inclusive legal order towards any bodily and gender diversity.
Keywords: gender identity; trans children; trans persons; gender diversity; human rights.

Résumé: À partir de la version dépathologique du phénomène trans, les nouvelles pratiques que le droit international des droits de l'homme exige des États en matière de reconnaissance du droit des enfants à l'identité de genre auto-perçue sont analysées, sur la base d'une série d'hypothèses historiques, théoriques et conceptuelles qui ont donné lieu à leur étude récente. Enfin, il fait allusion au modèle réglementaire argentin qui a émergé après la promulgation de la loi n° 26.743 sur l'identité de genre, à la manière dont il est devenu le cadre de référence pour d'autres États du monde pour créer un ordre juridique qui tienne compte de toute diversité corporelle et de genre.
Mots-clés: identité de genre; les enfants trans; les personnes trans; la diversité des sexes droits de l'homme.

Sumario: I. *Introducción*. II. *El derecho a la identidad personal como corolario de la identidad de género*. III. *Nuevas perspectivas teórico-conceptuales, nuevas formas de interpretar el fenómeno trans*. IV. *Nuevas epistemologías y prácticas adoptadas por el derecho internacional en materia de derechos humanos aplicable a la situación de infantes trans.* V. *La recepción de las normas de derecho internacional de derechos humanos como preludio para reconocer el derecho a la identidad de género de personas menores de edad en México*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El nacimiento de una persona física o ente individual trae consigo el surgimiento de múltiples consecuencias para el derecho. De todas ellas, existen dos aspectos clave para proteger el derecho a la identidad personal o jurídica: (1) el reconocimiento de la personalidad jurídica, lo que se traduce en la posibilidad abstracta de ser titular de derechos y obligaciones; y (2) la producción de una diversidad de efectos en los planos social, cultural, ético y económico, donde el más importante es el goce y disfrute pleno de este y otros derechos igualmente importantes para conseguir el desarrollo y bienestar personal.

De la suma de prerrogativas inherentes a cualquier persona, una de las que tiene mayor significado en la esfera jurídica es el derecho humano a no entrometerse de manera arbitraria en aquello que se fue, se es y se quiere llegar a ser. Esto es, el derecho a ser uno mismo y construir una biografía única e irrepetible, acorde con las creencias, convicciones y el proyecto de vida que cada persona anhela para sí mismo, pues sin su reconocimiento las demás prerrogativas pierden importancia.

Sin duda, dos aspectos cruciales de este derecho son el sexo y el género, pues suponen las cualidades físicas, pero también sociales y culturales, para que un ente individual defina su mismidad intelectual, emocional, psíquica y afectiva. Lo que aún falta por responder es cómo y por qué estos dos elementos dieron cabida a la creación de un orden inteligible para organizar las relaciones interpersonales de los sujetos, valiéndose de los términos "género", "identidad de género" y "rol de género" propuestos por John Money a inicios de la segunda mitad del siglo pasado.

Después, con la intromisión de varias ciencias naturales en este debate, se asentó la idea de que el sexo biológico debía regir el marco de las creencias y acciones personales, de acuerdo con los componentes cromosómicos, gonadales, genéticos, hormonales y, sobre todo, genitales, lo cual normaliza las conductas binarias desde una apreciación esencialista. Al mismo tiempo emergió otro posicionamiento que confrontó este basamento, y que le describió no como una teoría sino como una ideología que sirvió para organizar las relaciones humanas. Esto institucionalizó un orden inteligible binario (mujer/varón, femenino/masculino) que se enraizó en el imaginario colectivo mediante un conjunto de creencias, prescripciones y parámetros de conducta para el sexo mujer/varón y el género femenino/masculino, sin llegar a precisar que se trata de dos cuestiones distintas.

Por ello, en los últimos años los estudios en torno a la identidad de género se han centrado en cuestionar este orden inteligible, a partir de un marco epistemológico (considerado por los organismos internacionales)[1] que desvela el aparato ideológico para organizar las relaciones sociales, aunque también la forma en que cada persona debe asumir y expresar la identidad.

[1] En tal sentido, por ejemplo, el Comité sobre los Derechos de la Niñez precisó, en el informe que recayó a los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México, que una de las prioridades para el Estado mexicano es definir acciones para garantizar los derechos de infantes trans. Comité DN, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México CRC/C/MEX/CO/4-5, 08 de junio de 2015, párr. 16.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Es así como estudios recientes sobre el tema abordan varias cuestiones, desde un modo de entender la identidad de género más allá del binarismo, hasta nuevas formas de comunicación e interrelación, con base en el respeto por la dignidad y los derechos humanos. De entender que la identidad de género supone —como quedó asentado en los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género (también conocidos como Principios de Yogyakarta)— la forma en que cada persona percibe a sí misma su género, incluso, a pesar de que sus convicciones o creencias no correspondan con las asignaturas y expectativas sociales adjudicadas al sexo de nacimiento, en especial, al sexo genital. De cuestionar el orden simbólico sobre el género, sin considerar el espectro subjetivo, a partir del cuestionamiento de un sistema social que ya no tiene cabida en la actualidad.

Se trata de deconstruir o replantear algunos fundamentos teórico-conceptuales del proyecto moderno. Particularmente de aquellos basados en la diferenciación sexual, que han servido para institucionalizar marcadores sobre el sexo y género con base en la apariencia genital, a través de las categorías mujer/varón, femenino/masculino. Tales categorías se reproducen en el sistema político, social, económico y cultural, lo que socava a otras maneras de percibir y expresar la identidad, y limita el carácter diverso de la condición humana. No para eliminar las identidades femeninas/masculinas, sino para entender que se trata de sólo dos posibilidades entre muchas otras que subyacen en el concepto de identidad. Por lo que también pueden hallarse otras diversidades genéricas dentro y fuera de este binomio.

Uno de los puntos que ha generado mayor debate en los últimos años ha sido el relativo al reconocimiento del derecho a la identidad de género autopercibida de la niñez (DIGAN) en el plano estatal, a partir de nuevos paradigmas y prácticas consideradas en el orden internacional. Por poner un caso, en la esfera de actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha desarrollado una línea jurisprudencial interesante, construida a partir del *corpus juris* de derecho internacional sobre derechos humanos, para atender este y otros asuntos.[2] Esto es, un mecanismo de acción para

[2] Este *corpus juris* internacional consiste en una práctica interpretativa creada por la Corte IDH para precisar los contenidos de la CADH, valiéndose de las disposiciones establecidas de forma expresa en los instrumentos internacionales o derivados de la aplicación de la costumbre internacional, de los principios generales del derecho, y de todas aquellas normas de los documentos no vinculantes o de derecho blando (*soft law*), cuya utilidad radica en que sirvan como

resolver asuntos referentes a la protección de los derechos de la niñez, y otros grupos históricamente vulnerados o desaventajados, conforme al orden normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como de otros documentos internacionales, a fin precisar el contenido de la Convención. Se trata, en última instancia, de un bloque de derecho internacional sobre derechos humanos (DIDH) que abarca normas provenientes de los tratados internacionales, de la práctica y costumbre internacional, de los principios generales del derecho, así como de aquellos preceptos que proceden de los instrumentos de *soft law*, "que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente".[3]

Lo anterior no podría haber sido posible sin la aparición de nuevas perspectivas epistemológicas en el abordaje del fenómeno trans; perspectivas que fueron permeando en las normas y prácticas que el DIDH exige a los Estados en relación con el DIGAN. Al final, esto dio la pauta para la promulgación de diferentes leyes y prácticas en el derecho comparado, lo que permitió desjudicializar el procedimiento para obtener la rectificación registral de nombre y sexo de personas trans en los documentos oficiales de identidad, valiéndose de la despatologización como un eje rector del derecho y las prácticas nacionales.

Por ello, el propósito central de este trabajo radica en explorar algunas nuevas perspectivas epistemológicas en torno a la identidad de género autopercibida de la niñez; de igual modo, identificar cómo y en qué medida estas mismas perspectivas han sido incluidas dentro de las prácticas que exige el DIDH, y cómo este proceso dio cabida a la expedición de leyes de avanzada en el orden jurídico de algunos países.[4]

criterios orientadores para interpretar aquellas en la resolución de casos concretos. El criterio apareció por primera vez en la Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, y luego se extendió a otros documentos, en este caso, la Opinión Consultiva OC-24/17, presentada por el Estado de Costa Rica para abordar, entre otras cosas, lo relativo a la identidad de género infantil.

[3] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, solicitada por la República de Argentina, serie A, núm. 21, párr. 60.

[4] Esto inician en Argentina con la publicación, en mayo de 2012, de la Ley núm. 26.743 de Identidad de Género, que luego se expandió a otros Estados de América Latina y Europa.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

II. El derecho a la identidad personal como corolario de la identidad de género

Hasta hace poco, el derecho a la identidad jurídica no figuraba en el catálogo de prerrogativas previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En todo caso, fue en la práctica judicial de ciertos países donde comenzó a hablarse de su contenido y alcances. En el ámbito internacional, fue en la Convención sobre los Derechos de la Niñez (CDN) donde se aludió por primera vez a este derecho de forma expresa, aunque, fueron otras las razones que motivaron tal mención.[5] Es así como el 17 de junio de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de reforma mediante el cual se añadió un párrafo más al contenido del artículo 4o., que incorporó este derecho dada su importancia para el orden jurídico nacional, en los términos siguientes:

> Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

De manera general, el derecho a la identidad abarca un conjunto de elementos externos e internos que permiten distinguir a cada ente individual, aunque entrelazados unos con otros. Entre los primeros, también llamados elementos objetivos, pueden enunciarse los componentes biológicos adquiridos al nacer y las asignaturas socioculturales adjudicadas a cada persona por la apariencia corporal. Estos elementos definen a las personas como niña/niño, y establecen, por ende, la forma de crianza y la manera en que deberán conducirse en la vida diaria. Se pueden poner como ejemplos los rasgos físicos, el sexo genital, el nombre, la nacionalidad, la raza y la etnia; la característica principal de estos ejemplos es que en su mayoría no son objeto de la elección personal.[6]

[5] Una de ellas fue la situación que se vivió en Argentina durante la época de la dictadura, a raíz de las desapariciones forzadas de personas menores de edad. *Cfr*. Bácares Jara, Camilo, *Los derechos del niño. Una guía comprensiva de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Iztaccihuatl-Magisterio, 2017, p. 180.

[6] *Vid*. Aparisi Miralles, Ángela, "Derecho a la identidad (jurídico)", en Romeo Casabona,

Los segundos, en cambio, también llamados elementos subjetivos, son la forma en que cada ente individual internaliza y hace propios al conjunto de aspectos políticos, sociales, culturales y económicos del entorno en el que se desenvuelve. De entre algunos de ellos se pueden enunciar las creencias, principios, convicciones, valores éticos, religiosos y políticos asumidos cotidianamente, los cuales permiten que cada ser se construya, deconstruya y reconstruya a sí mismo al tomar conciencia de él y de su entorno.[7] Uno de los elementos subjetivos más importantes es el sexo psicosocial, no solamente desde el punto de vista biológico, sino del simbólico.

La palabra "sexo" es otro concepto igualmente importante para el tema, por cuanto que es empleado como sinónimo o —en el mejor de los casos— se llega a asociar con la locución *género*. De este modo, aquel término posee al menos dos acepciones. La primera, para aludir a los rasgos biológicos que individualizan a un organismo vivo; y la segunda, para describir los comportamientos eróticos de cualquier especie viva, incluyendo la humana.[8] En este trabajo, sólo se hará hincapié a la primera acepción, debido a que la suma de factores morfológicos, genéticos, gonadales, hormonales y somáticos de la especie humana han sido la fuente para estatuir la normalización binaria de los cuerpos mujer/varón en el discurso científico, con apoyo del derecho.

En resumidas cuentas, la diferenciación sexual ha sido el parámetro social para definir el género de cada ente individual, con base en la apariencia corporal de los genitales externos asignados al nacer. Esto, a pesar de que el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) haya expresado, a través de la recomendación general número 28, que cuando se trata de normas de DIDH la palabra "sexo" designa "las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer",[9]

Carlos María (dir.), *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, tomo I (a-h), España, Comares, 2011, p. 538.

[7] *Idem*.

[8] Véase Katchadourian, Herant A. (coord.), *La sexualidad humana. Un estudio comparativo de su evolución*, trad. de Héctor Libertella Riesco, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 16-18.

[9] Comité CEDAW, Proyecto de recomendación general núm. 28, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW/C/GC/28 de 16 de diciembre de 2010, párr. 5. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CEDAW_Recomendaci%C3%B3n_General_28_ES.pdf (fecha de consulta: 21 de agosto de 2024).

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en tanto que la locución *género* representa "las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas".[10]

No obstante, como quedó asentado en la citada recomendación, esta perspectiva estableció un orden de representación que luego institucionalizó que si una persona recién nacida tiene vulva y vagina debe comportarse de acuerdo con las asignaturas sociales adjudicadas a esta realidad corporal femenina. Por el contrario, si tiene pene y escroto, deberá conducirse de conformidad con las asignaturas adjudicadas a lo masculino. Esto ha dado lugar, como apunta atinadamente la socióloga Eva Alcántara, a "un acto de producción de inteligibilidad que captura al sujeto en una red de significación",[11] lo que ha movilizado a los organismos de DIDH a instar a los Estados del orbe a implementar nuevas prácticas para erradicar la violencia y discriminación fundada en tales diferencias.

Así, la apariencia del *corpus sexuado* sigue siendo el marcador que estructura la vida y relaciones sociales, al dictar la forma en que las personas deben conducirse en la vida cotidiana. Especialmente al vincular dos esferas del ser/hacer individual, que no siempre deberían ser apreciadas como una verdad irrefutable (me refiero al sexo y género), pese a que, como apunta Eva Alcántara, presuponga un mandato sociocultural instituido antes de nacer.[12] Al respecto, el etnólogo Harold Garfinkel ha definido este proceso como una "genitalización cultural", que invisibiliza a otras formas de asumir la identidad, pues la naturaleza culturizada, esto es, la esfera de la libertad inherente al ser humano, ofrece más de dos opciones para vivir y expresar el género.[13]

A ello responde que, al inicio de la segunda mitad del siglo XX, el psicólogo neozelandés John Money propusiera la separación semántica de los términos "sexo" y "género", para abordar lo conducente a la presencia de patologías o enfermedades mentales asociadas a la falta de concordancia entre el sexo y el género de ciertas personas. Esto es, una falta de concordancia entre los rasgos biológicos, que permiten diferenciar las realidades corporales en mujer/

[10] *Idem*.

[11] Alcántara, Eva, "Identidad sexual/rol de género", *Debate Feminista*, México, vol. 47, abril de 2013, p. 190.

[12] *Ibidem*, p. 195.

[13] *Vid.* Garfinkel, Harold, *Estudios en etnometodología*, trad. de Hugo Antonio Pérez Hernáiz, España, Anthropos; Universidad Nacional de Colombia; Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2006.

varón, y el "conjunto de creencias, atribuciones y prescripciones culturales que establecen «lo propio» de los hombres y «lo propio» de las mujeres en cada cultura",[14] o que es igual la pertenencia al género femenino/masculino.

Con la propuesta de Money también irrumpió el concepto de *identidad de género* al campo médico y psicológico. Un concepto que fue cobrando fuerza dentro de las teorías del desarrollo de la personalidad, las cuales pusieron especial énfasis en la forma en que la persona va asumiendo como propias las asignaturas adjudicadas al género en el curso de la primera infancia. Más adelante, el movimiento feminista, de diversidades sexuales y de diversidades de género, así como los trabajos desarrollados en el campo de algunas ciencias sociales, pusieron sobre la mesa de discusión los fundamentos del orden social respaldado en el dimorfismo sexual, esto es, basado en la naturalización de los roles y expresiones de género por la apariencia de los genitales de nacimiento, los cuales establecieron estereotipos de conducta rígidos. Frente a ello se propuso un enfoque diferente para abordar el tema; uno en el que se consideré también al aparato subjetivo de cada individuo, o la forma en que cada persona se apropia de cuerpo y su entorno medioambiental, para construir una identidad de género auténtica o genuina.

Esta nueva perspectiva epistemológica marcó un antes y un después. Además, motivó a un grupo de 29 expertos de diferentes países para redactar el documento llamado Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género en 2006, como ya se mencionó antes. En este documento se planteó una definición mucho más amplia de la expresión "identidad de género", acorde con este nuevo enfoque, en los términos siguientes:

> la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[15]

[14] Lamas, Marta, "Género", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones en Estudios de Género, 2018, vol. 1, p. 156.

[15] Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Huma-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Como puede observarse, en el documento el grupo de especialistas abandonó el concepto inmutable de *identidad personal*, entendida como una esencia estática e inamovible, y se adhirió a la concepción que la define como un proceso dinámico de permanente construcción. También visibilizó la situación de personas menores de edad, atendiendo al enfoque integral de protección de los derechos de la niñez plasmado en la CDN, de donde se desprenden los principios del interés superior, participación, opinión y desarrollo de la autonomía de la niñez, así como el derecho a la identidad contenidos en los artículos 3o., 5o., 8o. y 12 del mencionado instrumento.

En virtud de lo anterior, en lo que va del siglo XXI se ha producido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal muy interesante en lo que atañe al derecho a la identidad de género autopercibida de personas trans menores de edad, con lo cual se han reivindicado los derechos y libertades de aquellas personas que perciben y expresan el género de forma distinta al orden binario —o al menos a la rigidez de sus dogmas—. En primer término, mediante el reconocimiento legal del DIGAN, a través de la expedición de algunas normativas en ciertos países del orbe, se atienden los postulados del *corpus juris* de derecho internacional de derechos humanos sobre la materia que se viene formando desde hace cierto tiempo en el DIDH.[16] En particular en la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), donde ha resultado crucial el papel de activistas e investigadores del área de las ciencias sociales en la tarea de promover las demandas de estas personas y grupos ante varios organismos de DIDH, para que recomienden a los Estados formular estrategias, acciones y políticas dirigidas a proteger los derechos humanos de personas trans mayores y menores de edad.[17]

nos, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Yogyakarta, marzo de 2007, p. 8.

[16] En este sentido, por ejemplo, el Comité de los Derechos de la Niñez (Comité DN), organismo encargado de monitorear el cumplimiento del contenido de la CDN, recomendó al Estado mexicano a emprender acciones en los tres órdenes de gobierno para prevenir y eliminar la violencia y discriminación hacia infantes transgénero, incluso, a través de acciones afirmativas; a sensibilizar a autoridades, servidores públicos, personal educativo y de los centros de salud, así como los medios de comunicación sobre el impacto negativo ocasionado por los estereotipos para el goce y disfrute pleno de los derechos humanos de la niñez. *Cfr.* Comité DN, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México CRC/C/MEX/CO/4-5 de 08 de junio de 2015, párr. 16.

[17] *Vid*. León Ortiz, Miguel Ángel, "Prolegómenos en torno al reconocimiento del derecho a la identidad de género auto-percibida en la niñez: apuntes para legislar", en Flores Velázquez,

III. Nuevas perspectivas teórico-conceptuales, nuevas formas de interpretar el fenómeno trans

Antes de hablar de la identidad de género autopercibida de la niñez trans, resulta necesario discurrir sobre algunos de los aspectos que suscitaron el movimiento para visibilizar y reivindicar las vivencias y derechos de las diversidades de género de la niñez en el discurso científico de Occidente. Tal movimiento se puede sintetizar en tres partes: la etapa preoperatoria, la etapa operatoria y la etapa postoperatoria o de la liberación trans.

El primer episodio del fenómeno trans que se dio en la época contemporánea, al que Bullough denominó "la medicalización preoperatoria",[18] inició en el trayecto de la segunda mitad del siglo XIX. En ese momento, cualquier persona cuya percepción de género no concordaba con el orden inteligible binario fue diagnosticada por psiquiatras, psicoanalistas, psicólogos y sexólogos como una patología mental. Al principio, se le describió como una variante homosexual a la que Richard Krafft-Ebing calificó como "metamorfosis sexual paranoide";[19] en tanto que Karl Heinrich Ulrichs, activista de las disidencias sexuales y de género, lo calificó como el tercer sexo.[20]

A principios del siglo XX las ideas de estos especialistas en el área psicológica y psiquiátrica fueron retomadas por Magnus Hirschfeld, médico y sexólogo alemán preocupado por la situación de estas personas; así como por Henry Havellock Ellis, médico y sexólogo de origen británico, para aludir a estados intermedios y eonismo o travestismo, respectivamente, pero sin hacerlo desde un enfoque estigmatizante.

Pese a que Magnus Hirschfeld no compartía del todo la noción patológica que después defendió el endocrinólogo alemán Harry Benjamin, pues consideraba que la apariencia de los genitales no siempre condicionaba la iden-

Rocío Victoria Alejandra *et al*., (coords.), *Los fundamentos del Estado de derecho en el siglo XXI*, México, Tirant lo Blanch; Universidad Autónoma de Nayarit, 2020, pp. 233-257.

[18] *Cfr*. Bullough, Vern L., "La transexualidad en la historia", en Nieto, José Antonio (comp.), *Transexualidad, transgenerismo y cultura. Antropología, identidad y género*, trad. de Rafael Heredero, Madrid, Talasa, 1998, pp. 63-77, p. 63.

[19] *Cfr*. Krafft-Ebing, Richard Von, "Pchychopathia Sexualis with Special Reference to Contrary Sexual Instinct. A medico-legal study", en Stryker, Susan y Whittle, Stephen (eds.), *The transgender studies reader*, United States of America, Routledge, 2006, p. 22.

[20] *Cfr*. Missé, Miquel, *Transexualidades: otras miradas posibles*, 2a. ed., Barcelona, Egales, 2014, p. 28.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tidad genérica de una persona, puso como ejemplo el caso de personas que sin tener ningún tipo de ambigüedad genital asumían conductas o estadios intermedios entre los opuestos femenino/masculino,[21] lo que diferenció a las personas trans de las personas intersexo con rasgos genitales atípicos.

El segundo episodio se presentó en la transición entre el enfoque preoperatorio y el operatorio. Su relevancia es vital, pues fue en este período en el que surgió la medicalización trans al inicio de la segunda mitad del siglo XX, justo cuando David O. Cauldwell y Harry Benjamin, acudiendo a los trabajos de Hirschfeld, propusieron el neologismo "transexualismo" para describir a las personas cuyo "deseo intenso y frecuentemente obsesivo de cambiar el estado sexual, incluyendo la estructura anatómica [deseando] asumir tantas de sus características físicas, mentales y sexuales como sea posible",[22] que también se presenta en la infancia.

Durante esta etapa del desarrollo humano, los especialistas de las áreas médica, psicológica y psiquiátrica estaban convencidos de que las cirugías de reasignación sexual eran un recurso importante para abandonar el estado de malestar provocado por esta patología mental. Por tal motivo, tal vez sin querer, se convirtieron en los precursores de la medicalización operatoria de personas trans, un paradigma que se expandió en varios rincones del mundo en las décadas de 1960, 1970 y 1980.

Paralelamente, los psicólogos John Money, Anke A. Ehrhardt y Robert Stoller introdujeron los términos "género", "rol" e "identidad de género" en el vocabulario de las ciencias de la época, aunque desde una visión conductista y binaria. Mientras que Norman Fisk[23] acuñó el vocablo "estado transexual verdadero por disforia de género",[24] que luego fue añadido al Manual Diagnós-

[21] *Cfr*. Pons Rabasa, Alba y Garosi, Eleonora, "Trans", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, vol. 1, pp. 309-310.

[22] Benjamin, Harry, "Transsexualism and transvestim as psycho-somatic and somato-psychic syndromes", en Stryker, Susan y Whittle, Stephen (eds.), *The transgender studies reader*, Nueva York, Routledge, 2006, p. 46.

[23] *Cfr*. Frignet, Henry, *El transexualismo*, trad. de Horacio Pons, Argentina, Nueva visión, 2003, pp. 19-21.

[24] *Cfr*. Money, John y Ehrhardt, Anke A., *Desarrollo de la sexualidad humana. diferenciación y dimorfismo de la identidad de género desde la concepción hasta la madurez*, trad. de A. Guerra Miralles, España, Morata, 1982, pp. 6-9.

tico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM), 5a. versión, elaborado por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA).

El objetivo de incluir estos vocablos en la literatura científica radicó en descargar de contenido al término sexo, y diferenciar la dimensión natural de la dimensión cultural, como lo planteó el Comité CEDAW, sin perder de vista que, eventualmente, esto permitió distinguir la condición trans de los estados intersexo. En el primer caso, refiriéndose a trastornos postnatales producto de una crianza deficiente sobre los roles propios de lo femenino y masculino. Y en el segundo, para describir los errores biológicos que se producen a nivel embrionario o prenatal.[25]

Por ello, aunque Harry Benjamin, John Money y Robert Stoller fueron la fuente instigadora de la medicalización transexual, cada uno ofreció —en sus respectivas áreas— argumentos para forjar el criterio patológico de las diversidades de género no binarias, que más tarde serían recogidas en las versiones III, IV y V del DSM, (aunque con distintos matices), y en la novena y décima versión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), elaborada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estos documentos, al final, sirvieron para que la normatividad de varios países (que arrancó en varios estados de la Unión Norteamericana) los incluyeran como criterios para obtener el cambio de nombre y marcador de sexo en los documentos de identidad.

Más tarde, en el curso de las décadas de 1980 y 1990, proliferaron nuevas ideas referentes al *continuum* de sexo y género,[26] además de varias narrativas disidentes sobre el concepto de identidad de género (como fue el propuesto por los estudios transgénero).[27] Estas narrativas se valieron de marcos epistemológicos novedosos para abordar el tema desde una perspectiva crítica, lo que marcó, al menos para el caso concreto de la niñez trans, el origen de los

[25] *Cfr*. Money, John y Ehrhardt, Anke A., *Desarrollo de la sexualidad humana…*, *op. cit.*, p. 34.

[26] *Vid*. Fausto-Sterling, Anne, *Cuerpos sexuados; la política de género y la construcción de la sexualidad*, trad. de Ambrosio García Leal, España, Melusina, 2006, pp. 100 y 101. En el mismo sentido, Saldivia Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017, pp. 46-52. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4260/13.pdf (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2022).

[27] Al respecto, se sugiere consultar Galofre, Pol y Missé, Miquel (eds.), *Políticas trans: una antología de textos desde los estudios trans norteamericanos*, 2a. ed., trad. de Ian Bermúdez, Barcelona, Egales, 2017.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cuestionamientos sobre el enfoque adultocéntrico de la niñez. La relevancia de estos sucesos estriba en que dieron pauta al origen de un tercer episodio en el abordaje del tema (el postoperatorio o liberador), que postuló —como asevera Eleonor Lamm— la desbiologización de este fenómeno.[28]

El impacto de este nuevo paradigma en América Latina ha sido importante, como puede verse en la propuesta cisfenomenológica del fenómeno trans propuesta por Siobhan Guerrero Mac Manus y Leah Muñoz Contreras.[29] Se trata de un instrumento de análisis del fenómeno trans que parte de la problematización de las narrativas médico-patológicas, cuyo objeto consiste en desvelar la forma en que el aparato de ordenación binario ha incidido en la ontología de los cuerpos. Por ejemplo, al exigir ajustar la apariencia corporal de las personas trans a los dictados de este sistema, lo que abre el debate sobre "la crisis del género en Occidente" y la posibilidad de hablar de sociedades "unisex",[30] al desconstruir las bases de esta descripción occidental nacida desde la óptica moral y religiosa europea.

Otro aspecto interesante para deliberar en las tertulias es el relativo a la interculturalidad como mecanismo para entablar un diálogo fluido y constante, apartado de cualquier sesgo colonial que imponga un modelo cultural sobre otro, como puede ser la imposición de la simbología de género binario, o el discurso de las diversidades de género occidental basado en el acrónimo LGBTIQA+ en lo local y global, que intercambia prácticas culturales desde lo global a lo local, y viceversa.[31]

[28] *Cfr*. Lamm, Eleonora, "Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana. IDIBE*, España, núm. 8, 2018, pp. 230-278, p. 234. https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/93.Lamm-copia.pdf (fecha de consulta: 09 de diciembre de 2022).

[29] *Vid*. Guerrero Mc Manus, Siobhan F. y Muñoz Contreras, Leah D., "Epistemologías transfeministas e identidad de género en la infancia: del esencialismo al sujeto del saber", *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, México, vol. 4, e168, 14 de mayo de 2018, pp. 1-31.

[30] *Cfr*. Vendrell Ferré, Joan, "La crisis del género en occidente", en Peña Sánchez, Edith Yesenia y Hernández Albarrán, Lilia (coords.), *Iguales pero diferentes: diversidad sexual en contexto. Memorias de la VII Semana Cultural de la Diversidad Sexual*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2011, p. 81.

[31] *Cfr*. Valencia, Sayak, "Transfeminismo(s)", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género, vol. 1*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, p. 331.

Por tal motivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) incluyó, en su Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales,[32] a las identidades ancestrales[33] como sujetos objeto de discriminación y violencia, y exigió rutas de aproximación metodológica distintas, como los enfoques interseccional, etnológico e intercultural, pues se trata de abordar la situación puntual de personas indígenas que asumen y expresan una identidad de género diversa a la binaria, pero que tampoco encajan en las categorías identitarias del acrónimo LGBTIQA+, sin perder de vista la situación de las personas trans y de género no binario.

Resulta interesante precisar que la procedencia de este informe no es la relatoría especializada en esta población, sino la Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la propia Comisión. El principal objetivo de este documento estribó en abordar la situación de violencia y discriminación de personas trans y de género no binario, así como las dificultades que enfrentan para hacer efectivos sus derechos en los distintos países de la región, particularmente desde la primera infancia. Para dar sustento a su contenido, se invoca la Observación General núm. 20 del Comité de los Derechos de la Niñez (Comité DN), en la que se habla sobre la efectividad de los derechos de la adolescencia, pues de nada sirve hablar de derechos si no existen bases para su debido cumplimiento como lo prevé el artículo 4o. de la CDN.

Asimismo, ha sido el principal detonante para plantear un debate a nivel filosófico sobre la noción esencialista de la identidad, es decir, aquella que la interpreta como la unidad material y espiritual de un ser estático e inmutable. Esto da pie a otro posicionamiento mucho más flexible y dinámico, en el que la identidad se define como un proceso o devenir en el que cada sujeto se construye/deconstruye a sí mismo en el curso de su vida, y donde la identidad de género es una de sus múltiples manifestaciones.[34]

[32] *Cfr.* Comisión IDH, Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales OEA/Ser.L/V/II, 7 de agosto de 2020, párrs. 92-97.

[33] Un ejemplo de esta categoría de análisis son las identidades *muxhe* que habitan en la región del Istmo de Tehuantepec, en el Estado de Oaxaca.

[34] *Cfr*. Sáez, Begonya, "Formas de la identidad contemporánea", en Torras, Meri (ed.), *Cuerpo e identidad I*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2007, pp. 41 y 42.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internaciona

Esta descripción refleja los esfuerzos realizados por activistas, investigadores y el sector diplomático de América Latina en la encomienda de que se reconozcan, en el discurso actual de los derechos humanos, las vivencias y expresiones de género ancestrales o de los pueblos y comunidades originarios que se apartan de la visión de occidental; y también un compromiso que todavía subsiste con la niñez trans —como ya lo ha señalado el Comité DN a través de la Observación General núm. 20— al destacar que, debido a la existencia de prácticas discriminatorias y a la violencia cotidiana que enfrentan las infancias trans, es necesario que los Estados deroguen o modifiquen disposiciones que socaven los derechos de este grupo de personas.[35]

Retomar estas epistemologías en las narrativas contemporáneas de los derechos humanos no sólo representa abordar un fenómeno en sí mismo complejo por la subsistencia de expectativas y estereotipos de género, sino plantear la liberalización de los discursos oficialistas y científicos en torno a la forma de percibir y expresar el género; que se traduzcan en nuevas formas de socializar el género, partiendo del respeto por la dignidad personal, y la protección y garantía del DIGAN, empezando por su reconocimiento como derecho humano en la esfera legal.

Sin duda, uno de los eventos que facilitó el proceso para diseminar el paradigma despatológico liberalizador de este fenómeno fue la *cruzada mundial*, cuya consigna se centró en desplazar las premisas del episodio de la medicalización trans, fundado en la patologización, para buscar mejores condiciones de vida para estas personas en múltiples facetas de la vida cotidiana. Así, el principio no patológico o despatológico, asentado en los Principios de Yogyakarta, fue adoptado por el Comité de Naciones Unidas al año siguiente de su publicación; y posteriormente fue retomado en la campaña "Alto a la patologización trans" o *Stop Trans Pathologization*, que se gestó en España y Francia en el año 2012. Muy pronto estas miradas del fenómeno se extendieron con rapidez a otros países del mundo. Esto tuvo efectos en el orden estatal con la aparición de leyes de avanzada, como la LIG argentina, que fue publicada ese mismo año y se convirtió en un referente mundial que se desplazó a otros Estados de la región y de todo el mundo.

[35] Véase Comité DN, Observación General núm. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016 (publicada nuevamente por razones técnicas el 20 de abril de 2017), párr. 34.

Con lo dicho hasta ahora, no se plantea eliminar el binarismo de sexo y género como vivencias y expresiones de vida. Más bien, se cuestionan los basamentos que llevaron a imponer un orden estructural que ha motivado discriminación y violencia hacia ciertas personas y/o grupos que no concuerdan con este orden social. Por el contrario, se plantea que los Estados atiendan nuevas prácticas en el orden jurídico interno, para permitir que aquellas personas cuya vivencia de género transgrede las normas de género de corte binario sean respetadas en su dignidad y sus derechos.

Por otro lado, en lo relativo a la situación infantil, resulta relevante traer a colación varias cuestiones que, sumadas al enfoque integral de protección de los derechos de la niñez, establecido en las normas de DIDH, permiten dignificar la condición de las diversidades de género de esta población. Me refiero al protagonismo infantil como un paradigma para validar la participación de la niñez; la adopción del principio no patológico o despatológico de las diversidades de género; y la transición de la perspectiva paternalista a la de acompañamiento en la atención sanitaria.[36]

Por lo que hace al paradigma del protagonismo infantil, conviene señalar que, en la década de 1970, surgieron ciertas organizaciones de niñas, niños y adolescentes trabajadores (NAT's), en países de América Latina, que resaltaron que la forma más propicia de proteger a estas personas era "promoviendo y garantizando su derecho a ser actores principales de su existencia, tanto en sentido individual como colectivo".[37] Lo cual no se opone al contenido del artículo 30 de la CDN, si se toma en cuenta que la medidas de protección especial no comprenden un trato privilegiado, sino anteponer mecanismos de protección especial que favorezcan al goce y disfrute pleno de los derechos de la niñez.

Lo anterior exige consolidar un enfoque integral de protección de los derechos de la niñez en los sistemas jurídicos de la región, con el objeto de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de infantes trans; empezando por reconocer el DIGAN, como ya lo hacen Estados de

[36] Véase León Ortiz, Miguel Ángel, "Prolegómenos en torno al reconocimiento…", *cit.*, pp. 233-257.

[37] Alfageme, Erika, Cantos, Raquel y Martínez, Marta, *De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción*, Madrid, Plataforma de Organizaciones de Infancia, 2003, p. 50.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internaciona

América Latina, como Argentina y Uruguay, o de Europa, como Noruega y Malta, favoreciendo siempre su protección más amplia.[38]

En segundo término, la adopción del criterio no patológico o despatológico de las diversidades corporales y de género, por algunos documentos internacionales sobre derechos humanos, han sentado las bases de un *corpus juris* internacional sobre la materia. Con ello se ha recomendado la adquisición de un orden normativo promotor de nuevas prácticas en el fuero estatal, que mejore la situación de las personas trans que, como ya se adelantó, la Corte IDH incluyó a través de la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, considerado por jurisdicciones nacionales e internacionales, e incluso, legislaturas locales de México como Jalisco, Oaxaca, Ciudad de México y Sinaloa.

Por último, la transición entre el modelo de atención sanitaria paternalista, en el que reposó el episodio de la medicalización trans, y el modelo de acompañamiento postoperatorio, sustentado en la voluntad personal, ha repercutido favorablemente en el mejoramiento del trato de estas personas en las instituciones de atención médica y sanitaria. Por citar un ejemplo, en la esfera

[38] Existe otra asignatura pendiente de abordar en el orden jurídico nacional, la situación de personas de género no binario que, al menos en el Estado de Hidalgo, ya se resolvió mediante la aprobación (el 4 de noviembre de 2022) de un decreto de reforma para modificar la Ley para la Familia y la Ley Orgánica Municipal de dicha entidad, a fin de que cualquier persona que cuente con la mayoría de edad pueda obtener el reconocimiento de su género no binario en el acta de nacimiento. *Cfr*. García, Ignacio, "Aprueban reconocer género no binario en Hidalgo", *El Sol de Hidalgo*, México, 3 de noviembre de 2022. https://www.elsoldehidalgo.com.mx/local/aprueban-reconocer-genero-no-binario-en-hidalgo-9135781.html (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2022).

En la esfera jurisdiccional, también se puede citar el asunto resuelto, en 2011, en el Distrito Judicial del Estado de Guanajuato en el que Fausto Martínez, una persona y activista no binario, obtuvo una sentencia favorable de un juez de Distrito en la que ordenó levantar nueva acta de nacimiento por el reconocimiento de la identidad de género no binaria, luego de que el Instituto Nacional Electoral le negó rectificar el género que aparecía en su credencial para votar que le fue entregada el 11 de febrero de 2022, por lo que se convirtió en el primer precedente sobre este asunto en todo el país. *Cfr*. González Cabrera, Cristian y Galvis Caballero, María Camila, "Guanajuato en México reconoce la identidad de persona no binaria", en *Human Rights Watch*, 24 de febrero de 2022. https://www.hrw.org/es/news/2022/02/24/guanajuato-en-mexico-reconoce-la-identidad-de-persona-no-binaria#:~:text=Guanajuato%20en%20M%C3%A9xico%20reconoce%20la%20identidad%20de%20persona%20no%20binaria,-Creciente%20impulso%20para&text=El%2011%20de%20febrero%2C%20el,se%20indica%20un%20tercer%20g%C3%A9nero (fecha de consulta: 10 de marzo de 2022).

de la atención psicológica, que emplea el esquema "afirmación de género" —propuesto, entre otras, por la psicóloga Diane Ehrensaft— y se enfoca más en la introspección del sí mismo, y no en la apariencia de los genitales externos ni en la asignación arbitraria de las conductas genéricas.[39]

De manera general, el modelo propuesto por Ehrensaft cuestiona los prejuicios y etiquetas sociales que juzgan vivencias de género transgresoras de las asignaturas de género binarias, por tres cuestiones: *a)* naturalizan las asignaturas de género con base en el dimorfismo sexual; *b)* reproducen modelos de crianza apoyados en atributos, prescripciones y creencias de corte binario; y *c)* anulan las subjetividades humanas y su capacidad de decisión.[40] Por ello, esta práctica clínica busca orientar el desarrollo flexible de la identidad de género en el transcurso de la llamada primera infancia,[41] al conferir un papel central al infante en la apropiación de su cuerpo y su entorno para construir su identidad.[42]

Algunas de estas perspectivas pueden notarse en la última edición del Protocolo para el Acceso sin Discriminación a la Prestación de Servicios de Atención Médica de las Personas LGBTTTI y las Guías de Atención específica de México, cuya última edición es de 2020. En ellas, se recomienda, entre otras cuestiones, determinar las medidas pertinentes en el acompañamiento en la transición de género de infantes trans; conformar un equipo multidisciplinario compuesto por el personal de salud, los progenitores y la persona menor de edad interesada, que acompañe a esta última en la toma de decisiones. Por ejemplo, de optar entre usar o no bloqueadores de la pubertad, hasta antes de la llegada de la segunda fase de la escala de Tanner,[43] "con el propósito de postergar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios, y en su caso dar

[39] Véase Hidalgo, Marco A.; Ehrensaft, Diane; Tishelman, Amy C.; Clark, Leslie F.; Garofalo, Robert; Rosenthal, Stephen M.; Spack, Norman P., y Olson, Johanna, "The gender affirmative model: what we know and what we aim to learn", *Human Development*, Suiza, vol. 56, núm. 5, 2013, pp. 285-290.

[40] *Cfr*. Ehrensaft, Diane, *Gender born, gender made: raising healthy gender non-conforming children*, New York, The Experiment, 2011, Kobo edition.

[41] *Cfr*. Ward, Jane, "¡Aparta tu género binario de mi infancia!: hacia un movimiento a favor de la autodeterminación de género en la infancia", en Green, Fiona Joy y Friedman, May (eds.), *Buscando el final del arcoíris: una exploración de las prácticas de crianza desde la fluidez de género*, trad. de Yolanda Fontal, España, Bellaterra, 2015, p. 63.

[42] *Cfr*. Hidalgo, Marco A. *et al*., *op. cit*., p. 286.

[43] El pediatra británico James Tanner propuso una escala de medición a partir del grado de

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

más tiempo y confirmar la decisión de él o la menor para el inicio de un proceso de hormonización".[44]

IV. Nuevas epistemologías y prácticas adoptadas por el derecho internacional en materia de derechos humanos aplicable a la situación de infantes *trans*

En el curso del actual siglo XXI, las epistemologías y nuevas prácticas para abordar la situación de personas trans menores y mayores de edad han sido incorporadas en las normas de DIDH, a través del trabajo encabezado por distintos organismos internacionales de los sistemas universal e interamericano en materia de derechos humanos, con lo que se busca reivindicar las prerrogativas fundamentales de las diversidades de género en todo el mundo (incluyendo las de género no binario).

Por ende, su fin último estriba en recomponer el orden institucional de los Estados desde una perspectiva plural, incluyente y respetuosa de la dignidad, y el carácter diverso de la condición humana para visibilizar y socializar los reclamos de estas personas, entre los que destaca el reconocimiento legal del DIGAN, en concordancia con el enfoque integral de protección de los derechos de la niñez y el principio despatológico o no patológico. Con ello, se les reconoce un papel mucho más protagónico en el procedimiento para obtener el cambio de nombre y género en los documentos de identidad.

1. *Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH)*

En el primer lustro del siglo XXI, un bloque de varios países del mundo manifestó su intención de elaborar un documento internacional de naturaleza vinculante (o *hard law*), que se ocupará de los derechos humanos de las diversidades de género. A ello responde que, en el año 2006, se iniciaran los trabajos para elaborar dos documentos en el seno de organizaciones de la sociedad civil, que dieron lugar a la Declaración sobre los Derechos Humanos de Les-

maduración sexual infantil, con base en el tamaño de los genitales, las mamas, los testículos y la abundancia de vellosidad púbica y axilar.

[44] Comisión Coordinadora de Institutos Nacionales de Salud y Hospitales de Alta Especialidad, *Protocolo para el acceso sin discriminación a la prestación de servicios de atención médica de las personas LGBTTTI y guías de atención específica*, 3a. ed., México, SSA-INSHAE, 2020, p. 35.

bianas, Gays, Bisexuales y Transexuales (también llamada Declaración de Montreal), y a los Principios de Yogyakarta. Este último se convirtió en el documento de mayor interés, al sentar criterios de interpretación de las normas de DIDH aplicables a la situación de personas trans menores y mayores de edad. Tales criterios fueron de utilidad para la labor emprendida por los organismos de tratados,[45] jurisdicciones y coyunturas políticas estales en torno al tema. Por ello, la jurista Laura Saldivia Menajovsky señaló que este documento es el primer hito para reivindicar los derechos de estos grupos de personas en el plano internacional.[46]

Diez años después, el 20 de septiembre de 2017, se presentó una actualización, denominada "Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales", conocido como los Principios de Yogyakarta *plus* 10, en el que también se incluyó la situación concreta de personas de género no binario como expresiones diversas de la identidad de género, y el asunto de las diversidades corporales que no se consideró en los Principios de Yogyakarta.[47]

Ahora bien, habría que mencionar que si bien los Principios de Yogyakarta —al menos de inicio— se inscribieron en la esfera del derecho blando (o *soft law*) —puesto que no fueron producto del trabajo de ningún organismo internacional del SUDH—, no obstante el documento fue presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Consejo DH), el 26 de marzo de 2007, es decir, un organismo intergubernamental de Naciones Unidas cuya encomienda consiste en promover y proteger los derechos humanos en todo el planeta. Esto permitió avalar y adoptar su contenido en el trabajo desarrollado por las distintas agencias y organismos

[45] Entre ellos, el Comité CEDAW o el Comité DN.

[46] Véase Saldivia Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017, p. 160-162.

[47] La influencia de estos documentos ha sido importantísima para elaborar leyes de avanzada para obtener el reconocimiento del DIGAN en países de América Latina y Europa, luego de promulgarse la LIG argentina, en mayo de 2012, que pronto se extendió a países como Malta, Irlanda, Noruega, Uruguay, Chile y España, lo que contribuyó a la decolonización del sistema moral eurocéntrico fundado en el binarismo de género.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

internacionales del SUDH, y de otros sistemas regionales, a petición de las delegaciones diplomáticas de Argentina, Uruguay y Brasil.[48]

Entre algunos puntos a destacar del documento sobresalen que salvaguarda los principios de igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual o la identidad de género (OSIG); reconoce el DIGAN atendiendo al sentido del principio 3o.; promueve el respeto de la identidad de género y las formas de vestir y expresar su vivencia en público (principio 6o.); busca sensibilizar a las autoridades del poder público a fin de evitar que socaven los derechos humanos de la niñez (principio 8o.); promueve recibir un trato digno y respetuoso hacia la niñez en las instituciones de educación (principio 16); promueve un trato digno y respetuoso en las instituciones de salud, sin menoscabar sus derechos a causa de la identidad de género; y, por último fomenta la obtención del consentimiento libre e informado en cualquier procedimiento invasivo sobre infantes trans (principio 18).

Ahora bien, estos principios se ajustan al sentido de varios documentos de DIDH que sirven de criterios orientadores para la correcta interpretación de los principios y derechos de documentos como los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la CDN, ya que, tal como lo establece el artículo 31 de la Convención de Viena, para la interpretación de los tratados que forman parte del DIDH se tomará en cuenta la "práctica seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado".

Es, en este sentido, que dentro de la esfera del SUDH sobresalen: los Principios de Yogyakarta; algunos puntos sobresalientes de las recomendaciones generales del Comité CEDAW; las observaciones generales e informes periódicos del Comité DN; los informes del Experto Independiente sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de OSIG, que fue designado por el Consejo DH; o las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, en las que destacan la Declaración de la ONU sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de 2008.[49]

[48] *Cfr*. Gauché, Marchetti, Ximena, "Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de soft law", en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Chloé S., Georas; Toro, Constanza, y Lacrampette, Nicole, *Justicia, género y sexualidad; Primer encuentro académico, Santiago de Chile 2009*, Santiago de Chile, Red Alas; Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, pp. 113-133, p. 123.

[49] *Vid*. León Ortiz, Miguel Ángel, "Identidad de género infantil como derecho humano: una

En esta tesitura, por poner un caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) —organismo encargado de supervisar la observancia de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— incluyó a la identidad de género como una categoría sospechosa de discriminación —a través de la Observación General núm. 20 de 2009—; en especial, cuando se produce en colegios o centros de trabajo.

Asimismo, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (ACNUDH) ha señalado en distintos informes su preocupación ante el incremento de la violencia y agresiones contra personas LGBTIQA+, particularmente, las que se producen en el ámbito de la familia y la comunidad y, sobre todo, aquellas dirigidas contra infantes, lesbianas y mujeres trans.

Por otro lado, el ACNUDH planteó en sus informes de 2011 y 2015 —relativos a las "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género" y a la "Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género"— la necesidad exhortar a los Estados para que tomen acciones destinadas a erradicar la discriminación, estigmatización, violencia y prejuicios contra las diversidades de sexo y género; adoptar medidas urgentes para eliminar cualquier sanción penal a causa de la identidad de género no binaria, como son las ejecuciones, arrestos o detenciones arbitrarias, o la negación de los derechos económicos, sociales y culturales (incluido el derecho a la salud), en atención al sentido de la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de Naciones Unidas, consideradas por Saldivia Menajovsky como formas de visibilizar la discriminación y violencia contra personas a causa de la identidad de género no binaria.[50]

En igual sentido se puede hablar de los informes del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, en los que se detalla la violación y discriminación de los derechos de personas trans mayores y menores de edad. Así, sólo por poner un caso, en el informe so-

asignatura pendiente en el contexto jurídico estatal", *Revista Jurídicas CUC*, Colombia, vol. 17, núm. 1, enero-diciembre de 2021, pp. 119-152; y León Ortiz, Miguel Ángel y Prieto Godoy, Carlos Alberto, "Movilización social, violencia normativa y diversidades de género en México en la paradoja de los derechos humanos", *Revista Ciencias Jurídicas*, México, núm. 158, mayo-agosto de 2022, pp. 1-30.

[50] *Vid*. Saldivia Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas…*, *cit.*, pp. 163-165.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

bre "protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género", el Experto Independiente señaló que las personas trans pueden ser objeto de vulneración a sus derechos humanos "cuando los datos relativos a su nombre y sexo que figuran en los documentos oficiales no concuerdan con su identidad o expresión de género [lo que puede] acrecentar los niveles de violencia y extorsión, la exclusión de la escuela […] y la salud"[51] (cuestión que se verifica, sobre todo, en la infancia).

Por tal motivo, el Experto independiente recomendó a los países expedir leyes que permitan el cambio de nombre y marcador de género registrado en el acta de nacimiento y demás documentos de identidad, a partir de procedimientos ágiles, transparentes y accesibles que garanticen el reconocimiento del DIGAN a personas trans menores de edad, la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y prohíban cualquier proceso de conversión sobre el género, tratamiento y/o evaluación psiquiátrica involuntaria o forzada.[52]

2. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)*

Por otro lado, dentro de la esfera de actuación del SIDH resalta la actividad de la Comisión IDH, reflejada principalmente en los informes temáticos que ha elaborado desde 2015, esto es, el de "Violencia contra personas LGBTI en América", el de los "Avances y desafíos para el reconocimiento de los derechos de los derechos de las personas LGBTI en las Américas", y el de la situación de "Personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", de 2015, 2018 y 2020, respectivamente.[53]

En dichos informes, la Comisión IDH recomendó: adoptar, entre otras cuestiones, políticas para prevenir, investigar y sancionar la discriminación y violencia contra infantes LGBTIQA+ en cualquier país de la región; eliminar información y datos que estigmaticen cualquier diversidad sexual, corporal o de género en cualquier recinto educativo; supervisar las disposiciones vigentes en las instituciones educativas con el ánimo de no discriminar a estas

[51] Consejo de DH, Informe A/HRC/38/43 del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 11 de mayo de 2018, párr. 43.

[52] *Ibidem*, párr. 98.

[53] *Cfr*. León Ortiz, Miguel Ángel, "Identidad de género infantil…" *cit*., pp. 119-152. Y León Ortiz, Miguel Ángel y Prieto Godoy, Carlos Alberto, "Movilización social…", *cit*., pp. 1-30.

diversidades; capacitar al personal encargado de acompañar y dar seguimiento el desarrollo de infantes en el proceso de transición de género (médico, psicológico, educativo, trabajo social, etcétera); brindar apoyar a quienes asuman la responsabilidad parental en la crianza infantil; sensibilizar a la población en general para respetar a las personas trans y a sus familiares; eliminar la restricción legal para obtener el reconocimiento del DIGAN a personas menores de edad por medio de procedimientos ágiles y transparentes; dictar medidas que garanticen los derechos de personas de género no binario; reconocer cualquier otra diversidad genérica más allá de las enunciadas en las vertientes occidentales, como son las identidades ancestrales e identidades no binarias.

Un punto sobresaliente será el papel que ocupe el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y todas las formas de Discriminación e Intolerancia (Comité CIDI), un organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los postulados de la Convención Interamericana sobre toda forma de Discriminación e Intolerancia (CIDI), competente para recibir comunicaciones individuales o requerir informes a los Estados parte en este asunto, que por el momento no se ha presentado ante la Asamblea General de la OEA.[54]

Mención aparte merece la Declaración conjunta de los miembros fundadores del grupo de apoyo LGBTI, centrada en promover acciones para frenar la discriminación y violencia hacia personas a causa de su orientación sexual e identidad de género en la región, y que ha sido objeto de preocupación para la Asamblea General de la OEA, instancia que promueve el intercambio y cooperación entre los países de la región sobre la temática, especialmente, en materia legislativa, registral, así como en la promoción de medidas para garantizar los derechos de la población trans.

También destaca el marco de acción de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de

[54] El cual, de acuerdo con el artículo 15, apartado IV, deberá iniciar sus funciones a partir de la entrada en vigor de la CIDI o de la Convención Interamericana contra el Racismo la Discriminación Racial y las formas conexas de Intolerancia (CIDRI), es decir, del 11 de noviembre de 2017, fecha en que entró en vigor esta última. Aunque la convocatoria para la primera reunión del Comité CIDI, en la sede de la Asamblea General de la OEA, se producirá hasta que cualquiera de los dos documentos haya recibido el décimo instrumento de ratificación. Algo que todavía no sucede, pues, hasta el momento, la CIDI cuenta con tres documentos de ratificación, y la CIDRI con seis (incluyendo en ambos casos el de México).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

género, de donde han surgido distintas medidas para proteger los derechos de las poblaciones LGBTIQA+ en los Estados, como son: la resolución AG/RES.2362 (XXXVIII-0/08),[55] por medio de la cual se creó el Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA), entre cuyas funciones está promover el fortalecimiento y la mejora operativa de las dependencias del registro civil en la protección y garantía del derecho a la identidad de cualquier diversidad de género en concordancia con su percepción personal; la AG/RES.2600 (XL-O/10), donde se plantea la necesidad de elaborar un informe temático que aborde la situación de la violencia de estas personas en la región; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), en la que se destacó la creación, en noviembre de 2013, de la Relatoría para los Derechos de las Personas LGBTI de la CIDH y de su plan de trabajo que sustituyó a la Unidad LGBTI creada años atrás por la propia Comisión IDH; o la AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), en la que insta a los Estados parte a atender las recomendaciones del Informe de la Comisión IDH sobre violencia contra personas LGBTI publicado en 2015, entre las que destacan la situación concreta de infantes trans.

Y, por último, la jurisprudencia asentada por la Corte IDH, en la que este organismo supranacional determinó el alcance de la CADH en lo atinente al cambio de nombre e identidad de género. Primero, a partir de la resolución del caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* en 2012, donde se refirió al derecho de la niñez a participar y opinar en cualquier procedimiento administrativo o jurisdiccional de acuerdo con su desarrollo y madurez, considerando siempre las circunstancias de cada caso de acuerdo con el contenido de la CDN, además de incluir a la orientación sexual e identidad de género diversas como condiciones protegidas por la CADH.

Más adelante, la Corte IDH se posicionó por promover la protección de los derechos humanos de las diversidades corporales, sexuales y de género, así como cualquier expresión de género diversa, al resolver los casos *Duque vs.*

[55] Uno de los aciertos de esta resolución en el ámbito mexicano es que permitió elaborar el informe que dio pauta a la modificación del Reglamento del Registro Civil del Estado de Jalisco, en 2020, que incorporó un procedimiento administrativo para enmendar el acta de nacimiento, para rectificar el nombre y sexo que aparecen en el acta de nacimiento primigenia.

Colombia[56] y *Flor Freire vs. Ecuador*,[57] ambos de 2016, en los que se garantiza el derecho a la percepción personal como un elemento esencial para reconocer la identidad de género.

Por su parte, en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, de 2020,[58] la Corte IDH se pronunció contra la violencia estructural y simbólica de la que son objeto las personas a causa de la identidad de género no binaria y, de forma implícita, se pronunció en favor de proteger el concepto de identidad como devenir, es decir, de entenderla como una realidad dinámica y mutable. Por último, en el caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, de 2021,[59] se determinó la importancia de incorporar un proceso para la obtención del cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad de personas trans como preludio para evitar la vulneración de derechos fundamentales, en atención al sentido del artículo 29 de la CADH relativo a la interpretación conjunta con otros instrumentos de DIDH.

Por último, y no menos importantes son los estándares jurídicos interamericanos asentados en la Opinión Consultiva 24/17, que apelan a los Principios de Yogyakarta y a su actualización de 2017,[60] por los que se hace hincapié

[56] En la sentencia que recayó a este asunto (26 de febrero de 2016), la Corte IDH determinó condenar al Estado de Colombia por violar el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 24, en relación con el 1.1 sobre la obligación de respeto y garantía de la CADH.

[57] En este asunto, la Corte IDH determinó condenar al Estado de Ecuador por violar los derechos a la igualdad y no discriminación, ambos reconocidos en el artículo 24, en relación con los artículos 1.1 y 2, los derechos a la honra y a la dignidad (artículo 11.1), y la garantía de imparcialidad (artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1) de la CADH, mediante su resolución de 31 de agosto de 2016.

[58] El 12 de marzo de 2020, la Corte IDH condenó al Estado de Perú a reparar los daños ocasionados a Azul Rojas Marín y su madre la señora Juana Rosa Tanta Marín, entre otras razones, por vulnerar los derechos a la integridad física, psíquica y emocional. De igual modo, ordenó garantizar el derecho a no ser objeto de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no atentar contra su derecho a respetar su honra y dignidad; a no ser objeto de ataques arbitrarios en contra de su vida privada, así como a no atentar contra su derecho a ser escuchadas en juicio con las debidas garantías, y a ejercer todos los recursos disponibles en las jurisdicciones nacionales sin mediar trato discriminante con motivo de la diversidad sexual y/o genérica.

[59] Mediante la resolución dictada el 26 de marzo de 2021, la Corte IDH condenó a Honduras por violar los derechos a la vida, y a la integridad personal (artículos 4o. y 5o. de la CADH) de Vicky Hernández, una mujer trans, trabajadora sexual y activista de los derechos humanos de las mujeres trans.

[60] De entre los más importantes, se pueden enunciar: el principio de integralidad, que se traduce —sólo por poner un ejemplo— en la creación de procedimientos ágiles que garanticen

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en la necesidad de reconocer el DIGAN a nivel nacional, mediante la incorporación de prácticas en distintas esferas institucionales ajustadas a esta perspectiva despatológica, en atención a las normas de DIDH señaladas arriba, al poner como ejemplo la recomendación que el Comité DN hizo a los Estados para adoptar "medidas para combatir los estereotipos de género que agravan y refuerzan las pautas de discriminación y desigualdad de oportunidades"[61] hacia distintas poblaciones, incluyendo a infantes trans.

3. *Un nuevo paradigma ha llegado: la Ley núm. 26.743 de Identidad de Género*

En este apartado corresponde hablar de la migración del modelo de regulación argentino no patológico hacia otros países del orbe, con lo cual se ha buscado promover, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos de personas trans mayores y menores de edad. Este nuevo modelo surgió luego de expedirse la Ley núm. 26.743 de Identidad de Género (LIG), que fue producto de la iniciativa del Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género ante la Cámara de Diputados, del 11 de noviembre de 2010, y por la que se articularon los puntos de vista de distintos frentes de la sociedad civil.[62] Es así como el 23 de mayo de 2012 por fin es publicada la LIG; una ley que se apoyó en el principio despatológico, y terminó extendiéndose a varios países de América Latina y Europa, incluyendo algunas entidades del Estado mexicano.[63]

De manera general, el proyecto de ley se centró en cinco aspectos: (1) incorporar el principio no patológico o despatológico de las diversida-

la obtención de documentos acordes con la identidad de género; el principio de confidencialidad de los datos personales de quienes modifiquen sus documento de identidad; el consentimiento informado; el principio de gratuidad y celeridad del trámite; estatuir medidas de protección especial en asuntos que atañen a personas trans menores de edad; y, que las normas para obtener el reconocimiento del DIGAN no provengan necesariamente de bases legales, sino también reglamentarias.

[61] Comité DN, Observación General núm. 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) (CRC/C/GC/17), 17 de abril de 2013, párr. 48.

[62] *Cfr*. Paradiso Sottile, Pedro, "Identidad de género y derechos humanos. El derecho a ser feliz", en Pavan, Valeria (comp.), *Niñez trans: experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2016, pp. 101-129.

[63] *Vid*. Saldivia Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas…*, *cit*.

des de género; (2) fomentar la no estigmatización de dichas diversidades de conformidad con los postulados de los Principios de Yogyakarta; (3) desjudicializar el procedimiento para obtener la rectificación registral por el reconocimiento del derecho a la identidad de género; (4) dejar de criminalizar a cualquier diversidad de género no binaria;[64] y, en especial, (5) proteger y garantizar el derecho de estas personas a gozar de un estado de salud integral, mediante la incorporación de las cirugías de reasignación sexual y los procedimientos de hormonización en los programas de salud pública de todo el país, los cuales, al final, se mantuvieron casi todos en la versión aprobada por el legislativo de aquel país.[65]

Una de las principales aportaciones de la LIG al mundo fue ampliar el derecho de cualquier persona trans menor o mayor de edad a obtener la rectificación registral de nombre y sexo en el Documento Nacional de Identidad (DNI), con base en las normas de DIDH; y para el caso de infantes trans, con base en el enfoque integral de protección de los derechos de la niñez plasmado en la CDN, lo cual, aunado al proceso de constitucionalización de las normas de derecho civil y familiar que se produjo tras la reforma constitucional argentina de 1994, y la entrada en vigor de la Ley núm. 26.061 sobre la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como el Código Civil y de Comercio, armonizó la normatividad de este asunto con el marco de protección proniñez del DIDH, establecido en la CDN y otros documentos internacionales sobre la materia, y en la práctica de todos los organismos de Naciones Unidas.[66]

Este nuevo paradigma de regulación trajo consigo cambios muy alentadores para la protección de los derechos de personas trans mayores y menores de edad, como la sustitución del esquema de atención sanitaria fundado en la patologización trans por el de la liberalización trans o despatológico basa-

[64] *Idem*.

[65] *Cfr*. Saldivia Menajovsky, Laura, "La bioética despatologizadora del derecho a la identidad de género", en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica: vida, muerte, género, reproducción y familia*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 138 y 139. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4732/11.pdf (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2022).

[66] Esta situación motivó que, en el curso del primer año de vigencia de la LIG, cerca de 3000 personas obtuvieran el reconocimiento del DIGA en todo el país. Goldman, Dalia, *El desafío de la diversidad sexual: matrimonio igualitario, cambio de sexo, alquiler de vientres… Hacia un nuevo modelo de familia*, México, L. D. Books, 2015, p. 123.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

do en la voluntad del paciente y el acompañamiento médico. Más adelante, el sistema de atención sanitaria incluyó a la personas de género no binario al agregar la nomenclatura "X" a las categorías mujer/hombre, con la publicación, el 20 de julio de 2021, del decreto núm. 476/2021. Todo ello a pesar de que siga habiendo una deuda pendiente con las personas intersexo.

En lo atinente a la situación infantil, la LIG garantiza varios principios y derechos contemplados en la CDN, como son los principios: a la no discriminación (artículo 2o.); al interés superior infantil (artículo 3o.); al desarrollo de la autonomía (artículo 5º); a la participación y opinión (artículo 12); así como el principio despatológico o no patológico, y el de la desjudicialización de la vía y al libre desarrollo de la personalidad, incluidos todos en el procedimiento para obtener el reconocimiento del DIGAN.

Así, por ejemplo, la materialización del principio de participación u opinión infantil se puede observar en el contenido del artículo 11 de la LIG, cuando en esta se exige que para los casos en que se requiera usar tratamientos hormonales será necesaria la obtención del consentimiento por escrito del infante, como requisito *sine qua non*, para iniciar este tipo de procedimiento médico. En igual sentido, asegura el derecho o principio del desarrollo de la autonomía en aquellos casos donde sea conveniente emplear alguna cirugía, previa autorización judicial como medida de protección especial, ponderando lo que más beneficie al infante en cada caso particular.

También incorpora la figura del abogado de la niñez en la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, enmarcada en el Código Civil y Comercial, la cual, como anota Néstor E. Solari, tiene por objeto defender los intereses de la niñez en sintonía con el enfoque integral de protección contenido en la CDN, por lo que este solamente podrá intervenir cuando exista un conflicto entre el infante y sus representantes legales.[67] Asimismo, concentra varias garantías para suplir el consentimiento de quienes asuman la responsabilidad parental, sólo en aquellos casos donde exista una oposición clara entre la opinión del infante y la de ambos progenitores.[68]

[67] *Cfr*. Solari, Néstor E., "El abogado del niño en el Proyecto", *La Ley. Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Argentina, núm. 3, abril de 2013, p. 7.

[68] *Cfr*. Regueiro de Giacomi, Iñaki, "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", *Revista Derechos Humanos*, Argentina, núm. 1, 2012, pp. 113-114.

Como ya se señaló, la influencia de la LIG en la producción de otras normativas similares en otros países del mundo que transitaron del paradigma de la medicalización trans, ceñido por el principio patológico, al de la liberación trans, guiado por el principio de la despatologización, fue notoria por muchas razones. En primer lugar, implicó la no restricción de estas personas a las instituciones de asistencia sanitaria, lo que permitió dejar de estigmatizar la práctica médica hacia estas personas[69] y, a la vez, transicionar del modelo de atención médica paternalista al de acompañamiento.[70]

De entre algunas de las principales normativas que se han registrado hasta la fecha, sobresalen las de Dinamarca, Malta, Irlanda, Noruega, España, Uruguay y Chile; o las disposiciones añadidas en los ordenamientos civiles y/o familiares de algunas entidades de Colombia y México. Aquí sólo se hace referencia a aquellas que reconocen derechos a infantes trans, empezando por el DIGAN. Me refiero a Malta, Noruega, Irlanda, España, Uruguay y Chile.

Malta. Tras aprobarse y publicarse la Ley sobre Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales, el 14 de abril de 2015, la Isla de Malta —al igual que Argentina— extendió la fórmula para obtener el reconocimiento legal del DIGAN a infantes trans, valiéndose de los principios de desarrollo progresivo de la autonomía, participación y opinión e interés superior de la niñez en el procedimiento respectivo, el cual debe tramitarse por la vía de jurisdicción voluntaria ante un juez de lo civil, en atención a lo dispuesto por el artículo 7o. de la ley de referencia.

Irlanda. El 22 de julio de 2015 el Parlamento de la República de Irlanda aprobó la *Gender Recognition Act* (o Ley de Reconocimiento de Género), que suprimió varios aspectos legales ajustados al criterio patológico, aunque mantuvo restricciones para obtener el reconocimiento de la identidad de género a personas trans menores de edad (al menos hasta que alcancen los 16 años). Con ello se confirió al Ministro de Protección Social una facultad expresa para conceder el reconocimiento del DIGAN. De allí que este modelo de regulación pueda ser calificado de "protección restrictiva".

Noruega. Tras expedirse la Ley de Cambio de Género Legal, publicada el 17 de junio de 2016 en el periódico oficial de Estado, este país nórdico

[69] *Cfr*. Regueiro de Giacomi, Iñaki, "El derecho al reconocimiento de la identidad de género de todas las niñas, niños y adolescentes: a cuatro años de la ley que abrió el camino a nivel mundial", en *Derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes*, México, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México; Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, 2016, p. 210.

[70] *Ibidem*, p. 211.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

reconoció el DIGAN a infantes trans mediante un modelo de regulación de protección escalonada, pues exige requisitos muy puntuales en el caso de adolescentes menores de dieciocho años que cuenten con 16 años, cuando se trate de menores de dieciséis que cuenten con al menos 6 años cumplidos al momento de iniciar el procedimiento; además de que se incluye también un procedimiento asequible a personas trans menores de 6 años. No obstante, en este último caso, la normativa de referencia exige mayores requisitos para modificar los documentos de identidad, de acuerdo con lo precisado en los numerales 3o. y 4o.

Uruguay. Este país fue el primero de América Latina en regular lo concerniente a la obtención de la identidad de género autopercibida tras publicarse la Ley núm. 18.620 relativa al derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios de 2009, ajustada al paradigma de la medicalización trans, que ocho años después sería abrogada por la vigente normativa. El 7 de noviembre de 2018 se expidió la Ley núm. 19.684 Integral para Personas Trans, que siguió la tónica de las leyes argentina, maltesa y noruega, al reconocer el DIGAN a la niñez trans sin ninguna restricción por motivo de la edad, según lo previsto en el numeral 4o., inciso C, en relación con el 6o., párrafo tercero. Esto la convirtió en una de las leyes más proteccionistas de Europa, pues garantiza el goce y disfrute de derechos de esta población a través de varias garantías o medidas de acompañamiento especial en las esferas familiar, sanitaria, educativa y cultural.

Chile. Con la publicación de la Ley 21.120 en el *Diario Oficial* del Estado chileno, el 10 de diciembre de 2018, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, esta nación se sumó a la lista de países en reconocer el DIGAN a personas *trans* menores de edad, aunque, al igual que Irlanda, lo restringió a adolescentes, es decir, a personas que cuentan con 14 años de edad al iniciar el trámite, y sólo a partir de la autorización jurisdiccional, según lo previsto en el artículo 5o., inciso a) de la ley en cita. Dentro de su contenido normativo también se alude al principio de la no patologización y, paradójicamente, a los principios del interés superior y de la autonomía progresiva de la niñez.

España. El último país en sumarse a esta tendencia de regulación no patológica fue España, con la expedición de la Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, el 28 de febrero de 2023, la cual abrogó a la anterior Ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral

de la mención relativa al sexo de las personas, de 15 de marzo de 2007, que restringía el reconocimiento de la rectificación registral a adolescentes e infantes, cuya porción normativa fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional español, el 18 de julio de 2019, "pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad»".[71]

Sin embargo, al igual que sus homólogas irlandesa y chilena, esta otra también permite el reconocimiento del DIGAN a adolescentes, con reglas muy puntuales, pues mientras las personas menores de dieciocho años que cuenten con 16 años pueden acceder a un procedimiento administrativo para obtener la rectificación registral ante la Oficina del Registro Civil, las personas menores de edad que tengan menos de dieciséis años, que cuenten con 14 podrán acudir al mismo beneficio con asistencia de sus representantes legales, y en caso de desacuerdo entre ellos o de estos últimos con el infante, se podrá solicitar el apoyo de un defensor judicial para continuar con el trámite correspondiente. Por último, tratándose de personas trans con 12 años, la ley de referencia establece que deberán acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener el reconocimiento legal del DIGAN, por lo que el modelo de regulación puede ser calificado como restrictivo de reconocimiento escalonado.

Hay que decir que antes de la llegada de esta ley las comunidades autónomas españolas de Andalucía, Cataluña, Galicia, Extremadura, Canarias, Navarra, País Vasco o de la capital Madrid, promulgaron leyes de avanzada en la materia; la primera en hacerlo fue la andaluza en 2014. En todas, al igual que la vigente, se reconoció el DIGAN a personas trans menores de edad, y se establecieron medidas de acompañamiento familiar, sanitario, educativo y cultural que facilitan la transición social de género de esta población.

En este trabajo no se pretende ahondar en los procesos políticos y sociales que incidieron en su aprobación. En todo caso, se resaltan los presupuestos registrados en la LIG argentina, que después influyeron en la Ley sobre Identidad de Género, Expresión de Género y Características Sexuales de Malta, pues este último Estado tiene una de las normativas más bondadosas sobre

[71] Acción por cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, Pleno del Tribunal Constitucional, España, 15 de marzo, p. 89807. https://www.boe.es/boe/dias/2019/08/12/pdfs/BOE-A-2019-11911.pdf (fecha de consulta: 26 de agosto de 2024).

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la materia en todo el mundo. Además, al igual que su homónima argentina, reconoce los derechos a la identidad de género, al libre desarrollo de la personalidad y a un trato acorde con la identidad de género autopercibida, en sintonía con las normas de DIDH y las observaciones y recomendaciones generales de algunos organismos de tratados como los Comités DN y CEDAW. Así se antepone el respeto por la dignidad y los derechos humanos que se encuentran previstos en diferentes instrumentos internacionales, con base en un enfoque proniñez que se desprende del artículo 19 en relación con el artículo 29 de la CADH; con lo que se busca armonizar las normas de derecho interno con las del DIDH.

Más adelante, la ley sobre la materia en la Isla de Malta incorporó los derechos a la integridad corporal y autonomía física de personas intersexo y de personas de género no binario, incluyendo la nomenclatura "X" en los documentos registrales de identidad adicionados a la LIG, en 2021. Este aspecto es importante de resaltar, pues en la actualización de los Principios de Yogyakarta, esto es, en su versión *plus* 10, se añadieron las características sexuales y las expresiones de género como categorías de protección no previstas en la versión de 2006, en atención al llamado de algunos organismos internacionales, entre ellos, la Asamblea General de la OEA, mediante la suscripción de varias resoluciones sobre la materia.[72]

V. La recepción de las normas de derecho internacional de derechos humanos como preludio para reconocer el derecho a la identidad de género de personas menores de edad en México

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 no sólo supuso la transformación sustancial del orden jurídico nacional. Con el reconocimiento y protección de las prerrogativas contenidas en la CPEUM y en los documentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano se consolidó un

[72] Así, por ejemplo, el 5 de junio de 2014, la Asamblea General aprobó la resolución AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, creó la Relatoría para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, y, de su plan de trabajo; dio lugar a la apertura de firmas para la adopción de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, en la que se incluyó, al igual que en la AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), las expresiones de género como móvil de discriminación.

sistema constitucional de derecho que dio pie a un proceso de constitucionalización del orden jurídico nacional mediante el desempeño de la función parlamentaria y, a la vez, con la incorporación del control de constitucionalidad judicial. Es decir, se reafirmó "la idea de que todas las normas y las acciones del Estado deben ajustarse a la Constitución y de que esta conformidad puede ser objeto de examen judicial".[73]

A ello responde que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se convirtiera en la piedra angular para definir el rumbo de esta propuesta a nivel estructural, al erigirse como el tribunal constitucional por antonomasia en el país. De su puesta en práctica, inició un proceso de cambios relevantes en varias áreas del derecho interno, especialmente para definir los mecanismos de protección de los derechos de personas y grupos desaventajados (como son las personas trans menores de edad), lo que incluye a las llamadas acciones afirmativas.

Uno de los principales logros de la cruzada internacional para respetar y proteger los derechos de las diversidades de género ha sido la recepción de las normas del DIDH; en especial, de los estándares de interpretación asentados en la OC-24/17 de la Corte IDH. Ello tuvo su efecto en las disposiciones del Reglamento del Registro Civil del estado de Jalisco, que incorporó un procedimiento para obtener la rectificación registral de nombre y sexo en el acta de nacimiento primigenia, luego de publicarse en el *Periódico Oficial* de esta entidad la adición de este procedimiento.[74] En lo que atañe al asunto de la niñez trans, se pueden mencionar que: (1) refrenda la condición de sujeto de derechos de las infancias trans; (2) promueve la armonización de las normas de derecho interno con las del DIDH, y (3) establece que el reconocimiento del derecho a la identidad es un punto crucial para garantizar la esfera de derechos de cualquier persona.

En 2021 las legislaturas locales de Ciudad de México y Oaxaca también reformaron diversas disposiciones de su código sustantivo civil para admitir el mismo procedimiento, aunque lo restringieron a personas menores de

[73] Bernal Pulido, Carlos "Relación entre el control de constitucionalidad y el control político: el caso de Colombia", en Prieto Sanchís, Luis y Campos Bernal, Heber Joel (eds.), *Control constitucional y activismo judicial*, Lima, Ara Editores, 2012, p. 21.

[74] Mediante la adición del capítulo XII relativo a la modificación de datos personales contenidos en las actas del estado civil, conforme a la identidad de género autopercibida, sin la exigencia de contar con la mayoría de edad como si lo hacían los ordenamientos civiles y/o familiares de otras entidades del país, misma que fue publicada el 29 de octubre de 2020 en el *Periódico Oficial*.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

doce años. Al año siguiente, el Congreso del estado de Sinaloa hizo lo propio al aprobar una reforma al código familiar vigente en el estado, publicada el 8 de marzo de 2022, que suprimió el procedimiento judicial que se mantuvo vigente por varios años, para instaurar uno de naturaleza administrativa.[75]

Por su parte, en el ámbito jurisdiccional la SCJN declaró la inconstitucionalidad de cualquier norma que restrinja la posibilidad jurídica a cualquier persona menor de edad de obtener el reconocimiento legal del DIGAN, por la vía administrativa, al resolver, el 7 de marzo de 2022, la Acción de Inconstitucionalidad 73/2021, para invalidar la aplicación del artículo 875 ter, fracción II, del vigente Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, a petición expresa de la presidenta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos,[76] en atención al sentido de los artículos 2o., 3o. y 5o., relativos a los principios del interés superior, no discriminación e igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad infantil, previstos en la CDN y en las interpretaciones que de estas disposiciones ha realizado el Comité DN a través de sus observaciones generales.

Unos meses después, el 15 de junio de 2022, la Primera Sala del máximo órgano jurisdiccional mexicano resolvió el Amparo en Revisión 155/2021, donde también se abordó la situación de infantes trans. En ella, se declaró la inconstitucionalidad de la porción normativa del artículo 135 *quater* del Có-

[75] Antes de la reforma, la última parte del artículo 1193 del Código familiar disponía la posibilidad de cambiar el nombre y sexo de la persona, mediante el procedimiento judicial previsto en el libro tercero, capítulo VII, del Código de Procedimiento familiares de la misma entidad.

[76] Resumida en los siguientes ocho puntos: (1) incorporar un procedimiento ágil, expedito, gratuito, sencillo y eficaz en el que se tome en cuenta el consentimiento informado de personas menores de edad partiendo de una perspectiva interseccional; (2) que dicho procedimiento permita la enmienda del nombre y demás datos de identidad a partir del levantamiento de nueva acta de nacimiento, pues, a ninguna persona se le puede obligar a poseer una identidad distinta a la de su propia individualidad; (3) el procedimiento no exija ningún requisito basado en prejuicios o estereotipos con motivo de la identidad de género autopercibida; (4) que el procedimiento deba tramitarse por quienes asuman la representación legal o la tutela de la persona menor de edad, previa obtención del consentimiento libre, expreso e informado de la niñez; (5) que el procedimiento incluya asistencia de la Procuraduría de los Derechos de la niñez como ya lo hacen algunas entidades del país; (6) que el procedimiento prevea un procedimiento excepcional para los casos en donde exista oposición por quienes ejerzan la representación legal de la persona menor de edad; (7) el deber de garantizar la protección de la confidencialidad de la persona menor de edad; y (8) que los efectos jurídicos que se desprendan de la resolución no anulen los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad.

digo Civil citadino, que restringía la posibilidad de obtener una nueva acta de nacimiento a cualquier persona menor de edad residente en la capital del país por el reconocimiento del DIGAN, valiéndose de un procedimiento más ágil y expedito ventilado ante la Oficina del Registro Civil, pese a que, en sus razonamientos, la Primera Sala determinó la no procedencia de la petición de invalidar el contenido de los artículos 135 bis, 135 ter, 135 *quater* del mismo ordenamiento, pues, a decir de los ministros, este cuenta con otra fórmula procedimental para atender lo conducente, aduciendo los artículos 3o. (derecho a la identidad) y 12 (derecho a la participación u opinión infantil), sin entrar al fondo del asunto por cuanto hace a la perspectiva despatológica ya comentada.

Como podrá notarse, las tres fórmulas forman parte de los cambios que se dieron a partir de la comentada reforma constitucional de 2011: la constitucionalización del orden jurídico por la vía legislativa; la constitucionalización reglamentaria por la vía ejecutiva, y la ejecución del control de constitucionalidad por la vía jurisdiccional. En cada una resalta su importancia para el proceso de recepción de las normas de DIDH sobre este asunto en el todo el territorio nacional. No sólo de la CDN, sino de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos, Sociales y Culturales, así como de la CADH y la CIDI.

Es así como el proceso de constitucionalización del orden jurídico y el control de constitucionalidad/convencionalidad mexicanos representan un cambio vertiginoso para la estructura jurídica del país, que se extendió rápidamente al orden jurídico de las entidades federativas. A ello se debe, como lo hace notar Espejo Yaksic, que los efectos de este nuevo paradigma legal se expandieran en las normas del derecho familiar de América Latina, tanto dentro de la doctrina como en la práctica judicial. A nivel doctrinal, mediante estudios especiales sobre este nuevo episodio jurídico; a nivel judicial, a través de la actividad jurisdiccional de interpretación y aplicación de las normas constitucionales en la resolución de casos concretos, valiéndose del nuevo sistema de precedentes y los criterios jurisprudenciales progresistas.[77] Pero también, a partir de la recepción del DIDH en el sistema jurídico nacional; en

[77] *Cfr*. Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020, p. 9.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ocasiones, mejor desarrollado en las legislaturas locales que en la federación, llamándolo el precontrol constitucional legislativo.[78]

Desde otro punto de vista, el proceso plantea algunos retos adicionales, al menos si partimos del enfoque del constitucionalismo transformador al que alude Boaventura de Sousa Santos, al poner sobre la mesa la posibilidad de reinterpretar las normas de DIDH desembarazándose de la versión universalista eurocéntrica que excluyó los órdenes normativos de los pueblos originarios de los territorios conquistados de África y América Latina. Estas rutas epistemológicas buscan la reivindicación de los derechos humanos de personas y grupos históricamente olvidados e invisibilizados (como en este caso ocurre con las personas trans), que luego transforman el orden jurídico de los Estados, mediante el desmantelamiento de tres esferas de opresión normativa anglo-eurocéntrica: el sexismo, el capitalismo y el colonialismo.[79]

Es cierto, lo anterior implica un ejercicio mucho más complejo que requiere de un análisis riguroso. Por lo pronto, en este trabajo sólo se habla un poco de los efectos que trajo consigo la constitucionalización del orden jurídico y la aplicación del control de constitucionalidad/convencionalidad en la resolución de asuntos sobre derechos humanos. Más aún si se trata de personas y grupos desaventajados, como en este momento se hace, al abordar el tema sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género en la normatividad de varias entidades federativas de México (civil, familiar, registral o reglamentaria). De todas ellas, hasta la fecha, veinte estados lo han hecho por la vía legislativa y cuatro más por la vía jurisdiccional. No obstante, hasta el momento, sólo Jalisco, Ciudad de México, Oaxaca y Sinaloa, han añadido un procedimiento administrativo para obtener el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para modificar el nombre y sexo que aparece en el acta primigenia de personas trans menores de edad, en atención al sentido de las

[78] *Cfr*. Uribe Arzate, Enrique, "Control constitucionalidad local", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, t. I, p. 219. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6438/10cb.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2023).

[79] *Cfr*. Santos, Boaventura de Sousa, Aráujo, Sara y Aragón Andrade, Orlando (eds.), "Introducción: La Constitución, el Estado, el derecho y las epistemologías del Sur", en *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*, México, Akal, 2021, p. 24.

normas de DIDH y los documentos presentados por diferentes organismos de tratados como son el Comité CEDAW, el Comité DH y el Comité DN.

Este recorrido, como es sabido, inició en Ciudad de México, con la publicación de dos enmiendas al Código Civil citadino: la primera de 2008 y la segunda de 2015. En la de 2008 se judicializó el procedimiento judicial para obtener el reconocimiento del derecho, orientado por el criterio patológico de cualquier diversidad de género no binaria.[80] En la de 2015 hubo un cambio de paradigma, ya que, por principio de cuentas, se sustituyó el procedimiento judicial por otro de naturaleza administrativa y, a la vez, se adoptó el principio despatológico o no patológico; aunque en ambos casos se restringió a la población infantil. Ahora bien, con respecto de esta última enmienda, conviene resaltar que al modificar las disposiciones del Código Civil se optó por no suprimir el procedimiento judicial previsto en el Código de Procedimientos Civiles capitalino, con el objeto de resolver los asuntos de personas trans menores de edad, a pesar de atentar contra las normas constitucionales, de DIDH, así como de los estándares jurídicos internacionales sobre la materia.

A pesar de ello, la disposición no impidió que en 2017 una persona trans menor de edad obtuviera una nueva acta de nacimiento de la Oficina del Registro Civil de la Ciudad de México, sin necesidad de acudir a un procedimiento jurisdiccional: el caso de Sophía. En dicho proceso resultó vital el acompañamiento legal de las asociaciones Ser Gay y Litigio Estratégico en Derechos Sexuales y Reproductivos (LEDESER), que se apoyaron en el informe presentado por el Consejo para Prevenir la Discriminación en la entidad (COPRED), como en su momento ocurrió en la Ciudad de Buenos Aires con el caso emblemático de Luana, la primera persona trans menor de edad que obtuvo el cambio de nombre y sexo a nivel mundial por esta la misma vía.[81]

Seis años después fue expedida la Ley para el Reconocimiento y Atención de las Personas LGBTTTI+, aprobada por el Congreso citadino, el 7 de julio del año 2021. Su misión es refrendar el compromiso institucional del Gobierno de la Ciudad de México con el respeto de los derechos de estas personas, empezando por el derecho a la identidad de género, de la mano con el dere-

[80] Entre algunos de los derechos humanos que esta ley recoge, sobresalen: el derecho a la dignidad, a la identidad, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a ser diferente, a la propia imagen, a la privacidad, y a la intimidad.

[81] Para ahondar más, véase Mansilla, Gabriela, *Yo nena, yo princesa: Luana, la niña que eligió su propio nombre*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2016.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cho al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación desde un enfoque incluyente, no discriminante e igualitario, en el que integrantes de la sociedad civil, académicos, investigadores y autoridades de la ciudad han sumado esfuerzos para conseguir su protección como colofón para que estas personas tengan acceso pleno a la justicia.

Poco después, el 27 de agosto de 2021, la titular de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México en ese momento, la Dra. Claudia Sheinbaum, dio el visto bueno al acuerdo por el que se formularon los "Lineamientos para garantizar los derechos humanos en el procedimiento administrativo de reconocimiento de identidad de género de las personas adolescentes", por lo que cualquier persona trans menor de dieciocho años, que cuente con 12 años cumplidos, podrá solicitar la rectificación registral del nombre y sexo que aparecen en el acta de nacimiento primigenia ante la Oficina del Registro Civil de la Ciudad. Tratando de suplir la falta de consenso que subsiste en el Congreso citadino para aprobar la iniciativa de ley para modificar el Código Civil capitalino y permitir que cualquier infante trans, independientemente de su edad, pueda obtener el levantamiento de nueva acta de nacimiento por el reconocimiento del DIGAN, presentada ante el Congreso de la Ciudad, en octubre de 2019.

De manera rápida, este procedimiento administrativo, que garantiza la protección del DIGAN valiéndose del principio no patológico, y se ajusta a esta nueva perspectiva reconocida por el DIDH, se extendió a Michoacán, Nayarit (2017), Coahuila, Colima, Hidalgo, Tlaxcala, Oaxaca, San Luis Potosí (2019), Jalisco, Quintana Roo (2020), Sonora, Puebla, Baja California Sur, Estado de México, Morelos (2021), Sinaloa, Baja California (2022), Zacatecas (2023) y Yucatán (2024). De todas las entidades, hasta la fecha, sólo Jalisco y Sinaloa reconocen el DIGAN sin ninguna restricción; Chihuahua, San Luis Potosí, Ciudad de México, Veracruz y Guanajuato lo admiten por efecto de diversas resoluciones pronunciadas por la SCJN. Mientras que Oaxaca mantiene la restricción a personas trans menores de doce años, pese a que el Pleno de la Corte determinó invalidar cualquier disposición jurídica que restrinja este derecho a esta población, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 73/2021; y la Segunda Sala hizo lo propio en el Amparo en Revisión 155/2021,[82] al determinar que las personas trans menores de edad que residan en la Ciudad de México deben tener la posibilidad de acudir al procedi-

[82] En la que se invalidó el contenido de la fracción II del artículo 135 *quater* del Código Civil.

miento administrativo establecido en el Reglamento del Registro Civil de la Ciudad de México.

Jalisco fue la primera entidad en reconocer el DIGAN, luego de que el Gobierno del estado solicitara al PUICA la presentación de un informe temático que analizara la viabilidad de reconocer el DIGAN, incluso por la vía reglamentaria. Es así como el 29 de octubre de 2020 fue publicado en el *Periódico Oficial* de la entidad un decreto mediante al cual se adicionó el capítulo XII, relativo a la modificación de datos personales contenidos en las actas del estado civil, conforme a la identidad de género autopercibida al contenido del Reglamento del Registro Civil del estado, lo que refrendó los estándares jurídicos interamericanos asentados en la OC-24/17 de la Corte IDH, y contrarrestó la fuerza adquirida por movimientos antiderechos en México y el mundo, al menos hace un par de décadas.

Para conseguirlo, según lo establecido en la última parte del artículo 40 del citado reglamento, resultará necesario obtener el consentimiento por escrito de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre la persona menor de edad, a efecto de dar entrada a la solicitud de modificación registral del acta de nacimiento de estas personas, conforme a los derechos a la dignidad, identidad, libre desarrollo de la personalidad, así como a los principios despatológico o no patológico, del interés superior, de participación u opinión, y del desarrollo de la autonomía de la niñez, los cuales pueden identificarse en la guía de trámites para la atención a personas trans en el servicio público en Jalisco.

La normatividad del estado de Oaxaca, al igual que la de Ciudad de México, admite que las personas trans menores de edad de doce años en adelante puedan, acompañados de quienes ejerzan la patria potestad o asuman la tutela sobre ellas, solicitar el levantamiento de nueva acta de nacimiento para obtener la modificación registral de nombre y sexo del acta de nacimiento primigenia, a partir de la reforma al Código Civil de dicha entidad, publicada en el *Periódico Oficial* del estado el 16 de octubre de 2021.

Para dar cumplimiento a lo anterior, la ley de la materia exige que la Procuraduría Estatal de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la entidad brinde apoyo oportuno a esta población; y que además se cerciore de que las personas menores de edad manifiesten su consentimiento por escrito. También, en caso de que quienes ejerzan la patria potestad o asuman la tutela se opongan o sea difícil obtener su consentimiento para iniciar el trámite correspondiente, garantizar que la persona menor de edad pueda

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

acudir ante la Procuraduría de referencia y solicitar asistencia legal para obtener la autorización judicial, siguiendo el mismo criterio establecido en la LIG, en atención a los principios del interés superior, desarrollo de la autonomía, participación u opinión, igualdad y no discriminación de la CDN, y al consentimiento informado de conformidad con lo previsto en los artículos 6o. y 7o. de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

Sinaloa ha sido la última entidad del país en modificar su normatividad familiar e incorporar el procedimiento administrativo para obtener el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por el reconocimiento del DIGAN, así como el acompañamiento de quienes ejerzan la patria potestad o asuman la tutela para presentar la solicitud pertinente, en términos de lo establecido en la fracción III del artículo 1197 bis III del Código Familiar del estado, donde resulta primordial el consentimiento del menor de edad. Al igual que Oaxaca, el marco jurídico de Sinaloa asigna un papel importante a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en la función de cerciorarse de que la persona menor de edad cuente con el grado de desarrollo físico, cognitivo y emocional para tomar decisiones, con la posibilidad de apoyarse en la experticia de un psicólogo que corrobore su voluntad para iniciar el trámite.

Para terminar, como ya se dijo, el Pleno de la SCJN invalidó el contenido de la fracción II del artículo 875 ter del Código Civil del estado de Puebla, al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 73/2021, que promovió la presidenta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a fin de garantizar el interés superior de la niñez trans independientemente de la edad en procedimientos para obtener el reconocimiento del DIGA, en atención al sentido de la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH. De allí se desprenden distintos estándares jurídicos para resolver asuntos relacionados con el reconocimiento del DIGAN, en términos de los artículos 19 (derechos de la niñez) de la CADH y el *corpus juris* infantil, es decir, de aplicar los principios de interés superior (artículo 3o.), desarrollo progresivo de la voluntad (artículo 5o. en relación con el 6o.), participación u opinión (artículo 12), y a la no discriminación (artículo 2o.) de la CDN, al tenor de las medidas generales de aplicación de este último instrumento, asentadas en la Observación General núm. 5 del Comité DN, y de donde se desprenden las medidas legislativas, las administrativas y, en general, cualquier acción o estrategia pública para hacer valer los derechos de esta población.

Todos estos puntos, como ya se indicó, son importantes, pues son los parámetros de regulación para los Estados que encuentran cabida en el orden del DIDH, dada la exigibilidad que se desprende de los artículos 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el 29 de la CADH, relativos a que la interpretación de las normas de DIDH son la fuente formal para que las entidades del país puedan legislar sobre este particular asunto. Por lo que ahora falta lo más importante: socializar estas formas de percibir el género entre la sociedad, mediante la información, sensibilización y capacitación al personal educativo, sanitario, judicial, administrativo y, sobre todo, a las familias mexicanas. Una tarea nada sencilla.

VI. Consideraciones finales

Las perspectivas históricas, teóricas y conceptuales recientes en torno a la identidad de género autopercibida de la niñez, permiten adentrarse en un asunto que aún en la época actual genera división de opiniones entre la población, especialmente de quienes asumen una posición que se opone al reconocimiento legal del DIGAN.

Pese a ello, los esfuerzos de las movilizaciones sociales que pretenden visibilizar las vivencias de género no binarias, como preludio para reivindicar los derechos de quienes las asumen y expresan valiéndose del principio despatológico, han sido el eje primordial para que diferentes organismos internacionales y regionales exhorten a los Estados a implementar nuevas prácticas que se exigen desde las normas de DIDH, tanto para establecer parámetros de interpretación y aplicación para resolver asuntos que involucran la protección de derechos humanos de infantes trans, como de las medidas de acompañamiento para hacer efectivos los derechos humanos de estas personas en las esferas familiar, educativa, sanitaria y cultural.

La restricción para que personas trans menores de edad —que también incluye a las de género no binario— puedan modificar la anotación registral del nombre y sexo que aparece en los documentos públicos de identidad constituye un atentado contra la dignidad y los derechos a la identidad, a la intimidad, a la propia imagen, a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la no discriminación, a ser diferente, etcétera. Tal restricción repercute de manera negativa en su sano desarrollo y bienestar.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

A ello responde este marco de acción emprendido por diferentes organismos de tratados, como el Comité DN, el Comité CEDAW o el Comité DESC, a partir de sus observaciones, recomendaciones generales e informes periódicos enviados a los Estados para cumplir con sus obligaciones y compromisos internacionales para la promoción de nuevas prácticas sobre la materia apegadas a las normas de DIDH. O bien, al papel que desempeñan organismos regionales, como la Comisión IDH o la Corte IDH, para velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos con la firma y ratificación de la CADH por los Estados parte.

Por último, con base en este escenario internacional se registró un nuevo modelo de regulación que incorpora el principio despatológico propuesto en los Principios de Yogyakarta, que apuesta por la desjudicialización del procedimiento para obtener el cambio de nombre y sexo en los documentos de identidad. Con la expedición de la LIG argentina, en 2012, este nuevo modelo se extendió a otras latitudes de Europa, como Malta, Irlanda, Noruega y España; y de América Latina, como Uruguay y Chile, y en menor medida, en algunas entidades de México, como Jalisco, Sinaloa, Ciudad de México y Oaxaca. A pesar de que en los ordenamientos sigue predominando una deuda con la niñez trans, este nuevo modelo está descolonizando por completo a las normativas vigentes de la ideología eurocéntrica que inspiró a los códigos civiles decimonónicos de contenido sexista y puramente patrimonialista. Esto es, está incitando la confección de un orden legal promotor del respeto, garantía y protección de la dignidad y los derechos humanos de estas personas.

VII. Bibliografía

Alcántara, Eva, "Identidad sexual/rol de género", *Debate Feminista*, México, vol. 47, abril de 2013, pp. 172-201.

Alfageme, Erika, Cantos, Raquel y Martínez, Marta, *De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción*, Madrid, Plataforma de Organizaciones de Infancia, 2003.

Aparisi Miralles, Ángela, "Derecho a la identidad (jurídico)", en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética; t. I* (a-h), España, Comares, 2011, pp. 537-544.

Bácares Jara, Camilo, *Los derechos del niño; una guía comprensiva de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Iztaccihuatl; Magisterio, 2017.

Benjamin, Harry, *The transsexual phenomenon*, Düsseldorf, Symposium, 1999.
Benjamin, Harry, "Transsexualism and transvestim as psycho-somatic and somato-psychic syndromes", en Stryker, Susan y Whittle, Stephen (eds.), *The transgender studies reader*, New York, Routledge, 2006, pp. 45-52. https://transreads.org/wp-content/uploads/2019/03/2019-03-16_5c8d876134a16_susan-stryker-the-transgender-studies-reader.pdf (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2022).
Bernal Pulido, Carlos, "Relación entre el control de constitucionalidad y el control político: el caso de Colombia", en Prieto Sanchís, Luis y Campos Bernal, Heber Joel (eds.), *Control constitucional y activismo judicial*, Lima, Ara Editores, 2012, pp. 19-29.
Bullough, Vern L., "La transexualidad en la historia", en Nieto, José Antonio (comp.), *Transexualidad, transgenerismo y cultura. Antropología, identidad y género*, trad. de Rafael Heredero, Madrid, Talasa, 1998, pp. 63-77.
Comisión Coordinadora de Institutos Nacionales de Salud y Hospitales de Alta Especialidad, *Protocolo para el acceso sin discriminación a la prestación de servicios de atención médica de las personas LGBTTTI y guías de atención específica*, 3a. ed., México, SSA-INSHAE, 2020.
Comisión IDH, Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, OEA/Ser.L/V/II, 7 de agosto de 2020.
Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, marzo de 2007.
Comité CEDAW, Proyecto de Recomendación general núm. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.
Comité DN, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México CRC/C/MEX/CO/4-5, 08 de junio de 2015.
Comité DN, Observación General núm. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia CRC/C/GC/20, 6 de diciembre de 2016.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Comité DN, Observación General núm. 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31) (CRC/C/GC/17), 17 de abril de 2013.
Consejo de DH, Informe A/HRC/38/43 del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 11 de mayo de 2018.
Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, solicitada por la República de Argentina, Serie A, núm. 21.
Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, 24 de noviembre de 2017, solicitada por el Estado de Costa Rica, núm. 17.
Espejo Yaksic, Nicolás, "La constitucionalización del derecho familiar", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2020, pp. 1-47.
Ehrensaft, Diane, *Gender born, gender made: raising healthy gender non-conforming children*, New York, The Experiment, 2011, Kobo edition.
Fausto-Sterling, Anne, *Cuerpos sexuados; la política de género y la construcción de la sexualidad*, trad. de Ambrosio García Leal, España, Melusina, 2006.
Frignet, Henry, *El transexualismo*, trad. de Horacio Pons, Argentina, Nueva visión, 2003.
Galofre, Pol y Missé, Miquel (eds.), *Políticas trans: una antología de textos desde los estudios trans norteamericanos*, 2a. ed., trad. de Ian Bermúdez, Egales, Barcelona, 2017.
García, Ignacio, "Aprueban reconocer género no binario en Hidalgo", *El Sol de Hidalgo*, México, 3 de noviembre de 2022. https://www.elsoldehidalgo.com.mx/local/aprueban-reconocer-genero-no-binario-en-hidalgo-9135781.html (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2022).
Garfinkel, Harold, *Estudios en etnometodología*, trad. de Hugo Antonio Pérez Hernáiz, España, Anthropos; Universidad Nacional de Colombia; Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
Gauché Marchetti, Ximena, "Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de *soft law*", en Madrazo, Alejandro; Casas, Lidia; Dughman, Sandra; Robledo, Gabriela; Palavecino, Adriana; Gauché, Ximena; Chloé S., Georas; Toro, Constanza, y Lacrampette, Nicole, *Justicia, género y sexualidad; Primer encuen-*

tro académico, Santiago de Chile 2009, Santiago de Chile, Red Alas; Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, pp. 113-133.

Goldman, Dalia, *El desafío de la diversidad sexual: matrimonio igualitario, cambio de sexo, alquiler de vientres... Hacia un nuevo modelo de familia*, México, L. D. Books, 2015.

González Cabrera, Cristian y Galvis Caballero, María Camila, "Guanajuato en México reconoce la identidad de persona no binaria", *Human Rights Watch*, 24 de febrero de 2022. https://www.hrw.org/es/news/2022/02/24/guanajuato-en-mexico-reconoce-la-identidad-de-persona-no-binaria#:~:text=Guanajuato%20en%20M%C3%A9xico%20reconoce%20la%20identidad%20de%20persona%20no%20binaria,-Creciente%20impulso%20para&text=El%2011%20de%20febrero%2C%20el,se%20indica%20un%20tercer%20g%C3%A9nero (fecha de consulta: 10 de marzo de 2022).

Guerrero Mc Manus, Siobhan F. y Muñoz Contreras, Leah D., "Epistemologías transfeministas e identidad de género en la infancia: del esencialismo al sujeto del saber", *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, México, vol. 4, e168, 14 de mayo de 2018, pp. 1-31.

Hidalgo, Marco A.; Ehrensaft, Diane; Tishelman, Amy C.; Clark, Leslie F.; Garofalo, Robert; Rosenthal, Stephen M.; Spack, Norman P., y Olson, Johanna, "The gender affirmative model: what we know and what we aim to learn", *Human Development*, Suiza, vol. 56, núm. 5, 2013, pp. 285-290.

Hirschfeld, Magnus, "The transvestites. The erotic drive to cross-dress", en Stryker, Susan y Whittle Stephen (eds.), *The transgender studies reader*, New York, Routledge, 2006, pp. 28-39. https://transreads.org/wp-content/uploads/2019/03/2019-03-16_5c8d876134a16_susan-stryker-the-transgender-studies-reader.pdf (fecha de consulta: 19 de noviembre de 2022).

Jiménez, Cristhian Manuel, "Viabilidad de una convención para la eliminación de la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, vol. 66, 2017, pp. 101-124.

Katchadourian, Herant A. (coord.), *La sexualidad humana. Un estudio comparativo de su evolución*, trad. de Héctor Libertella Riesco, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

Krafft-Ebing, Richard von, "Pchychopathia sexualis with special reference to contrary sexual instinct. A medico-legal study", en Stryker, Susan y Whitt-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

le Stephen (eds.), *The transgender studies reader*, New York, Routledge, 2006, pp. 21-27. https://transreads.org/wp-content/uploads/2019/03/2019-03-16_5c8d876134a16_susan-stryker-the-transgender-studies-reader.pdf (fecha de consulta: 17 de noviembre de 2022).

Lamas, Marta, "Género", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones en Estudios de Género, 2018, vol. 1, pp. 155-170.

Lamm, Eleonora, "Identidad de género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana. IDIBE*, España, núm. 8, 2018, pp. 230-278. https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/93.Lamm-copia.pdf (fecha de consulta: 09 de diciembre de 2022).

León Ortiz, Miguel Ángel, "Identidad de género infantil como derecho humano: una asignatura pendiente en el contexto jurídico estatal", *Revista Jurídicas CUC*, Colombia, vol. 17, núm. 1, enero-diciembre 2021, pp. 119-152. https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/3173/3199 (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2022).

León Ortiz, Miguel Ángel, "Prolegómenos en torno al reconocimiento del derecho a la identidad de género auto-percibida en la niñez: apuntes para legislar", en Flores Velázquez, Rocío Victoria Alejandra, Morán Navarro, Sergio Arnoldo y Lomelí Payán, Humberto, (coords.), *Los fundamentos del Estado de derecho en el siglo XXI*, México, Tirant lo Blanch; Universidad Autónoma de Nayarit, 2020, pp. 233-257.

León Ortiz, Miguel Ángel y Prieto Godoy, Carlos Alberto, "Movilización social, violencia normativa y diversidades de género en México en la paradoja de los derechos humanos", *Revista Ciencias Jurídicas*, México, núm. 158, mayo-agosto de 2022, pp. 1-30. https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Movilizacion%20social%20violencia%20normativa.pdf (fecha de consulta: 03 de diciembre de 2022).

Mansilla, Gabriela, *Yo nena, yo princesa: Luana, la niña que eligió su propio nombre*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2016.

Missé, Miquel, *Transexualidades: otras miradas posibles*, 2a. ed., Barcelona, Egales, 2014.

Money, John y Ehrhardt, Anke A., *Desarrollo de la sexualidad humana. diferenciación y dimorfismo de la identidad de género desde la concepción hasta la madurez*, trad. de Alfredo Guerra Miralles, España, Morata, 1982.

Paradiso Sottile, Pedro, "Identidad de género y derechos humanos. El derecho a ser feliz", en Pavan, Valeria (comp.), *Niñez trans: experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2016, pp. 101-129.

Pons Rabasa, Alba y Garosi, Eleonora, "Trans", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, vol. 1, pp. 307-325.

Regueiro de Giacomi, Iñaki, "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", *Revista Derechos Humanos*, Argentina, núm. 1, 2012, pp. 101-115.

Regueiro de Giacomi, Iñaki, "El derecho al reconocimiento de la identidad de género de todas las niñas, niños y adolescentes: a cuatro años de la ley que abrió el camino a nivel mundial", en *Derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes*, México, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México; Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, 2016, pp. 207-247.

Rubin, Gayle, "El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo", trad. de Stella Mastrangelo, en Lamas, Marta (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Bonilla Artigas Editores; Universidad Nacional Autónoma de México, Programa Universitario de Estudios de Género, 2015, pp. 35-91.

Sáez, Begonya, "Formas de la identidad contemporánea", en Torras, Meri (ed.), *Cuerpo e identidad; vol. I*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2007, pp. 41-54.

Saldivia Menajovsky, Laura, "El reconocimiento del derecho a la identidad de género de Luana", en Pavan, Valeria (comp.), *Niñez trans: experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General Sarmiento, 2016, pp. 77-87.

Saldivia Menajovsky, Laura, *Subordinaciones invertidas: sobre el derecho a la identidad de género*, México, Universidad Nacional Autónoma de México; Universidad Nacional de General Sarmiento, 2017. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4260/13.pdf (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2022).

Saldivia Menajovsky, Laura, "La bioética despatologizadora del derecho a la identidad de género", en Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (coords.), *Bioética laica: vida, muerte, género, reproducción y familia*,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 137-153. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4732/11.pdf (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2022).

Santos, Boaventura de Sousa, Aráujo, Sara y Aragón Andrade, Orlando (eds.), "Introducción: La Constitución, el Estado, el derecho y las epistemologías del Sur", en *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*, México, Akal, 2021, pp. 9-38.

Solari, Néstor E., "El abogado del niño en el Proyecto", *La Ley. Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Argentina, núm. 3, abril de 2013, pp. 6-9.

Uribe Arzate, Enrique, "Control de constitucionalidad local", en Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, t. I, pp. 368-370. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6438/10cb.pdf (fecha de consulta: 10 de enero de 2023).

Valencia, Sayak, "Transfeminismo(s)", en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género; vol. 1*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, pp. 327-337.

Vendrell Ferré, Joan, "La crisis del género en Occidente", en Peña Sánchez, Edith Yesenia y Hernández Albarrán, Lilia (coords.), *Iguales pero diferentes: diversidad sexual en contexto. Memorias de la VII Semana Cultural de la Diversidad Sexual*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2011, pp. 79-92.

Ward, Jane, "¡Aparta tu género binario de mi infancia! Hacia un movimiento a favor de la autodeterminación de género en la infancia", en Green, Fiona Joy y Friedman, May (eds.), *Buscando el final del arcoíris: una exploración de las prácticas de crianza desde la fluidez de género*, trad. de Yolanda Fontal, España, Bellaterra, 2015, pp. 59-68.

Cómo citar

IIJ-UNAM

León Ortiz, Miguel Ángel, "Identidad de género infantil y derechos humanos: nuevas prácticas, nuevos paradigmas en el panorama internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e18141. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141

APA

León Ortiz, M. Á. (2025). Identidad de género infantil y derechos humanos: nuevas prácticas, nuevos paradigmas en el panorama internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e18141. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18141

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internaciona

Los últimos protectorados; lecciones de las administraciones temporales de Naciones Unidas en Kosovo y Timor Oriental[1]

The last protectorates; peacebuilding lessons from the United Nations transitional administrations in Kosovo and Timor-Leste

Les derniers protectorats; leçons pour la consolidation de la paix des administrations transitoires des Nations-Unis en Kosovo et Timor Oriental

Federico **Freydell**

https://orcid.org/0000-0002-9800-8566
Universidad del Rosario. Colombia
Correo electrónico: federicofreydell42@gmail.com

Recepción: 10 de abril de 2024
Aceptación: 20 de febrero de 2025
Publicación: 6 de marzo de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049

Resumen: En la última década del siglo XX, el Consejo de Seguridad utilizó una herramienta que había sido poco usada previamente: administraciones temporales sobre territorios que sufrieron conflictos de alta intensidad. Estas administraciones son una muestra clara de los amplios poderes de Naciones Unidas. También son importantes para entender el desarrollo posterior de

[1] El presente documento es una adaptación de parte del requisito de grado para obtención del título de mágister en Derecho Internacional en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. El autor desea extender sus agradecimientos más sinceros a Ricardo Abello Galvis, asesor del proyecto de tesis.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

los sistemas internacionales, incluyendo elementos de gran escala como el derecho internacional penal y la responsabilidad para proteger, y a explicar las situaciones políticas inmediatamente posteriores en Irak y Afganistán. Sin embargo, la narrativa histórica las ha olvidado. El presente artículo busca analizar las administraciones, las razones por las que fueron las últimas, y sus efectos político-jurídicos.
Palabras clave: construcción estatal; narrativa histórica; paz y seguridad; derecho internacional; justicia transicional.

Abstract: In the last decade of the 20th century, the Security Council used a tool that had previously been little utilized: temporary administrations over territories that experienced high-intensity conflicts. These administrations clearly demonstrate the broad powers of the United Nations. They are also important for understanding the subsequent development of international systems, including large-scale elements such as international criminal law and the responsibility to protect, and for explaining the immediate political situations in Iraq and Afghanistan. However, historical narratives have largely forgotten them. This article seeks to analyze these administrations, the reasons they were the last, and their political-legal effects.
Keywords: State-building; historical narrative; peace and security; international law; transitional justice.

Résumé: Au cours de la dernière décennie du XXe siècle, le Conseil de Sécurité a utilisé un outil qui avait été peu employé auparavant: des administrations temporaires sur des territoires ayant subi des conflits de haute intensité. Ces administrations sont une démonstration claire des pouvoirs étendus des Nations Unies. Elles sont également importantes pour comprendre le développement ultérieur des systèmes internationaux, incluant des éléments de grande envergure tels que le droit pénal international et la responsabilité de protéger, ainsi que pour expliquer les situations politiques immédiates en Irak et en Afghanistan. Cependant, les récits historiques les ont largement oubliées. Cet article vise à analyser ces Administrations, les raisons pour lesquelles elles furent les dernières, et leurs effets politico-juridiques.
Mots-clés: construction étatique; narratif historique; paix et sécurité; droit international; justice transitionnel.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Contexto histórico*. III. *Las administraciones temporales de Naciones Unidas*. IV. *La política de Naciones Unidas luego de las administraciones temporales*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Más que en cualquier otro punto de la historia, en los años noventa y en la primera década del siglo XXI las organizaciones internacionales decidieron utilizar todas las herramientas en su repertorio. El fin de la Guerra Fría per-

mitió una dominancia global casi total del sistema de democracia liberal encabezado por Estados Unidos.[2] Esta dominancia se extendió al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), donde, en el periodo entre el 29 de febrero de 1984 y el 12 de enero de 2007, hubo tan sólo tres vetos rusos y dos chinos, en comparación con 41 vetos estadounidenses.[3] La hegemonía estadounidense era incuestionable: el Consejo de Seguridad actuaba como quería Occidente. Las amenazas a la paz y seguridad en el momento incluyeron los procesos de independencia de Timor Oriental, una provincia anexada brutalmente por la República de Indonesia en 1975, ocurrida entre 1998 y 2002; y la declaración unilateral de independencia[4] de la República de Kosovo, que inició luego de una intervención internacional unilateral de la OTAN en Yugoslavia en 1999, pero que no se dio hasta 2008.

En ambas situaciones el Consejo de Seguridad actuó de una manera decisiva para mantener la administración civil en los países en cuestión, implementando *administraciones temporales* de la ONU en estos territorios, que hacían de ellos esencialmente protectorados de Naciones Unidas, con administraciones dependientes de la burocracia internacional y frente a las cuales no había oficialmente una declaración de independencia. A pesar de varias dificultades en su ejecución, las administraciones temporales tienen en común una gestión que permitió la creación de Estados relativamente pacíficos, que surgieron de territorios donde han ocurrido graves daños contra los derechos de sus comunidades.

Sin embargo, a pesar de un récord que pasa el examen de la historia con relativo éxito, las administraciones temporales en Timor Oriental y Kosovo han sido las últimas administraciones temporales producidas por la ONU. Desde 2002, la idea de generar nuevas administraciones temporales, en regiones que han sido percibidas como riesgos graves a la paz y seguridad internacionales, no ha aparecido en el discurso público internacional.[5] El presente

[2] Fukuyama, Francis, *The end of history and the last man*, Nueva York, Free Press, 1992.

[3] En comparación, en el periodo posterior, entre el 12 de enero de 2007 y la fecha de redacción del presente artículo, se invirtieron los roles: Rusia vetó 32 resoluciones y China 14, en comparación con las siete vetadas por Estados Unidos y ninguna por Francia o Gran Bretaña. Véase Naciones Unidas, *UN Security Council Meetings and Outcomes Tables; Veto List*, 2024. https://research.un.org/en/docs/sc/quick

[4] Reconocida por 102 de los 193 países de las Naciones Unidas. *Cfr.* Kosovo Thanks You, *Kosovo thanks you*, 2024. https://www.kosovothanksyou.com/

[5] Con la notable excepción del discurso doméstico israelí, en el cual una de las propuestas

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

artículo busca resolver el misterio relativo al porqué esta herramienta desapareció de la lista de herramientas del Consejo de Seguridad, a través de qué procesos, y qué críticas se puede hacer a las administraciones que llevaron a este punto.

1. *Metodología*

Este trabajo tiene como metodología el análisis de fuentes, con el fin de construir una narrativa interpretativa-cualitativa que dilucide la verdad sobre un fenómeno social ocurrente a nivel de la ONU entre 2002 y 2015. En este sentido, toma la forma de una *narrativa*, una figura de la investigación cualitativa hermenéutica[6] e histórica y meta-histórica.[7] La narrativa se construye a través de la revisión de fuentes primarias y secundarias relativas a la interpretación de la gestión de las administraciones temporales de Naciones Unidas en este periodo, y las actitudes de la ONU a conflictos internacionales en momentos subsecuentes.

Históricamente la investigación en derecho, así como otras profesiones que no se basan en el análisis de campo, etnografía o investigación cuantitativa regida por el método científico, han tenido dificultades al momento de identificarse dentro de las herramientas de investigación de las ciencias naturales y sociales.[8] Estas tradiciones metodológicas pueden funcionar con habilidad para resolver los mecanismos de investigación sociojurídica, pero no lo hacen

para la administración de la Franja de Gaza luego del conflicto iniciado tras el 7 de octubre de 2023 ha sido el establecimiento de una administración internacional temporal. *Cfr.* McLaughin, Rob, "Israel-Hamas 2023 Symposium; After the conflict: A UN transitional administration in Gaza?", *Articles ofWar*, West Point Academy; Lieber Institute, 2023; Raustiala, Kal, *Who will govern Gaza? Lessons from 1957*, Paper, Los Ángeles, UCLA School of Law, 2024.

En noviembre de 2023, el Gobierno alemán oficializó las propuestas de implementar una administración temporal en Gaza. *Cfr*. Barigazzi, Jacopo, y Moens Barbara, "Germany suggests UN take control in Gaza after Israel-Hamas war ends", *Politico*, 15 de noviembre de 2023.

[6] Poth, Cheryl y Creswell, John, *Qualitative inquiry and research design: choosing among five approaches*, Londres, Sage, 1997, pp. 53-57; Ángel Pérez, Darío Alberto, "La hermenéutica y los métodos de investigación en ciencias sociales", *Estudios de Filosofía*, núm. 44, 2011, pp. 29-34.

[7] White, Hayden, *Metahistory: the historical imagination in nineteenth-century, Europe*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1973.

[8] Quintana, Laura y Hermida, Julián, "La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica", *Perspectivas en Psicología. Revista de Psicología y Ciencias Afines*, vol. 16, núm. 2, 2019, p. 73.

con tal fuerza para los análisis de materiales hermenéuticos, es decir, los dedicados a la revisión principal de textos.[9]

El análisis hermenéutico de las instituciones jurídicas debe, entonces, necesariamente desarrollarse contextualmente, en seguimiento al análisis histórico, específicamente a la historia jurídica. Este concepto fue desarrollado con fuerza desde principios del siglo XX en las tradiciones británica y estadounidense,[10] aplicado en Francia con la constitución de la *Revue Progressiste de Droit Français* en 1952,[11] y profundizado en el cincuentenario de la escuela de la revista *Annales*.[12] El análisis histórico, recontando principalmente las fuentes y la forma en la que se atan con el contexto sociopolítico de la comunidad internacional, corresponde a la escuela histórico-legal estadounidense propuesta inicialmente por J. William Hurst, que buscaba observar, en la vena de escuelas como el realismo norteamericano, los efectos del derecho dentro de la sociedad.[13] Estas nuevas interpretaciones permiten que la historia del derecho evite ser "un entierro de normas muertas para vivir de ellas".[14] En este caso, más que la "ley muerta" de las instituciones, se observarán las reacciones principales que causaron las administraciones, visibles a través de las instituciones y acciones posteriores generadas por la sociedad internacional.

Un trabajo realizado a través de esta metodología es importante para generar una memoria histórica. En términos de Ricœur,[15] un elemento fun-

[9] *Ibidem*, p. 75.

[10] Lobban, Michael, "The varieties of legal history", *Clio Themis. Revue Électronique d'Histoire du Droit*, núm. 5, 2012, p. 47. Lobban recalca la diferencia entre las tradiciones británica y estadounidense, elemento importante en el análisis historiográfico. Sin embargo, no es relevante para este estudio, ya que ambas escuelas de la historia jurídica hacen un énfasis fuerte en el análisis hermenéutico.

[11] Olszak, Norbert, "L'histoire du droit dans la Revue progressiste de droit français de Gérard Lyon-Caen (1952-1956)", en Poumarède, Jacques, *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, p. 432.

[12] Poumarède, Jacques, "Introduction", en *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse Capitole, 2006.

[13] Diamond, Stephen, "Legal realism and historical method: J. Willard Hurst and American legal history", *Michigan Law Review*, vol. 77, núm. 3, 1979, p. 786.

[14] Marcos y De Figuereido, Rui, "Réflexions sur la compréhension actuelle de l'histoire du droit", en Poumarè, Jacques, *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, p. 480 (traducción propia).

[15] Ricœur, Paul, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Le Seuil, 2014, p. 165.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

damental de la memoria es el *olvido*, es decir, los elementos que se escogen olvidar como irrelevantes para una narrativa histórica concreta. El fundamento esencial de la historia como narrativa legitimante de la nación[16] implica que usualmente la influencia extranjera, especialmente la de organizaciones internacionales, es minimizada. La narrativa histórica ignora, generalmente, los debates internos a las Naciones Unidas, incluyendo aquellos tan fundamentales como la administración de territorios tras una intervención por afectación a la paz y seguridad internacionales. Esto es un error narrativo garrafal. El rol de estas discusiones ha afectado el devenir de millones de personas en países varios, motivo por el cual su omisión de la narrativa histórica, y en especial de la narrativa de la historia del derecho internacional, se convierte en inaceptable. Este trabajo, en conclusión, se convierte en un aporte a la verdad desde un ámbito internacional, que busca complementar los sistemas nacionales que en muchos casos habilita. De esta forma, el análisis hermenéutico buscará enfatizar fuentes, principalmente de naturaleza secundaria, para constituir la narrativa investigativa deseada.

El análisis de estos casos se cubrirá a través de varios pasos. En primer lugar, se analizará el contexto histórico en el que surgieron las administraciones temporales, con la intención de enmarcar el fenómeno en el contexto político y jurídico internacional de la última década del siglo XX. Este análisis histórico deberá pasar necesariamente por una revisión del origen de las administraciones temporales, en Papúa Occidental, antes de especificar más en los hechos que llevaron a la creación de las dos administraciones temporales. Posteriormente se hará referencia a las reacciones internacionales al desempeño de las administraciones, antes de analizar el porqué, tras la expedición del Informe Brahimi de 1999, perdieron su preponderancia ante otras herramientas en el instrumental de Naciones Unidas.

II. Contexto histórico

Con anterioridad a la década de los noventa, Timor Oriental y Kosovo tenían pocos elementos en común; de hecho, se trata de dos Estados que están casi opuestos literalmente en el planeta. Incluso tan tarde como en los noventa, los dos países sólo tenían en común la degradación de su seguridad, debido a

[16] Kramer, Lloyd, "Historical narratives and the meaning of nationalism", *Journal of the History of Ideas*, vol. 58, núm. 3, 1997, p. 526.

movimientos separatistas que luchaban contra el país que controlaba el territorio, cuyas fuerzas estatales y paraestatales por lo general usaron una fuerza desproporcionada contra la población civil.[17] Incluso en ese momento las comparaciones realizadas entre los dos conflictos no eran solamente entre ellas: en varios casos las luchas separatistas ostensiblemente exitosas en ambos países invitaban a realizar comparaciones con Chechenia, región rusa que en aquel momento era *de facto* independiente de la Federación tras un devastador conflicto.[18]

Sin embargo, el elemento que realmente unió los conflictos en Timor Oriental y Kosovo fue la decisión de la ONU de intervenir directamente en la región, a través de administraciones temporales que ocuparían el territorio hasta que se pudiera establecer el orden: la Misión de Administración Interina de Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) y la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET). En ambos casos enfrentados por el hecho de que los territorios anfitriones[19] habían sufrido una fuerte violencia que destruyó, de forma general, a ambos países. Por ejemplo, reportes indonesios sobre la ola de violencia en Timor Oriental sugieren que aproximadamente 50 % de los edificios residenciales de Dili fueron destruidos,[20] y con poca confianza en las entidades ocupantes de la región (por ejemplo, la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad sugiere la falta de confianza en las fuerzas yugoslavas y el Ejército de Liberación de Kosovo en mantener el respeto a las poblaciones civiles).

[17] Strohmeyer, Hansjörg, "Collapse and reconstruction of a judicial system: The United Nations missions in Kosovo and East Timor", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, 2001, p. 47.

[18] Charney, Jonathan, "Self-determination: Chechnya, Kosovo, and East Timor", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, núm. 2, 2001, pp. 455-467.

[19] Ambos territorios terminarían convirtiéndose en Estados. Sin embargo, si bien Timor Oriental es hoy en día un Estado pleno, reconocido de forma global a nivel internacional, Kosovo no ha conseguido apoyo mayoritario en su reconocimiento. En particular, no ha sido reconocido por Rusia o China, motivo por el cual no es posible su inclusión como Estado parte de la ONU.

[20] Crouch, Harold, "The TNI and East Timor Policy", en Fox, James y Soares, Dionisio Babo, *Out of the ashes: destruction and reconstruction of East Timor*, Bathurst, Australian National University Press, 2000, p. 156. Otros informes sugieren un número más alto, que asciende hasta 70 % de todos los edificios en la isla. Véase Robinson, Geoffrey, *East Timor 1999: crimes against humanity*, Informe de la Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos, Los Ángeles, UCLA, 2003, p. 44.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La administración implementada por Naciones Unidas fue definitivamente novedosa, pero no existía sin precedente. Siempre había existido una expectativa que las Naciones Unidas tendría como uno de sus puntos principales el apoyo para asegurar un proceso de descolonización pacífica en el cual se cumplieran los principios esenciales de las Naciones Unidas (practicar la tolerancia y convivir en paz, mantener la paz y seguridad internacionales, asegurar que los Estados no ejerzan el uso de la violencia, y promover el desarrollo económico y social de los pueblos). Inicialmente, el mecanismo principal pensado en el marco de la administración territorial fue el Consejo de Administración Fiduciaria (CAF)[21] que heredaría las funciones de la Comisión de Mandatos Permanentes de la Sociedad de Naciones.[22] El CAF sufrió dificultades casi desde el principio, incluyendo la falta de experiencia de administradores internacionales[23] y el obstruccionismo soviético.[24] Desde su reglamentación, se habían generado dudas serias sobre la naturaleza del sistema, incluyendo dudas sobre en quién recae la soberanía estatal, el alcance de los principios establecidos en la Carta, las funciones relativas a la implementación de políticas públicas, el alcance del objetivo de "autogobierno o independencia", el principio de trato equitativo y los criterios necesarios para elegir los Estados directamente implicados.[25]

La construcción estatal estuvo limitada particularmente por los conflictos entre la ONU y los países administradores.[26] Sin embargo, la continuación del proceso de descolonización llevó a una falta de confianza en el CAF, ya que en muchos casos las "naciones interesadas" estarían directamente involucradas con el proceso de colonización, un problema que había sido previsto desde 1948.[27] En consecuencia, cuando llegó el momento de descolonización

[21] Definido como uno de los elementos de primer nivel del sistema de Naciones Unidas en el artículo 7 de la Carta, y reglamentado a detalle en los capítulos XII y XII de la Carta.

[22] Hayden, Sherman, "The Trusteeship Council: its first three years", *Political Science Quarterly*, vol. 66, núm. 2, 1951, p. 226.

[23] *Ibidem*, p. 229.

[24] Justificado en el sentido que la Unión Soviética observaba el manejo de los territorios fiduciarios como una forma de colonización. Muschik, Eva-María, *Building States: The United Nations, development, and decolonization, 1945–1965*, Nueva York, Columbia University Press, 2022, p. 21.

[25] Sayre, Francis, "Legal problems arising from the United Nations trusteeship system", *American Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 1948, p. 264.

[26] Muschik, Eva-María, *op. cit.*, p. 20.

[27] Sayre, Francis, *op. cit.*, p. 268.

de Papúa Occidental, estos problemas se expresaron de manera extensa. Este terreno era el último pedazo de las antiguas Indias Orientales Neerlandesas, que tras un largo y sangriento proceso obtuvieron la independencia como la República de Indonesia. Si bien inicialmente los Países Bajos no habían tenido la voluntad de permitir la independencia de la isla, tras presión diplomática y militar[28] la colonización se volvió insostenible. Sin embargo, las malas relaciones entre Indonesia y los Países Bajos hacía que una entrega directa fuera imposible. El compromiso, mediado por Estados Unidos, se hizo en el Acuerdo de Nueva York de 1962, mediante el cual se implementó el "Plan Bunker".[29] En este acuerdo se proponía una transición a control indonesio con la implementación de una medida verdaderamente revolucionaria; una administración neutral manejada por las Naciones Unidas que tramitara el proceso de transición del territorio. Este acuerdo fue un compromiso realizado entre los dos gobiernos para evitar un conflicto armado; no correspondía entonces a un elemento planeado del Sistema de Naciones Unidas, sino un "punto de equilibrio"[30] que refleja las presiones ejercidas por las dos potencias; lo que resultó en la UNTEA, un método de administración *sui generis*.

III. Las administraciones temporales de Naciones Unidas

No se puede hablar precisamente de un marco regulatorio detrás de la UNTEA que delimite sus poderes y capacidades. Provienen de una versión más intensiva de los territorios en fiducia de las Naciones Unidas, que, a su vez, se derivan del sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones.[31] A su vez, también se consideran directamente entidades integrantes del sistema de operaciones de paz de la ONU en el marco de los capítulos VI, VII y VIII de la Carta.[32]

[28] Saltford, John, *The United Nations and the Indonesian takeover of West Papua, 1962-1969: the anatomy of betrayal*, Londres, Routledge, 2003, pp. 11 y 12.

[29] Gruss, Daniel, "UNTEA and West New Guinea", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 9, núm. 1, 2005, p. 103.

[30] Koomen, Arjen, *The UNTEA-equilibrium: a game theoretical approach on Dutch diplomatic interactions during the Western New Guinea dispute in historical comparative analysis (1949-1962)*, Tesis de Maestría, Utrecht, Universidad de Utrecht, 2020, p. 38.

[31] Ford, Christian y Oppenheim, Ben, "Neotrusteeship or Mistrusteeship? the «Authority Creep» Dilemma", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, núm. 1, 2008, p. 65.

[32] Stahn, Carsten, "Justice under transitional administration: contours and critique of a para-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Los territorios de Naciones Unidas son, entonces, una combinación de la gestión decolonial de la Comisión de Descolonización y el Consejo de Administración Fiduciaria con las situaciones de conflicto y posconflicto de las operaciones de paz; todo bajo la supervisión del Consejo de Seguridad. La combinación de todos estos factores muestra un verdadero superpoder de la ONU; una entidad que puede restaurar el orden y a la vez construir la paz.

La UNTEA duró el periodo mínimo establecido en el Acuerdo de Nueva York.[33] La falta de cooperación de los administradores coloniales y la presión indonesia, tanto en el ámbito internacional[34] como frente a activistas papuanos e incluso vendedores de banderas,[35] llevó a la rápida retirada de las Naciones Unidas del territorio. La UNTEA dejó bajo la administración indonesia la ejecución de un referéndum independentista, el *Acto de Libre Elección*. En la conducción de las elecciones, Indonesia prohibió todos los movimientos políticos papuanos[36] y redujo el Acto de Libre Elección a una consulta a 1022 personas (de entre 700,000 y 800,000 habitantes de Papúa Occidental),[37] directamente elegidos por el Ejército indonesio.[38]

Sin embargo, la administración, a pesar de sus muchos fracasos, fue exitosa en evitar el conflicto armado entre los Países Bajos e Indonesia al momento de la cesión de esta isla,[39] o de evitar el conflicto armado entre la entrante ocupación indonesia, la saliente ocupación neerlandesa y las fuerzas de resistencia de Papúa.

En este momento, las administraciones temporales constituían una herramienta acordada —de hecho, cofinanciada—[40] entre los Estados para una

digm [Phi]", *Houston Journal of International Law*, núm. 27, 2005, p. 315.

33 Tebay, Neles, *West Papua: The Struggle for peace with justice*, Londres, Catholic Institute for International Relations, 2005, p. 5.

34 Saltford, John, *op. cit.*, p. 93; Gruss, Daniel, *op cit.*, p. 109.

35 *Ibidem,* p. 50; McKinlay King, Julian, "A Soul Divided: The UN's misconduct over West Papua", *PORTAL Journal of Multidisciplinary International Studies*, vol. 16, núm. 1/2, 2019, p. 65.

36 Musgrave, Thomas, "An analysis of the 1969 Act of Free Choice in West Papua", en Chinkin, Christie y Baetens, Freya, *Sovereignty, statehood and State responsibility: Essays in honour of James Crawford*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 219.

37 Robinson, Jennifer, "Self-determination and the limits of justice: West Papua and East Timor", *Future Justice*, 2010, p. 172.

38 Schrijver, Nico, "Some aspects of UN involvement with Indonesia, West Irian and East Timor", *International Law Forum*, vol. 2, núm. 1, 2000, p. 27.

39 Gruss, Daniel, *op. cit.*, p. 105.

40 Inoguchi, Takashi *et al.*, *Envisioning the United Nations in the twenty-first century*; *Proceedings of*

transición temporal de territorios. No era un poder especial que asumiera la ONU sobre sus Estados parte. Este poder surgió doce años después, cuando el Consejo de Seguridad decidió establecer líneas de demarcación entre las fuerzas israelíes y sirias (Resolución 350) y entre las fuerzas chipriotas-griegas y turcas (Resoluciones 353 y 354). Las decisiones del Consejo de Seguridad expandieron las funciones del mandato de las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas[41] y le otorgaron un mandato mucho más amplio para propiciar la construcción de paz (o al menos el cese de hostilidades) en los territorios.[42]

Sin embargo, en este momento las administraciones temporales seguían siendo limitadas a ámbitos territoriales pequeños. Esta figura dejaría de implementarse en nuevos procesos por casi 16 años hasta 1990. En los Acuerdos de París, firmados entre los combatientes de la Guerra Civil camboyana, se detectó una destrucción absoluta del país[43] y la incapacidad de los actores combatientes de conducir las elecciones de forma imparcial, por lo que se consideró necesaria la supervisión de las Naciones Unidas sobre el retorno del país al orden civil.[44] Los Acuerdos Finales revolucionaron el concepto tradicional de soberanía al hacerla *delegable*. El Acuerdo Político en París[45] reconoció al Consejo Nacional Supremo de Camboya (artículo 6) como la fuente suprema de la soberanía nacional, pero delegaba elementos de la administración nacional a las Naciones Unidas. De la misma forma, el Acuerdo Relativo a la Soberanía, Independencia, Integridad Territorial, Inviolabilidad y Unidad Nacional de Camboya[46] establece como uno de los elementos esenciales del

the Inaugural Symposium on the United Nations System in the Twenty-first Century 21-22, Tokyo, Japan, Tokio, United Nations University, 21-22 noviembre de 1995, p. 20.

41 Myers, Zachary, y Dorn, Walter, "UN peacekeeping missions in the Middle East: a twenty-first century review", *International Peacekeeping*, vol. 29, núm. 3, 2022, p. 417.

42 Fox, James, "Tracing the path, recounting the past: Historical perspectives of Timor", en Fox, James y Soares, Dionisio Babo (eds.), *Out of the ashes: Destruction and reconstruction of East Timor*, Canberra, ANU E Press, 2000, p. 87.

43 Curtis, Grant, *Transition to what? Cambodia, UNTAC and the peace process*, Informe, Ginebra, United Nations Research Institute for Social Development, 1993, p. 7-9.

44 Keller, Lucy, "UNTAC in Cambodia; from occupation, civil war and genocide to peace", *Max Planck Journal of United Nations Law*, núm. 9, 2005, p. 151.

45 Camboya, Consejo Nacional Supremo de, "Agreement on a comprehensive political settlement of the Cambodia conflict", *Treaty series; Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations*, vol. 1663, Nueva York, Naciones Unidas, 1992, pp. 27 y ss.

46 Camboya, Consejo Nacional Supremo de, "Agreement Concerning the Sovereignty, Inde-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

respeto de su independencia el actuar "de cualquier otra forma inconsistente con la Carta de Naciones Unidas" (artículo 2).

La ejecución del protectorado de Naciones Unidas en Camboya empezó a tener elementos de administración política y manejo de la economía camboyana,[47] a pesar de tener una continuación innegable con el modelo establecido por la UNTEA.[48] La Administración Temporal en Camboya (UNTAC) fue efectiva en evitar una continuación del conflicto que había iniciado en 1967[49] y, hasta cierto punto, en el inicio de la reconstrucción de un gobierno civil y de manejo estable —si no precisamente democrático— del Estado.

La UNTAC, entonces, llevó a la popularización de las administraciones temporales en la década de los noventa; posteriormente, a un resultado relativamente exitoso en Camboya. Se convirtió brevemente en una tendencia dentro del sistema de construcción de paz la creación de administraciones temporales. Debido a este periodo de popularidad en el sistema internacional, cuando las situaciones territoriales en Kosovo y Timor empezaron a empeorar, el Consejo de Seguridad llevó a que se impusieran estos mecanismos.

1. *La UNTAET*

La historia de Timor Oriental está inextricablemente atada al colonialismo. A pesar de una serie de estructuras políticas locales,[50] que existieron desde por

pendence, Territorial Integrity and Inviolability", *UN Treaty Series,* núm. S/23179, Nueva York, Naciones Unidas, 30 de octubre de 1991.

[47] Irvin, George, *Rebuilding Cambodia's economy: UNTAC and beyond*, Working Paper Series, núm. 149, Institute of Social Studies, 1993, p. 7.

[48] McMahon, Daragh, Lightfood, Natasha, y Garbos, Marcel, *The test of transition: the UN Administration of Cambodia (1992-1993)*, Tesis, Nueva York, Columbia University, 2023, p. 21.

[49] Berry, Ken, "UNTAC as a paradigm: a flawed success", *Pacifica Review: Peace, Security and Global Change*, vol. 7, núm. 2, 1995, p. 87.

[50] Una serie de monarcas timorenses gobernaban la isla en su conjunto. Estos fueron reconocidos como reyes: *reis/koningen* por las fuerzas coloniales portuguesas y neerlandesas, y, por lo tanto, con ostensible reconocimiento de la emergente personería jurídica de sus monarquías, a tal punto que varias sobrevivieron hasta el fin de la colonia. Por ejemplo, el monarca del grupo étnico Kemak, aliado con los Tetun (el grupo étnico más grande de la isla) y los Bunaq luego sería el presidente de Apodeti, el partido político integracionista de Timor. *Cfr.* Hägerdal, Hans, *Lords of the land, lords of the sea: conflict and adaptation in Early Colonial Timor, 1600*-1800, Leiden, KITLV Press, 2012.

lo menos el Medioevo, la historia escrita del país[51] comienza con la llegada de misioneros portugueses y comerciantes neerlandeses a sus costas. En siglos consiguientes, el colonialismo y la resistencia a ella se convertirían en dos de las tendencias más recurrentes en la historia de Timor, que llegaría a ser conocida como "la isla díscola".[52] Hacia finales del siglo XVII, los dos Estados empezaron a asentarse directamente en la isla, lo que generó un conflicto territorial que duraría siglos.[53] Es en este punto que se definen los actores en el conflicto: por un lado, Portugal; por el otro, las Indias Neerlandesas (tras su independencia convertidas en Indonesia), y, en resistencia a ambos expansionismos, los grupos políticos locales de la isla.

La tendencia a favor de la descolonización, presente a nivel global, no tomó a la isla de Timor como excepción. Empezando con la creación de la Quinta Comisión de la Asamblea General, la ONU inició un proceso en el que trató la descolonización de Timor Oriental de forma similar a la de los demás territorios colonizados por potencias europeas. En 1960, luego de años de *lobby* portugués para evitar resoluciones de esta índole,[54] la Asamblea General expidió la resolución 1542(XV), por la cual integró al Timor portugués, junto con los otros territorios portugueses de ultramar,[55] a la lista de territorios no autónomos.[56] Esto inicia lo que algunos[57] han denominado el "periodo anticolonial" de la ONU ante el *Estado Novo* portugués, que, a través

[51] Al menos la historia escrita en seguimiento al modelo de análisis de fuentes eurocéntrico.

[52] Roque, Ricardo, "The unruly island: colonialism's predicament in late nineteenth-century East Timor", *Portuguese Literary and Cultural Studies*, núm. 17/18, 2010, pp. 303-330.

[53] Hägerdal, Hans, "Servião and Belu: Colonial conceptions and the geographical partition of Timor", *Studies on Asia*, vol. 3, núm. 3, 2006, pp. 49-62.

[54] "Dissenting opinion of judge K. Skubiszewski", *Caso Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Corte Internacional de Justicia, 30 de junio de 1995, pp. 228-230.

[55] Cabo Verde, Guinea Ecuatorial, San Tomás y Príncipe, San Juan Bautista de Ajudá, Angola, Cabinda, Mozambique, Goa, y Macau.

[56] La declaración de estos territorios como no autónomos fue fundamental para el manejo anticolonial de la ONU sobre Portugal, ya que Portugal ni siquiera los reconocía como colonias, definiéndolos como "territorios de ultramar": claramente sin los derechos políticos que este título correspondería genuinamente. Lovelace, Anna, "When global governance wins: the role of the United Nations in decolonization", *UC Merced Undergraduate Research Journal*, vol. 7, núm. 2, 2014, p. 79.

[57] Proença Garcia, Francisco, Dias, Mónica y Duque, Raquel, "ONU na resolução de conflitos: o caso de Timor-Leste", *Observare; Universidade Autonoma de Lisboa*, vol. 10, núm. 2, 2019, p. 1.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de una oposición férrea, se aferró a las colonias que había adquirido en el siglo XIX por un tiempo mucho mayor al de cualquier democracia europea.[58]

La *revolución de los claveles* propició el rápido declive del orden público en la provincia que cayó bajo una coalición poco conveniente de la centroderechista y autonomista Unión Democrática Timorense (UDT), que representaba los intereses de los líderes comunitarios y étnicos,[59] con el izquierdista e independentista Frente Revolucionario para la Liberación de Timor Oriental (Fretilin), percibido como el portavoz de la independencia de Timor, mientras que los otros partidos eran vistos como agentes extranjeros.[60] Al mismo

[58] A diferencia de la mayoría de los conflictos coloniales, la descolonización de las colonias portuguesas fue violenta y ocurrió sólo tras una guerra transcontinental en África y Oceanía, la Guerra Colonial Portuguesa. La dictadura portuguesa instauró la teoría del "Lusotropicalismo", mediante el cual se buscaba integrar directamente las colonias de Angola y Mozambique como provincias de Portugal que por lo tanto no debían ser descolonizadas; sin que esto implicara una reducción en la violencia racista en Portugal. Véase Bartelson, Jens, "Acabando con el imperio: Lusotropicalismo como ideología imperial", *Relaciones Internacionales*, núm. 30, 2016, p. 18; Pimenta, José, J. Sarmento, y Azevedo, Anna de, "Pimenta, José, J. Sarmento, y Azevedo, Anna de, "Lusotropicalism: tropical geography under dictatorship, 1926-1974", *Singapore Journal of Tropical Geography*, vol. 32, núm. 2, 2011, p. 220.

Esta política fue impuesta con ahínco por el Estado Novo portugués, que gastaba hasta 22 % de su gasto público anual en acciones militares en sus colonias entre 1961 y 1974. *Cfr.* Ferraz, Ricardo, "The financial costs of the Portuguese colonial war, 1961-1974: analysis and applied study", *Revista de Historia Económica / Journal of Iberian and Latin American Economic History*, vol. 40, núm. 2, 2022, p. 272.

El dictador portugués António de Oliveira Salazar, de manera infame, declaró que los portugueses estaban "*orgulhosamente sós*" (orgullosamente solos) en su lucha contra la ola decolonial del mundo, a pesar de rechazo en Europa y a nivel internacional. Futscher Pereira, Bernardo, *Orgulhosamente sós: a diplomacia em guerra (1962-1974)*, Alfragide, Dom Quixote, 2022; sin embargo, es importante tener en cuenta que en muchos casos Portugal si contó con apoyo diplomático y militar internacional, especialmente de Sudáfrica, Estados Unidos y Europa, en conflictos como Angola y Mozambique; y el mito urbano de la soledad de Portugal en la lucha anticolonial es exagerada. De los seis países africanos que declararon su independencia después de 1970, cuatro (Angola, Mozambique, Cabo Verde y Guinea-Bissau) eran colonias portuguesas. Véase Rodríguez, Luís Nuno, "The international dimensions of Portuguese colonial crisis", en Bandeira Jenónimo, Miguel y Costa Pinto, António, *The ends of European colonial empires: cases and comparisons*, Cham, Palgrave Macmillan, 2015, p. 246.

[59] Lawless, Robert, "The Indonesian takeover of East Timor", *Asian Survey*, núm. 10, 1976, p. 949.

[60] *Idem.*

tiempo, la ambición indonesia de unificar el archipiélago de Sunda llevó a la creación de la Asociación Popular Democrática de Timor (Apodeti), que buscaba la unificación de Timor con Indonesia.[61] Sin embargo, las fortunas de la Apodeti declinaron rápidamente luego de que declaraciones oficiales de Indonesia sugirieron que Timor no sería integrado como una provincia autónoma, a pesar de su mayoría cristiana y lusófona, sino como una provincia más de Indonesia.[62]

Los independentistas de Timor inicialmente constituyeron un frente unido para la negociación con Portugal de la independencia de Timor, pero mientras que las negociaciones procedían, las relaciones con Indonesia entraban en fuerte deterioro. El régimen militar de la potencia vecina se veía amenazado por la creciente dominancia del Fretilin, que —temían— podría convertir a Timor Oriental en una base de invasión comunista para tomar Indonesia. Debido a esto, desde marzo de 1975 los planes indonesios para invadir la región eran casi abiertos. Oficiales de Fretilin avisaron a la delegación portuguesa ante la ONU de esta amenaza. Pero pocas medidas se tomaron para evitar la caída del territorio.[63]

En mayo de 1975, sin embargo, la coalición nacionalista colapsó. La UDT, cada vez más marginalizada por el Fretilin,[64] prefirió crear un "movimiento anticomunista" con Apodeti.[65] El UDT y Apodeti lanzaron conjuntamente un golpe de Estado contra Fretilin y Portugal, que eliminó la presencia portuguesa antes de ser derrotados por Fretilin, y que declaró la independencia de la República Democrática de Timor Oriental.[66] Esta república, reconocida parcialmente desde su independencia por otras excolonias portuguesas, resultó ser una amenaza fuerte para los países vecinos, especialmente Indonesia,

[61] Hoadley, Stephen, "East Timor: civil war; causes and consequences", *Southeast Asian Affairs*, 1976, pp. 411-419, p. 416

[62] Lawless, Robert, *op. cit.*, p. 949.

[63] *Ibidem*, p. 951.

[64] En las elecciones de Julio de 1975 el Fretilin consiguió 55% de los votos en Timor. Esto no fue una sorpresa electoral; el UDT sabía que iba a clara derrota en las elecciones post-independencia. Taylor, John, "The Emergence of a Nationalist Movement in East Timor", en Carey, Peter y Bentley, Carter, *East Timor at the Crossroads: The Forging of a Nation*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1995.

[65] Hoadley, Stephen, "Indonesia's annexation of East Timor: political, administrative, and developmental initiatives", *Southeastern Asian Affairs*, 1977, p. 135.

[66] Hoadley, Stephen, *op. cit.*, p. 412.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

que con apoyo expreso de Australia y tácito del resto de Occidente decidió finalmente cumplir sus ambiciones expansionistas.[67]

Menos de nueve días después, las fuerzas de este Estado tomaron la capital de su pequeño vecino, con apoyo tácito de Australia,[68] Gran Bretaña,[69] Estados Unidos[70] y el resto del bloque occidental,[71] en el marco de la lucha anticomunista. Dili y el resto del país cayeron rápidamente.[72] Sin embargo, a pesar de una cierta ausencia de documentos primarios indonesios de la época, parece que la resistencia de Fretilin inició de manera casi inmediata e impidió el completo establecimiento de dominancia indonesia sobre la región.[73] Incluso desde el desembarque indonesio en Dili, la guerra fue cruenta contra la población civil, con reportes de tropas invasoras atacando indiscriminadamente a timorenses y chinos en las calles de la capital.[74] La resistencia del Fretilin estuvo horrorizada por la brutalidad presentada en la invasión, y a su vez se radicalizó. Los estimados del propio gobierno indonesio estiman que, hasta el final de la fase inicial de la invasión, murieron hasta cien mil timorenses, una sexta parte de la población del país en 1974.[75]

[67] Cotton, James, "Against the grain: the East Timor intervention", *Survival*, vol. 43, núm. 1, 2001, pp. 127-142; Cotton, James, *East Timor, Australia and regional order: intervention and aftermath in Southeast Asia*, Routledge, 2004.

[68] Burchill, Scott, "East Timor, Australia, and Indonesia", *Bulletin of Concerned Asian Scholars*, núm. 1-2, 2000, p. 60.

[69] Costa, Anna, "Britain in the aftermath of the Indonesian invasion of Timor, 1977: the fiction of neutrality and the reality of silent help", *Pacific Affairs*, vol. 86, núm. 1, 2013, p. 98.

[70] Simpson, Brad, "«Illegally and beautifully»: The United States, the Indonesian invasion of East Timor and the international community, 1974-76", *Cold War History*, vol. 5, núm. 3, 2005, pp. 281-315.

[71] Canadá, que inicialmente sería otro Estado que apoyó la invasión indonesia, invirtió su política exterior en los noventa al respecto. Webster, David, *Challenge the strong wind: Canada and East Timor, 1975-99*, Vancouver, UBC Press, 2020.

[72] El Fretilin podría haber empleado 2500 soldados, 7000 milicianos y una reserva de entre 10 y 20 mil personas; la fuerza inicial de invasión indonesia contaba con 32,000 soldados, con otros 10 mil listos para invadir desde Timor Occidental. Kiernan, Ben, "War, genocide, and resistance in East Timor, 1975–99: comparative reflections on Cambodia", en Kiernan, Ben, *Genocide and resistance in Southeast Asia*, Londres, Routledge, 2008, p. 211.

[73] Lawless, Robert, *op. cit.*, p. 958.

[74] Kiernan, Ben, *op. cit.*, p. 211.

[75] *Idem.*

Así como la ocupación de Timor empezó por la caída de Salazar, la situación nuevamente cambió con la caída del régimen de Suharto en 1998 y su reemplazo por B.J. Habibie, que le dio origen a el *proceso de transición* en Indonesia e inició negociaciones en buena fe con Portugal. Al mismo tiempo, Australia cambió su tradicional posición de apoyo a las pretensiones indonesias, al iniciar una mesa de diálogo con grupos nacionalistas timorenses.[76] Habibie, finalmente, bajo presión de varios Estados europeos y la delegación australiana, decidió otorgarles un referéndum de independencia a la población timorense, una opción que ni siquiera se les había dado en 1976, donde se había limitado la expresión popular a una serie de pueblos opuestos al Fretilin.[77]

La presencia de la ONU en las negociaciones también permitió un momento realmente histórico en el proceso de independencia de Timor: por primera vez la organización intervendría directamente en el marco del referéndum independentista. La primera entidad creada para acompañar al proceso independentista de Timor fue la Misión de Naciones Unidas (UNAMET), establecida mediante la Resolución 1246 de la Asamblea General, y que inició operaciones en junio de 1999. La UNAMET tenía como único propósito la organización y conducción de la "consulta popular" del 8 de agosto de 1999,[78] con facultades específicas de control del orden público durante los eventos de la consulta,[79] inscripción y educación electoral y conducción y supervisión de los sitios de votación. Para este propósito, la UNAMET tuvo seis ramas principales: policía cívica, oficiales de colaboración militar, manejo electoral, manejo político, seguridad y administración.

Es claro que, a pesar de su acercamiento más internacionalista a la situación, el gobierno indonesio esperaba que Timor votara por la integración, en gran parte, debido a la presión de autoridades gubernamentales en la isla.[80] La propaganda indonesia para el voto a favor de la integración fue fuerte, y

[76] Downer, Alexander, "East Timor; looking back on 1999", *Australian Journal of International Affairs*, vol. 54, núm. 1, 2000, p. 7.

[77] Melly-Caballero, Anthony, y Acharya, Amitav, *UN Peace Operations and Asian Security*, Londres, Routledge, 2005.

[78] Asamblea General, *Resolución 1246, DOC/UNGA/1246/99*, cláusula operativa 1a.

[79] Los 280 miembros de policía que autorizó la Resolución 1246 claramente no fueron suficientes para contener la violencia electoral causada por nacionalistas timorenses y el Ejército indonesio.

[80] Crouch, Harold, *op. cit.*, p. 154.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la violencia política creció rápidamente.[81] El referéndum, realizado el 30 de agosto, no mejoró las cosas. A pesar de las mejores campañas (lícitas e ilícitas) de Indonesia y sus fuerzas aliadas, 78.5 % de la población votó a favor de la declaración de independencia.[82] Durante e inmediatamente después del referéndum, hubo amenazas, actos de intimidación y ataques a delegados y observadores internacionales, e incluso oficiales del UNAMET, que obligaron a la misión a realizar una evacuación de emergencia de su personal el 14 de septiembre, diez días luego de la publicación de los resultados electorales.[83]

El rápido deterioro de la situación de orden público en Timor y la aparente falta de voluntad del régimen indonesio para reconocer los resultados electorales preocupó a la comunidad internacional. Sin embargo, la demora en deliberación para estas entidades resultó en un daño incalculable a la región. Se estima que, en el periodo inmediatamente posterior al referéndum independentista, las fuerzas indonesias y milicianos mataron a hasta 1500 personas,[84] torturaron y violaron a cientos, desplazaron forzosamente a hasta 400 mil personas (la mitad de la población de la media isla),[85] y quemaron hasta 70 % de los edificios de la provincia.[86]

Bajo una amenaza de destrucción total de la isla, el Consejo de Seguridad actuó con velocidad y se reunió en una sesión maratónica el 11 de septiembre de 1999, con la intención de determinar las acciones a tomar en el territorio. Con la resolución 1264, el plan de acción de la comunidad internacional se reveló, dirigido en dos direcciones: la restauración del orden y seguridad en la región y la construcción de un nuevo Estado en Timor.[87] Si bien la isla no tenía historia como un Estado independiente y estaba sumida en la destrucción, la ONU apreció su complejo entramado social y su reducido tamaño, y

[81] *Ibidem*, p. 157.

[82] *Ibidem*, p. 133.

[83] *Ibidem*, p. 135.

[84] Robinson, Geoffrey, *East Timor 1999: Crimes Against Humanity*, Reporte comisionado por la Oficina de Naciones Unidas del Alto Comisionado para los Refugiados, Los Ángeles, University of California, 2003, p. 43.

[85] *Ibidem*, p. 45.

[86] *Ibidem*, p. 47.

[87] Goldstone, Anthony, "Building a state and 'statebuilding: East Timor and the UN, 1999-2012", en Berdal, Mats y Zaum, Dominik, *Political Economy of Statebuilding: Power after Peace*, Cham, Routledge, 2013, p. 420.

consideró que sería un "caso fácil" para la construcción estatal y la adaptación de medidas como las presentes en Camboya.[88]

En primer lugar, para acabar con la situación de violencia generalizada, la Resolución 1264 autorizó la entrada de fuerzas de paz de Naciones Unidas a la media isla, de manera teórica como adición a la UNAMET. Mientras este esquema se implementaba, se creó una fuerza internacional compuesta por fuerzas de ocho Estados, pero bajo la dirección de Australia,[89] denominada la INTERFET (Fuerza Internacional de Timor Oriental).[90]

La INTERFET fue bastante exitosa en su mandato, pues logró evitar *grosso modo* confrontaciones con el ejército indonesio mientras se pacificaba la nación. La actuación de la INTERFET combinó la presión a autoridades indonesias para que les fuera imposible entrar en conflicto, así como, al mismo tiempo, la cooperación con miembros sénior del ejército indonesio para colaborar con la retirada de las fuerzas ahí ubicadas.[91] La posición indonesia siempre fue ambigua al momento de tratar con Timor, razón por la cual era importante adoptar este *carrot and stick approach* para asegurar el cumplimiento de obligaciones internacionales.[92]

[88] *Ibidem,* p. 419.

[89] White, Hugh, "The Road to INTERFET: Reflections on Australian strategic decisions concerning East Timor, December 1998-September 1999", *Security Challenges*, vol. 4, núm. 1, 2008, pp. 69-87.

[90] Es tentador observar la INTERFET como un predecesor a las intervenciones militares con justificaciones humanitarias de los 2000, la *Responsibility to Protect* (R2P). Esta interpretación no tiene sentido cuando se tiene en cuenta que Indonesia, que se dio cuenta que no tenía el apoyo internacional o doméstico suficiente para aferrarse a la región, y que favorecía la intervención de un Estado relativamente cercano como Australia, favoreció la entrada de la INTERFET a la región. Sin embargo, ciertos elementos sí constituyen un preludio a lo que sería la intervención militar en otras regiones como Afganistán e Irak —el más importante, la intervención de Australia como país voluntario que constituye un preludio a las "coalitions of the willing" de estos conflictos—. Jago, Marianne, "InterFET: An Account of Intervention with Consent in East Timor", *International Peacekeeping*, vol. 17, núm. 3, 2010, p. 381; Dee, Moreen, "«Coalitions of the willing» and humanitarian intervention: Australia's involvement with INTERFET", *International Peacekeeping*, vol. 8, núm. 3, 2001, p. 3.

[91] Dickens, David, "The United Nations in East Timor: intervention at the military operational level", *Contemporary Southeast Asia*, vol. 23, núm. 2, 2001, p. 220.

[92] La INTERFET puede resultar fundamental para entender la verdadera importancia de la ONU. La entidad fue capaz de pacificar la región entera a pesar de la existencia de por lo menos tres grupos armados en conflicto entre sí y la mediocre voluntad de cooperación de Indonesia

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Es importante tener en cuenta que la INTERFET, así como su posterior UNTAET, fueron completamente un producto de su tiempo. Una intervención unos pocos años habría estado limitada por la Guerra Fría, en la cual Australia y Estados Unidos, constreñidos por la lucha comunista, no hubieran visto como viable el apoyo a un grupo de liberación nacional con orígenes socialistas. Si la descolonización hubiera ocurrido unos años después, la intervención australiana hubiera sido directa, en el marco de la doctrina de *responsabilidad para proteger*.[93] De la misma forma, la intervención se dio sólo cuando la crisis llegó a su punto más álgido. Cuando Timor perdió una proporción de su población, análoga sólo con Camboya y la Segunda Guerra Mundial en su escala,[94] hubo voluntad política para intervenir.[95] En otras palabras, la creación de una serie de entidades de intervención realmente históricas en su alcance y en sus logros.

En teoría, la INTERFET tenía el rol de apoyo a la UNAMET. En la práctica,[96] era claro que la UNAMET había sido expulsada y destruida durante el pico de violencia postelectoral, razón por la cual el Consejo de Seguridad también autorizó la creación de una autoridad temporal de administración del territorio: la UNTAET.[97] Las negociaciones para la creación de esta autoridad continuaron, principalmente con autoridades nacionalistas timorenses, relativamente entusiastas con relación a la idea, hasta la unánime aprobación de la Resolución 1272, en la que se creaba una entidad con la función de administrar temporalmente a la región y ejecutar "toda función ejecutiva y legislativa, incluida la administración de justicia".[98]

El 25 de octubre de 1999 la UNAMET fue desbandada; reemplazada con la UNTAET. Timor Oriental se convertiría, formalmente, en un Estado independiente, pero su administración por la comunidad internacional ape-

—y a menor nivel las fuerzas nacionalistas timorenses. Fue capaz de restaurar un sistema de paz a pesar de la previa destrucción de 70 % del país—.

93 Harpur, Paul, "When is there sufficient information to decide if there is an R2p situation or not? From the intervention in Timor Leste to the crisis in Sri Lanka", en Stamfprd, Charles, *R2p and sovereignty: 10 years after Kosovo and East Timor*, Farnham, Ashgate, 2011.

94 Fernandes, Clinton, "R2P and the East Timor Intervention", en Thakur, Ramesh y Sampford, Charles, *Responsibility to protect and sovereignty*, Londres, Routledge, 2013, p. 22.

95 Harpur, Paul, *op. cit.*

96 Consejo de Seguridad, *Resolución 1264*, artículo 3o.

97 *Ibidem*, artículo 11.

98 Artículo 1o.

nas empezaría.[99] La UNTAET se estableció mediante la resolución 1272 del Consejo de Seguridad con el mandato expreso de: (1) proporcionar seguridad y mantener el orden público en todo el territorio de Timor Oriental; (2) establecer una administración eficaz; (3) contribuir al desarrollo de los servicios civiles y sociales; (4) encargarse de la coordinación y la prestación de asistencia humanitaria, la rehabilitación y la asistencia para el desarrollo; (5) apoyar el fomento de la capacidad para el autogobierno; y (6) ayudar al establecimiento de las condiciones necesarias para el desarrollo sostenible.[100]

Bajo la administración del brasileño Sérgio Vieira de Mello, la UNTAET tuvo resultados generalmente positivos, específicamente con relación a la construcción de la paz en la isla. En 2002 Timor Oriental surgió como el miembro más nuevo de Naciones Unidas, y mantuvo su estabilidad territorial y democrática desde entonces hasta el día de hoy. Con relación a la estabilidad territorial, un elemento especialmente meritorio en el desempeño de la UNTAET es la resolución de acuerdos con Indonesia para solucionar el conflicto territorial generado por la delimitación de las "zonas neutrales" en las cuencas de los ríos Noel Besi/Citrana y Bijael Sunen/Oben,[101] un proceso que, si bien no ha sido fácil, ha tenido menos complejidad en su resolución que, por ejemplo, la delimitación territorial de los mares alrededor de San Andrés, Providencia y Santa Catalina entre Colombia y Nicaragua.[102] Para una audiencia latinoamericana, podría llamar poderosamente la atención que las resoluciones territoriales ante la CIJ de los países de la región han sido más complejos y difíciles de resolver que aquellos entre una antigua potencia colonizadora y su colonia sujeta a extrema violencia, representada a través de las "ineficientes" Naciones Unidas.

[99] De Coning, Cedric, "The UN transitional administration in East Timor (UNTAET): lessons learned from the first 100 days", *Journal of International Peacekeeping*, vol. 6, núm. 2-3, 2000, pp. 83-90.

[100] Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *UNSC/RES/1272*, artículo 2.

[101] Arvanti, Armita, Bayu Setiawan, Syamsunasir y Widodo, Pujo, "Dynamics of border conflict resolution between Indonesia-Timor Leste", *International Journal of Humanities Education and Social Sciences*, 2023, p. 158.

[102] Abello-Galvis, Ricardo, "Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de La Haya", en Torres Villarreal, María Lucía y Trujillo García, Carlos Holmes, *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de La Haya: análisis del caso Nicaragua v. Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, pp. 49-97.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La situación de construcción estatal debe ser recalcada. Las Naciones Unidas recibieron un territorio que era particularmente averso al Estado como figura política, ya que sólo había recibido experiencias negativas ante la colonización portuguesa e indonesia.[103] Efectivamente, la legitimidad del Estado siempre ha sido un problema fundamental para Timor Oriental. En muchos casos el sistema es percibido como uno impuesto por élites locales con apoyo internacional;[104] y los intereses políticos de los grupos socioculturales tradicionales suelen asumir preponderancia sobre el orden político ideal en un marco liberal-weberiano.[105] Sin embargo, es importante notar que, a pesar de que la institucionalidad timorense no es perfecta, ha evitado el declive democrático que ha aplicado de manera casi generalizada al resto del sudeste asiático.[106] Este difícil balance entre presiones del público, entre la lentitud de ejecución de medidas de autogobierno y la presión para construir identidades sólidas,[107] y entre la configuración de medidas de construcción de *Estado* y de construcción *democrática*;[108] algo que se expresó con excelencia con la configuración de una Asamblea Constitucional donde los oficiales de la ONU tuvieron una influencia preponderante.[109]

Gran parte de estos logros se debió a un proceso de aprendizaje derivado de las limitaciones en Camboya.[110] En particular, los poderes otorgados a la UNTAET eran mucho más amplios que los dados a la UNTAC, decisión to-

[103] Goldstone, Anthony, *op. cit.*, p. 422.

[104] Graça Feijó, Rui, "Timor-Leste: Constitutional Provisions, Political Conventions and Legitimacy Under Strain", en Facal, Gabriel, Lafaye de Micheaux, Elsa y Norén-Nilsson, Astrid, *The Palgrave handbook of political norms in Southeast Asia*, Cham, Palgrave Macmillan, 2024 p. 175.

[105] Verkhovets, Stepan, y Sahin, Selver, "Democratisation and social conflict in Timor-Leste: a not so great transformation", *Journal of Contemporary Asia*, vol. 54, núm. 1, 2024, pp. 44-60.

[106] Razita, Sarah, y Santoso, Made Panji Teguh, "The decline of democracy in the South East Asian Region", vol. 3, núm. 1, 2024, p. 2.

[107] Gordon, Susannah, "Evaluating Success of Peacekeeping Missions: Lessons from East Timor and Solomon Islands", en Bercovitch, Jacob y DeRouen, Karl, *Unraveling internal conflicts in East Asia and the Pacific: incidence, consequences, and resolution*, Plymouth, Lexington Books, 2011, p. 243.

[108] Croissant, Aurel, "The perils and promises of democratization through United Nations Transitional Authority; lessons from Cambodia and East Timor", *Democratization*, vol. 15, núm. 3, 2008, pp. 651 y 655-657.

[109] Kondoch, Boris, "The United Nations Administration of East Timor", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, núm. 2, 2001, p. 250.

[110] Criswell, Dianne, "Durable consent and a strong transitional peacekeeping plan: the suc-

mada para evitar las limitaciones con cooperación internacional que sufrió esta entidad[111] y, específicamente, con la posibilidad de establecer reformas en el sistema político y administrativo del Estado.[112] Quizá la política insignia de este proceso es la *institucionalización antes de la liberalización* (Institucionalization Before Liberalization, IBL),[113] que, quizá contraintuitivamente, construyó instituciones democráticas más fuertes.[114] A pesar de críticas generalizadas frente a la supervisión electoral y la constitución de una sociedad civil,[115] la afectación fue mucho menor en Timor que en Camboya, algo que se derivó del análisis de una entrega de demasiado poder al Partido Popular Camboyano. Por el contrario, el Fretilin no estableció dominancia sobre Timor Oriental, y ha estado más tiempo en oposición que lo que ha estado en gobierno.[116]

2. *La UNMIK*

Mientras el conflicto en Timor llegaba a su punto de quiebre, la violencia étnica y política estaba creciendo en los Balcanes. La región de Kosovo es una zona transicional[117] entre los pueblos eslavos del sur, específicamente Serbia, y los albaneses, y había sido sujeta a conflicto entre estos dos grupos desde 1912, con la independencia de Albania como país independiente y la conquista serbia de Kosovo tras la Primera Guerra balcánica.[118] Con el establecimien-

cesses of UNTAET in light of the lessons learned in Cambodia", *Washington International Law Journal*, vol. 11, núm. 3, 2002, pp. 577-612.

111 *Ibidem*, pp. 602 y 603.

112 En el caso de Timor, claramente, las reformas eran necesarias en el sentido que no se trataba sólo de *reformar* a un Estado, sino de *crearlo*.

113 Svensson, Emma, *Peace and Democracy- Liberalization and Institutionalization in Cambodia and Timor-Leste*, Tesis, Lund, Lund University, 2007, p. 14.

114 *Ibidem*, pp. 19-21.

115 Croissant, Aurel, *op. cit.*, p. 661.

116 Leach, Michael, "Timor-Leste in 2023: The Return of the «old firm»", *Southeast Asian Affairs*, 2023, p. 342.

117 Kosovo había sido una zona cultural e históricamente importante para Serbia desde las migraciones eslavas en el siglo X hasta la conquista por el Imperio Otomano. Sin embargo, en el siglo XVII, un cambio demográfico volvió a los albaneses la mayoría en la región. Véase Vickers, Miranda y Fraser, John, *Between Serb and Albanian: a history of Kosovo*, Londres, Hurst and Company, 1998.

118 Banac, Ivo, "Was the Albanian opposition to the Serb Kingdom's annexation in 1912

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

to de la República Socialista Federal de Yugoslavia, a Kosovo se le declaró una provincia autónoma supeditada a Serbia. De hecho, el territorio fue el primero en el que comenzó un conflicto armado de baja intensidad, por lo que en 1989 un gobierno yugoslavo crecientemente nacionalista restringió fuertemente su autonomía.[119] Esta actuación fue contraproducente, pues resultó en la radicalización de quienes habían apoyado al movimiento pacifista que buscaba recuperar la autonomía de la provincia (ejemplificado por el líder regional Ibrahim Rugova),[120] e hizo que quienes apoyaban los movimientos pacíficos tendieran a la independencia y que más personas apoyaran grupos armados al margen de la ley.[121]

Kosovo no se vio afectada por las guerras de independencia de Croacia y Bosnia, aunque si por su resolución. El gobierno regional de Kosovo buscó participar en las negociaciones de paz en Dayton, pero la falta de resistencia armada y su pertenencia jurídica a Serbia —cuando la resolución territorial se terminó ejecutando por la doctrina del *uti possidetis iuris*—[122] esencialmente los excluyó.[123] La desestabilización que llevó el conflicto y las consecuencias del acuerdo de Dayton a Albania, así como la continuación del régimen nacionalista de Slobodan Milošević, sólo empeoró las tensiones étnicas existentes en el territorio.[124] A su vez, las voces pacíficas independentistas en Kosovo fueron reemplazadas,[125] en un periodo inferior a 18 meses,[126] por el Ejército de

without justification?", en Di Lellio, Anna, *The case for Kosova: passage to independence*, Londres, Anthem Press, 2006, p. 53.

[119] Krieger, Heike, *The Kosovo conflict and international law: An analytical documentation 1974-1999*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 8.

[120] Salih, Jusuf, "Ibrahim Rugova and his Peaceful Resistance for Independence of Kosovo", en Peterson, Christian Philip, Knoblauch, William y Loadenthal, Michael, *The Routledge History of World Peace Since 1750*, Londres, Routledge, 2018, p. 144.

[121] Lani, Remzi, "Rugova and the UCK: chronicle of a shifting balance", *The International Spectator; Italian Journal of International Affairs*, vol. 34, núm. 4, 1999, p.29.

[122] Sarvarian, Arman, "*Uti Possidetis Iuris* in the twenty-first century: consensual or customary", *International Journal of Minorit and Group Rights*, núm. 22, 2015, pp. 523-525.

[123] Russell, Peter, "The exclusion of Kosovo from the Dayton negotiations", *Journal of Genocide Research*, vol. 11, núm. 4, 2009, p. 487.

[124] Carson, Christopher, "The Dayton Accords and the escalating tensions in Kosovo", *UC Berkeley Undergraduate Journal*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp. 74-76.

[125] Lani, Remzi, *op. cit.*, p. 30.

[126] Pettifer, James, "The Kosovo liberation army: the myth of origin", en Waller, Michael, Kyril, Drezov y Gökay, Bülent, *The Politics of Delusion*, Abingdon, Routledge, 2001, p. 25.

Liberación de Kosovo (UCK, por sus siglas en albanés), que hasta este punto había sido un grupo pequeño principalmente concentrado en Suiza y Alemania.[127] Configurados alrededor de un mito fundacional que Rugova había fallado en establecer una resolución pacífica.[128] La presión internacional contra Serbia para evitar una repetición del conflicto en Bosnia y Croacia, impulsada por amenazas de Richard Holbrooke, arquitecto del acuerdo de Dayton.[129]

El conflicto se intensificó entre marzo y octubre de 1998. Todo comenzó con medidas de *serbización*[130] y confiscación de remesas u otros bienes traídos del extranjero a Kosovo, lo que causó el colapso económico del territorio.[131] Los kosovares denunciaron una situación en la que el gobierno Milošević los había "deshumanizado, quitado derechos humanos básicos y sujetado a un sistema *apartheid* en el que fueron sistemáticamente intimidados, golpeados y asesinados".[132] Finalmente, la UCK, tras purgar elementos moderados de la sociedad kosovar, dirigió campañas concertadas contra el ejército yugoslavo[133] y la población serbia.[134] Una ola de refugiados llamó la atención internacional. El Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 1160, implementó un embargo de armas contra Yugoslavia; y, mediante la Resolución 1199, propició el diálogo entre ambas partes. Estados Unidos llegó a un acuerdo con Yugoslavia, el Acuerdo Holbrooke- Milošević, en el que se prometía el retiro de fuerzas yugoslavas y la eventual restauración de la autonomía kosovar. Este acuerdo, que fue criticado en su momento por ser muy favorable a Yugoslavia (Daalder 1998), no fue cumplido; en parte, debido a la incapacidad de la OSCE de establecer sus observadores a tiempo.[135]

127 *Idem.*

128 *Ibidem*, p. 28.

129 Judah, Tim, "The growing pains of the Kosovo liberation army", en Waller, Michael, Derezov, Kyril y Gökay, Bülent, *Kosovo: The Politics of Delusion*, Abingdon, Routledge, 2001, p. 23.

130 Bellamy, Alex, "Human wrongs in Kosovo 1974-99", en Booth, Ken, *The Kosovo tragedy: The human rights dimensions*, Londres, Frank Cass, 2001, p. 126.

131 Skilas, Pantelis y Roukanas, Spyros, "Development in post-conflict Kosovo", *South-Eastern Europe Journal of Economics*, núm. 2, 2007, p. 272.

132 *Idem* (traducción propia).

133 *Idem.*

134 Friedrich, Jüngen, "UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty", *Max Planck Journal of United Nations Law*, núm. 9, 2005, p. 232.

135 Gow, James, "Kosovo after the Holbrooke Milosevic agreement. What now?", *The International Spectator*, vol. XXIII, núm. 4, 2008, p. 17.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Con la situación humanitaria volviendo a empeorar, la ONU decidió intervenir en el conflicto de manera unilateral y a pesar de protestas de la federación rusa.[136] Una campaña de bombardeo sobre Yugoslavia llevó a la suscripción de un nuevo acuerdo, el Acuerdo de Kumanovo. Se requirió una "presencia civil y militar" de naturaleza internacional para evitar que se volvieran a romper los acuerdos de cese al fuego. Ratificada mediante la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, se configuró una administración internacional sobre Kosovo, configurada por un elemento de administración militar (KFOR) y uno civil, la UNMIK.

Yugoslavia acordó el cese al fuego en Kumanovo. Inicialmente los objetivos de la Resolución 1244 parecían ser favorables a la reintegración territorial. La República de Kosova, una administración paralela manejada por la Liga Democrática Kosovar de Rugova,[137] fue disuelta e integrada al consejo de gobierno del UNMIK, la Estructura Interina de Administración Conjunta (JIAS), y la UCK transferida por las Fuerzas de Protección de Kosovo (TMK). El Acuerdo de Rambouillet, el correspondiente componente político a la solución de seguridad en Kumanovo, proponía una reintegración pacífica de Kosovo a Yugoslavia, reconociendo elementos sustanciales de autonomía.[138] En este sentido, la UNMIK tenía más elementos en común con la UNTEA en comparación con UNTAET o UNTAC. La diferencia recaía, claramente, en el conocimiento que se había desarrollado en administraciones internacionales, y especialmente en el poder absoluto desarrollado por la UNMIK.[139]

Sin embargo, es claro que desde un punto inicial la configuración de una administración diferente de índole internacional sobre una de las provincias de Yugoslavia facilitaría el separatismo. La separación territorial, si bien fue necesaria para evitar la comisión de graves crímenes internacionales que debieron ser detenidos por la intervención de la OTAN, creó un nuevo "con-

[136] Friedrich, Jüngen, *op. cit.*, p. 231.

[137] Vidmar, Jude, "International legal responses to Kosovo's declaration of independence", *Vanderbildt Journal of Transnational Law*, 2009, p. 790.

[138] Weller, Marc, "Interim-governance for Kosovo: the rambouillet agreement and the constitutional framework developed under UN administration", en Weller, Marc y Metzger, Barbara, *Settling self-determination disputes: complex power-sharing in theory and in practice*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff, 2008, p. 245.

[139] Mertus, Julie, "The impact of intervention on local human rights culture: A Kosovo case study", *Global Review of Ethnopolitics*, vol. 1, núm. 2, 2001, p. 27.

flicto congelado"[140] que no podría ser resuelto fácilmente. En cualquier caso, la UNMIK estuvo encargada de la construcción de instituciones estables y democráticas, y suficientemente autónomas, como para gobernar el territorio.[141] Al llegar a la zona, varios oficiales de Naciones Unidas encargados con establecer estas instituciones —muchos de los cuales luego fueron enviados a Timor Oriental— se refirieron a Kosovo como "la cáscara vacía": un territorio sin autogobierno listo para ser moldeado en la imagen que eligieran.[142] La UNMIK terminó siendo vista como "coautora" del orden político kosovar, que gestionó no sólo los sistemas constitucionales y políticos sino también la constitución de partidos democráticos aparte de la Liga Democrática Kosovar en el territorio derivados de la UCK.[143] La JIAS, a pesar de ser representativa de los movimientos políticos existentes de la región, no tenía poder ejecutivo, sino que este recaía casi exclusivamente sobre el Alto Comisionado,[144] una expresión del "despotismo benevolente"[145] que también se había criticado en la creación de Timor Oriental.

La UNMIK, por lo tanto, estaba creando instituciones nacionales propias sin un verdadero contrapeso. Varios autores internacionales han hecho referencia a esto como la figura del *colonialismo desastre*:[146] una configuración de violencia colonial y estructural excusada en el "deber de protección" de pueblos que son percibidos como incapaces del autogobierno frente a desastres. Tras un pico de control, la oposición de los grupos políticos en Kosovo llevó

[140] Este término hace referencia a conflictos armados de baja o nula intensidad que, a pesar de no ser activos, no han sido definitivamente resueltos. Esto impide la construcción de una verdadera paz y genera complejos efectos geopolíticos. Aparte de Kosovo, por lo general se reconocen otros dos conflictos de este estilo en los Balcanes; el de la Republica Sprska en Bosnia y Herzegovina, "resuelto" a través de los acuerdos de Dayton, y la guerra de independencia de Transinistria/Pridnestrovia. Véase Fawn, Rick, "The Kosovo —and Montenegro— effect", *International Affairs*, vol. 84, núm. 2, 2008, pp. 269-294.

[141] Tansey, Oisín, "Kosovo: independence and tutelage", *Journal of Democracy*, vol. 20, núm. 2, 2009, p. 156.

[142] Traub, James, "Inventing East Timor", *Foreign Affairs*, vol. 79, núm. 4, 2000, p. 74.

[143] Tansey, Oisín, *op. cit.*, p. 155.

[144] *Idem*.

[145] Beauvais, Joel, "Benevolent Despotism: A Critique of U.N. State-Building in East Timor", *New York University International Law Journal*, núm. 33, 2000-2001, pp. 1101-1130.

[146] Rivera, Danielle Zoe, "Disaster colonialism: a commentary on disasters beyond singular events to structural violence", *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 46, núm. 1, 2022, pp. 126-135.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

a una gradual devolución del poder a otras entidades.[147] Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que incluso en estos casos gran parte del poder no fue transmitido a la JIAS sino a la misión de la Unión Europea para defender el imperio de derecho en Kosovo, la EULEX,[148] creada en 2007. En cualquier caso, por años la UNMIK se rehusó a entregar control sobre las relaciones exteriores y temas de orden público y soberanía.[149] Nuevamente, el poder soberano estaba en manos de una organización internacional, pero esta vez tenía el especial elemento de ser un poder soberano retenido internacionalmente a pesar de conflictos con entidades locales.

A pesar de esta presión para retener cuestiones de soberanía, que incluso llegó a la negación de cambios constitucionales propuestos por la Asamblea kosovar establecida tras elecciones manejadas por las propias Naciones Unidas en 2001,[150] las Naciones Unidas no fueron capaces de concretar un acuerdo final relativo al Estado de Kosovo antes de que, en 2008, Kosovo anunciara unilateralmente su independencia. El apoyo tácito de varios Estados para esta decisión, así como el alto control de Naciones Unidas sobre el territorio, debe facilitar la conclusión de que esto no se hizo sin cierta aceptación tácita de instituciones internacionales. De esta forma, la "cáscara vacía" a la que llegaron administradores de la ONU en 1999 se había convertido, en menos de nueve años, en un Estado creado por ellos.

El Estado de Kosovo como país independiente es altamente controversial, y ha llevado a la continuación de las organizaciones internacionales y su presencia en el territorio. Especialmente desde las perspectivas serbias, estas entidades han sido vistas como habilitantes del proceso separatista kosovar. Sin embargo, es difícil determinar que las entidades no fueron exitosas en establecer sistemas jurídicos estables, administraciones civiles democráticas[151] y terminar la situación de conflicto que amenazó con violencia genocida.

147 Tansey, Oisín, *op. cit.*, p. 157.

148 Milano, Enrico, "Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX in Kosovo", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 91, núm. 4, 2008, p. 968.

149 Tansey, Oisín, *op. cit.*, p. 155.

150 *Idem*.

151 Incluidas autoridades municipales en el norte de Kosovo que se asociaron con el gobierno serbio; a pesar de ciertos acuerdos posteriores, estos municipios siguen *de facto* bajo control serbio, sin que haya habido instancias de violencia sistemática en el territorio.

IV. La política de Naciones Unidas luego de las administraciones temporales

Para 2002 ambas administraciones temporales habían sido relativamente exitosas en establecerse; y a pesar de que pueden ser sujetas a muchas críticas, habían logrado mantener la paz y seguridad internacionales en los territorios que se les habían asignado.[152] Ambos territorios no sólo estaban pasando de ser provincias marginales, abandonadas y sujetas a algunas de las instancias de victimización más intensas de la historia reciente, sino que también se estaban constituyendo instituciones estables. Con estos resultados —al fin y al cabo son pocas las instancias en las que una intervención internacional lleva a una pacificación tan completa del territorio— se podría asumir que, a futuro, el manejo de administraciones temporales seguiría siendo una herramienta válida y de gran importancia dentro del Sistema de Naciones Unidas.

A pesar de esto, casi inmediatamente la comunidad internacional se tornó en contra de este sistema. Luego de la UNTAET y la UNIMIK no se establecería ninguna otra administración temporal en ningún territorio en el mundo. El siguiente apartado busca determinar los motivos por los cuales se ejecutó esta aparente contradicción, y por qué una herramienta aparentemente exitosa en pacificar una región sujeta a tan fuerte violencia nunca se repitió.

Al final, a pesar de éxitos que deben ser considerados impresionantes ante cualquier rasero, las organizaciones temporales sufrieron de dificultades graves que no las hicieron factibles para siguientes situaciones de afectaciones a la paz y seguridad internacionales en el marco de Naciones Unidas. Estas dificultades fueron presentadas ante la ONU en los informes de la Comisión de Expertos, dirigida por Lakhdar Brahimi. Estos documentos enfatizaron las dificultades logísticas y prácticas para la imposición de modelos de administración temporal, especialmente con relación al desarrollo político y socioeconómico de los territorios, algo que precisa una inversión mucho mayor que la que está presente en el presupuesto de Naciones Unidas. También han surgido otras voces críticas que llaman la atención a la naturaleza extremadamente burocrática —contrapuesta explícitamente a la legitimación política democrática— que tienen las administraciones temporales, y

[152] En términos de desarrollo socioeconómico, por contrario, las administraciones, especialmente la de Timor, deja mucho que desear.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la forma por las cuales estas pueden ser vistas como una herramienta más de neocolonialismo.[153]

1. *El Informe Brahimi*

Las diferentes crisis e inconvenientes causados por las herramientas de gestión de paz de la ONU, que para el nuevo milenio incluían conceptualmente a las administraciones temporales,[154] llevó a la creación en el 2000 de una comisión de expertos, dirigida por Lakhdar Brahimi (quien le da el nombre al informe) para proponer recomendaciones a las Naciones Unidas de los sistemas de gestión y mantenimiento de paz.[155] Entre otras cosas, el informe identificó, de manera específicamente atribuible a las administraciones temporales, los siguientes problemas en los territorios: la ausencia de personal civil suficientemente capacitado que pudieran enviar las organizaciones internacionales o aportar los Estados;[156] una falta de estrategia al momento de contratar personal civil,[157] que deja a las administraciones con mucho personal militar y de fuerza pública y pocos civiles;[158] una excesiva centralización de funciones en pocos comisionados y delegados que limitaban el control de poderes y dificultaban el servicio;[159] la ausencia de misiones integradas que realicen funciones de acompañamiento, incluyendo, en el caso de las administraciones temporales, de prestación de servicios públicos, análisis políti-

153 Este es especialmente el caso con relación a voces simpáticas con la situación serbia en Kosovo, que ven la intervención de la ONU como una forma de lavar la cara a la independencia de la provincia, causada por una intervención unilateral de la OTAN, no aprobada por el CSNU.

154 Las Administraciones Temporales más cercanamente atadas con el proceso de gestión de paz son las administraciones de franjas fronterizas ubicadas en líneas de cese al fuego en los Altos del Golán, Siria (la UNDOF) y en la frontera entre Chipre y el territorio ocupado por tropas turco-chipriotas (la UNBZC). Estos territorios no tienen población permanente significativa, por la que la gestión de paz es solamente relativa a medidas de seguridad y no a elementos de construcción estatal.

155 Naciones Unidas, *Report of the Panel on United Nations Peacekeeping*, Nueva York, UN Press, 2000.

156 *Ibidem*, p. 38.

157 *Ibidem*, p. 40.

158 Por ejemplo, la UNTAET tuvo en su personal a 8950 soldados, 1640 policías, y tan sólo 1185 civiles internacionales (Informe Brahimi, p. 48). Tampoco empleó a muchos timorenses, lo que impidió la integración de nacionales con la institucionalidad.

159 Naciones Unidas, *Report of the Panel on United Nations* Peacekeeping, *cit.*, p. 49.

co, asistencia humanitaria, refugiados, logísticas, finanzas y personal;[160] y la relativa inacción y bajo prestigio del Consejo de Seguridad que impide el establecimiento de una autoridad.[161] Otras recomendaciones incluyen una mayor cooperación entre las funciones de construcción de paz y seguridad, y la resolución del *commitment gap*, la fuerte diferencia que existe entre el ímpetu de resolución presentado por el Consejo de Seguridad, que suelen ser muy ambiciosos, y la ejecución de estos planes, que no suelen contar con presupuesto suficiente o una capacidad de maniobra tal para adaptarse a las novedades.[162] Las misiones amplias otorgadas a entidades como la UNTAET terminaban siendo cálices envenenados: se otorgaban poderes muy amplios, incluso de administración sobre la nación entera, que en ningún momento se iban a cumplir a fondo.[163]

El Informe Brahimi recibió apoyo universal entre los Estados y en la comunidad internacional de manera inicial. Sin embargo, posteriormente su ejecución comenzó a complicarse, en especial debido al *commitment gap*, que siguió siendo un problema para una ONU que sufría de un presupuesto insuficiente para la creación de administraciones temporales, que en teoría controlarían valores superiores al PIB de un país.[164] La denuncia del *commitment gap* sería probablemente la razón más importante por la cual la comunidad internacional se volcó en contra de la figura de administraciones temporales.

El Informe Brahimi, entonces, tuvo elementos que pueden considerarse como positivos para la constitución de administraciones temporales. Por ejemplo, la intencionalidad del informe de integrar mayores elementos civiles a la gestión de paz y atarla a los conceptos de *nation-building* parecía ser un elemento en el que las administraciones temporales serían excelentes. Sin embargo, el *commitment gap* se convirtió en un problema muy grave para una entidad que no sólo debería administrar temas de seguridad (de por sí, una función difícil y cara, y sobre la cual no existen suficientes fuentes de finan-

160 *Ibidem*, p. 50.

161 *Ibidem*, p. 62.

162 *Ibidem*, p. 27.

163 Ingram, Sue, "Building the wrong peace: Reviewing the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) through a political settlement lens", *Political Science*, vol. 64, núm. 1, 2012, p. 9; Yamashita, Hikaru, "Reimagining peacekeeping: The «Brahimi Report» and onward", *Boei Kenkyusho Kiyo*, vol. 8, núm. 1, 2005, p. 40.

164 Gray, Christine, "Peacekeeping after the Brahimi Report: is there a crisis of credibility for the UN?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, núm. 2, 2001, p. 271.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ciamiento) con desarrollo sostenible, prestación de servicios, reconstrucción y democratización. Bajo estos puntos, parecía claro que las administraciones temporales no constituirían una herramienta eficiente para el nuevo siglo.

A. *El cambio de paradigma internacional: la justicia internacional penal y la responsabilidad para proteger*

A las dificultades políticas y logísticas presentes en el Informe Brahimi se añade el cambio en el paradigma del derecho internacional público. En particular, la última década de los noventa y la primera del siglo XXI fue dominada por dos conceptos importantes que lidiaban con el manejo de Estados en situación de crisis y que, por lo tanto, competían con los conceptos de administración temporal. Por un lado, tras los conflictos en Yugoslavia y Ruanda, el Consejo de Seguridad de la ONU empezó a buscar formas para la investigación de crímenes de lesa humanidad, que resultaron en la Resolución 780 de 1992 y la posterior Resolución 827 de 1993.[165] Así nació la justicia internacional penal: la persecución de individuos, y no sólo de Estados, por graves crímenes cometidos contra la población civil.[166] El derecho internacional penal surgió como uno de los elementos más innovadores del sistema internacional, y el proceso de creación de la Corte Penal Internacional, que ocurriría entre 1998 y 2002, rápidamente tomó más atención que la aportada a las administraciones temporales.

La UNMIK tenía funciones de administración de justicia internacional —procesos que fueron heredados por EULEX[167]— y que llevaron a la detección de crímenes de lesa humanidad que llevó a la constitución de las Salas Especializadas de Kosovo.[168] El enfoque de la sociedad internacional rápidamente

[165] Olasolo, Héctor y Galain Palermo, Pablo, "El alcance de las actuaciones de los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos", en Olasolo, Héctor y Galain Palermo, Pablo, *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 71 y 72.

[166] Olasolo, Héctor, y Urueña-Sánchez, Mario, "La condición humana y el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional: una tensión creciente", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 11, 2023, p. 2.

[167] Zaum, Dominik, *International Justice and the Prevention of Atrocities*, Informe, La Haya, European Council on Foreign Relations, 2013, p. 2.

[168] Hehir, Aidan, "The Assumptions Underlying the Kosovo Specialist Chambers and their Implications", *International Criminal Law Review*, vol. 20, núm. 1, 2020, p. 19.

pasó hacia los tribunales internacionales sin infraestructura estatal local. Claramente el mantenimiento de una sola corte internacional es más fácil que el mantenimiento de un Estado entero, y facilitó los problemas relativos al *commitment gap*.

Si no fuera suficiente, concomitantemente con el nacimiento del derecho internacional penal surgió el concepto de *responsabilidad para proteger* (R2P) que influenció profundamente el manejo de la ONU sobre territorios como Irak y Afganistán, que empezó a sonar en círculos académicos desde 2000 y tuvo su auge a través de la adopción del Documento de Resultados de la Cumbre Mundial de 2005.[169] La responsabilidad para proteger, inicialmente presentada como una corrección a la inacción de las Naciones Unidas en Ruanda y Yugoslavia, terminó erigiéndose como justificación para intervenciones unilaterales no autorizadas por la ONU en Irak y Libia.[170]

Ambas nuevas teorías se erigieron en directa contradicción a la posibilidad de una aplicación continuada de las administraciones temporales, especialmente después de las fuertes desventajas que reveló el Informe Brahimi. Por un lado, la aplicación de las administraciones temporales podría consistir en un valor demasiado alto con alto riesgo a los integrantes de la misión. Era mucho más económico, y asimismo mucho más cómodo para los oficiales de las Naciones Unidas, dirigir un proceso de adjudicación desde La Haya que viajar a Dili a implementar medidas de gobierno. De la misma forma, la postura de la comunidad internacional hacia los procesos de paz mutó de una postura más o menos ambivalente hacia las amnistías generales y hacia la adopción del principio "*no peace without justice*",[171] que veía la justicia como un prerrequisito *sine qua non* para la construcción de paz.[172] Bajo esta perspecti-

169 Cater, Charles y Malone, David, "The genesis of R2P: Kofi Annan's intervention dilemma", en Bellamy, Alex y Dunne, Tim, *The Oxford Handbook on the Responsibility to Protect*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 114-130.

170 Moses, Jeremy, Bahador, Babak y Wright, Tessa, "The Iraq War and the responsibility to protect: uses, abuses and consequences for the future of humanitarian intervention", *Journal of Intervention and Statebuilding*, vol. 5, núm. 4, 2011, pp. 347-367; Bellamy, Alex, "Libya and the responsibility to protect: the exception and the norm", *Ethics and International Affairs*, vol. 25, núm. 3, 2011, p. 265.

171 Carnero Rojo, Enrique, "The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the international criminal court: from «No peace without justice» to «No peace with Victor's justice»?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, núm. 4, 2006, pp. 829-869.

172 *Cfr.* Van der Wilt, Harmen, "«No peace without justice» or «No justice without peace??»

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

va, lo mejor que podrían hacer los miembros de la comunidad internacional era la aplicación de medidas que persiguieran a los máximos responsables de delitos internacionales, en el entendido que en muchas circunstancias ellos eran los culpables de las situaciones de inestabilidad e injusticia: iniciar el proceso de "cascada de la justicia".[173]

La responsabilidad para proteger también causó dificultades con las administraciones temporales de la ONU, por dos motivos opuestos. En primer lugar, en muchos casos los Estados empezaron a tomar una mano más directa en intervenciones internacionales, a través de la responsabilidad para proteger —que especialmente en los noventa y primera década del siglo XXI estaba fuertemente atado al concepto de intervención militar directa—.[174] Con los Estados enfocados en la posibilidad de intervenir directamente en una zona de conflicto, no se previó la necesidad de crear fuerzas internacionales como la INTERFET, mucho menos administraciones temporales. La intervención humanitaria, como deja la experiencia libia, tiene los beneficios de estar abierta a la interpretación de los Estados, por lo que es fácil realizar los elementos fáciles de la intervención humanitaria, dejando el "problema" para después.[175]

Por otra parte, la crítica generalizada al uso de la responsabilidad para proteger por parte de ciertos Estados para justificar intervenciones percibidas internacionalmente como ilegales —y en particular, también, la reacción a la invasión de Irak por Estados Unidos— ha llevado a un fortalecimiento de diálogos oposicionistas a la intervención internacional. A pesar de que el diálogo internacional ha sido más favorable al R2P,[176] su ejecución se ha complicado

Some reflections on a complex relationship", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, núm. 2, 2018, pp. 435-446; Shulman, Mark, "No peace without justice, no justice without law: a review essay", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 57, 2018, pp. 649-661.

173 Sikkink, Kathryn, *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*, Nueva York, W. W. Norton and Company, 2011; Sikkink, Kathryn y Joon Kim, Hun, "The justice cascade: the origins and effectiveness of prosecutions of human rights violations", *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 9, 2013, pp. 269-285.

174 Chandler, David, "The R2P is dead, long live the R2P: The successful separation of military intervention from the responsibility to protect", *International Peacekeeping*, vol. 22, núm 1, 2015, p. 2.

175 Steele, Brent y Heinze, Eric, "Norms of intervention, R2P, and Libya: suggestions from generational analysis", *Global Responsibility to Protect*, vol. 6, núm. 1, 2014, p. 114.

176 Gifkins, Jess, "R2P in the UN Security Council: Darfur, Libya and beyond", *Cooperation*

luego del endurecimiento de relaciones internacionales entre los Estados occidentales y Rusia y China, posteriormente a la debacle en Libia —causada por el R2P— y la guerra en Ucrania.[177]

En particular, la oposición a las intervenciones militares está especialmente marcada en el continente asiático, víctima de las intervenciones en Afganistán e Irak y fuertemente defensivo de su soberanía. La UNTAET no había hecho nada para resolver esta disonancia y sólo empeoró luego de su finalización.[178]

Debido a lo anterior, la realidad geopolítica aunada a nuevas teorías de justicia y derecho internacional han llevado al abandono de las administraciones temporales. Debido a esto, a pesar de un balance generalmente (aunque no totalmente) positivo del desempeño de la UNTAET y de las administraciones internacionales en general, han sido pocas las herramientas de aplicación posterior a esta y UNIMIK en la que una administración temporal se ha siquiera considerado.

B. *La "huella suave" sobre Afganistán, la responsabilidad para proteger, y el fin de las administraciones temporales*

El primer reto de las Naciones Unidas, posterior a Timor Oriental y Kósovo, recayó sobre Afganistán, luego de la invasión de una coalición dirigida por Estados Unidos contra el gobierno talibán de la región. Durante los primeros pasos de la invasión aliada a la región hubo preocupación dentro del marco de la ONU que el gobierno estadounidense le estaba dejando a la administración un "cáliz envenenado", interviniendo en la región y luego dejando a la ONU cubrir los gastos más importantes de la misma forma que se habían asumido las principales responsabilidades en Kosovo y Timor.[179] Sin embargo, la decisión de las fuerzas aliadas de mantenerse en Kabul, y la presión de la Comisión Brahimi, se buscó priorizar la posibilidad de construcción autóctona del Estado afgano sobre el "despotismo" que caracterizó la intervención

and Conflict, vol. 51, núm. 2, 2016, p. 148.

177 Nuruzzaman, Mohammed, "«Responsibility to protect» and the BRICS: a decade after the intervention in Libya", *Global Studies Quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2022, p. 6.

178 Cotton, James, "Against the grain: the East Timor intervention", p. 130.

179 Chesterman, Simon, "Walking softly in Afghanistan: the future of UN State-building", *Survival: Global Politics and Strategy*, vol. 44, núm. 3, 2002, pp. 37 y 38.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de Timor,[180] a través del modelo de la "huella suave" (*light footprint*)[181] que evitara que las instituciones dobles (Naciones Unidas-nacionales) "socaven las instituciones locales, impidan la cooperación y precipiten la competencia".[182]

Debido a lo anterior, las Naciones Unidas se alejaron de un rol directo en la región y se limitaron a proveer ayuda humanitaria, mientras que las fuerzas de la coalición manejaban asuntos de seguridad y se buscaba la creación de una autogestión gubernamental afgana. En este concepto, el trabajo de las organizaciones de Naciones Unidas dependía de la presunción que otras organizaciones que no dependían de ellos manejarían de manera adecuada la seguridad y estabilidad institucional de la región.[183] Debido a la limitada intervención aliada fuera de Kabul y la "ring road",[184] se abrieron espacios de vacío institucional que llevaron a la reconstrucción de grupos talibanes en el campo, especialmente en zonas pastunes[185] en el sur del país. La decisión de no intervenir directamente sobre la región, en parte realizada para que no ocurrieran las brechas relativas a la confianza institucional frente a un sistema no elegido y que por lo tanto no tenía legitimidad democrática,[186] algo determinado la "ceguera tecnocrática".[187] Esta "ceguera tecnocrática" consti-

[180] *Idem*. Sin embargo, también hay críticas sobre el rol de la ONU en Afganistán que se refieren a un alcance *demasiado* extenso de la organización. *Vid.*, *e. gr.*, Surkhe, Astri, "The dangers of a tight embrace: Externally assisted statebuilding in Afghanistan", en Paris, Roland y Sisk, Timothy, *The dilemmas of Statebuilding. Confronting the contradictions of postwar peace operations*, Londres, Routledge, 2008. https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9780203884836/dilemmas-statebuilding-roland-paris-timothy-sisk?refId=92d33fcc-fea1-4446-b336-44596458e0e4&context=ubx

[181] Chesterman, Simon, *op. cit.*, p. 41.

[182] Lakhdar, "State-building in Crisis and Post-conflict Countries", *7th Global Forum on Reinventing Government*, Viena, Naciones Unidas, 2007, p. 8 (traducción propia).

[183] Cogan, Mark y McLain Gill, Don, "Legitimacy and international development in a Taliban-dominated Afghanistan", *Journal of Indo-Pacific Affairs*, vol. 5, núm. 1, 2022, p. 75.

[184] La vía parcialmente construida que conecta a las mayores ciudades del país: Kabul, Kandahar, Mazar-e-Sharif, y Herat.

[185] Grass, Kacper, "State-building in «the Graveyard of Empires»: why the Soviet and United States interventions failed to establish stable regimes in Afghanistan", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 17, 2022, p. 510.

[186] Murid Partaw, Ahmad, "The failure of democracy in Afghanistan", *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 49, núm. 2, 2022.

[187] Dodge, Toby, "Afghanistan and the failure of liberal peacebuilding", *Survival*, vol. 63, núm. 5, 2021, p. 53.

tuye, esencialmente, la crítica principal al modelo de *institucionalización antes de liberalización*,[188] utilizado en Timor. terminó no influyendo mucho en la opinión política afgana, que igualmente veía a la constitución basada en el modelo estadounidense como una imposición extranjera.[189]

Igualmente las Naciones Unidas sí fueron fundamentales en la organización de las primeras elecciones generales en Afganistán. Estas elecciones no sólo fueron significativamente fraudulentas, sino que fueron altamente costosas, con un costo estimado de 250 millones de dólares, aproximadamente la mitad del presupuesto nacional de Afganistán en ese año.[190] Esta experiencia traumática fue importante en deshacer la última idea que sobrevivía de la edad dorada de las administraciones temporales, lo que Brahimi llama la dependencia en las elecciones y referéndums como "*the exit strategy par excellence*".[191]

La estrategia de "huella suave" tuvo resultados costosos para Afganistán.[192] Si no quedaba claro antes, ahora mucho más luego de la caída del gobierno transicional afgano ante fuerzas talibanes, lo que retornó al país a la situación previa a 2001. Esto llevó a una percepción generalizada de la inutilidad de las Naciones Unidas, que se reforzó a través de declaraciones de países como Estados Unidos ante la invasión de Irak y llevó a que las Naciones Unidas tuviera un rol aún menor y más reticente en este país.[193] Si bien tenían un grado de alcance amplio en el manejo de la reconstrucción del país y las acciones humanitarias, la falta de cooperación con Estados Unidos, aunado con la falta de experiencia de los oficiales de la ONU y una marcada ausencia de voluntad política o capital, llevó a una función desordenada y poco eficiente.[194] Es in-

188 Svensson, Emma, *op. cit.*, p. 14.

189 Malley, William, "Statebuilding in Afghanistan: challenges and pathologies", *Central Asian Survey*, vol. 32, núm. 3, 2013, pp. 255-270.

190 Eckard, Steffen, Patz, Ronny, Schönfield, Mirco y Van Meegdenburg, Hilde, "International bureaucrats in the UN Security Council debates: A speaker-topic network analysis", *Journal of European Public Policy*, vol. 30, núm. 2, 2023, p. 217.

191 *Ibidem*, p. 16.

192 Kahler, Miles, "Statebuilding after Afghanistan and Iraq", en Paris, Ronald y Sisk, Timothy, *The Dilemmas of Statebuilding: Confronting the contradictions of postwar peace operations*, Londres, Routledge, 2008, p. 17.

193 Urquhart, Brian, "The United Nations rediscovered", *World Policy Journal*, vol. 21, núm. 2, 2004, p. 3.

194 Chesterman, Simon, "Walking softly in Afghanistan: the future of UN State-Building", *cit.*

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

teresante tener en cuenta que en Irak falleció el comisionado de la UNTAET, Sergio Vieira de Mello, en un interesante simbolismo de los resultados de estas intervenciones en la percepción de la utilidad de la ONU.

La Comisión Brahimi y el intento de un acercamiento más suave por parte de la ONU a situaciones de crisis internacional, entonces, no fue un éxito en resolver los problemas que se habían identificado. Por el contrario, mientras que se disparó el presupuesto y el número de misiones temporales de la ONU entre 2000 y 2015 —pasando de menos de 20 mil "cascos azules" a principios de siglo a más de 100 mil en 2015—[195] la percepción de las Naciones Unidas entró en declive durante el mismo periodo. A pesar de esto, la teoría de la "huella ligera" sobrevivió en las actuaciones de las Naciones Unidas de las siguientes dos décadas.[196] La UNTAET fue entonces el último protectorado de Naciones Unidas. Nunca más se volvió a proponer una intervención de tal fuerza sobre países en situación de conflicto.

V. Conclusión

Las administraciones temporales de Naciones Unidas han sido, quizá, el proyecto político más ambicioso que tuvo esta organización al momento de buscar apoyar la construcción de Estados endebles, especialmente aquellos en situaciones de posconflicto. En la década de los noventa, debido en gran parte al unilateralismo global tras la caída de la Unión Soviética y el creciente poder del derecho internacional en su época dorada, estas entidades se constituyeron como experimentos de construcción de identidad nacional en Timor Oriental y Kosovo. Treinta años después, estas entidades han perdido su espacio en la narrativa histórica. Sin embargo, el análisis narrativo de la historia de estos países, así como su rol en el derecho internacional —como se ha visto— muestra que este olvido es un error. Las administraciones temporales de Naciones Unidas no sólo son una muestra del sistema internacional en sus tiempos, sino que son la expresión más certera de su poder bajo la égide del unilateralismo estadounidense en la época.

[195] Gao, George, "UN peacekeeping at new highs after post-Cold War surge and decline", *Pew Research Center*, 2 de marzo de 2016.

[196] Rogers, James, y Delina Goxho, "Light footprint; heavy destabilising impact in Niger: why the Western understanding of remote warfare needs to be reconsidered", *International Politics*, 2022.

El modelo de administración temporal, rescatado de la situación de Papúa Occidental y reformulado en los noventa, tuvo la oportunidad de reescribir completamente las misiones de paz de Naciones Unidas y convertirlas en herramientas fundamentales de construcción nacional. También son la muestra de los grandes poderes del Consejo de Seguridad, que tiene la facultad de manejar, de manera casi colonial, los territorios que determine. Esta herramienta, muestra de la teoría de los "poderes implícitos" del Consejo de Seguridad, incluso ha funcionado, según ciertas voces, para la creación de Estados nuevos como Kosovo.

De la misma forma, las administraciones temporales fueron una base fundamental para lo que posteriormente serían elementos fundamentales del derecho internacional en el siglo XXI, especialmente la creación de tribunales mixtos que, por regla general,[197] se crearon durante administraciones temporales para el manejo de elementos de justicia transicional en el territorio. De esta forma, el recuento histórico de estas entidades es un elemento faltante en la narrativa de la historia del derecho internacional penal, que muchas veces busca alejarse de sus orígenes en el sistema de Naciones Unidas.

El fin de las administraciones temporales también demuestra elementos fundamentales para el entendimiento histórico de la época. Su incrementado desprestigio se debió casi esencialmente al *commitment gap* —a falta de esfuerzo impuesto por los Estados decisorios en Naciones Unidas— que buscó maneras más "baratas" de realizar procesos de pacificación y construcción estatal. Como podemos observar con la función limitada y desprestigiante de Naciones Unidas (y la comunidad internacional en general) en situaciones de inestabilidad y conflicto armado —notablemente Afganistán e Irak— estas medidas no han sido exitosas. La reclamación de las administraciones temporales como herramienta fundamental de Naciones Unidas, que ayudó con la pacificación de dos países sujetos a gravísimos crímenes internacionales, es fundamental para la reconstrucción de confianza sobre el desempeño de la Organización a nivel de paz y seguridad.

197 Con ciertas excepciones, notablemente las Cortes Especiales en Sierra Leona y el Tribunal Especial en Líbano.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

VI. Bibliografía

Abello-Galvis, Ricardo, "Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de La Haya", en Torres Villarreal, María Lucía y Trujillo García, Carlos Holmes, *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de La Haya: Análisis del caso Nicaragua v. Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2013, pp. 49-97.

Ángel Pérez, Darío Alberto, "La hermenéutica y los métodos de investigación en ciencias sociales", *Estudios de Filosofía*, núm. 44, 2011, pp. 9-37.

Arvanti, Armita, Bayu Setiawan, Syamsunasir y Widodo, Pujo, "Dynamics of border conflict resolution between Indonesia-Timor Leste", *International Journal of Humanities Education and Social Sciences*, 2023, pp. 157-166.

Asamblea General, *Resolución 1246, DOC/UNGA/1246/99*.

Banac, Ivo, "Was the Albanian opposition to the Serb Kingdom's annexation in 1912 without justification?", en Di Lellio, Anna, *The case for Kosova: passage to independence*, Londres, Anthem Press, 2006, pp. 53-58.

Barigazzi, Jacopo y Moens, Barbara, "Germany suggests UN take control in Gaza after Israel-Hamas war ends", *Politico*, 15 de noviembre de 2023.

Bartelson, Jens, "Acabando con el imperio: lusotropicalismo como ideología imperial", *Relaciones Internacionales*, núm. 30, 2016, pp. 11-26.

Beauvais, Joel, "Benevolent despotism: a critique of U.N. State-building in East Timor", *New York University International Law Journal*, núm. 33, 2000-2001, pp. 1101-1130.

Bellamy, Alex, "Human wrongs in Kosovo 1974-99", en Booth, Ken, *The Kosovo tragedy: The human rights dimensions*, Londres, Frank Cass, 2001, pp. 105-126

Bellamy, Alex, "Libya and the responsibility to protect: the exception and the norm", *Ethics and International Affairs*, vol. 25, núm. 3, 2011, pp. 263-269.

Berry, Ken, "UNTAC as a paradigm: a flawed success", *Pacifica Review: Peace, Security and Global Change*, vol. 7, núm. 2, 1995, pp. 87-101.

Birmingham, John, *Appeasing Jakarta: Australia's complicity in the East Timor tragedy*, Melbourne, Black Incorporated, 2001.

Brahimi, Lakhdar, "State-building in crisis and post-conflict countries", *7th Global Forum on Reinventing Government*, Viena, Naciones Unidas, 2007, pp. 1-20.

Brownlie, Ian y Crawford, James, "International organizations", en *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 156-190.

Burchill, Scott, "East Timor, Australia, and Indonesia", *Bulletin of Concerned Asian Scholars*, núm. 1-2, 2000, pp. 59-65.

Camboya, Consejo Nacional Supremo de, "Agreement concerning the sovereignty, independence, territorial integrity and inviolability", *UN Treaty Series.* Núm. S/23179, Nueva York, Naciones Unidas, 30 de octubre de 1991.

Camboya, Consejo Nacional Supremo de, "Agreement on a Comprehensive Political Settlement of the Cambodia Conflict", *Treaty Series; Treaties and International Agreements Registered or Filed and Recorded with the Secretariat of the United Nations*, vol. 1663, Nueva York, Naciones Unidas, 1992, pp. 27 y ss.

Carnero Rojo, Enrique, "The role of fair trial considerations in the complementarity regime of the International Criminal Court: from «No peace without justice» to «No peace with Victor's justice»?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, núm. 4, 2006, pp. 829-869.

Carson, Christopher, "The Dayton Accords and the escalating tensions in Kosovo", *UC Berkeley Undergraduate Journal*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp. 68-84.

Cater, Charles y Malone, David, "The genesis of R2P: Kofi Annan's intervention dilemma", en Bellamy, Alex y Dunne, Tim, *The Oxford Handbook on the Responsibility to Protect*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 114-130.

Chandler, David, "The R2P is dead, long live the R2P: the successful separation of military intervention from the responsibility to protect", *International Peacekeeping*, vol. 22, núm 1, 2015, pp. 1-5.

Charney, Jonathan, "Self-determination: Chechnya, Kosovo, and East Timor", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, núm. 2, 2001, pp. 455-467.

Chesterman, Simon, "Walking softly in Afghanistan: the future of UN State-building", *Survival: Global Politics and Strategy*, vol. 44, núm. 3, 2002, pp. 37-45.

Chesterman, Simon, *You, the People: The United Nations, transitional administration, and State-building*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Cogan, Mark y McLain Gill, Don, "Legitimacy and international development in a Taliban-dominated Afghanistan", *Journal of Indo-Pacific Affairs*, vol. 5, núm. 1, 2022, pp. 72-83.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *UNSC/RES/1272*.Consejo de Seguridad, *Resolución 1264*.
Costa, Anna, "Britain in the aftermath of the Indonesian invasion of Timor, 1977: the fiction of neutrality and the reality of silent help", *Pacific Affairs*, vol. 86, núm. 1, 2013, pp. 95-115.
Cotton, James, "Against the grain: the East Timor intervention", *Survival*, vol. 43, núm. 1, 2001, pp. 127-142.
Cotton, James, *East Timor, Australia and regional order: intervention and aftermath in Southeast Asia*, Routledge, 2004.
Criswell, Dianne, "Durable consent and a strong transitional peacekeeping plan: the successes of UNTAET in light of the lessons learned in Cambodia", *Washington International Law Journal*, vol. 11, núm. 3, 2002, pp. 577-612.
Croissant, Aurel, "The perils and promises of democratization through United Nations Transitional authority; lessons from Cambodia and East Timor", *Democratization*, vol. 15, núm. 3, 2008, pp. 649-668.
Crouch, Harold, "The TNI and East Timor policy", en Fox, James y Soares, Dionisio Babo, *Out of the ashes: destruction and reconstruction of East Timor*, Bathurst, Australian National University Press, 2000, pp. 141-167.
Curtis, Grant, *Transition to what? Cambodia, UNTAC and the peace process*, Informe, Ginebra, United Nations Research Institute for Social Development, 1993.
Daalder, Ivo, *Peace at any price? Kosovo deal costs Milosevic little, is unlikely to resolve crisis*, Brookings, 1998. https://www.brookings.edu/articles/peace-at-any-price-kosovo-deal-costs-milosevic-little-is-unlikely-to-resolve-crisis/
De Coning, Cedric, "The UN transitional administration in East Timor (UNTAET): lessons learned from the first 100 days", *Journal of International Peacekeeping*, vol. 6, núm. 2-3, 2000, pp. 83-90.
Dee, Moreen, "«Coalitions of the willing» and humanitarian intervention: Australia's involvement with INTERFET", *International Peacekeeping*, vol. 8, núm. 3, 2001, pp. 1-20.
Diamond, Stephen, "Legal realism and historical method: J. Willard Hurst and American legal history", *Michigan Law Review*, vol. 77, núm. 3, 1979, pp. 784-794.
Dickens, David, "The United Nations in East Timor: intervention at the military operational level", *Contemporary Southeast Asia*, vol. 23, núm. 2, 2001, pp. 213-232.

"Dissenting Opinion of Judge K. Skubiszewski", *Caso Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Corte Internacional de Justicia, 30 de junio de 1995.
Dodge, Toby, "Afghanistan and the failure of liberal peacebuilding", *Survival*, vol. 63, núm. 5, 2021, pp. 47-58.
Downer, Alexander, "East Timor; looking back on 1999", *Australian Journal of International Affairs*, vol. 54, núm. 1, 2000, pp. 5-10.
Eckard, Steffen, Patz, Ronny, Schönfield, Mirco y Van Meegdenburg, Hilde, "International bureaucrats in the UN Security Council debates: A speaker-topic network analysis", *Journal of European Public Policy*, vol. 30, núm. 2, 2023, pp. 214-233.
Fawn, Rick, "The Kosovo —and Montenegro— effect", *International Affairs*, vol. 84, núm. 2, 2008, pp. 269-294.
Fernandes, Clinton, "R2P and the East Timor intervention", en Thakur, Ramesh y Sampford, Charles, *Responsibility to protect and sovereignty*, Londres, Routledge, 2013.
Ferraz, Ricardo, "The financial costs of the Portuguese colonial war, 1961-1974: analysis and applied study", *Revista de Historia Económica / Journal of Iberian and Latin American Economic History*, vol. 40, núm. 2, 2022, pp. 243-272.
Fetterly, Ross, "UNDOF: The catalyst for peace building on the Golan Heights", en Woodcock, Alexander y Davis, David, *Cornwallis Group VII: Analysis for compliance and peacebuilding*, Toronto, Canadian Peacekeeping Press, 2003, pp. 83-98.
Ford, Christian y Oppenheim, Ben, "Neotrusteeship or mistrusteeship? The «authority creep» dilemma", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, núm. 1, 2008, pp. 55-108.
Fox, James, "Tracing the path, recounting the past: historical perspectives of Timor", en Fox, James y Soares, Dionisio Babo (eds.), *Out of the ashes: destruction and reconstruction of East Timor*, Canberra, ANU E Press, 2000, pp. 1-28.
Fox, James, y Babo Soares, Dionisio, *Out of the ashes: destruction and reconstruction of East Timor*, Melbourne, ANU Press, 2003.
Friedrich, Jüngen, "UNMIK in Kosovo: struggling with uncertainty", *Max Planck Journal of United Nations Law*, núm. 9, 2005, pp. 225-293.
Fukuyama, Francis, *The end of history and the last man*, Nueva York, Free Press, 1992.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Futscher Pereira, Bernardo, *Orgulhosamente sós: a diplomacia em guerra (1962-1974)*, Alfragide, Dom Quixote, 2022.
Gao, George, "UN peacekeeping at new highs after post-Cold War surge and decline", *Pew Research Center*, 2 de marzo de 2016.
Gifkins, Jess, "R2P in the UN Security Council: Darfur, Libya and beyond", *Cooperation and Conflict*, vol. 51, núm. 2, 2016, pp. 148-165.
Goldstone, Anthony, "Building a State and statebuilding: East Timor and the UN, 1999-2012", en Berdal, Mats y Zaum, Dominik, *Political Economy of Statebuilding: Power after Peace*, Cham, Routledge, 2013, pp. 418-458.
Gordon, Susannah, "Evaluating success of peacekeeping missions: lessons from East Timor and Solomon Islands", en Bercovitch, Jacob y DeRouen, Karl, *Unraveling internal conflicts in east asia and the pacific: incidence, consequences, and resolution*, Plymouth, Lexington Books, 2011, pp. 241-269.
Gow, James, "Kosovo after the Holbrooke-Milosevic agreement. What now?", *The International Spectator*, vol. XXIII, núm. 4, 2008, pp. 17-22.
Graça Feijó, Rui, "Timor-Leste: constitutional provisions, political conventions and legitimacy under strain", en Facal, Gabriel, Lafaye de Micheaux, Elsa y Norén-Nilsson, Astrid, *The Palgrave Handbook of Political Norms in Southeast Asia*, Cham, Palgrave Macmillan, 2024, pp. 175-193.
Grass, Kacper, "State-building in «the graveyard of empires»: Why the Soviet and United States interventions failed to establish stable regimes in Afghanistan", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 17, 2022, pp. 499-518.
Gray, Christine, "Peacekeeping after the Brahimi Report: Is there a crisis of credibility for the UN?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, núm. 2, 2001, pp. 267-288.
Gruss, Daniel, "UNTEA and West New Guinea", *Max PlanckYearbook of United Nations Law*, vol. 9, núm. 1, 2005, pp. 197-226.
Gunn, Geoffrey, *East Timor and the United Nations: The case for intervention*, Lawrenceville, The Red Sea Press, 1997.
Hägerdal, Hans, *Lords of the land, lords of the sea: conflict and adaptation in early colonial Timor, 1600*-1800, Leiden, KITLV Press, 2012.
Hägerdal, Hans, "Servião and Belu: Colonial conceptions and the geographical partition of Timor", *Studies on Asia*, vol. 3, núm. 3, 2006, pp. 49-64.
Harpur, Paul, "When is there sufficient information to decide if there is an R2P situation or not? From the intervention in Timor Leste to the crisis in

Sri Lanka", en Stamfprd, Charles, *R2P and sovereignty: 10 years after Kosovo and East Timor*, Farnham, Ashgate, 2011.
Hastings, Peter, "The Timor problem", *Australian Outlook*, núm. 1, 1975, pp. 18-33.
Hayden, Sherman, "The Trusteeship Council: its first three years", *Political Science Quarterly*, vol. 66, núm. 2, 1951, pp. 226-247.
Hehir, Aidan, "The assumptions underlying the Kosovo specialist chambers and their implications", *International Criminal Law Review*, vol. 20, núm. 1, 2020, pp. 17-42.
Hoadley, Stephen, "East Timor: civil war; causes and consequences", *Southeast Asian Affairs*, 1976, pp. 411-419.
Hoadley, Stephen, "Indonesia's annexation of East Timor: political, administrative, and developmental initiatives", *Southeastern Asian Affairs*, 1977, pp. 133-142.
Hoadley, Stephen, *The future of Portuguese Timor*, Singapur, ISEAS Publishing, 1975.
Ingram, Sue, "Building the wrong peace: reviewing the United Nations transitional administration in East Timor (UNTAET) through a political settlement lens", *Political Science*, vol. 64, núm. 1, 2012, pp. 3-20.
Inoguchi, Takashi *et al.*, *Envisioning the United Nations in the Twenty-First Century. Proceedings of the Inaugural Symposium on the United Nations System in the Twenty-first Century 21-22, Tokyo, Japan*, Tokio, United Nations University, 21-22 noviembre de 1995.
Irvin, George, *Rebuilding Cambodia's economy: UNTAC and beyond*, Working Paper Series, núm. 149, Institute of Social Studies, 1993.
Jago, Marianne, "InterFET: an account of intervention with consent in East Timor", *International Peacekeeping*, vol. 17, núm. 3, 2010, pp. 377-394.
Judah, Tim, "The growing pains of the Kosovo liberation army", en Waller, Michael, Derezov, Kyril y Gökay, Bülent, *Kosovo: the politics of delusion*, Abingdon, Routledge, 2001, pp. 20-25.
Kahler, Miles, "Statebuilding after Afghanistan and Iraq", en Paris, Ronald y Sisk, Timothy, *The dilemmas of Statebuilding: confronting the contradictions of postwar peace operations*, Londres, Routledge, 2008.
Keller, Lucy, "UNTAC in Cambodia; from occupation, civil war and genocide to peace", *Max Planck Journal of United Nations Law*, núm. 9, 2005, pp. 127-178.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Kiernan, Ben, "War, genocide, and resistance in East Timor, 1975-99: comparative reflections on Cambodia", en Kiernan, Ben, *Genocide and resistance in Southeast Asia*, Londres, Routledge, 2008, pp. 299-331.

Kondoch, Boris, "The United Nations administration of East Timor", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 6, núm. 2, 2001, pp. 245-265.

Koomen, Arjen, *The UNTEA-equilibrium: a game theoretical approach on Dutch diplomatic interactions during the Western New Guinea dispute in historical comparative analysis (1949-1962)*, Tesis de Maestría, Utrecht, Universidad de Utrecht, 2020.

Kosovo Thanks You, *Kosovo Thanks You*, 2024. https://www.kosovothanksyou.com/

Kramer, Lloyd, "Historical narratives and the meaning of nationalism", *Journal of the History of Ideas*, vol. 58, núm. 3, 1997, pp. 525-545.

Krieger, Heike, *The Kosovo conflict and international law: an analytical documentation 1974-1999*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

Lani, Remzi, "Rugova and the UCK: Chronicle of a shifting balance", *The International Spectator; Italian Journal of International Affairs*, vol. 34, núm. 4, 1999, pp. 29-40.

Lawless, Robert, "The Indonesian takeover of East Timor", *Asian Survey*, núm. 10, 1976, pp. 948-964.

Leach, Michael, "Timor-Leste in 2023: the return of the «old firm»", *Southeast Asian Affairs*, 2023, pp. 341-357.

Leifer, Michael, "Indonesia and the incorporation of East Timor", *The World Today*, vol. 32, núm. 9, 1976, pp. 347-358.

Lobban, Michael, "The varieties of legal history", *Clio Themis: Revue Electronique d'Histoire du Droit*, núm. 5, 2012, pp. 41-62.

Lovelace, Anna, "When global governance wins: the role of the United Nations in decolonization", *UC Merced Undergraduate Research Journal*, vol. 7, núm. 2, 2014, pp. 74-82.

Malley, William, "Statebuilding in Afghanistan: challenges and pathologies", *Central Asian Survey*, vol. 32, núm. 3, 2013, pp. 255-270.

Marcos y De Figuereido, Rui, "Réflexions sur la compréhension actuelle de l'histoire du droit", en Poumarè, Jacques, *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, pp. 471-483.

McKinlay King, Julian, "A soul divided: the UN's misconduct over West Papua", *PORTAL Journal of Multidisciplinary International Studies*, vol. 16, núm. 1/2, 2019, pp. 59-81.

McLaughin, Rob, "Israel-Hamas 2023 Symposium; After the conflict: A UN transitional administration in Gaza?", *Articles of War*, West Point Academy; Lieber Institute, 2023.
McMahon, Daragh, Lightfood, Natasha y Garbos, Marcel, *The Test of Transition: The UN Administration of Cambodia (1992-1993)*, Tesis, Nueva York, Columbia University, 2023.
Melly-Caballero, Anthony, y Acharya, Amitav, *UN Peace Operations and Asian Security*, Londres, Routledge, 2005.
Mertus, Julie, "The impact of intervention on local human rights culture: a Kosovo case study", *Global Review of Ethnopolitics*, vol. 1, núm. 2, 2001, pp. 21-36.
Milano, Enrico, "Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX in Kosovo", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 91, núm. 4, 2008, pp. 967-990.
Moses, Jeremy, Bahador, Babak y Wright, Tessa, "The Iraq war and the responsiblity to protect: uses, abuses and consequences for the future of humanitarian intervention", *Journal of Intervention and Statebuilding*, vol. 5, núm. 4, 2011, pp. 347-367.
Murid Partaw, Ahmad, "The failure of democracy in Afghanistan", *British Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 49, núm. 2, 2022.
Muschik, Eva-María, *Building States: The United Nations, development, and decolonization, 1945–1965*, Nueva York, Columbia University Press, 2022.
Musgrave, Thomas, "An analysis of the 1969 Act of Free Choice in West Papua", en Chinkin, Christie y Baetens, Freya, *Sovereignty, statehood and State responsibility: essays in honour of James Crawford*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 209-228.
Myers, Zachary, y Dorn, Walter, "UN peacekeeping missions in the Middle East: a twenty-first century review", *International Peacekeeping*, vol. 29, núm. 3, 2022, pp. 413-435.
Naciones Unidas, *Report of the Panel on United Nations Peacekeeping*, Nueva York, UN Press, 2000.
Naciones Unidas, *UN Security Council meetings and outcomes tables; Veto list*. 2024. https://research.un.org/en/docs/sc/quick
Nuruzzaman, Mohammed, "«Responsibility to protect» and the BRICS: a decade after the intervention in Libya", *Global Studies Quarterly*, vol. 2, núm. 4, 2022, pp. 1-12.
Olasolo, Héctor, y Urueña-Sánchez, Mario, "La condición humana y el reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional: una

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tensión creciente", *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 11, 2023, pp. 1-31.
Olasolo, Héctor y Galain Palermo, Pablo, "El alcance de las actuaciones de los tribunales internacionales penales y los tribunales híbridos", en Olasolo, Héctor y Galain Palermo, Pablo, *Los desafíos del derecho internacional penal: atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 70-80.
Olszak, Norbert, "L'histoire du droit dans la Revue progressiste de droit français de Gérard Lyon-Caen (1952-1956)", en Poumarède, Jacques, *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, pp. 431-437.
Pettifer, James, "The Kosovo liberation army: the myth of origin", en Waller, Michael, Kyril, Drezov y Gökay, Bülent, *The politics of delusion*, Abingdon, Routledge, 2001, pp. 25-30.
Pimenta, José, J. Sarmento, y Azevedo, Anna de, "Lusotropicalism: tropical geography under dictatorship, 1926–1974", *Singapore Journal of Tropical Geography*, vol. 32, núm. 2, 2011, pp. 220-235.
Poth, Cheryl y Creswell, John, *Qualitative inquiry and research design: Choosing among five approaches*, Londres, Sage, 1997.
Poumarède, Jacques, "Introduction", en *Histoire de l'histoire du droit*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse Capitole, 2006.
Proença Garcia, Francisco, Dias, Mónica y Duque, Raquel, "ONU na resolução de conflitos: o caso de Timor-Leste", *Observare; Universidade Autonoma de Lisboa*, vol. 10, núm. 2, 2019, pp. 1-12.
Quintana, Laura y Julián Hermida, "La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica", *Perspectivas en Psicología: Revista de Psicología y Ciencias Afines*, vol. 16, núm. 2, 2019, pp. 73-80.
Raustiala, Kal, *Who will Govern Gaza? Lessons from 1957*, Paper, Los Ángeles, UCLA School of Law, 2024.
Razita, Sarah, y Santoso, Made Panji Teguh, "The decline of democracy in the South East Asian region", vol. 3, núm. 1, 2024, pp. 1-9.
Ricœur, Paul, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Le Seuil, 2014.
Rivera, Danielle Zoe, "Disaster colonialism: a commentary on disasters beyond singular events to structural violence", *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 46, núm. 1, 2022, pp. 126-135.

Robinson, Geoffrey, *East Timor 1999: crimes against humanity*, Reporte comisionado por la Oficina de Naciones Unidas del Alto Comisionado para los Refugiados, Los Angeles, University of California, 2003.
Robinson, Geoffrey, *East Timor 1999: crimes against humanity*, Informe de la Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos, Los Angeles, UCLA, 2003.
Robinson, Jennifer, "Self-determination and the limits of justice: West Papua and East Timor", *Future Justice*, 2010, pp. 168-188.
Rodríguez, Luís Nuno, "The international dimensions of Portuguese colonial crisis", en Bandeira Jenónimo, Miguel y Costa Pinto, António, *The ends of European colonial empires: cases and comparisons*, Cham, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 243-267.
Rogers, James, y Delina Goxho, "Light footprint; heavy destabilising impact in Niger: why the Western understanding of remote warfare needs to be reconsidered", *International Politics*, 2022.
Roque, Ricardo, "The unruly island: colonialism's predicament in late nineteenth-century East Timor", *Portuguese Literary and Cultural Studies*, núm. 17/18, 2010, pp. 303-330.
Russell, Peter, "The exclusion of Kosovo from the Dayton negotiations", *Journal of Genocide Research*, vol. 11, núm. 4, 2009, pp. 487-511.
Salih, Jusuf, "Ibrahim Rugova and his peaceful resistance for independence of Kosovo", en Peterson, Christian Philip, Knoblauch, William y Loadenthal, Michael, *The Routledge history of world peace since 1750*, Londres, Routledge, 2018, pp. 142-153.
Saltford, John, *The United Nations and the Indonesian takeover of West Papua, 1962-1969: The anatomy of betrayal*, Londres, Routledge, 2003.
Sarvarian, Arman, "*Uti Possidetis Iuris* in the twenty-first century: consensual or customary", *International Journal of Minorit and Group Rights*, núm. 22, 2015, pp. 511-532.
Sayre, Francis, "Legal problems arising from the United Nations trusteeship system", *American Journal of International Law*, vol. 42, núm. 2, 1948, pp. 263-298.
Schofield, Clive, Emily Jones, y Christian Bueger, "Maritime boundary disputes in the South China Sea: a legal and historical analysis", *Boundary and Territory Briefings*, vol. 3, núm. 5 , 2013, pp. 1-20.
Schreuer, Christoph, "East Timor and the United Nations", *International Law Forum*, vol. 2, núm. 1, 2000, pp. 18-26.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Schrijver, Nico, "Some aspects of UN involvement with Indonesia, West Irian and East Timor", *International Law Forum*, vol. 2, núm. 1, 2000, pp. 26-32.
Shulman, Mark, "No peace without justice, no justice without law: a review essay", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 57, 2018, pp. 649-661.
Sikkink, Kathryn, *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*, Nueva York, W. W. Norton and Company, 2011.
Sikkink, Kathryn y Joon Kim, Hun, "The justice cascade: the origins and effectiveness of prosecutions of human rights violations", *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 9, 2013, pp. 269-285.
Simpson, Brad, "«Illegally and beautifully»: The United States, the Indonesian invasion of East Timor and the international community, 1974–76", *Cold War History*, vol. 5, núm. 3, 2005, pp. 281-315.
Skilas, Pantelis y Roukanas, Spyros, "Development in post-conflict Kosovo", *South-Eastern Europe Journal of Economics*, núm. 2, 2007, pp. 267-287.
Stahn, Carsten, "Justice under transitional administration: contours and critique of a paradigm [Phi]", *Houston Journal of International Law*, núm. 27, 2005, p. 311.
Steele, Brent y Heinze, Eric, "Norms of intervention, R2P, and Libya: suggestions from generational analysis", *Global Responsibility to Protect*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 88-112.
Strohmeyer, Hansjörg, "Collapse and reconstruction of a judicial system: The United Nations missions in Kosovo and East Timor", *American Journal of International Law*, vol. 95, núm. 1, 2001, pp. 46-63.
Surkhe, Astri, "The dangers of a tight embrace: Externally assisted statebuilding in Afghanistan", en Paris, Roland y Sisk, Timothy, *The dilemmas of Statebuilding. Confronting the contradictions of postwar peace operations*, Londres, Routledge, 2008. *https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9780203884836/dilemmas-statebuilding-roland-paris-timothy-sisk?refId=92d33fcc-fea1-4446-b336-44596458e0e4&context=ubx*
Svensson, Emma, *Peace and democracy; liberalization and institutionalization in Cambodia and Timor-Leste*, Tesis, Lund, Lund University, 2007.
Tansey, Oisín, "Kosovo: independence and tutelage", *Journal of Democracy*, vol. 20, núm. 2, 2009, pp. 153-167.
Taylor, John, "The Emergence of a Nationalist Movement in East Timor", en Carey, Peter y Bentley, Carter, *East Timor at the crossroads: the forging of a nation*, Honolulu, University of Hawaii Press, 1995, pp. 21-42.

Tebay, Neles, *West Papua: The struggle for peace with justice*, Londres, Catholic Institute for International Relations, 2005.
Traub, James, "Inventing East Timor", *Foreign Affairs*, vol. 79, núm. 4, 2000, pp. 74-89.
Urquhart, Brian, "The United Nations rediscovered", *World Policy Journal*, vol. 21, núm. 2, 2004, pp. 1-5.
Van der Wilt, Harmen, "«No peace without justice» or «No justice without peace??» Some reflections on a complex relationship", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, núm. 2, 2018, pp. 435-446.
Verkhovets, Stepan, y Sahin, Selver, "Democratisation and social conflict in Timor-Leste: a not so great transformation", *Journal of Contemporary Asia*, vol. 54, núm. 1, 2024, pp. 44-60.
Vickers, Miranda y Fraser, John, *Between Serb and Albanian: a history of Kosovo*, Londres, Hurst and Company, 1998.
Vidmar, Jude, "International legal responses to Kosovo's declaration of independence", *Vanderbildt Journal of Transnational Law*, 2009, pp. 779-851.
Weatherbee, D. E., "Portuguese Timor: an Indonesian dilemma", *Asian Survey*, vol. 6, núm. 12, 1966, pp. 683-695.
Webster, David, *Challenge the strong wind: Canada and East Timor, 1975–99*, Vancouver, UBC Press, 2020.
Weller, Marc, "Interim-governance for Kosovo: The rambouillet agreement and the constitutional framework developed under UN administration", en Weller, Marc y Metzger, Barbara, *Settling self-determination disputes: complex power-sharing in theory and in practice*, Leiden; Boston, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 243-265.
White, Hayden, *Metahistory: The historical imagination in nineteenth*-century, Europe, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1973.
White, Hugh, "The road to INTERFET: reflections on Australian strategic decisions concerning East Timor, December 1998-September 1999", *Security Challenges*, vol. 4, núm. 1, 2008, pp. 69-87.
Yamashita, Hikaru, Yamashita, Hikaru, "Reimagining peacekeeping: the «Brahimi Report» and onward", *Boei Kenkyusho Kiyo*, vol. 8, núm. 1, 2005, pp. 39-79.
Zaum, Dominik, *International justice and the prevention of atrocities*, Informe, La Haya, European Council on Foreign Relations, 2013.
Zaum, Dominik, *The sovereignty paradox: the norms and politics of international statebuilding*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

IIJ-UNAM

Freydell, Federico, "Los últimos protectorados; lecciones de las administraciones temporales de Naciones Unidas en Kosovo y Timor Oriental", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19049. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049

APA

Freydell, F. (2025). Los últimos protectorados; lecciones de las administraciones temporales de Naciones Unidas en Kosovo y Timor Oriental. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19049. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19049

Documento de posición de México sobre la interpretación y aplicación del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas

Pablo **Arrocha Olabuenaga**

Secretaría de Relaciones Exteriores. México
Correo electrónico: parrocha@sre.gob.mx

Recepción: 23 de abril de 2025
Aceptación: 24 de mayo de 2025
Publicación: 17 de junio de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20199

El 10 de enero de 2025, mediante cartas idénticas remitidas tanto al secretario general de la ONU como al presidente del Consejo de Seguridad, México circuló a toda la membresía de Naciones Unidas un documento[1] asentando su posición jurídica sobre la interpretación y aplicación del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Esto responde a que, en los últimos años, ha habido un incremento significante —y muy preocupante— de notificaciones remitidas por un grupo de países al Consejo de Seguridad al amparo de dicha disposición, como justificación al uso de la fuerza en contra de actores no estatales, principalmente contra grupos considerados terroristas, en un tercer Estado sin el consentimiento de este.

El sistema de seguridad colectiva que quedó asentado en la Carta de la ONU en 1945 se compone de una regla prohibitiva y dos excepciones. La prohibición: los Estados se deben abstener de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza en sus relaciones internacionales (artículo 2.4). Las excepciones:

[1] UN Doc. A/79/719-S/2025/26, Identical letters dated 10 january 2025 from the Chargé d'affaires a. i. of the Permanent Mission of Mexico to the United Nations addressed to the secretary general and the president of the Security Council, distribución general 13 de enero de 2025.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

1) la aplicación de las medidas coercitivas por el Consejo de Seguridad prescritas en el capítulo VII (artículos 2.7 y 42) y 2) el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado (artículo 51).

Para poner en el debido contexto el documento de México y la problemática actual a la que se refiere, es necesario entender en su totalidad el alcance del artículo 51 de la Carta, el cual establece que

> 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.[2]

El ámbito de aplicación de esta disposición es, en efecto, muy limitado. Se refiere a situaciones en las que un Estado miembro ha sido ya víctima de un ataque armado por parte de otro Estado, lo cual le permite responder hasta en tanto el Consejo de Seguridad, siendo el órgano encargado de mantener la paz y seguridad internacionales, tome medidas al respecto. De conformidad con la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia,[3] los principales elementos que se desprenden del derecho a la legítima defensa, codificado en el artículo 51 de la Carta, son los siguientes:

a) Debe haber un ataque armado previo.
b) La respuesta a este ataque armado debe ser necesaria y proporcional.

[2] Carta de las Naciones Unidas, artículo 51. https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text

[3] *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua *vs*. USA) (Merits) [1986] ICJ Rep 14 [115-116 and 194, 237]; *Oil platforms* (Iran vs. USA) [2003] ICJ Rep 161 [43, 51, 73-77]; *Armed activities on the territory of the Congo* (Congo *vs*. Uganda) [2005] ICJ Rep 168 [148-165]; *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory* (advisory opinion) ICJ GL Núm. 131, [2004] ICJ Rep 136 [139]; *Legality of the threat or use of nuclear weapons* (advisory opinion) [1996] ICJ Rep 226 [41].

c) El Consejo de Seguridad debe ser informado de inmediato de las medidas tomadas en legítima defensa, las cuales deberán terminar en caso de que el propio Consejo tome acción al respecto.
d) El artículo 51 se limita a ataques perpetrados por un Estado o bien a actores no estatales sólo en tanto sus actos puedan ser atribuidos a un Estado de conformidad con las reglas de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos.

No obstante, desde 2014, poco más de una decena de Estados han informado al Consejo de Seguridad sobre acciones militares invocando el artículo 51 de la Carta de una manera que claramente va más allá de los límites de esta disposición. Desde 2021, el artículo 51 ha sido invocado por lo menos en 78 ocasiones y, de conformidad con información recabada por la Secretaría de la ONU, de enero a diciembre de 2024 el Consejo de Seguridad recibió 31 notificaciones haciendo referencia a este artículo.

Este incremento de notificaciones y, más importante aún, este viraje en la interpretación de la norma respondió al incremento de las actividades contra terrorismo por algunos Estados, en particular, en el contexto del conflicto armado en Siria donde la parálisis del Consejo de Seguridad llevó a algunos miembros a desarrollar un argumento creativo —y expansivo —de legítima defensa colectiva al amparo de la llamada "doctrina de no poder o no querer" (*"unwilling or unable doctrine"*). Esta aparente "doctrina" ha sido utilizada como un mecanismo para que algunos Estados justifiquen su uso de la fuerza de manera extraterritorial, unilateral y sin el consentimiento del Estado atacado, incluyendo los llamados "ataques preventivos".

Como se explica en el documento de posición de México, sólo un puñado de Estados han recurrido a esta artimaña para intentar justificar su uso de la fuerza en ataques que de manera clara contravienen lo dispuesto por la carta de la ONU. No obstante, un considerable número de Estados han cuestionado o abiertamente se han opuesto a esta interpretación legal. Al mismo tiempo, la opacidad en los métodos de trabajo del Consejo de Seguridad ha hecho que muchos otros países ni siquiera estén enterados de esta práctica y, por lo tanto, de sus alcances.[4] Tomando en cuenta esta falta de aquiescencia, así como la falta de una práctica generalizada y de una *opinio juris* consistente, re-

[4] Véase: Arrocha, P. (2019, abril 2). *An Insider's View of the Life-Cycle of Self-Defense Reports by U.N. Member States*, Just Security. https://www.justsecurity.org/63415/an-insiders-view-of-the-life-cycle-of-self-defense-reports-by-u-n-member-states/

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sulta absurdo también considerar estas acciones como reflejo de una supuesta regla emergente de derecho internacional consuetudinario.

Desde 2018, que la Misión Permanente de México ante la ONU identificó esta situación, nuestro país puso el dedo en la llaga, no sólo dejando clara su posición en diversos debates tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad, sino que planteó que este tema fuese discutido por toda la membresía en el marco del Comité Especial de la Carta, órgano subsidiario de la Asamblea General. Esta propuesta tiene como objetivo crear un espacio dentro de la ONU para el intercambio de posturas y generar un repositorio de las opiniones de todos los miembros sobre el alcance y los límites del derecho a la legítima defensa. La iniciativa de México aborda cuestiones de procedimiento, transparencia y sustantivas en la invocación de este derecho, con el fin de proporcionar mayor claridad sobre su aplicación e interpretación.

Dado que dicho Comité opera bajo la tradición del consenso, evitando el voto en la toma de decisiones, año con año un grupo muy pequeño de Estados ha impedido que la propuesta mexicana sea incluida en su programa de trabajo sustantivo. Este bloqueo a sostener una discusión sobre un tema de importancia y alcance global de derecho internacional sólo puede responder a un factor: el interés de unos pocos en mantener la opacidad de la cuestión y perpetuar así la impunidad de esta práctica. No obstante, México ha seguido insistiendo cada sesión en su propuesta; el documento A/AC.182/L.168[5] refleja la versión más actualizada, planteada en febrero de 2025. Además, durante su participación como miembro electo del Consejo de Seguridad para el periodo 2021-2022, México convocó a una reunión bajo el formato de "Fórmula Arria" para discutir esta cuestión.[6]

Cabe preguntarse ¿por qué México ha decidido ser tan vocal y activo en este tema?Y ¿por qué circular ahora un documento de posición jurídica como este? En primer lugar, ello responde a la posición histórica que ha tenido

[5] UN. Doc. A/AC.182/L.168, *Discusión sobre la aplicación del artículo 51, a la luz de su interrelación con el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas.* https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n25/041/93/pdf/n2504193.pdf

[6] Véase: Naz K. Modirzadeh and Pablo Arrocha O., "A conversation between Pablo Arrocha Olabuenaga and Naz Khatoon Modirzadeh on the origins, objectives, and context of the 24 February 2021 'Arria-formula' meeting convened by Mexico" [2021] 8(2) JUFIL 291–342; Adil Ahmad Haque, "The use of force against non-state actors: all over the map" [2021] 8 JUFIL 278. https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20531702.2021.1997514?scroll=top&needAccess=true

México de defender el derecho internacional y buscar que las relaciones internacionales se den en un marco de legalidad. La noción misma de legítima defensa reflejada en el artículo 51 de la Carta de la ONU es una aportación latinoamericana surgida de la Conferencia de Chapultepec.[7] Y el sistema de seguridad colectiva asentado desde 1945 en la Carta es, sin lugar a duda, la piedra angular del derecho internacional contemporáneo. De tal suerte que cualquier intento de flexibilizar los márgenes de una cuestión fundamental como lo es la prohibición del uso de la fuerza, resulta inadmisible, especialmente para los países que pueden ser víctima de ataques por otros más poderosos. Por tanto, México ha actuado en congruencia con su posición histórica de defensa del Estado de derecho y en pleno apego a sus principios constitucionales de política exterior.

Por otro lado, la coyuntura geopolítica ha vuelto a ésta una cuestión apremiante. La premisa sobre la que se basa la llamada "doctrina de no poder o no querer" es que si actores no estatales representan una amenaza a la paz y la seguridad de un Estado —a juicio de este— y el país en el que dichos actores se encuentran "no quiere o no puede" hacerles frente, el país que se considera amenazado puede hacer uso de la fuerza en contra de ellos sin requerir el consentimiento del Estado en cuyo territorio se encuentran. Esto, a todas luces, es una afrenta a la soberanía de los Estados. Y si bien su auge se dio en el contexto de la lucha contra el terrorismo —tema que ha suscitado debates más amplios de derecho internacional ante la falta de una definición internacionalmente aceptada de "terrorismo" y dada la amenaza que este fenómeno representa para la paz y seguridad internacionales— dicha doctrina no se limita a ese ámbito. De tal suerte que, a través de decisiones unilaterales, arbitrarias y politizadas, un Estado podría considerar que ciertos actores no estatales cumplen con las categorías antes descritas y recurrir al uso de la fuerza.

Estas son las líneas discursivas que los Estados Unidos han utilizado en tiempos recientes respecto de grupos del crimen organizado en México y en otros países de nuestra región, y que van dirigidas precisamente a identificar escenarios en los que potencialmente les sea posible argüir esa mal llamada "doctrina", inclusive para un eventual uso de la fuerza de manera unilateral. Ejemplo

[7] Véase: Haque, A. (2019, noviembre 5). *"Clearly of Latin American Origin": Armed Attack by Non-State Actors and the UN Charter*, Just Security. https://www.justsecurity.org/66956/clearly-of-latin-american-origin-armed-attack-by-non-state-actors-and-the-un-charter/

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20199
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de ello es la Orden Ejecutiva firmada por el presidente Donald Trump el 20 de enero de 2025 sobre la "designación de cárteles y otras organizaciones como organizaciones terroristas extranjeras y designaciones especiales de terroristas globales".[8]

Es en este contexto que México optó por circular y dejar por escrito —y como documento oficial de Naciones Unidas— su postura jurídica sobre un tema de la mayor relevancia y gravedad, aún antes del inicio de la actual administración en nuestro país vecino del norte, con el objetivo de que no haya duda alguna sobre su posición y argumentación legal; dar visibilidad a esta cuestión; permitirle al resto de la membresía reflexionar sobre esta problemática actual e, inclusive, buscar el apoyo de otros países en la defensa del derecho internacional.

Así, la posición de México sobre esta cuestión ha quedado reflejada de manera clara y sin ambages en el párrafo 23 de su documento que, a la letra señala:

> Consequently, and in line with this legal analysis, Mexico categorically rejects the notion of the purported "unwilling or unable doctrine" as a justification for invoking Article 51 of the U.N. Charter and the use of force, including preventively, against non-state actors. This purported "doctrine", referenced by only a handful of States, contravenes customary international law and far exceeds the limits established by Article 51 itself. The argument that a State is "unwilling" or "unable" to control threats to its or another State's security is very vague and can be applied arbitrarily and disproportionately against any State, particularly the most vulnerable ones, such as postcolonial and Global South countries. This purported "doctrine" contradicts the principles of sovereignty and territorial integrity and paves the way for abuses and expansive interpretations of the right of self-defence, which could severely undermine the collective security system.

Cabe señalar, finalmente, que este documento fue elaborado de manera conjunta por la Consultoría Jurídica de la Cancillería y la Misión Permanente de México ante la ONU, con el apoyo del Programa sobre Derecho Internacional y Conflictos Armados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (HLS PILAC, por sus siglas en inglés).

[8] Véase: "Designating Cartels and Other Organizations as Foreign Terrorist Organizations and Specially Designated Global Terrorists". (2025, enero 20). https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/designating-cartels-and-other-organizations-as-foreign-terrorist-organizations-and-specially-designated-global-terrorists/

De regreso a la Corte Internacional de Justicia: México vis a vis Ecuador

Back to the International Court of Justice: Mexico vis a vis Ecuador

Retour à la Cour Internationale de Justice: Mexique vis-à-vis Équateur

Gabriela **Rodríguez Huerta**

https://orcid.org/0000-0001-6398-1019

Instituto Tecnológico Autónomo de México. México
Correo electrónico: tgrodri@gmail.com

Jorge **Aguilera Suárez**

https://orcid.org/0009-0009-3975-3783

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. México
Correo electrónico: jorge.aguilera@tec.mx

Recepción: 11 de febrero de 2025
Aceptación: 15 de febrero de 2025
Publicación: 29 de mayo de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939

Sumario: I. *Introducción.* II. *Jorge Glas, el asilo latinoamericano y la práctica de México en contexto.* III. *Frente a la Corte*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía.*

Con un agradecimiento a María José Lugo Ortiz

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. Introducción

Después de veinte años de haberse resuelto el *Caso Avena*, México regresa a la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Por segunda vez en su historia, ha decidido acudir para iniciar un caso contencioso —en esta ocasión contra Ecuador— por la violación de la inmunidad diplomática de sus locales, agentes y libertad de comunicaciones. Esta crisis diplomática bien pudo haberse resuelto mediante mecanismos no adversariales. Sin embargo, el escalamiento de la situación llegó a tal punto, que fue imposible solucionar la disputa en el ámbito bilateral. Así, México acude a dicha instancia, en un contexto en el que las condiciones parecían propicias para lograr un fallo favorable —como ocurrió en el *Caso Avena*—.

Sin embargo, de manera tal vez inesperada, Ecuador decidió contraatacar; sin responder aún a la demanda de México, inició un nuevo proceso contencioso en su contra que, si bien está vinculado con los hechos que dieron origen a la demanda de México, plantea nuevas y claras interrogantes sobre la legitimidad del asilo diplomático otorgado por México a Jorge Glas. Este giro inesperado de Ecuador marca un hito en la historia porque es la primera ocasión en la que México es demandado ante la CIJ.

Si bien el otorgamiento de asilo diplomático a Jorge Glas fue el punto de quiebre de las tensiones en la relación diplomática entre ambos Estados, parece que esto fue ignorado deliberadamente por México en su demanda ante la Corte. Centrar la demanda en las diversas violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas puede considerarse una estrategia para aislar dicha problemática del otorgamiento de asilo a Jorge Glas. Por un lado, esto puede garantizar el fallo a favor de México. Por el otro, esto es precisamente lo que provocó la demanda por parte de Ecuador. La pretensión de México de querer aislar el caso de la inviolabilidad de los locales diplomáticos del asunto del asilo diplomático de Jorge Glas, contrasta con la necesidad de analizar en su conjunto ambos hechos, lo cual podría provocar que la Corte decidiera acumular ambos casos.

II. Jorge Glas, el asilo latinoamericano y la práctica de México en contexto

La relación México-Ecuador data de 1838, y se había mantenido de manera ininterrumpida, hasta la controversia provocada por la incursión de Ecuador

en la embajada mexicana para detener a Jorge Glas el 5 de abril de 2024. A partir del Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación, en 1838, se establece la relación diplomática entre Ecuador y México.[1] Durante el sexenio de Luis Echeverría y la presidencia de Guillermo Rodríguez Lara, se celebraron "diversos acuerdos sobre cooperación económica, científico-tecnológica e intercambio cultural",[2] que marcaron el inicio de un periodo de colaboración.

La cooperación entre México y Ecuador se había dado por vía de tratados, tanto bilaterales como multilaterales. Algunos de estos, tanto universales y otros regionales, constituyen el derecho aplicable a la crisis. Durante la segunda mitad del siglo XX, ambos Estados también cooperaron de forma reiterada en organizaciones y mecanismos internacionales tales como el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe,[3] la Organización de los Estados Americanos,[4] la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños y la Organización Latinoamericana de Energía, entre muchas otras. No obstante, debido a lo acontecido entre el 3 y 6 de abril de 2024, México decidió romper relaciones diplomáticas con Ecuador.[5]

1. *Jorge Glas en la embajada de México: orígenes del conflicto diplomático*

Jorge David Glas Espinel fue jefe del Fondo de Solidaridad durante la primera administración del presidente Rafael Correa. También acompañó a éste en la fórmula presidencial de la campaña de 2013, y fue vicepresidente de Ecuador durante su tercer mandato.

[1] Vázquez, Josefina Zoraida, *México y el mundo: historia de sus relaciones exteriores*, 2a. ed., México, Senado de la República, 2002, p. 103.

[2] Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), *Manual de Organización de la Embajada de México en Ecuador*, febrero 2011. https://sre.gob.mx/images/stories/docnormateca/manexte/embajadas/MOEMEcuador.pdf

[3] Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, "Estados Miembros", 2024. https://www.sela.org/es/estados-miembros/

[4] Organización de Estados Americanos, "Estados Miembros". https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp

[5] SRE, Comunicado núm. 128, "México rompe relaciones diplomáticas con Ecuador tras ataque a su embajada", 6 abril 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-rompe-relaciones-diplomaticas-con-ecuador-tras-ataque-a-su-embajada

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Tras cuatro años en el cargo, en diciembre de 2017, Glas fue condenado a ocho años de prisión por recibir sobornos de la constructora brasileña Odebrecht, un caso que golpeó a varios gobiernos de América Latina. En ese momento, Glas era vicepresidente de Lenin Moreno, que había sido elegido en mayo para suceder a Correa. Tras una votación en el Parlamento ecuatoriano en enero de 2018, Moreno confirmó que Glas ya no ocuparía el cargo de vicepresidente durante su gestión. En ese momento Glas se entregó a las autoridades. El 28 de noviembre de 2022, tras varios fallos judiciales y gracias a un recurso de *habeas corpus*, consiguió la libertad condicional, con la mitad de su condena cumplida. Glas estaba cumpliendo dos condenas: por asociación ilícita y por cohecho.

Los procesos judiciales continuaron y Glas fue citado a finales de 2023 para responder por otro caso de corrupción asociado al manejo de fondos, tras el terremoto que había ocurrido en la provincia de Manabí siete años antes. Glas es citado a comparecer, y justo en ese momento toma la decisión de solicitar asilo en la embajada de México.

2. *Cronología de las tensiones*

Para entender el contexto en el cual surgió el conflicto diplomático entre México y Ecuador, que tensó la relación bilateral, es pertinente recapitular los hechos relevantes del caso, a partir de que Jorge Glas se presentó en la embajada de México en Quito, y su evolución hasta finales de 2024. El 17 de diciembre de 2023, Jorge Glas se presentó en la embajada. Su estatus se mantuvo pendiente durante el proceso, sin declaración por parte de México de reconocerlo como asilado. El 29 de febrero de 2024, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador solicitó consentimiento para ingresar a los locales de la misión diplomática mexicana, a fin de capturar a Jorge Glas.[6] Dicha solicitud fue rechazada tácitamente, al no haber respuesta por parte del gobierno mexicano ni de la jefa de la misión diplomática.

En la conferencia pública del 3 de abril, el entonces presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, se pronunció con respecto a los resultados de las elecciones en Ecuador. Dio a entender que el triunfo de Daniel Noboa en los comicios fue gracias al asesinato del candidato presidencial Fernando

[6] Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Glas Espinel (Ecuador v. Mexico)*, *Application instituting proceedings*, 29 de abril de 2024, nota 19, p. 7.

Villavicencio. Tales declaraciones provocaron que, el jueves 4 de abril, el gobierno ecuatoriano declarara persona *non grata* a la embajadora de México en Ecuador, Raquel Serur Smeke.

Ante la declaración de persona *non grata*, el gobierno mexicano emitió un comunicado de prensa, el viernes 5 de abril, con una serie de reacciones relevantes. En primer lugar, el comunicado indica que el gobierno mexicano instruyó a su embajadora a regresar a México. El jefe de cancillería de la misión, el ministro Roberto Canseco, quedó a cargo de la misión diplomática.[7] México también rechazó la creciente presencia de elementos policíacos afuera de la embajada mexicana en Quito. Asimismo, en relación con Jorge Glas, el gobierno mexicano comunicó informalmente su decisión de otorgarle asilo político, y dejó pendientes tanto la comunicación oficial de dicha decisión al gobierno ecuatoriano como la solicitud del salvoconducto.

El mismo 5 de abril el gobierno ecuatoriano reaccionó al comunicado de México a través de su Cancillería. A través de un comunicado se refirió, principalmente, a la situación de Jorge Glas y, en menor medida, a cuestiones de derecho diplomático.[8] De los diez párrafos que conforman el comunicado, únicamente el último de ellos aborda los temas de la inviolabilidad de los locales y el de la embajadora declarada persona *non grata*, en los siguientes términos:

> El Ecuador, en estricto apego a las normas de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, continuará brindando protección a los locales de la Embajada de México en Quito. Igualmente, el Ecuador brinda todas las garantías a la Embajadora Raquel Serur Smeke, quien ha sido declarada persona *non grata*, hasta su salida del país.[9]

Más tarde, ese mismo día, ocurrieron los hechos que llevaron al máximo la crisis entre México y Ecuador. Hacia las 22 horas, elementos de la Policía

[7] SRE, Comunicado núm. 126, "México lamenta la declaración de persona non grata a la embajadora en Ecuador, Raquel Serur Smeke", 5 abril 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-lamenta-la-declaracion-de-persona-non-grata-a-la-embajadora-en-ecuador-raquel-serur-smeke?idiom=es

[8] Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, Comunicado, "Cancillería informa", 5 abril 2024. https://www.cancilleria.gob.ec/2024/04/05/cancilleria-informa/

[9] *Idem*.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Nacional de Ecuador irrumpieron en la embajada de México en Quito. Dicha entrada por la fuerza ha sido caracterizada como un "asalto", "ataque", "brutal irrupción", etcétera. Durante el operativo, agentes del Estado ecuatoriano ultrajaron al personal diplomático mexicano, y se llevaron a Jorge Glas. De igual manera, se presume que los dos camiones táctico militares ubicados en el exterior de la embajada[10] impedían la comunicación vía telefónica.[11]

Como respuesta a dicha irrupción, se detonaron varias reacciones por parte de México y Ecuador. Al día siguiente de la toma de la embajada, el gobierno mexicano condenó los hechos y rompió relaciones diplomáticas con Ecuador.[12] La condena por parte de México ante la irrupción en la embajada fue reiterada el 6 de julio,[13] acompañada de manifestaciones de diversos Estados, organismos internacionales y foros,[14] que reprobaron dicha situación e instaron a las partes a buscar una solución por medios pacíficos. Por ejemplo, Nicaragua llegó al grado de incluso romper relaciones diplomáticas con Ecuador.

Como parte de la repuesta, la canciller Alicia Bárcena anunció que todo el personal diplomático mexicano en Ecuador regresaría inmediatamente a México. El 7 de julio el cuerpo diplomático mexicano y los miembros de sus familias fueron recibidos en el aeropuerto por una comitiva de personas funcionarias mexicanas.[15] Una vez rotas las relaciones diplomáticas, las prioridades y preocupaciones de México y Ecuador se trasladaron a la protección de sus nacionales en el exterior y a la resolución o, más bien, la judicialización de la situación.

[10] CIJ, *Application of theVienna Convention on Diplomatic Relations (Mexico v. Ecuador)*, *Application instituting proceedings containing a request for provisional measures*, 11 de abril de 2024, párr. 14, p. 3.

[11] *Ibidem*, párr. 17, p. 3.

[12] SRE, Comunicado núm. 128, *cit*.

[13] SRE, Comunicado núm. 129, "México reitera su condena por la violación de la inmunidad de su embajada en Quito y la agresión a su personal", 6 abril 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-reitera-su-condena-por-la-violacion-de-la-inmunidad-de-su-embajada-en-quito-y-la-agresion-a-su-personal?idiom=es

[14] Por ejemplo, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Cuba, Chile, España, Nicaragua, Venezuela, la Unión Europea, la ONU, la OEA, la CELAC, entre otros.

[15] SRE, Comunicado núm. 131, "La canciller Alicia Bárcena reconoce la valentía del personal diplomático al defender la embajada de Ecuador", 7 abril 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/la-canciller-alicia-barcena-reconoce-la-valentia-del-personal-diplomatico-al-defender-la-embajada-en-ecuador?idiom=es

Tras la detención de Jorge Glas, éste solicitó ayuda mediante una carta a varios mandatarios. Gustavo Petro anunció en redes sociales la intención del gobierno de Colombia de promover medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[16] Asimismo, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura, la doctora Alice Jill Edwards, expresó su preocupación por la integridad de Jorge Glas y por su estadía en la prisión de máxima seguridad La Roca, en Guayaquil: "Me inquietan los informes médicos y de otra índole que sugieren que el Sr. Glas fue sometido a tortura, incluyendo pulgares dislocados, laceraciones en las muñecas por el uso excesivo de esposas, y contusiones y hematomas en los brazos, muslos y tórax, indicativos de golpes físicos".

Conforme a la información enviada a la Relatora, Glas estuvo detenido en una pequeña celda sin ventanas, por periodos de hasta 23 horas al día, sin contacto social significativo. Además, los reportes confirman las condiciones precarias de salubridad y la falta de electricidad constante en las instalaciones. Edwards afirmó: "Me preocupa particularmente que la salud física y psicológica del Sr. Glas pudiera estar siendo seriamente comprometida por las condiciones en las que se encuentra detenido". Incluso manifestó que el confinamiento solitario por más de quince días debe ser considerado como una forma de tortura.[17]

Cuatro meses después de la detención, México solicitó el salvoconducto para la salida de Jorge Glas de territorio ecuatoriano, y que "se tomen las medidas humanitarias necesarias para que el señor Glas Espinel sea excarcelado y custodiado en un lugar seguro, en atención al crítico estado de salud que reporta". También requirió su traslado a un tercer Estado, de acuerdo con lo establecido por la Convención de Caracas en su artículo XIX.[18]

[16] Petro, Gustavo (@petrogustavo), *Colombia promoverá acción para que la CIDH expida medidas cautelares en favor de Jorge Glass* (*sic.*), X, 6 de abril de 2024. https://x.com/petrogustavo/status/1776603215708008949

[17] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comunicado de prensa, "Experta de la ONU da la voz de alarma ante alegaciones de tortura del exvicepresidente ecuatoriano Jorge Glas", 14 noviembre 2024. https://www.ohchr.org/es/press-releases/2024/11/un-expert-raises-alarm-allegations-torture-former-ecuadorian-vice-president

[18] SRE, Comunicado núm. 296, "El Gobierno de México solicita salvoconducto para Jorge Glas al Gobierno de Ecuador", 5 agosto 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-solicita-salvoconducto-para-jorge-glas-al-gobierno-de-ecuador?idiom=es

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

3. *La institución del asilo diplomático latinoamericano*

La institución del asilo en América Latina se ha convertido en una tradición regional "como resultado de una acción colectiva interamericana y de una reacción moral y jurídica contra la vulneración del derecho y la paz en el continente".[19] El desarrollo del asilo latinoamericano inicia a fines del siglo XIX. Los nuevos Estados adoptaron diversos tratados bilaterales y multilaterales, con la finalidad de reglamentar el asilo en beneficio de los perseguidos políticos, es decir, personas perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes perseguidos con una finalidad o razón política. La calificación, en abstracto, del carácter político de un delito, suele ser uno de los aspectos más controversiales en el asilo.

El asilo político fue regulado de manera progresiva, generalmente como resultado o reacción ante conflictos interestatales que se suscitaron a raíz de hechos específicos. Esta primera etapa marcó la llamada "tradición latinoamericana del asilo", que se reguló como un derecho de los Estados que, en el uso de su soberanía, otorgaban protección a las personas que consideraban apropiadas.[20]

En el caso de México, la materia se remonta a 1823, cuando México y Colombia firmaron un Tratado de no Extradición por Delitos Políticos,[21] lo que demuestra la vanguardia de nuestro país en el asunto. Más de sesenta años después, el 23 de enero de 1889, se llevó a cabo el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en Montevideo, donde cinco Estados de la región suscribieron un Tratado de Derecho Penal en el que se sentaban las bases para el asilo y la no extradición.

No fue sino hasta la creación de la Convención Sobre el Asilo de 1928, adoptada en La Habana, Cuba, que se concretó una base mínima sobre el derecho de asilo en la región, la cual fue ratificada por quince Estados lati-

[19] Imaz, Cecilia, "El asilo diplomático en la política exterior de México", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 40-41, diciembre de 1993, p. 58. https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/1544

[20] *Cfr*. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7, y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018, párr. 80.

[21] Senado de la República, *Tratados ratificados y convenios ejecutivos celebrados por México y Colombia*, México, 1974, p. 630.

noamericanos, incluido México.[22] Dicho documento establece, entre otras cuestiones, la admisión del asilo "aún en ausencia de ley o tratado [del Estado asilante], por razones de humanidad o costumbre", lo que marca un hito en la consagración especial de esta figura en el continente.

El régimen convencional del asilo en la región fue modificado posteriormente mediante la celebración de la Convención sobre Asilo Político, el 26 de diciembre de 1933, en Montevideo, Uruguay. Más tarde, en 1954, en Caracas, Venezuela, la búsqueda de certeza y el panorama político contemporáneo llevaron a la firma de dos tratados distintos sobre asilo político, que distinguen entre asilo territorial y diplomático.

El asilo territorial tiene su reflejo en la figura de la extradición, cuando esta última es prohibida en situaciones de persecución política. En esa misma tónica, la Convención Interamericana sobre Extradición establece la prohibición de la extradición en su artículo 6, "cuando con arreglo a la calificación del Estado requerido se trate de delitos políticos, de delitos conexos, o delitos comunes perseguidos con una finalidad política".

En el contexto de la relación México-Ecuador, dicha prohibición es reiterada en un tratado bilateral en materia de extradición, que rige desde el 2 de junio de 2007 y se encuentra en vigor.[23] El artículo 3, relativo a las causas para denegar la extradición, reitera en dos disposiciones normativas la importancia de cuestiones políticas. En el inciso *a)* se establece que la extradición no se concederá "si el delito por el que se solicita es considerado por la Parte Requerida como delito político". Asimismo, el inciso *b)* también incluye consideraciones de persecución o castigo motivadas por creencias políticas para no conceder la extradición.

Por otra parte, el asilo diplomático responde a una lógica distinta, ya que en este caso interactúan la protección a una persona y la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas. De tal modo que, en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático, firmada en la Décima Conferencia Intera-

[22] Convención Sobre el Asilo, La Habana, 1928, "IV.1 La Evolución Del Derecho de Asilo En Las Américas: Del Refugio/Asilo Territorial Y Del Asilo Político/Diplomático a La Condición de Refugiado," 2015. https://www.refugeelawreader.org/es/iv-marco-juridico-de-proteccion-de-los-refugiados-en-america-latina/iv-1-asilo-politico-versus-refugio-y-la-cuestion-del-asilo-diplomatico-en-america-latina-evolucion-historica-y-panorama-actual.html

[23] Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Ecuador, adoptado el 24 de abril de 2006, entrada en vigor el 2 de junio de 2007, 2451 U. N. T. S. p. 43.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mericana, se estipuló que el asilo sólo debe prestarse en caso de urgencia y que la calificación del delito debe recaer en manos del país asilante.

Como parte del desarrollo de la figura del asilo diplomático latinoamericano, el caso emblemático en la materia fue llevado a la Corte por Colombia en 1949. En el *Caso Haya de la Torre*, frente al cuestionamiento de Perú en la legalidad del asilo diplomático otorgado por Colombia, la CIJ debatió y concluyó que, en ese momento, no era una figura del derecho consuetudinario regional. Específicamente, el derecho del Estado asilante de calificar unilateralmente el delito no formaba parte de la llamada costumbre regional.[24]

La doctrina coincide en que el asilo diplomático, en la actualidad, es una norma consuetudinaria interamericana. Mas aún, es una aportación de la región al derecho internacional. Por otro lado, el derecho internacional ha avanzado en el sentido de codificar algunas exclusiones al asilo territorial, al determinar que ciertos delitos no pueden ser considerados como políticos. En particular, así lo han hecho la Convención Interamericana contra el Terrorismo, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Esta última establece la procedencia de la extradición respecto de los delitos de dicha convención y la no consideración de su carácter político.[25]

Desde una perspectiva que va más allá de las prerrogativas estatales, el asilo está considerado en instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal como del regional.[26] La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 lo enmarcó como un derecho inalienable para "buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado o los Convenios Internacionales".[27]

Desde esa perspectiva y con esa visión es que Ecuador solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

[24] CIJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, *Judgment of November 20th, 1950; I. C. J. Reports 1950*, pp. 15-16.

[25] *Cfr*. Corte IDH, *op cit.*, párr 90.

[26] Artículo 14 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XXVII Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 22 párr 7 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[27] *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*, (adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978), 1144 U. N.T. S. 123.

A. *Ecuador y el asilo de Assange*

Un caso paradigmático sobre asilo diplomático en el siglo XXI, que involucra a Ecuador como país asilante, es el caso de Julian Assange, que inclusive llevó a cuestionar el elemento de persecución política de la figura. En 2010, tras la publicación de los *Manning leaks* y otros que exponían crímenes de guerra por parte de Estados Unidos, Julian Assange fue objeto de denuncias por violación y abuso sexual en Suecia.[28] A pesar de negar estas acusaciones, alegando que eran parte de una campaña en su contra con motivaciones políticas para concretar su extradición a Estados Unidos, el nacional australiano fue arrestado en el Reino Unido en diciembre de ese mismo año, y al poco tiempo liberado al pagar una fianza. El 30 de mayo de 2012, la Corte Suprema del Reino Unido decidió que Assange debía ser extraditado a Suecia[29] y, como consecuencia, veinte días después entró a la embajada de Ecuador en Londres para solicitar asilo. El 17 de agosto de ese mismo año el gobierno ecuatoriano, al considerar que los cargos en su contra eran un ardid para extraditarlo a Estados Unidos, aprobó su petición de asilo.

En el comunicado de prensa emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores, el gobierno ecuatoriano citó su Constitución y una serie de instrumentos internacionales que tutelan el derecho del asilo. Incluso, en tal documento expresaron que el asilo era una norma de *ius cogens* y que la garantía al asilo es una práctica reiterada del Estado ecuatoriano.[30] Es destacable que durante los años en que Assange se encontró al interior de la embajada, el gobierno británico nunca realizó un acto que atentara contra la inmunidad de la embajada ecuatoriana. Si bien el Reino Unido expresó el no reconocimiento de la figura del asilo diplomático, prevaleció el respeto a la inviolabilidad de la misión.[31]

[28] Swedish Prosecution Authority, "The Assange matter: Chronology". https://web.archive.org/web/20190502114026/https://www.aklagare.se/en/nyheter--press/media/the-assange-matter/chronology/

[29] Assange (Apelante) vs. Autoridad de enjuiciamiento sueca (demandado) [2012] UKSC 22 Apelación de [2011] EWHC Admin 2849 Corte Suprema del Reino Unido 30 de mayo de 2012.

[30] Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de Ecuador, Comunicado núm. 042, "Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange". https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/declaracion-del-gobierno-de-la-republica-del-ecuador-sobre-la-solicitud-de-asilo-de-julian-assange/#

[31] Durante su estadía en la embajada, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Motivado por la situación de Julian Assange, Ecuador solicitó a la Corte IDH una opinión consultiva sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano. En esta opinión la Corte IDH determinó que el derecho de asilo, en el marco de la Convención y la Declaración Americana, únicamente incluye las modalidades de asilo territorial, previstas en los convenios internacionales en la materia y en las legislaciones internas.[32] En palabras de la Corte IDH, el asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Sin embargo, la Corte IDH sí determinó que las obligaciones generales de garantía y protección establecidas en la Convención Americana son aplicables y vinculan al Estado asilante.

B. *La práctica mexicana de asilo*

México ha sido un país que se ha caracterizado por promover la figura del asilo, y a lo largo de su historia ha otorgado asilo diplomático y territorial a miles de personas. La nación mexicana ha adoptado una postura de "brazos abiertos" ante los asilados políticos, ya fueran los más de 25,000 españoles huyendo de la Guerra Civil, personas chilenas perseguidas por el régimen de Pinochet o perseguidos políticos como José Martí, León Trotsky y Rigoberta Menchú. Sin embargo, tal política también llevó a México a ser un destino favorecido para exmandatarios extranjeros después de un cambio de régimen. Un ejemplo de lo anterior es el caso de Héctor J. Cámpora, un ex-

terminó que, desde el 2010, Assange había sido privado de su libertad en distintas modalidades. El Grupo de Trabajo consideró que la estancia de Assange en la embajada "debe considerarse como una prolongación de la ya continuada privación de libertad que se había llevado a cabo en violación de los principios de razonabilidad. Necesidad y proporcionalidad" y que tal confinamiento es arbitrario y contraviene la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicha decisión causó controversia entre los Estados y la doctrina del derecho internacional. A la par de esto, se exhortó a los gobiernos de Suecia y del Reino Unido a "garantizar su seguridad e integridad física, facilitar el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación de manera expedita y garantizar el pleno goce de sus derechos garantizados por las normas internacionales sobre detención".

[32] *Cfr*. Corte IDH, *op cit.*, párr. 165.

presidente argentino que permaneció 43 meses en la residencia del embajador mexicano, en Buenos Aires, luego del golpe de Estado del 76.[33]

En años recientes México ha dado mucho de qué hablar en materia de asilo. Alicia Bárcena Ibarra, entonces secretaria de relaciones exteriores, afirmó que durante la administración del presidente López Obrador, México otorgó asilo político a 82 personas provenientes de Bolivia, Ecuador, El Salvador, Perú y Venezuela. Puntualmente, en su reporte presentado durante la conferencia matutina del 8 de agosto de 2024, señaló que el Estado mexicano le dio asilo al expresidente de Bolivia Evo Morales, a la familia del expresidente peruano Pedro Castillo y al exvicepresidente ecuatoriano Jorge Glas.[34] Derivado de lo anterior, las relaciones con Bolivia, Perú y Ecuador, respectivamente, se vieron gravemente afectadas.

Con respecto a Bolivia, México planteó la posibilidad de llevar a dicho Estado a la CIJ por el asedio militar y policíaco a la sede de la misión en La Paz, a finales de 2019.[35] A los pocos días de este anuncio, el gobierno boliviano declaró persona *non grata* a la embajadora de México en Bolivia, María Teresa Mercado.[36] Casi tres años después, el embajador de México en Perú, Pablo Monroy Conesa, también fue declarado persona *non grata* como una respuesta al otorgamiento de asilo a Pedro Castillo.[37] La última embajadora en sumarse a la lista de personas declaradas como *non grata* fue Raquel Serur,

[33] Bautista, Juan, "Los últimos días de Cámpora: el asilo en la embajada de México, la aparición de un cáncer y su muerte en el exilio", *Infobae*, 26 de marzo de 2023. https://www.infobae.com/sociedad/2023/03/26/los-ultimos-dias-de-campora-el-asilo-en-la-embajada-de-mexico-la-aparicion-de-un-cancer-y-su-muerte-en-el-exilio/

[34] López Obrador, Andrés Manuel, "Llamado a los más ricos del país a opinar de reforma al Poder Judicial. Conferencia presidente AMLO", *YouTube*, 20 de agosto de 2024. https://youtu.be/tYX3nXy4IM8

[35] SRE, Comunicado núm. 462, "México recurrirá a la Corte Internacional de Justicia por la situación en Bolivia", 26 de diciembre de 2019. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-recurrira-a-la-corte-internacional-de-justicia-por-la-situacion-en-bolivia

[36] SRE, Comunicado núm. 463, "El Gobierno de México toma nota de la comunicación por la que se declara persona *non grata* a la embajadora María Teresa Mercado", 30 de diciembre de 2019. https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-toma-nota-de-la-comunicacion-por-la-que-se-declara-persona-non-grata-a-la-embajadora-maria-teresa-mercado

[37] SRE, Comunicado núm. 508, "El Gobierno de México toma nota de la comunicación por la que se declara persona *non grata* al embajador Pablo Monroy Conesa", 20 de diciembre de 2022. https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-toma-nota-de-la-comunicacion-por-la-que-se-declara-persona-non-grata-al-embajador-pablo-monroy-conesa?state=published

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

como respuesta a ciertas declaraciones del presidente de México, pues para ese momento Jorge Glas ya se encontraba en la embajada pero no tenía el estatus de asilado político.

Durante el sexenio del expresidente Andrés Manuel López Obrador, la práctica del asilo por parte de México recibió críticas nacionales e internacionales. Esto se exacerbó debido a que Morales, Castillo y Glas habían sido acusados de sedición y terrorismo,[38] de rebelión[39] y de corrupción, respectivamente, en sus naciones de origen. Además, los gobiernos de tales Estados expresaron públicamente su inconformidad con respecto a las declaraciones del entonces presidente López Obrador sobre "asuntos internos", y argumentaron que era una injerencia ilegítima a su soberanía, que atentaba contra los principios de no intervención y de autodeterminación de los pueblos.[40] Salvo en las llamadas "pausas" de las relaciones bilaterales con España, Estados Unidos y Canadá, llama la atención si la suspensión o terminación de las relaciones diplomáticas de México han estado vinculadas, en cierta medida, con la decisión del gobierno mexicano respecto al otorgamiento de asilo a distintas personas.

4. *Inmunidades de las misiones diplomáticas*

En el derecho internacional el desarrollo de las normas de derecho diplomático se remonta a la antigüedad. Para la situación concreta entre México y Ecuador, la inviolabilidad de sus locales, del personal diplomático y de las comunicaciones, se encuentran establecidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD). México firmó dicho tratado el 18 de abril de 1961, y presentó su instrumento de ratificación el 16 de junio de 1965, por lo que entró en vigor para México el 16 de julio de 1965. Ecuador tam-

[38] Bolivia Verifica, "Conoce cuáles son los delitos por los que Evo Morales fue acusado ante la justicia," 2024. https://boliviaverifica.bo/conoce-cuales-son-los-delitos-por-los-que-evo-morales-fue-acusado-ante-la-justicia/

[39] BBC News Mundo, "Pedro Castillo: por qué delitos lo investigan y a qué se enfrenta tras ser destituido como presidente de Perú", 8 de diciembre de 2022. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-63906363

[40] Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, "Ecuador demanda a México ante la Corte Internacional de Justicia por violaciones del Derecho Internacional", 29 abril 2024. https://www.cancilleria.gob.ec/2024/04/29/ecuador-demanda-a-mexico-ante-la-corte-internacional-de-justicia-por-violaciones-del-derecho-internacional/

bién firmó la CVRD el 18 de abril de 1961, pero presentó su instrumento de ratificación antes que México, el 21 de septiembre de 1964, por lo que dicha convención entró en vigor para Ecuador el 21 de octubre de ese mismo año. Al ratificar la CVRD, el gobierno de Ecuador retiró una reserva a los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 37, que había formulado al momento de firma. Por todo lo anterior, es claro que la CVRD ha regido las relaciones diplomáticas entre México y Ecuador desde el 16 de julio de 1965.

Si bien la CVDR cuenta con dos protocolos adicionales, estos no resultan aplicables a las relaciones entre México y Ecuador. El primer protocolo, opcional en cuestiones sobre adquisición de nacionalidad, no es aplicable, pues ni México ni Ecuador son partes. El segundo protocolo facultativo, relativo a la solución de controversias, cuenta con 28 Estados firmantes y 70 partes. Ecuador firmó el protocolo facultativo y presentó su instrumento de ratificación en las mismas fechas para la propia CVRD. Sin embargo, México no es parte.

III. Frente a la Corte

La crisis diplomática entre México y Ecuador se decantó en dos demandas frente a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y una petición de medidas cautelares por parte de México. Si bien ambas se encuentran pendientes de resolución, es posible formular las siguientes consideraciones a partir de las pretensiones tanto de México como Ecuador. Cada caso engloba, de manera general, dos esferas distintas del derecho internacional pero necesariamente interrelacionadas. En el caso de la embajada de México en Quito, la Corte fijó el 22 de abril de 2025 y el 22 de enero de 2026 como las fechas límite para la presentación del memorial y el contra-memorial, respectivamente. El caso Glas Espinel únicamente cuenta con tres documentos: la aplicación, un comunicado de prensa y la orden de la Corte que fija las fechas límites para la presentación del memorial y el contra-memorial, el 22 de abril de 2025 y el 22 de enero de 2026, respectivamente. Llama la atención que, en el *Caso Avena*, México integró en su defensa tanto a personal de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) como a académicos expertos en derecho internacional. Hasta ahora, en el presente caso, el equipo que representa a México ante la CIJ se integra exclusivamente por personal adscrito a la SRE, lo que con-

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

trasta con los perfiles del equipo jurídico encargado de la defensa de Ecuador, que incluye a destacados y reconocidos expertos en derecho internacional.[41]

1. *México demanda a Ecuador: Embajada en Quito*

Las peticiones de México a la CIJ se enfocaron principalmente en las inmunidades diplomáticas que, alega, fueron vulneradas por Ecuador, y dejaron completamente fuera el asilo de Jorge Glas. La narrativa —y quizá estrategia— del gobierno mexicano ha sido separar la inviolabilidad de la misión, sus agentes y comunicación, del otorgamiento de asilo diplomático. En ese sentido, las pretensiones de México se dividen en las medidas cautelares solicitadas y las cuestiones de fondo.

En relación con las medidas cautelares solicitadas por México, estas atendían a la obligación de Ecuador de velar por la inviolabilidad de la misión diplomática, lo que incluye la residencia del personal diplomático y la garantía de que Ecuador no realizaría ningún acto o conducta agravante a la situación materia de la disputa. En su orden del 23 de mayo de 2024, la CIJ rechazó la petición de medidas cautelares, por dos razones principales. En primer lugar, no respondían al carácter de urgencia y, en segundo lugar, Ecuador ya se había comprometido frente a México, mediante una nota verbal el 9 de abril de 2024, a proteger los locales, los archivos y las residencias privadas de los agentes.[42]

La CIJ reiteró que las declaraciones unilaterales son fuente de obligaciones jurídicas. Y dadas las declaraciones de Ecuador, no existían condiciones para decretar medidas cautelares en el sentido establecido por el artículo 41 del Estatuto. El entonces consultor jurídico de la Cancillería, Alejandro Celorio Alcántara, señaló que "si bien México no recibió las medidas provisionales

[41] Ecuador contrató, para representarle ante la CIJ, a los siguientes expertos: Michel Wood, quien es miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Uidas (CDI) y ha participado como asesor de diversos estados en 13 procesos ante la CIJ; Sean Murphy, experto en solución de controversias internacionales, ha sido abogado, árbitro internacional y juez *ad hoc* ante la CIJ; Alfredo Crosato, abogado peruano que ha sido representante de Estados y otras entidades en litigios internacionales; Omri Sender, socio y presidente del Grupo de práctica internacional de S. Horowitz and Co., quien ha sido representante de multinacionales y Estados en diversos litigios internacionales.

[42] *Cfr*. CIJ, *Embajada de Mexíco en Quito (Mexico v. Ecuador)*, "Orden del 23 de mayo del 2024", párr. 29 y 32.

solicitadas ante la Corte, sí recibe lo que estaba buscando, que es un reconocimiento de que la inviolabilidad de los locales es absoluta, no acepta excepciones, y el compromiso de Ecuador de que no ingresará a los locales de México en ese país".[43]

En relación con el fondo, las peticiones de México se engloban en los siguientes aspectos fundamentales:

1) Las persistentes violaciones del Ecuador a los principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas.
2) Violación de la obligación de Ecuador de resolver pacíficamente las controversias.
3) Violación de las inmunidades de la misión diplomática en Quito y de las inmunidades del personal de la misión.
4) Violación del deber de Ecuador de permitir el desarrollo de las funciones de la misión.
5) Violación del deber de tomar medidas apropiadas para prevenir la intrusión en la misión y atentar contra la dignidad y seguridad de la misma, así como la prevención de ataques contra la libertad y dignidad de sus agentes.
6) Violación de la obligación de permitir y proteger la libertad de comunicación oficial por parte de la misión.

De los seis aspectos señalados por México, cuatro de ellos se relacionan con las obligaciones de Ecuador en relación con inmunidades de las misiones diplomáticas. En particular, las obligaciones establecidas en los artículos 22, 25, 27 (1) y 29 de la CVRD y su práctica, las cuales ya han sido señaladas por la CIJ como normas de derecho internacional general, y presupuestos fundamentales para el establecimiento y el ejercicio efectivo de las relaciones diplomáticas. Derivado de lo anterior podemos sostener que la CIJ, siguiendo sus criterios jurisprudenciales en relación con dichos aspectos, determinará responsabilidad internacional del Ecuador por violación de dichas obligaciones.

[43] SRE, Comunicado núm. 197, "SRE coincide con la Corte Internacional de Justicia en la inviolabilidad de las misiones diplomáticas establecida en la Convención de Viena", 23 mayo 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/la-corte-internacional-de-justicia-reafirma-la-inviolabilidad-de-las-misiones-diplomaticas-establecida-en-la-convencion-de-viena?idiom=es

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Sin embargo, llama la atención el señalamiento de México en cuanto a la violación reiterada del Ecuador sobre los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Y, derivado de lo anterior, su petición de suspender a Ecuador como miembro de las Naciones Unidas, mientras no presente a México una disculpa pública donde reconozca la violación de principios y normas fundamentales del derecho internacional y de garantías de reparación por el daño moral causado tanto a México como la afectación a sus nacionales. En consecuencia, México solicitó a la CIJ que declare la violación de los principios de la Carta por parte de Ecuador y, por lo tanto, se inicie el procedimiento de expulsión señalado en el artículo 6 de la Carta de las Naciones Unidas.[44]

Desde el derecho internacional nos parece que existen múltiples cuestionamientos sobre la inclusión de estas peticiones, tanto la que se refiere a la suspensión como a la expulsión de Ecuador de la Organización de las Naciones Unidas. No es comprensible, desde nuestra perspectiva, la petición de ambas cuestiones a la Corte. No se encuadra en las modalidades de reparación del daño, ni atiende el diseño institucional de Naciones Unidas establecido en la Carta, ni en cuanto a la suspensión de derechos ni las funciones de la Corte.

La petición de dichas medidas por parte de México parece ser desproporcionada; además de no constituir alguna modalidad de reparación del daño. Esto da lugar a las siguientes interrogantes: ¿cuáles son los principios específicos de la Carta aludidos por México que fueron reiteradamente violados por Ecuador? ¿Cómo se prueba la violación reiterada de estos principios por parte de Ecuador? ¿Puede la CIJ solicitar o iniciar un proceso de expulsión de Ecuador de la Organización de las Naciones Unidas? ¿Cuál es la relación de dichas peticiones de México con el señalamiento de violaciones específicas a la CVRD?

2. Ecuador demanda a México: Jorge Glas

La demanda de Ecuador se centra en el otorgamiento de asilo diplomático por parte de México a Jorge Glas. Ecuador argumenta que México violó una serie de obligaciones internacionales entre el 17 de diciembre de 2023 y el 5 de abril de 2024, tiempo en el que Jorge Glas permaneció en la misión di-

[44] *Cfr.* CIJ, *Application of the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Mexico v. Ecuador*), *cit.*, párr. 52.

plomática de México en Quito, hasta que fue sustraído de la misma de forma violenta a través de una incursión armada de Ecuador en la misión.

De acuerdo con la demanda, México es responsable por la violación de diversas obligaciones establecidas en la CVRD de 1961, en la Convención de Asilo Político de 1933 (Convención de Montevideo), en la Convención de Asilo Diplomático de 1954 (Convención de Caracas), en la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida). Además de la violación a los principios de igualdad soberana, integridad territorial y no intervención en los asuntos internos de otro Estado, de acuerdo con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el derecho internacional consuetudinario. Ambos Estados, Ecuador y México, son Estados parte de dichos tratados, y están vinculados por las normas de derecho internacional consuetudinario aplicables en la presente disputa.[45]

En su escrito, Ecuador argumentó que en reiteradas ocasiones trató de negociar con México la entrega de Jorge Glas, a lo que México se negó y utilizó la misión diplomática de forma incompatible con lo dispuesto por el artículo 41.1 y 41.3 de la CVRD. Con ello, México también habría violado sus obligaciones derivadas del artículo 1 de la Convención de Montevideo y del artículo III de la Convención a Caracas. Ambas convenciones señalan la ilicitud del asilo otorgado a personas inculpadas de delitos comunes que estuvieren procesados en forma o que hubieren sido condenados por tribunales ordinarios. Por lo que las personas que se refugien en una legación diplomática deberán ser entregadas tan pronto lo requiera el gobierno local.

Ecuador relaciona también la ilicitud del otorgamiento de asilo a Jorge Glas con la normativa tanto regional como universal en materia de anticorrupción, donde tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo XIV (I), como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 46, párrafo 1, establecen la obligación de los Estados de cooperar y prestarse "la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención".

[45] *Cfr.* CIJ, *Glas Espinel (Ecuador v. México)*, *Application instituting proceedings*, 29 de abril de 2024, párr 4.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La falta de cooperación de México para combatir la corrupción —argumentada por Ecuador en el presente caso— contrasta con la posición del gobierno del entonces presidente Andrés Manuel López Obrador, quien desde su campaña política estableció como una de sus principales promesas la lucha y el combate a la corrupción. Incluso, varias reformas constitucionales y legales que promovió durante su mandato fueron motivadas precisamente por la lucha contra la corrupción. Llama también la atención que una de las condenas de Jorge Glas, por corrupción, se desprenda del llamado *Caso Odebrecht*, que ha sido un referente en la lucha anticorrupción a nivel global, que involucra a funcionarios tanto de México, como Ecuador y otros países.

En su escrito frente a la Corte, además de los procedimientos por corrupción contra Jorge Glas, Ecuador señala que entre las acusaciones en su contra existe una investigación en curso por violencia de género (intimidación y violencia psicológica).[46] La investigación se encuentra en curso, en espera de que el señor Glas se presente a dar su versión frente a las autoridades competentes. Ciertamente, esta situación añade una interrogante con respecto a la ponderación que hace México en casos de violencia por causa de género.

El gobierno mexicano adoptó una denominada "política exterior feminista",[47] por lo que, en situaciones con personajes públicos, se ha mostrado dispuesto a activar mecanismos para combatir la impunidad a la violencia por causa de género. A manera de ejemplo, en octubre de 2023 el gobierno mexicano solicitó al gobierno israelí la extradición de Andrés Roemer Slomianski,[48] incluso ante la ausencia de un tratado de extradición entre ambos Estados, en contra de quien existen cargos por abuso sexual agravado.[49]

Cabe también mencionar, la propuesta de designar a Pedro Salmerón Sanginés como embajador de México ante Panamá, en 2022.[50] Cuando se hizo

[46] *Ibidem*, párr. 14, p. 5.

[47] SRE, Comunicado núm. 015, "México anuncia la adopción de su Política Exterior Feminista", 9 enero 2020. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-anuncia-la-adopcion-de-su-politica-exterior-feminista

[48] SRE, Comunicado núm. 414, "México solicita a Israel extradición de Andrés Roemer", 2 octubre 2023. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-solicita-a-israel-extradicion-de-andres-roemer?idiom=es

[49] SRE, Comunicado núm. 120, "Avanza solicitud de México para extraditar a Andrés Roemer", 28 marzo 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/avanza-solicitud-de-mexico-para-extraditar-a-andres-roemer?idiom=es

[50] SRE, Comunicado núm. 014, "La SRE anuncia nombramientos, asensos y concur-

pública la nominación de Salmerón en enero, un grupo de mujeres y organizaciones feministas en México publicó un comunicado rechazando el nombramiento de Salmerón, quien ha sido señalado por estudiantes por acoso sexual. El rechazo por parte de Panamá a dicha propuesta provocó que el entonces presidente López Obrador emitiera declaraciones contra la entonces canciller de Panamá, Erika Mouynes.

Dentro de las peticiones de Ecuador a la CIJ se encuentra que se establezca y declare que, a través de las declaraciones del entonces presidente de México sobre el cuestionamiento injurioso de la legitimidad de las elecciones de 2023, México ha violado el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Es la primera vez que una declaración de un jefe de Estado, en relación con un proceso electoral, se presenta ante la CIJ como una posible violación al principio de no intervención.

IV. Consideraciones finales

La pretensión de México de querer aislar el caso de la inviolabilidad de los locales diplomáticos, del asunto del asilo diplomático de Jorge Glas, contrasta con la necesidad de analizar en su conjunto ambos hechos. La deliberada estrategia de México se puede entender en el sentido de que las violaciones a las inmunidades diplomáticas en relación con los locales de la misión, la integridad y dignidad de los agentes, así como la libertad de comunicación, parecen claras y evidentes. Por otro lado, sorprenden las peticiones de suspensión de derechos y expulsión de Ecuador de la organización de Naciones Unidas por la supuesta violación reiterada de los Principios de la Carta. La decisión de México de excluir el asunto del asilo de Jorge Glas provocó la demanda de Ecuador, que señaló diversas violaciones por parte de México a diversas normas tanto regionales como universales en materia de asilo, corrupción y principios generales del derecho internacional.

Por otro lado, existe la posibilidad de que la Corte resuelva ambos casos conjuntamente, de conformidad con el artículo 47 de su Reglamento, en tanto las partes son las mismas y el fondo del asunto está relacionado. No debemos descartar la posibilidad de que los casos sean resueltos por las partes en

so para embajadores", 17 enero 2022. https://www.gob.mx/sre/prensa/la-sre-anuncia-nombramientos-ascensos-y-concurso-para-embajadores?idiom=es-MX

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cualquier momento del proceso, incluso antes de que la Corte se pronuncie. Sin embargo, las tensiones diplomáticas entre ambos Estados, y la falta de voluntad política para una salida negociada, parece difícil de pensarse.

La política exterior llevada a cabo desde las llamadas "mañaneras" por parte del expresidente Manuel López Obrador puso en tensión —en más de una ocasión— las relaciones de México con diversos países, lo que provocó incluso la declaración de *persona non grata* a más de un agente diplomático.

V. Bibliografía

Assange (Apelante) vs. Autoridad de enjuiciamento sueca (demandado) [2012] UKSC 22 Apelación de [2011] EWHC Admin 2849 Corte Suprema del Reino Unido 30 de mayo de 2012.

Bautista, Juan, "Los últimos días de Cámpora: el asilo en la embajada de México, la aparición de un cáncer y su muerte en el exilio", *Infobae*, 26 de marzo de 2023. https://www.infobae.com/sociedad/2023/03/26/los-ultimos-dias-de-campora-el-asilo-en-la-embajada-de-mexico-la-aparicion-de-un-cancer-y-su-muerte-en-el-exilio/

BBC News Mundo, "Pedro Castillo: por qué delitos lo investigan y a qué se enfrenta tras ser destituido como presidente de Perú", 8 de diciembre de 2022. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-63906363

Bolivia Verifica, "Conoce cuáles son los delitos por los que Evo Morales fue acusado ante la justicia," 2024. https://boliviaverifica.bo/conoce-cuales-son-los-delitos-por-los-que-evo-morales-fue-acusado-ante-la-justicia/

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), (adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor el 18 de julio de 1978), 1144 U.N.T.S. 123.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, entrada en vigor el 14 de diciembre de 2005), 2349 U.N.T.S. 41.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, (adoptada en Viena el 18 de abril de 1961, entrada en vigor el 24 de abril de 1964), 500 U.N.T.S. 95.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-25/18. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7, y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2018.

Corte Internacional de Justicia, *Application of the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Mexico v. Ecuador)*, *Application instituting proceedings containing a request for provisional measures*, 11 de abril de 2024.
Corte Internacional de Justicia, *Embajada de México en Quito (México v. Ecuador)*, "Orden del 23 de mayo del 2024".
Corte Internacional de Justicia, *Glas Espinel (Ecuador v. México)*, *Application instituting proceedings*, 29 de abril de 2024.
Corte Internacional de Justicia, *Colombian-Peruvian asylum case*, *Judgment of November 20th, 1950; I. C. J. Reports 1950*, p. 266.
Corte Internacional de Justicia, *Reglamento de la Corte*, 14 abril 1978.
Imaz, Cecilia, "El asilo diplomático en la política exterior de México", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 40-41, diciembre de 1993, pp. 53-71. https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/1544
López Obrador, Andrés Manuel, "Llamado a los más ricos del país a opinar de reforma al Poder Judicial. Conferencia presidente AMLO", *YouTube*, 20 agosto 2024. https://youtu.be/tYX3nXy4IM8
Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de Ecuador, Comunicado núm. 042, "Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange". https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/declaracion-del-gobierno-de-la-republica-del-ecuador-sobre-la-solicitud-de-asilo-de-julian-assange/#
Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, Comunicado, "Cancillería informa", 5 abril 2024. https://www.cancilleria.gob.ec/2024/04/05/cancilleria-informa/
Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de Ecuador, Comunicado, "Ecuador demanda a México ante la Corte Internacional de Justicia por violaciones del Derecho Internacional", 29 abril 2024. https://www.cancilleria.gob.ec/2024/04/29/ecuador-demanda-a-mexico-ante-la-corte-internacional-de-justicia-por-violaciones-del-derecho-internacional/
Organización de Estados Americanos, "Estados Miembros". https://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comunicado de prensa, "Experta de la ONU da la voz de alarma ante alegaciones de tortura del exvicepresidente ecuatoriano Jorge Glas", 14 noviembre 2024. https://www.ohchr.org/es/press-releases/2024/11/un-expert-raises-alarm-allegations-torture-former-ecuadorian-vice-president

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Petro, Gustavo (@petrogustavo), *Colombia promoverá acción para que la CIDH expida medidas cautelares en favor de Jorge Glass* (*sic.*), X, 6 de abril de 2024. https://x.com/petrogustavo/status/1776603215708008949

Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias, (adoptado en Viena el 18 de abril de 1961, entrada en vigor el 24 de abril de 1964), 500 U. N. T. S. 241 (254).

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 462, "México recurrirá a la Corte Internacional de Justicia por la situación en Bolivia", 26 diciembre 2019. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-recurrira-a-la-corte-internacional-de-justicia-por-la-situacion-en-bolivia

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 463, "El Gobierno de México toma nota de la comunicación por la que se declara persona non grata a la embajadora María Teresa Mercado", 30 diciembre 2019. https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-toma-nota-de-la-comunicacion-por-la-que-se-declara-persona-non-grata-a-la-embajadora-maria-teresa-mercado

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 015, "México anuncia la adopción de su Política Exterior Feminista", 9 enero 2020. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-anuncia-la-adopcion-de-su-politica-exterior-feminista

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 014, "La SRE anuncia nombramientos, asensos y concurso para embajadores", 17 enero 2022. https://www.gob.mx/sre/prensa/la-sre-anuncia-nombramientos-ascensos-y-concurso-para-embajadores?idiom=es-MX

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 508, "El Gobierno de México toma nota de la comunicación por la que se declara persona non grata al embajador Pablo Monroy Conesa", 20 diciembre 2022. https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-toma-nota-de-la-comunicacion-por-la-que-se-declara-persona-non-grata-al-embajador-pablo-monroy-conesa?state=published

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 414, "México solicita a Israel extradición de Andrés Roemer", 2 octubre 2023. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-solicita-a-israel-extradicion-de-andres-roemer?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 120, "Avanza solicitud de México para extraditar a Andrés Roemer", 28

marzo 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/avanza-solicitud-de-mexico-para-extraditar-a-andres-roemer?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 126, "México lamenta la declaración de persona non grata a la embajadora en Ecuador, Raquel Serur Smeke", 5 de abril de 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-lamenta-la-declaracion-de-persona-non-grata-a-la-embajadora-en-ecuador-raquel-serur-smeke?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 128, "México rompe relaciones diplomáticas con Ecuador tras ataque a su embajada", 6 de abril de 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-rompe-relaciones-diplomaticas-con-ecuador-tras-ataque-a-su-embajada

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 129, "México reitera su condena por la violación de la inmunidad de su embajada en Quito y la agresión a su personal", 6 de abril de 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-reitera-su-condena-por-la-violacion-de-la-inmunidad-de-su-embajada-en-quito-y-la-agresion-a-su-personal?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 131, "La canciller Alicia Bárcena reconoce la valentía del personal diplomático al defender la embajada de Ecuador", 7 de abril de 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/la-canciller-alicia-barcena-reconoce-la-valentia-del-personal-diplomatico-al-defender-la-embajada-en-ecuador?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 197, "SRE coincide con la Corte Internacional de Justicia en la inviolabilidad de las misiones diplomáticas establecida en la Convención de Viena", 23 de mayo de 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/la-corte-internacional-de-justicia-reafirma-la-inviolabilidad-de-las-misiones-diplomaticas-establecida-en-la-convencion-de-viena?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, Comunicado núm. 296, "El Gobierno de México solicita salvoconducto para Jorge Glas al Gobierno de Ecuador", 5 de agosto de 2024. https://www.gob.mx/sre/prensa/el-gobierno-de-mexico-solicita-salvoconducto-para-jorge-glas-al-gobierno-de-ecuador?idiom=es

Secretaría de Relaciones Exteriores, *Manual de Organización de la Embajada de México en Ecuador*, febrero de 2011. https://sre.gob.mx/images/stories/docnormateca/manexte/embajadas/MOEMEcuador.pdf

Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, "Estados Miembros", 2024. https://www.sela.org/es/estados-miembros/

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Senado de la República, *Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos Celebrados por México y Colombia*, México, 1974.
Swedish Prosecution Authority, "The Assange matter: Chronology". https://web.archive.org/web/20190502114026/https://www.aklagare.se/en/nyheter--press/media/the-assange-matter/chronology/
Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Ecuador, adoptado el 24 de abril de 2006, entrada en vigor el 2 de junio de 2007, 2451 U. N. T. S. p. 43.
Vázquez, Josefina Zoraida, *México y el mundo: historia de sus relaciones exteriores*, 2a. ed., México, Senado de la República, 2002.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Rodríguez Huerta, Gabriela y Aguilera Suárez, Jorge, "De regreso a la Corte Internacional de Justicia: México vis a vis Ecuador", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19939. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939

APA

Rodríguez Huerta, G., y Aguilera Suárez, J. (2025). De regreso a la Corte Internacional de Justicia: México vis a vis Ecuador. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19939. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19939

Declaración de intervención de México en el *Caso Sudáfrica c. Israel* ante la Corte Internacional de Justicia

José Emiliano **Márquez García**

https://orcid.org/0000-0001-5547-2548

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: emilianomarquezg@hotmail.com

Recepción: 30 de octubre de 2024
Aceptación: 4 de noviembre de 2024
Publicación: 27 de febrero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19638

El pasado 24 de mayo de 2024 México presentó una declaración de intervención para el *Caso relativo a la aplicación de la "Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio" en la Franja de Gaza* (*Sudáfrica c. Israel*) que marcó uno de los años más activos de nuestra historia reciente ante la justicia internacional.

El fundamento de esta intervención es el artículo 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que, para fines del procedimiento contencioso, estipula:

> 1. Cuando se trate de la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio, el Secretario [de la Corte] notificará inmediatamente a todos los Estados interesados.
>
> 2. Todo Estado así notificado *tendrá derecho a intervenir en el proceso*; pero si ejerce ese derecho, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para él.

Es a través de una declaración de intervención que los Estados parte de la Convención de Genocidio pueden participar en el proceso iniciado por Sudáfrica con motivo de la determinación de la responsabilidad internacional en

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

que habría incurrido Israel a lo largo de la catastrófica operación militar que ha desplegado en Gaza, luego de los ataques del grupo Hamas en octubre de 2023. En ejercicio de este "derecho a intervenir", los Estados buscan concurrir en la interpretación de las normas relevantes para el caso e influir con ello en el actuar de la Corte.

La interpretación de un tratado multilateral es un constructo siempre inacabado —a la manera de las antiguas catedrales— que corresponde colectivamente a los Estados en tanto "guardianes naturales de sus convenciones".[1] Esto, a medida que las partes del tratado gozan de autoridad interpretativa[2] sobre aquello que, en principio, resulta del concierto de sus voluntades.

Para entender mejor el alcance de esta institución procesal no hay que pasar por alto que el texto en inglés del artículo 63 refiere, no a la "interpretación", sino a la "construcción" (*construction*) del texto legal.[3] Decía Shabtai Rosenne, miembro de la Comisión de Derecho Internacional, que un tratado es igual a todas sus versiones en distintos idiomas y que, por lo tanto, es necesario comparar estas antes de interpretar cualquier disposición convencional.[4] Para el *common law* "construir" supone determinar los efectos legales de una disposición que previamente se habría interpretado para fijar su sentido puramente semántico.[5] Se trata de momentos diferenciados, aun-

[1] Miron, A. y Chinkin, C., "Article 63", en Zimmermann, A. y Tams, C. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A commentary*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1742.

[2] Según el principio *eius est interpretare legem cuius condere* que atribuye el derecho de interpretar "auténticamente" una norma a quien tiene el poder de modificarla o suprimirla. CPJI, "Affaire de Jaworzina (Frontière Polono-Tchécoslovaque)", *Recueil des Avis Consultatifs*, Leiden, serie B, núm. 8, 1923, p. 37.

[3] Fue precisamente Lord Phillimore, miembro británico del comité de juristas que elaboró el Estatuto de la CPJI, quien incorporó esta expresión al texto del artículo 63 (que en lo demás es casi idéntico al artículo 84 de la Convención de La Haya de 1907). *Procès-verbaux des sèances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes*, La Haya, 1920, pp. 594, 643 y 644.

[4] "Comptes rendus analytiques de la dix-huitième session 4 mai - 19 juillet 1966", A/CN.4/SER.A/1966, párrs. 11 y 12 ("Un juriste expérimenté commencera presque automatiquement par comparer les versions du traité dans les différentes langues, avant toute interprétation. […] On peut soutenir que l'emploi des mots «un traité» […] suppose nécessairement que toutes les versions en diverses langues sont prises comme formant un tout").

[5] Solum, L., "The interpretation-construction distinction", *Constitutional Commentary*, Minnesota, vol. 27, 2010, pp. 95-118.

que complementarios,[6] de la aplicación de una norma. En nuestra tradición,[7] como reflejan los textos del Estatuto en español y en francés, no se suele distinguir entre una y otra de estas operaciones,[8] más allá de un concepto general de interpretación jurídica.

Lo que el artículo 63 instituye es, pues, un derecho a intervenir propiamente en la "construcción" de un tratado para sus intérpretes auténticos.[9] Ahora bien, como consta en el segundo párrafo del artículo, la *potestas interpretandi* se confía en última instancia a un sujeto diferente de los Estados que fundaron el tratado.[10] La Corte Internacional de Justicia tiene, entonces, la última palabra sobre cómo ha de "construirse", en este caso, la Convención de Genocidio. Y de esta manera su fallo se vuelve vinculante para los terceros Estados que, al intervenir por medio de la declaración, aceptan someterse a su autoridad interpretativa.

La declaración de México y de otros Estados parte —al momento, España, Colombia, Chile, Turquía, Bolivia, Libia y Maldivas— de la Convención de Genocidio para el *Caso Sudáfrica c. Israel*, por tanto, no puede tener otro alcance que el de participar en la construcción de las disposiciones relevantes para el *cas d'espèce*. Es decir, no se toma partido por una u otra de las partes del litigio, ni se califican jurídicamente situaciones de hecho, ni se esgrimen pretensiones.[11] Ni siquiera se puede considerar a los Estados intervinientes

[6] Klass, G., "Interpretation and construction in contract law", *Georgetown Law Faculty Publications*, 2018, pp. 11 y ss.

[7] Chernykh, Y., *Contract interpretation in investment treaty arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2022, p. 89 ("Unlike civil law tradition, it is more difficult for [common law] to accept that an interpreter can go beyond the text […] On a conceptual level, common law tradition differentiates more firmly between genuine interpretation as hermeneutic understanding […] and the construction and supplementation of terms as distinct (*non-interpretative*) analytical exercises").

[8] En la práctica del derecho de los tratados tampoco se sostiene como tal esta diferencia conceptual. Gardiner, R., *Treaty interpretation*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 30.

[9] Virally, M., *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Ginebra y París, Publications de l'Institut des hautes études internationales; Presses universitaires de France, 1990, p. 119 y ss. ("L'interpretatión authentique […] est celle qui émane du ou des auters de l'ácte à interpreter").

[10] Según la tendencia más amplia descrita en Ascensio, H., "L'interprétation en droit international public a la lumiere du *Sens des Lois* de Benoît Frydman", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Culture Juridique*, París, 2022, pp. 65 y 66.

[11] La Corte ha señalado recientemente que no ha de considerar, por ejemplo, valoraciones

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19638
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

parte de la disputa; sólo se busca "llamar la atención de la Corte sobre un punto de derecho con independencia del caso".[12] Mas, el solo acto de concurrir en este ejercicio plurilateral contribuye al desarrollo unitario del derecho internacional,[13] y es por tanto una práctica deseable en el marco del arreglo pacífico de controversias entre Estados. Dicho lo anterior, las aportaciones de México a partir de su declaración de intervención se pueden destacar muy resumidamente en el siguiente orden:

a) Consideraciones sobre la naturaleza de las obligaciones en la Convención de Genocidio. México asevera que las obligaciones tienen un carácter *erga omnes*,[14] es decir, que son debidas a la comunidad internacional en su totalidad, y que son normas de *ius cogens* por antonomasia (Declaración de México, párrs. 6 y 10-20).
b) Consideraciones sobre el marco de responsabilidad estatal. México sostiene que el artículo I de la Convención impone obligaciones para los Estados-parte en el sentido que deben abstenerse ellos mismos de cometer genocidio, al igual que prevenir y sancionar su comisión (párr.

sobre los hechos, la evidencia o la existencia de la disputa. *Ucrania c. Federación de Rusia*, Admisibilidad de las declaraciones de intervención, orden del 5 de junio de 2023, párr. 83; *Gambia c. Myanmar*, Admisibilidad de las declaraciones de intervención, Orden del 3 de julio de 2024, párr. 45.

[12] Esto es claro desde tiempos de la CPJI. "Préparation du Réglement de la Cour. Proces-verbaux, avec annexes, des séances de la session préliminaire de la Cour", *Actes et documents relatifs a l'Organisation de la Cour*, Leiden, serie D, núm. 2, 1922, pp. 97 y 216 ("l'acception différente du terme "intervention" [...] à l'article 63, savoir: [...] l'intérêt d'attirer l'attention de la Cour sur un point de droit indépendant du proces").

[13] Kolb, R., *The International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 731.

[14] La utilidad de emplear este concepto, como han hecho también otros Estados en sus respectivas declaraciones, no es del todo evidente. El artículo 63 del Estatuto de la Corte no requiere acreditar interés jurídico alguno, sino que éste se presume tan sólo por ser Parte del tratado en construcción (*Ucrania c. Federación de Rusia*, *op. cit.*, párr. 27). De ahí que los planteamientos por terceros Estados sobre las obligaciones *erga omnes* y *erga omnes partes* sean irrelevantes como fundamento de su intervención. Para el *Caso Ucrania c. Rusia*, la Corte, en un acto sin precedentes, admitió declaraciones de 32 Estados sin hacer una sola referencia al *locus standi* que es para fines del procedimiento la sola cuestión que justificaría invocar la figura de *erga omnes partes* —cuando no sea objeto de controversia la determinación de este mismo carácter derivado de una convención—. *Cfr.* McGarry, B., "Obligations *erga omnes* (partes) and the participation of third States in inter-State litigation", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 22, núm. 2, 2023, pp. 273-300. https://doi.org/10.1163/15718034-bja10099

23). Esto quiere decir que la Convención hace imputables no sólo a los individuos (párr. 8) sino también a los Estados por su participación directa en los crímenes proscritos, así como por incumplir el resto de sus obligaciones, a saber, adoptar las medidas legislativas necesarias, establecer sanciones penales eficaces (art. V), juzgar (art. VI) y castigar (art. IV) a los responsables (párrs. 51-56).

c) Consideraciones para la construcción de la *mens rea*. México reconoce que la definición del genocidio en el artículo II requiere investigar el nexo entre el elemento físico o *actus reus*, que es la conducta lesiva, y el elemento mental o *mens rea* (párr. 28), que es la intención específica de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso "como tal". Para México, esta última expresión —cuya construcción se entendió en los orígenes de la Convención como una tarea pendiente para los Estados parte de ella misma—[15] implica que "aniquilar la identidad y la existencia de los grupos protegidos" (párr. 30) debe ser el objetivo deliberado del perpetrador y "no meramente […] un subproducto de sus acciones" (párr. 31). La intención específica o *dolus specialis* tendría que establecerse, pues, a partir de la evidencia pertinente y en inteligencia del contexto[16] general en que la conducta estatal se realiza (párrs. 7 y 28-33).

Para esclarecer dicho contexto se han de tomar en cuenta "múltiples conductas",[17] como la destrucción del patrimonio cultural ligado a la identidad y a la memoria histórica del grupo. Esto, en tanto sería una expresión ejemplar de la intención genocida tendiente a causar una "lesión grave a la

[15] Ya que la expresión "como tal" / "*as such*" / "*comme tel*" se incorporó al artículo II, los autores del proyecto de artículos señalaron que la determinación de su sentido quedaría en manos de los gobiernos que habrían de aplicar la Convención en el futuro. Ver el documento A/C.6/SR.77 (18 de octubre de 1948) en Abtahi, H. y Webb, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2008, vol. 2, pp. 1430 y ss.

[16] En este mismo apartado de la declaración de México se alude también a un "elemento contextual" (*contextual element*) (párr. 32); este, sin embargo, es distinto del elemento mental o *mens rea* y sirve más bien para calificar la comisión sistemática de crímenes de guerra. Es, pues, un concepto ajeno al régimen de la Convención de Genocidio. Mettraux, G., "Contextual element", en *International crimes: law and practice. Volume 1: genocide*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 153-160, https://doi.org/10.1093/law/9780198843115.003.0007.

[17] Álvarez, Rubén Darío, "Discutir el genocidio: México ante la Corte Internacional de Justicia", *Nexos: Blog de la Redacción*, 13 de junio de 2024. https://redaccion.nexos.com.mx/discutir-el-genocidio-mexico-ante-la-corte-internacional-de-justicia/

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

integridad física o mental", según el artículo II(b) (párrs. 34-37). Asimismo, las acciones que impiden la ayuda humanitaria y la asistencia alimentaria en el desarrollo de un conflicto armado, con efectos diferenciados en miembros específicos del grupo como mujeres y niñas, crearían "condiciones de existencia" que habrían de "acarrear [la] destrucción física, total o parcial" del grupo en términos del artículo II(c) (párrs. 38-43).

Igualmente, México anticipa que, si acaso la Corte decide que no hay genocidio atribuible a Israel, aún es posible determinar la responsabilidad estatal en términos del artículo III por la "asociación" (b), la "instigación" (c), la "tentativa" (d) o la "complicidad" (e) para cometer genocidio (párrs. 44-50). Este punto en la construcción de México, inspirado en la sentencia de 2007 para el *Caso Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro*, es clave dada la dificultad de acreditar el *dolus specialis* —y, por tanto, la misma comisión del genocidio— bajo los estrictos estándares probatorios con que la Corte suele aplicar la Convención de 1948.

No menos importante es la afirmación de que el genocidio, como establece el artículo I, está prohibido aun en tiempos de guerra (párrs. 24-25). Aunque en la declaración de México no se asocie expresamente con la construcción de la *mens rea*, es precisamente un problema mayor derivado del régimen de la Convención[18] que los perpetradores buscan racionalizar la violencia contra grupos protegidos como un daño colateral justificado en la necesidad militar.[19] Es decir, en abuso de los términos de la Convención, las conductas genocidas se encubren como parte de una operación militar con fines exclusivamente militares o de seguridad pero no genocidas. México señala a ese respecto que en un conflicto armado "la permisibilidad en el uso de la fuerza [puede] usarse para intentar justificar atrocidades y facilitar los medios para cometer genocidio" (párr. 27).

Estos son, a grandes rasgos, los razonamientos vertidos por México en su declaración de intervención. La Corte, en los meses que vienen, tendrá que estudiar el caso y decidir tomando en cuenta, junto con las declaracio-

[18] Moses, A. D., "Why the international community made it so difficult to prosecute the crime of genocide", *Democracy for the Arab world now*, 2023. https://dawnmena.org/why-the-international-community-made-it-so-difficult-to-prosecute-the-crime-of-genocide/

[19] Israel argumentó que "en situaciones de guerra urbana las bajas civiles pueden ser una consecuencia no querida del uso legal de la fuerza contra objetivos militares y no constituyen actos genocidas". *Sudáfrica c. Israel*, Medidas provisionales, orden del 26 de enero de 2024, párr. 40.

nes de terceros Estados, los argumentos y la robusta evidencia aportada por Sudáfrica.

Cabe decir, a título muy personal, que, sobre todo en casos politizados como este, es notable cómo la función de los tribunales internacionales, lejos de limitarse a aplicar normas preexistentes, se vuelve más bien constitutiva[20] de los estándares aplicables y hasta de los mismos hechos que, entonces, devienen construcciones discursivas.[21] Este litigio se ha convertido en el epicentro de la discusión en torno a la definición histórica[22] de la violencia infligida contra los palestinos en Gaza. Ante la cantidad abrumadora de información y de evidencia a su alcance, corresponde a la Corte resolver una cuestión que podríamos llamar "de valor probatorio". Pues la calificación de la conducta genocida depende de si la Corte decide que las pruebas son lo suficientemente explícitas o consistentes para inferir el *dolus specialis* y atribuir al estado de Israel responsabilidad por transgredir la Convención de 1948. Después de todo, los hechos, ante el juez internacional, no hablan por sí solos.

Bibliografía

Abtahi, H. y Webb, P., *The Genocide Convention. The travaux préparatoires*, Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2008, vol. 2.

Actes et documents relatifs a l'Organisation de la Cour, Leiden, serie D, núm. 2, 1922.

Álvarez, Rubén Darío, "Discutir el genocidio: México ante la Corte Internacional de Justicia", *Nexos: Blog de la Redacción*, 13 de junio de 2024. https://redaccion.nexos.com.mx/discutir-el-genocidio-mexico-ante-la-corte-internacional-de-justicia/

[20] D'Aspremont, J., "International lawyers and the International Court of Justice: between cult and contempt", en Crawford, J. *et al.* (eds.), *The international legal order: current needs and possible responses*, Leiden y Boston, Brill Nijhoff, 2017, p. 129.

[21] Bernardino, A., "The politics of facts before the International Court of Justice", National University of Singapore, Singapur. 2024. https://cil.nus.edu.sg/blogs/the-politics-of-facts-before-the-international-court-of-justice/

[22] Golberg, A., "The problematic return of intent", *Journal of Genocide Research*, Londres, 2024, p. 5, https://doi.org/10.1080/14623528.2024.2413175

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19638

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Ascensio, H., "L'interprétation en droit international public a la lumiere du *Sens des Lois* de Benoît Frydman", *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Culture Juridique*, París, 2022.

Bernardino, A., "The politics of facts before the International Court of Justice", Singapur, National University of Singapore, 2024. https://cil.nus.edu.sg/blogs/the-politics-of-facts-before-the-international-court-of-justice/

Chernykh, Y., *Contract interpretation in investment treaty arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2022.

CPJI, "Affaire de Jaworzina (Frontière Polono-Tchécoslovaque)", *Recueil des Avis Consultatifs*, Leiden, serie B, núm. 8, 1923.

D'Aspremont, J., "International lawyers and the International Court of Justice: between cult and contempt", en Crawford, J. *et al.* (eds.), *The international legal order: current needs and possible responses*, Leiden y Boston, Brill Nijhoff, 2017.

Gambia c. Myanmar, Admisibilidad de las declaraciones de intervención, Orden del 3 de julio de 2024.

Gardiner, R., *Treaty interpretation*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

Golberg, A., "The problematic return of intent", *Journal of Genocide Research*, Londres, 2024. https://doi.org/10.1080/14623528.2024.2413175

Klass, G., "Interpretation and construction in contract law", *Georgetown Law Faculty Publications*, 2018.

Kolb, R., *The International Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

McGarry, B., "Obligations *erga omnes (partes)* and the participation of third States in inter-State litigation", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 22, núm. 2, 2023, pp. 273-300. https://doi.org/10.1163/15718034-bja10099

Mettraux, G., "Contextual element", en *International crimes: law and practice. volume 1: genocide*, Oxford, Oxford University Press, 2019. https://doi.org/10.1093/law/9780198843115.003.0007

Miron, A. y Chinkin, C., "Article 63", en Zimmermann, A. y Tams, C. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A commentary*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.

Moses, A. D., "Why the international community made it so difficult to prosecute the crime of genocide", *Democracy for the Arab world now*, 2023. https://dawnmena.org/why-the-international-community-made-it-so-difficult-to-prosecute-the-crime-of-genocide/

Procès-verbaux des sèances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920 avec Annexes, La Haya, 1920.
Sudáfrica c. Israel, Medidas provisionales, orden del 26 de enero de 2024.
Solum, L., "The interpretation-construction distinction", *Constitutional Commentary*, Minnesota, vol. 27, 2010, pp. 95-118.
Ucrania c. Federación de Rusia, Admisibilidad de las declaraciones de intervención, orden del 5 de junio de 2023.
Virally, M., *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Ginebra y París, Publications de l'Institut des hautes études internationales; Presses universitaires de France, 1990.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Márquez García, José Emiliano, "Declaración de intervención de México en el *Caso Sudáfrica c. Israel* ante la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. 25, núm. 25, 2025, e19638. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19638

APA

Márquez García, J. E. (2025). Declaración de intervención de México en el *Caso Sudáfrica c. Israel* ante la Corte Internacional de Justicia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, *25*(25), e19638. https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19638

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

In memoriam
Profesor Hugo Llanos Mansilla LLM

Sergio **Peña**-Neira
https://orcid.org/0000-0002-2637-257X
Universidad Mayor. Santiago de Chile
Correo electrónico: sergio.penaneira@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.19953

Hugo Llanos Mansilla nació en Santiago en 1931 y falleció en la misma ciudad en 2024 (el día 11 de agosto). Dejó una impronta en el conocimiento del derecho internacional por sus escritos, libros, artículos, capítulos de libros y su docencia, así como investigación. El profesor Hugo Llanos Mansilla efectuó sus estudios primarios y secundarios en la ciudad de Santiago. Luego ingresó a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile donde estudió la licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, egresó en 1955 e investigó y elaboró la Memoria de Prueba intitulada "Los gobiernos parlamentarios de Chile" recibiéndose como abogado en 1956. Obtuvo el LLM (Magíster en Derecho) de la Universidad de Harvard en Derecho Internacional en 1963. Siempre recuerdo cuando por primera vez encontré una recopilación de tratados internacionales sobre el medio ambiente en la década de los noventa del siglo pasado, entiendo la primera en Chile y probablemente una de las primeras en Hispanoamérica.

Docencia. En 1957 inició la docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile como ayudante de la Cátedra de Derecho Internacional que dirigía el profesor A. Valdés y en 1967 accedió a la titularidad de dicha cátedra en dicha universidad y en 1972 obtuvo la titularidad en la misma cátedra en la Universidad de Chile hasta 1977 donde fue invitado en 2014 como profesor invitado. En la Universidad Central de Chile desarrolló docencia de 1998 a 2024.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Asimismo, en 1969 fue profesor visitante en la Universidad de Stanford en donde analizó la metodología activa en la enseñanza del derecho (gracias a la Fundación Ford). Fue profesor visitante en diversas universidades e instituciones de enseñanza superior, como son las universidades de Buenos Aires, Lomas de Zamora, Córdoba en Argentina, Academia Diplomática de Perú, Universidad Jorge Tadeo de Colombia, Universidad Central de Quito, Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos.

Producción bibliográfica. Es necesario indicar que su libro *Teoría y práctica del derecho internacional* lo inició en la década de 1970 y que concluyera en cinco tomos con una metodología activa del derecho internacional. Asimismo, fue autor de 15 libros y 120 artículos. Entre los artículos principalmente publicó en el *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, así podemos mencionar "La pandemia del COVID-19 y el cambio del clima", "El cambio climático y sus efectos en determinados Derechos Humanos", "El cambio climático y sus efectos", "El caso del río Silala o Siloli. Diferendo chileno-boliviano", "Los derechos económicos, sociales y culturales" o colaboraciones en obras colectivas "La jerarquía de los tratados de derechos humanos en la Constitución Política chilena", "La Alianza del Pacífico: un esfuerzo de integración en América Latina", "La tesis chilena de las 200 millas marinas y el fallo de la CIJ en el diferendo Perú v Chile", por nombrar los trabajos más recientes.

Actividad laboral internacional y chilena. Además de su actividad docente e investigativa el profesor Llanos Mansilla se desempeñó como secretario general adjunto para asuntos jurídicos de la Comisión Permanente del Pacífico Sur. Fue asesor del Estado de Chile (Ministerio de Relaciones Exteriores) en el caso Chile Bolivia recientemente fallado por la Corte Internacional de Justicia. Asimismo, al fallecer, era miembro del estudio jurídico Picand y Rios Abogados y miembro del Colegio de Abogados de Chile A.G.

Actividad jurisdiccional. En 1998 asumió el nombramiento de abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago donde redactó la sentencia "Sandoval Rodríguez" (2004), aplicando la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra Desapariciones Forzadas donde arguyó la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias. Esto fue uno de los efectos del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho

chileno que luego fue acogida por la Corte Suprema y ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Siguió en este cargo hasta 2006.

En 2004 fue nombrado Miembro Permanente de la Corte de Arbitraje Internacional de La Haya.

Premios. El profesor Hugo Llanos fue distinguido por la Universidad Central como *Doctor Honoris Causae* en 2023. Asimismo, obtuvo el Premio Andrés Bello de la Editorial Andrés Bello por el libro *Teoría y práctica del derecho internacional*. En 2012 se publicó un libro en su honor titulado *Estudios de Derecho internacional: Libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla* en Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters lo que constituyó un homenaje a su trabajo como investigador y profesor universitario. Finalmente, fue presentado al Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales de 2021.

Participación en entidades académicas. El profesor Llanos era actual presidente y miembro de número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional donde fungió, además, como miembro del Comité Científico del Anuario de dicho Instituto. Ha sido miembro de la International Law Association (Chile), de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional (SOCHIDI) y de la Asociación Chilena de Derecho internacional Privado (ADIPRI). Desde otra perspectiva creó la Cátedra Chileno-Argentina de Derecho Internacional "Juan Pablo Segundo" en 1997 y creó la competencia internacional Sergio Gutiérrez Olivos en referencia a un distinguido exembajador de Chile, exalumno de la Universidad de Chile.

A su vez, es posible mencionar que el Profesor Llanos Mansilla fue miembro del Consejo Consultivo del *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, una de las revistas de mayor presencia en el concierto de revistas de derecho internacional en el mundo.

Familia. El profesor Llanos Mansilla contrajo matrimonio con la abogada María Antonia Mardones Andrade y les sobreviven cuatro hijos uno de los cuales es miembro del cuerpo diplomático de Chile en el cargo de embajador.

Testimonios. Profesores de derecho internacional, miembros de la sociedad chilena de derecho internacional, ayudantes del profesor Hugo Llanos hoy convertidos en abogados, profesores o miembros del cuerpo diplomático han hecho saber su dolor por la muerte del profesor. Uno de sus ayudantes se-

ñaló “Como docente, se caracterizó siempre por inculcar y cultivar en el estudiante la necesidad del estudio constante, de abrir las puertas para que, como autodidacta, el alumno sintiera que no es solo su deber estudiar, sino también debía ser un querer genuino por superar los propios límites del estudiante. Nunca quedar satisfecho sino solo con el máximo esfuerzo que cada uno pudiese entregar. En algunos de sus estudiantes, sembró aquella semilla del “amor propio intelectual”, elemento no académico, pero de importancia vital en la vida de futuros investigadores y docentes del Derecho”. Un profesor expresaba que don Hugo Llanos Mansilla había convocado a un grupo de investigadores para publicar un libro aun cuando su situación de salud se encontraba comprometida. Con serias limitaciones de salud dirigía la discusión cumpliendo las misiones, continuaba este profesor, de investigar y enseñar. Lo cierto es que ha fallecido un hombre que se caracterizó por una vida dedicada a la disciplina y es justo homenaje recordar su vida personal y, como estas líneas dan cuenta, su vida docente, de investigación y extensión.

Fernández Sánchez, Pablo Antonio (coord.), *La situación de Ucrania ante el derecho internacional. Perspectiva iberoamericana*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2023, 542 pp.

José Joel **Peña Llanes**

https://orcid.org/0000-0002-0478-9518
Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: josejoel89@hotmail.com

Recibido: 7 de mayo de 2024
Aceptado: 10 de febrero de 2025
Publicado: 17 de junio de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20200

El libro titulado *La situación de Ucrania ante el derecho internacional. Perspectiva iberoamericana* es una contribución muy valiosa por dos motivos principales. El primero, porque se recurre a argumentos del derecho internacional público para explicar diferentes perspectivas y consecuencias de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania que no han sido exploradas con tanto detalle. Y, en segundo lugar, porque permite conocer lo que opinan investigadoras e investigadores no sólo europeos, que por su origen tienen una relación más directa con el caso de estudio, sino también latinoamericanos, lo cual es muy relevante porque esta región ha hecho muchas contribuciones interesantes al campo de las relaciones internacionales y el derecho internacional.

Ahora bien, el libro de referencia está divido en cuatro partes. En la primera sección se hace referencia a los principios de la Carta de Naciones Unidas y del Derecho Internacional general que fueron violados por Rusia al iniciar la guerra de agresión o la "operación militar especial" como se le denominó en el país infractor. Además, se explica, entre otras cosas, que el Consejo de Seguridad de la ONU (como el único órgano que puede emitir

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

resoluciones obligatorias) no ha sido funcional por el poder de veto, en este caso concreto de Rusia, aun cuando la Asamblea General ha aprobado resoluciones, como la 76/262, que exhortan a la membresía a debatir sobre el uso de dicha prerrogativa desproporcional y poco benéfica en coyunturas como la guerra de agresión.

Pese a estas fallas del sistema jurídico internacional, una de las acciones más importantes emprendidas por Ucrania es la decisión del gobierno del presidente Volodímir Zelenski de llevar el caso ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), aun cuando ni Ucrania ni Rusia reconocen la jurisdicción de dicho tribunal internacional. Resulta interesante conocer cómo fue la construcción jurídica planteada por Ucrania, pues la demanda no fue precisamente por la invasión como acto violatorio del derecho internacional, sino más bien esta se centró en desacreditar la afirmación del presidente Putin de que la invasión estaba justificada por un supuesto genocidio del gobierno ucraniano contra la población pro rusa en el Donbás, una narrativa que ha sido refutada repetidamente.

Derivado de esto, también se hace alusión a las medidas provisionales que dictó la CIJ en marzo de 2022 como respuesta a una solicitud urgente de Ucrania ante el inicio de la guerra de agresión. En esa ocasión, el principal órgano judicial de la ONU ordenó a Rusia suspender de inmediato todas sus operaciones militares debido a las vidas humanas que estaban en peligro y no apoyar a grupos armados militares o irregulares. Y, si bien no se ha cumplido dicha orden, el análisis de lo expuesto por la propia CIJ arroja luz sobre el contenido y alcance de la obligación de prevenir el genocidio, sobre todo por la responsabilidad de la comunidad internacional de proteger a la población de un Estado cuando es evidente que este no logra hacerlo por sí solo.

Y precisamente hablando de la comunidad internacional, es que en esta primera parte se incluye un artículo titulado "La agresión rusa a Ucrania en perspectiva latinoamericana", en el cual se explica que la región se ha pronunciado por el respeto irrestricto de los principios del derecho internacional ya que históricamente se han suscitado conflictos que han puesto en peligro la integridad territorial de algunos de los Estados, como ahora sucede en Ucrania, además de que se han aprobado diversos documentos que se refieren a la región como una zona de paz.

Por otra parte, están latentes otras consecuencias de alcance global que merecen un análisis más profundo, como una eventual crisis alimentaria global "[…] debido al aumento de los precios de los alimentos básicos (como los

cereales) en los mercados", como de hecho se explica en el artículo titulado "El conflicto armado entre Rusia y Ucrania como riesgo para la seguridad alimentaria mundial".

La segunda parte del libro inicia con un texto que hace referencia a un tema poco estudiado cuando se analizan conflictos armados internacionales. Se trata de la situación jurídica, poco clara en el derecho internacional vigente, de los mercenarios, los voluntarios internacionales, la población civil extranjera, los refugiados y los apátridas que quedan atrapados en un conflicto armado. Como señala el autor del artículo, y coordinador de la obra, "las variables en que se pueden encontrar [estas personas] en un conflicto armado hacen que sea muy difícil la sistematización de figuras jurídicas, dado que nos encontramos con situaciones que dependen, incluso, de la propia apreciación personal".

Ahora bien, ante un conflicto internacional de tal magnitud, era de esperarse que diferentes actores internacionales impusieran sanciones a Rusia por haber iniciado una guerra de agresión que es claramente violatoria del derecho internacional y del derecho internacional humanitario. De hecho, Rusia es actualmente el país más sancionado del mundo, siendo la Unión Europea (UE) uno de los actores internacionales que más sanciones ha impuesto.

Las sanciones pueden ser de diferente índole, no sólo económicas, políticas y sociales, sino incluso de restricción a los medios de comunicación. En este último caso, lo que se analiza en uno de los artículos del libro es si la decisión del bloque regional de vetar medios de comunicación rusos, bajo el argumento de que amenazan el orden público y la seguridad de la UE, censura derechos fundamentales.

Posteriormente, se hace referencia al Consejo de Europa, describiendo y analizando la reacción de este organismo ante el flagrante incumplimiento de su razón de ser, concretamente del Estatuto de Londres y del derecho internacional en general, por parte de uno de sus Estados miembros: Rusia. Sin embargo, aun cuando este miembro ya fue expulsado del organismo, sus acciones violatorias del derecho internacional han continuado, e incluso aumentado, demostrando que dichas medidas no son eficientes.

Otro impacto de la guerra de agresión se relaciona con los ataques rusos a los cables submarinos ucranianos, tema que se analiza en un artículo que pretende corroborar si el derecho internacional, en sus términos actuales, protege la infraestructura cibernética que se encuentra debajo del mar, particularmente durante conflictos armados.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La tercera parte de la obra se refiere al derecho penal internacional e inicia con una explicación del por qué se considera este hecho como una guerra de agresión, crimen que se incorporó al Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) después que los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Pero eso no es todo. En el siguiente artículo se explica de qué manera la guerra justa, como se consideraba en el derecho internacional moderno, se convierte en un crimen contra el derecho internacional humanitario, lo cual claramente ocurre en el conflicto que sirve como estudio de caso del libro. Además, se deja muy claro que el sujeto activo de los crímenes de guerra es el individuo, que finalmente es responsable de las violaciones de las normas del derecho de gentes.

El artículo siguiente se enfoca en el hecho de que los tribunales ucranianos pueden juzgar presuntos crímenes internacionales cometidos en el territorio nacional en virtud de la jurisdicción territorial, así como de las investigaciones jurisdiccionales penales en terceros Estados, ambos mecanismos que permitan llevar ante la justicia a las personas responsables de graves atrocidades contra la humanidad.

Y, justamente uno de los crímenes más graves es la violencia sexual, que adopta diferentes manifestaciones contra mujeres, hombres, niñas o niños que tienen una vinculación directa o indirecta, temporal, geográfica o causal con un conflicto armado. En ese sentido, se incluyó un artículo que pretende visibilizar la violencia sexual en los conflictos concurrentes en Ucrania, aclarando desde un inicio que se trata de un delito poco considerado y sancionado, que afortunadamente ha adquirido relevancia debido a la concienciación progresiva de la sociedad civil y al hecho de que se comete como "[…] una táctica bélica destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a la población civil, así como una forma de tortura empleada en los lugares de detención [en ambos frentes de batalla]".

En toda esta coyuntura los tribunales internacionales han desempeñado un papel importante, aunque limitado, para garantizar desde su respectivo ámbito de competencia, el respeto de las normas de derecho internacional. En el caso particular de la guerra de agresión, estos adquieren una relevancia aún mayor porque Ucrania los ha incorporado a su estrategia legal ante la invasión rusa. Es por eso que en el artículo subsecuente se explica la actuación de la CPI, haciendo énfasis en los desafíos que enfrenta para cumplir su misión como un tribunal que "apoya" a los tribunales nacionales para perseguir a

los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales. Pero también se hace referencia al reto mayúsculo de lograr que las partes cooperen para que dicho tribunal pueda ejercer sus atribuciones, pues finalmente depende de la voluntad política de los Estados.

La cuarta y última parte del libro se enfoca en la incidencia de la situación en Ucrania en la aplicación del derecho internacional privado. Por ejemplo, en las implicaciones de la guerra de agresión en la ejecución de contratos internacionales vinculados directa e indirectamente con el territorio afectado, pero también en la celebración y ejecución de contratos, y obligaciones comerciales.

De manera mucho más específica, se hace alusión a la forma en que la ejecución de sanciones y la adopción de contramedidas por parte de Rusia y de Bielorrusia han conllevado en muchos casos la expropiación directa o medidas de efecto equivalente respecto de los intereses económicos de inversores privados en los respectivos territorios de los bloques enfrentados, lo que implica revisar con detenimiento los mecanismos de protección internacional de inversiones.

El siguiente capítulo parte de esta interrogante: ¿cómo afrontar, desde la protección internacional de niñas, niños y adolescentes, los hechos que están sucediendo, a sabiendas de que se trata de uno de los más flagrantes atropellos a quienes integran el sector más vulnerable de la población? Para responder, se recurre a la explicación de dos de los institutos de protección de la niñez: la adopción y la gestación por sustitución en el marco internacional.

Y lo mismo ocurre en el capítulo subsiguiente, pero a través de un análisis de derecho comparado, de tal manera que se llega a la conclusión de que la gestación por sustitución en Ucrania trajo como resultado que las y los niños nacidos y aquellos que están por nacer, sin que sea posible que las madres y los padres puedan reclamarlos, se encuentren ahora inmersos en un limbo legal porque su existencia no está reconocida jurídicamente.

El último artículo de la obra se centra en desmentir el argumento principal del presidente Putin para invadir Ucrania, es decir, que la ampliación de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) con un eventual ingreso de Ucrania representa un grave peligro para la seguridad de Rusia porque la Alianza pretendía atacarla desde este territorio. Como señala el autor del texto, "el victimista discurso no podía ser más artero porque había sido Rusia —y no la OTAN— la que había concentrado un impresionante contingente

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20200
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de tropas en su frontera con Ucrania como paso previo a su invasión, calificada eufemísticamente de «operación militar especial»".

En conclusión, el libro reseñado ofrece contribuciones significativas a la doctrina del derecho internacional y de otras disciplinas de las ciencias sociales, por lo que se recomienda ampliamente su lectura.

Simpson, Gerry, *The sentimental life of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 240 pp.

M. Jimena Sáenz
https://orcid.org/0000-0002-6954-372X
CONICET. Argentina
Correo electrónico: mjimenasaenz@hotmail.com

Recibido: 5 de enero de 2025
Aceptado: 24 de enero de 2025
Publicado: 27 de febrero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18840

I. Introducción. "El derecho internacional es más que reglas, pero ¿cuánto más?"

The sentimental life of international law, el libro difícil de catalogar del profesor de derecho internacional Gerry Simpson, puede leerse como una larga respuesta a esta pregunta que aparece en sus primeras páginas; un rodeo lento en torno a lo que es el derecho internacional, sus límites, materiales, y modos de existencia ("formas de ver", "formas de hablar", modos de ser y afectar el mundo); o quizá sobre todo, como un desafío y un testeo del espacio que la pregunta abre para el derecho internacional "más allá de las reglas" (p. 12). En cualquiera de esas entradas, la literatura y las humanidades tienen un lugar central. A ello, es decir, al recurso a la literatura y las humanidades, los usos, roles y efectos que produce en el derecho internacional, me dedicaré en este ensayo.

Antes, un breve repaso de la estructura y el argumento que plantea. El libro se organiza en siete capítulos que dan forma al *bricolage*, que en sus páginas se propone como el método que inspira la propuesta: se trata de una serie de fragmentos numerados del I al VII, que vinculan materiales heterogéneos entre sí para generar un efecto de "extrañamiento" en el derecho interna-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

cional, y se orientan a responder de distintas maneras la pregunta sobre los márgenes del derecho internacional, lo que hay en ellos que podría señalar direcciones hacia lo que podría ser, o bien, puesto en otros términos, exploran las dimensiones culturales de una disciplina, la importancia del lenguaje, los modos de ver y de hablar que impone, y lo que todo ello deja fuera.

Los dos primeros capítulos pueden leerse a modo de una larga introducción que sitúa la propuesta del libro entre otros proyectos, y deja planteados tanto el tono como las preocupaciones principales que luego se expandirán de distintos modos —y por diversas vías— a lo largo de sus páginas. En *The sentimental life of international law* se reconocen parte de los estudios críticos que "ponen al derecho internacional contra sí mismo", y lo presentan "como una forma de pensamiento, una retórica, un lenguaje" que habilita ciertas cosas, pero también impide otras: "opera tanto para liberarnos (de la incivilidad o la brutalidad, por ejemplo) como también nos confina en una cárcel de restricciones lingüísticas" (p. 88).

El segundo capítulo, "The sentimental lives of international lawyers", presenta el marco de los dilemas y tensiones que recorren el libro a partir de una frase de W. H. Auden sobre lo que implica leer un poema: "al leer, nos hacemos dos tipos de preguntas. La primera es técnica […] cómo funciona el poema a nivel formal". El segundo grupo de preguntas se dirige en otra dirección: "qué tipo de persona habita este poema, qué requiere del lector y qué le oculta, qué oculta de sí mismo" (p. 30). Con la frase, y a partir de ella, Simpson intenta abrir en el derecho internacional el segundo grupo de preguntas y poblarlo con las "vidas" que anuncia el título del capítulo (y del libro): las vidas de la disciplina y también de las personas que la habitan (abogados internacionalistas, profesores, personas que ven sus vidas afectadas por el derecho internacional). Estirando un poco las palabras de Auden, el capítulo pone en escena también la tensión entre la dominancia de la dimensión técnica del derecho internacional (el primer grupo de preguntas de Auden), que lo vuelve una tecnocracia árida de vida, emociones y drama, y aquello que se oculta a sí mismo: la humanidad, la vida y las emociones particularmente poderosas de lo que está juego.

Los capítulos siguientes exploran distintos aspectos de esas preguntas y tensiones: el capítulo III pone en diálogo la solemnidad del derecho internacional con la comedia y la ironía; el capítulo IV se pregunta por lo que ocurre cuando el lenguaje rutinario del derecho internacional empieza a articular aquello que era indecible e inexpresable; el capítulo V continúa los dos an-

teriores revisando los efectos del encuentro reciente entre el derecho internacional y la historia. Finalmente, los capítulos VI y VII que cierran el libro proponen un lente más utópico o aspiracional sobre lo que podría ser el derecho internacional.

En lo que sigue, me concentraré en dos puntos o entradas de lectura a *The sentimental life of international law*. El primero lo sitúa en el contexto de los estudios en "derecho y literatura". Esto creo que puede ayudar tanto a leer de manera más cómoda sus planteamientos, como también iluminar la empresa del "derecho y la literatura" y sus rumbos a futuro. La segunda sección se detiene en una cuestión vinculada a lo anterior que está en el centro del libro: los estilos de escritura y su lugar en el derecho y la investigación jurídica.

II. Encuentros extraños: literatura y derecho internacional

En las primeras líneas del capítulo V, Simpson presenta al libro como una serie de encuentros "entre lo que llamamos «derecho internacional» y un grupo de formas o sensibilidades literarias", aunque, agrega, "etiquetarlos como «interdisciplina» sería una pena" (pp. 113 y 114). La frase termina allí, y aunque la primera parte que se refiere a los encuentros entre el derecho internacional y la literatura es clara y un punto central en el libro, la "pena" por la posibilidad de llamarlos "interdisciplina" no se explica ni vuelve a aparecer. Esto podría interpretarse como una huida de toda etiqueta que es creo, una marca de la propuesta: un intento más de escapar de las "cárceles lingüísticas", de preferir los rodeos y lo indirecto evitando el mandato disciplinar de "ir al punto". Pero, por otro lado, también podría leerse en torno a la posibilidad de situar al libro en uno de los espacios interdisciplinares más extraños dentro del mundo del derecho, uno donde la fuerza del encuentro y su rareza adquiere una centralidad mayor que los marcos o etiquetas de la "interdisciplina": el del movimiento "derecho y literatura". Leer el libro en el marco de la producción del movimiento "derecho y literatura" puede ayudar tanto a aclarar algunos de sus planteamientos y puntos críticos, como también a refrescar la mirada sobre las propuestas y el impulso del movimiento mismo hacia el futuro.

Si bien el movimiento "derecho y literatura" comenzó su vida institucional en la década de 1970, el interés por el derecho internacional no estuvo presente en los comienzos ni tampoco tuvo una gran recepción en esa área.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18840
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Como señala Simpson, los "abogados internacionalistas llegaron tarde" al movimiento (p. 22), y los libros fundacionales en "derecho y literatura" así como gran parte de su desarrollo, se mantuvieron atados a las fronteras nacionales. Este sesgo estado céntrico persistió aún con la expansión y la *desamericanización* del "derecho y la literatura", que lo reformuló hacia temas, textos y autores de los márgenes. Quizá la concentración del movimiento en los derechos nacionales también explique el escaso desarrollo de líneas comparativistas, y quizás ambas encuentren explicación en la amplia literatura que liga a la novela y la emergencia de los estudios literarios, al surgimiento y el avance de los Estados nación. En cualquier caso, la llegada de las aproximaciones desde el derecho y la literatura al ámbito internacional en tiempos recientes brinda una óptica privilegiada para volver a pensar y calibrar la trayectoria del movimiento y sus posibles rumbos futuros más allá de las fronteras nacionales.

El libro parte de la misma insatisfacción que impulsó al movimiento en los setenta: una incomodidad y un cuestionamiento de la disciplina jurídica por su excesiva tecnocracia que dificulta la relación con la vida, o abre una brecha insalvable en palabras de Simpson, "entre el derecho internacional y la vida cotidiana de los abogados que lo practican y los otros sujetos que son gobernados por él" (Preface, p. vii). Por otro lado, esto aparece asociado a un contexto recurrente de "crisis": "crisis de las humanidades" —"una época en la que las humanidades están asediadas (por la tecnología, los recortes de financiamiento, las auditorías y la pregunta insistente por su utilidad)" (p. 4)—; y también de crisis del derecho internacional: "una insatisfacción con el régimen financiero global, con la situación de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales internacionales […]" (p. 2). Ambas crisis parecen conjugarse en llevar al derecho internacional a girar su mirada hacia la literatura y las humanidades para encontrar allí un antídoto contra la tecnocracia, una forma de volver hacia la "vida", una forma de redimir al derecho internacional y a la vez, de "defender a las humanidades". Hay algo tremendamente paradójico en este recuento de las razones por las que relacionar derecho (internacional) y literatura que, sin embargo, se repite ahora tras casi medio siglo de la fundación del movimiento: ¿por qué ante una crisis de la envergadura del mundo financiero global, los desastres de las guerras, los problemas de juzgar atrocidades que nos dejan sin palabras, recurrir a algo tan frágil como la literatura? ¿Por qué, para acercarnos al derecho a la "vida", hay que recurrir a una serie de textos de ficción?

El libro de Simpson se presenta consciente de estas cuestiones, y explicita varios de los problemas asociados a poner en relación estos dos objetos, disciplinas o ámbitos que parecen tan distintos entre sí. Así, señala los "riesgos de involucrarse en una misión civilizatoria" y encubrir con el manto literario la crítica colonialista que aqueja a la disciplina de poner a Shakespeare casi como un "abogado humanitario honorario", y terminar instrumentalizando a la literatura al servicio del derecho internacional (pp. 23 y 24). Pero la "pena" por ser leído como "interdisciplina" quizás oculte de la vista lo más poderoso del encuentro disciplinar que está, creo, en los orígenes del libro: no se trata de responder a la pregunta por la utilidad o la relevancia, recostándonos en la conocida frase que reza "sólo la poesía nos salvará" (de hecho no es el objeto —ni el objetivo del libro— resolver los problemas a los que dirige el derecho internacional, mucho menos a partir de la literatura), sino de dar un paso atrás y ver que, detrás de la necesidad del derecho de ir en búsqueda de auxilio hacia algo tan frágil como un poema, se pone en evidencia su propia fragilidad, la inestabilidad de las definiciones de sus límites, modos de proceder, lenguajes y herramientas. Esto, creo, es lo que toma Simpson, y con él otros tantos juristas y filósofos, y eso es lo sostiene la insistencia en el recurso a la literatura a pesar de lo paradójico que parezca: aprovechar lo extraño, frágil, del recurso a la literatura para poner en evidencia la fragilidad de los límites de la propia disciplina, y volverla sobre sí para reflexionar sobre su espacio de incumbencia, sobre lo que es y lo que podría ser. En palabras de Simpson, se trata de usar el encuentro de ese par heterogéneo, quizás como ningún otro entre las muchas conjunciones interdisciplinarias, para que aflore lo extraño de cada cual, para generar un "extrañamiento" del derecho internacional que habilite la mirada crítica.

De las varias cuestiones que el libro hace visibles a partir de esos encuentros, me interesa terminar esta sección con dos de ellas, que se pueden alinear con las preocupaciones persistentes del movimiento: una variación en la mirada de y sobre la disciplina jurídica; el recorte de un grupo de temas y el reclamo por hacerlos parte del derecho internacional.

La variación de la mirada que propone *The sentimental life* a partir del recurso a la literatura retoma y refuerza una de las líneas que había desarrollado el movimiento a lo largo de su trayectoria. Allí podían identificarse dos tendencias: una que recurría a la literatura como modo de elevar la mirada, de buscar herramientas en la *Gran Teoría literaria* en auge en los años setenta y ochenta para llevarlas al derecho; otra que, en cambio, usaba a la literatu-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ra para hacerlo descender hacia "la vida", acercarlo a la ciudadanía ordinaria, sacarlo de los marcos prolijos a gran escala para sumergirlo en las complejidades de lo prosaico.[1] El encuentro entre el derecho internacional y la literatura que propone Simpson parece apostar de lleno por la última y dirigir hacia allí al movimiento. Quizás ocurra esto por las características particulares del derecho internacional que señalan: un orden jurídico particular, sin la fuerza de implementación de los derechos nacionales, atrapado entonces en "la necesidad de autojustificarse" y en un "imperativo de autoridad, de grandeza, de relevancia, de seriedad, de solemnidad" (pp. 3 y 7). De todos esos rasgos, el libro parece cristalizar varios de los problemas que encuentra en el derecho internacional en este último —su dependencia de la solemnidad—, y frente a él, el encuentro literario parece funcionar como un antídoto que lo enfrenta a lo pequeño —"lo informal o fuera de la forma, lo inconsciente, lo emocional, lo micro-político" (p. 18)—; e incluso, lo "vuelve vulnerable al humor" y la risa (p. 24).

Donde quizás esto se lea de manera más prístina es en el capítulo III, que dedica un apartado especial a la "solemnidad" del derecho internacional: "una indignante apariencia de pureza moral, gestos de superioridad internacionalista, una elevación olímpica por sobre la vida política, y sombrías invocaciones de justicia" (p. 61). Este capítulo es también el que hace un uso más enfático y extenso de la literatura para contrarrestar esa solemnidad o ponerla "contra sí misma": usa una novela de G. Steiner para mostrar los efectos inesperados de la solemnidad, explota recursos y tópicos literarios como lo "cómico" o la ironía para señalar la fragilidad de ese cuerpo legal grandioso y solemne, entre otros usos. Todos convergen en orientar nuestra mirada hacia abajo, y llevar al derecho internacional desde la altura "olímpica" que el libro pone en cuestión, hacia lo desordenado de la vida mundana y las tragedias humanas.

Por otro lado, el libro recorta una serie de temas que reclama para el derecho internacional a través del uso de la literatura y las humanidades. Entre ellos se destacan la cuestión del sentimentalismo, presente ya en el título, y vinculado a esto, el problema de la representación. Este recorte temático dibuja también una zona de trabajo en el movimiento, sobre todo en el último momento que puede identificarse a lo largo de su trayectoria, en la que

[1] Sobre el movimiento "derecho y literatura", véase Sáenz, M. J., *Las relaciones entre el derecho y la literatura. Una lectura del proyecto de Martha Nussbaum*, Madrid, Marcial Pons, 2021, caps. 1-3.

podría leerse el trabajo de Simpson: lo que se llamó el campo "naciente" de "la literatura y los derechos humanos".[2] Esa línea de trabajo que comenzó a desarrollarse luego del cambio de milenio abrió preguntas en torno al tipo de trabajo que involucran los derechos humanos, un tipo de discurso jurídico sin la fuerza de imposición del derecho estatal y que señala, como "verdades evidentes", cuestiones que no lo fueron hasta tiempos recientes y que difícilmente vemos realizadas en la práctica.[3] Allí entonces, se desarrollaron hipótesis que enfatizaban —y problematizaban— los roles en el trabajo en derechos humanos, de aspectos y elementos literarios: las narraciones, la representación, las emociones y la empatía.

De este modo, un delegado de la Cruz Roja señaló que "gran parte del trabajo es hablar […] el centro del trabajo de la Cruz Roja es representar" el sufrimiento de las personas que se quiere ayudar,[4] y Rorty destacó que "la cultura de los derechos humanos parece no deberse en nada a un aumento del saber moral, y en cambio, deberse en todo a las historias tristes y sentimentales que escuchamos".[5] Tanto la representación, como los usos de las narraciones e historias de vida, o las emociones que evocaba Rorty, son el tipo de problemas sobre los que las humanidades han desarrollado un lente y un aparato crítico refinado a lo largo de los años. Bajo ese prisma, entonces, se han discutido y analizado varios de los puntos que se resaltan en *The sentimental life of international law*: la representación de las "víctimas", las relaciones entre humanitarismo y derechos humanos, la política de la empatía, las tensiones que aparecen en la producción, circulación y recepción de narraciones personales o en las que terceros "visibilizan" o "dan voz" a otros. Quizás lo que se echa en falta aquí sea un mayor involucramiento en el libro con este tipo de producción en el área.

[2] Véase Slaughter, J., *Human rights, inc. The world novel, narrative form and international law*, Nueva York, Fordham University Press, 2007; Sáenz, M. J., "Literatura y derechos humanos: un «campo naciente»", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 10, 2014, pp. 24-55.

[3] Véase Slaughter, *op. cit.*; Hunt, L., *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2010.

[4] *Cfr.* Dawes, J., *That the world may know. Bearing witness of atrocity*, Cambridge, Harvard University Press, 2007, pp. 77 y 78.

[5] *Cfr.* Rorty, R., "Human Rights, Rationality and Sentimentality", en *Truth and progress. Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 172.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18840
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

III. "El contenido de la forma": forma y estilo como objetos de investigación jurídica

Desde las primeras páginas, el libro deja planteado como uno de sus intereses centrales lo que llama "el estilo" del derecho internacional. Así, en el primer capítulo se define al proyecto "en el marco de un argumento más amplio sobre la centralidad del estilo y el lenguaje" en el derecho internacional (p. 13). Más adelante en el mismo capítulo se señala que "el estilo importa, no es solo un decorado", y que su relación con el contenido —el argumento— no es tangencial o contingente de manera que, como en la anécdota de Bernard Williams que se cita, podamos "primero establecer el contenido de manera clara, y luego simplemente añadir el estilo" (p. 20). Es que, por un lado, la definición de estilo que el libro propone es de amplio alcance e implicaciones, y, por otro lado, la relación entre la forma o el estilo, y el contenido que postula no está marcada por la "separación tajante" que usualmente lo subordina a un mero adorno (p. 20), sino más bien por una continuidad e imbricación profunda.

De este modo, el estilo, que en ocasiones aparece asimilado a la "forma", no se refiere solo a "escribir bien", a una cuestión técnica "de atención a la gramática" (p. 15), sino más bien a algo que excede la "técnica" y plantea al derecho internacional como "una empresa literaria" (p. 15). Esto en principio, no requiere "poesía", o reemplazar al derecho tal como lo reconocemos por ella, sino una "atención particular a las elecciones de estilo y forma" que incluye preguntas sobre por qué escribimos así, qué dice esto de nosotros, y si podríamos hacerlo de otras maneras (p. 16). A la par de esto, el derecho internacional se presenta también como "una forma en sí mismo" (p. 16), de manera que las preguntas por el estilo incluyen también un modo de hablar, una "forma de ver" y de registrar el mundo. El estilo abarca entonces el tono, las formas, el lenguaje y el lente de una disciplina, así como su ambiente, su carácter o ethos y su vida cultural, y todo lo que esto deja fuera: "qué puede ser dicho en el lenguaje del derecho internacional, qué tipo de vidas permite llevar adelante, qué tipo de escritura demanda, y qué posibilidades excluye" (p. 17). Definido con esta amplitud, el estilo —o la forma— mantiene también una relación estrecha con el "contenido".

Lejos de ser un mero envase o un "decorado", el estilo importa al punto que hace afirmaciones por sí mismo, delimita aquello que puede decirse y aquello que no, lo que queda dentro del derecho internacional y aquello

que queda fuera, así como expresa un ethos disciplinar o una forma de vida, como lo llama el libro. El "contenido" entonces, el punto o el argumento que se plantea, depende de la forma o el estilo y se liga a él en un continuo que expresa tanto el argumento como también una forma de vida, una "ética de la escritura". De este modo, el argumento que el libro pretende avanzar sobre la importancia del estilo y el lenguaje, tiene un correlato en la visión crítica del derecho internacional así como en la propuesta que deja abierta hacia el futuro: "un modo de hablar el derecho internacional con un tono de duda más que anteponiendo convicciones […], fuera de la solemnidad opresiva […] haciendo del derecho internacional un lenguaje atractivo para estos tiempos" (p. 209). Y a la par, señala que las opciones de estilo no resultan inocuas o superfluas, sino que resultan elecciones "metodológicas y políticas" así como "éticas" (p. 136): algo sucede cuando se utiliza el lenguaje del derecho internacional para describir los horrores de la Segunda Guerra Mundial, algo sucede cuando aquello que "no tenía precedentes" se inserta en una cadena, justamente, de precedentes (capítulo IV), algo se hace cuando se trabaja con víctimas y se las inscribe en el lenguaje del derecho internacional (capítulos I y II).

Uno de los puntos destacables del libro, como adelanté, es que no sólo presenta el argumento por la importancia del estilo en el derecho internacional, sino que también avanza ese argumento en un estilo particular, en sus páginas se lee casi una performance de la relación íntima entre forma y contenido, y de cómo el estilo hace planteamientos por sí mismo. En este sentido, su tono y forma se desvían de las convenciones de escritura habituales en los libros sobre derecho internacional, y en lugar de la sobriedad, la distancia o la despersonalización, la solemnidad, el tono prescriptivo y la "manía de juzgar", lo que aparece es una mezcla de distintos géneros de escritura inusuales. Así, a lo largo de sus páginas hay varios segmentos de escritura autobiográfica, y luego la forma autobiográfica misma aparece como un objeto de reflexión ("*the (auto)biographical moment*", p. 36).

Por otra parte, también pueden leerse pequeñas narraciones intercaladas que funcionan a la par de los argumentos, sea aquella tomada de los archivos de la política internacional que se combina con un cuento de Orwell al comienzo del capítulo III, o bajo la forma de viñetas sobre personajes o personalidades que sirven para ilustrar un punto al final de los capítulos VI y VII. Lo que muestran estos segmentos narrativos es también que un "argumento" puede tener distintas formas, y que, efectivamente, llamamos de esa forma a

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18840
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

un planteo jurídico tradicional que sigue la forma proposicional, y también al "argumento" de novelas, cuentos, y películas.

El tono, el estilo, la forma que parece dominar el libro y funciona para aglutinar toda la diversidad anterior, es el ensayo: un género casi indefinible por naturaleza, abierto, exploratorio, que parece siempre en proceso de ser escrito ("un hombre en realidad nunca escribe un ensayo: ensaya escribirlo", decía Chesterton), que se ubica entre el arte y la ciencia. Incluso el ensayo es la forma que propone el libro para escribir el nuevo derecho internacional que imagina: "podemos imaginar […] un derecho internacional […] al menos *ensayístico*, o incluso, poético?" (p. 16, énfasis añadido). La propuesta parece consecuente con la idea que se plantea en el libro sobre el nuevo derecho internacional, pero hay tanto de sugerente en ella que se echa en falta un desarrollo mayor sobre el lugar que podría tener el ensayo en la investigación jurídica.

En vinculación con esto último, quisiera cerrar este comentario tirando un poco más de la cuerda en torno a la importancia del estilo, sea como atención a la escritura o como objeto de investigación en sí mismo. *The sentimental life* presenta ambos aspectos de manera atractiva: además de ofrecer ejemplos de cómo se vería —y qué permitiría ver—, la investigación sobre el estilo se nos presenta en una forma particular que parece poner en acto el argumento. A su vez, en relación con lo primero —el estilo como objeto de investigación—, podría sumarse algo más que también aprendemos del libro y del ámbito del derecho internacional; es que, el *enforcement* tradicional, así como la institucionalidad establecida entre las fronteras nacionales, se ven desplazados a nivel internacional, y la pregunta por su fuerza vinculante entonces podría estar ligada de manera más fuerte a las cuestiones "de estilo": la retórica, el tipo de comunidad que crea y el ethos que sostiene, se presentan como caminos prometedores para explorar la pregunta por la fuerza de un derecho que no tiene un Estado nación detrás y tampoco sus modos tradicionales de garantizarlo. En este punto, el derecho internacional aparece como el espacio más interesante, por lo extremo, para testear la productividad y las formas que podría asumir el argumento por la importancia del estilo en la investigación jurídica.

Finalmente, el libro de Simpson también vuelve a abrir una pregunta que se presenta como la contracara de esos aspectos promisorios de la consideración del estilo en el derecho. Es que ello parece tener un doble filo: puede apoyar un argumento, darle la forma que precisa para expresarse (la "palabra

justa"), pero también abre preguntas sobre si el estilo no seduce a los lectores hasta la rendición en vez de alentar la lectura crítica que se espera habitualmente en la academia, o puesto en otro términos, cuál es el punto medio entre la "manía de juzgar" de los juristas que se cuestiona en el libro y los juegos de seducción estilísticos que también están presentes en él.

IV. Bibliografía

Dawes, J., *That the world may know. Bearing witness of atrocity*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

Hunt, L., *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2010.

Rorty, R., "Human Rights, Rationality and Sentimentality", en *Truth and progress. Philosophical papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Sáenz, M. J., "Literatura y derechos humanos: un «campo naciente»", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 10, 2014, pp. 24-55.

Sáenz, M. J., *Las relaciones entre el derecho y la literatura. Una lectura del proyecto de Martha Nussbaum*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Slaughter, J., *Human rights, inc. The world novel, narrative form and international law*, Nueva York, Fordham University Press, 2007.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.18840

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Sentencia del 31 de enero de 2024, Aplicación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa)

Humberto **Cantú Rivera**

https://orcid.org/0000-0002-2770-6252
Universidad de Monterrey. México
Correo electrónico: humberto.cantu.r@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20131

La sentencia en el caso de la Aplicación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre Ucrania y la Federación Rusa, deriva del procedimiento interpuesto por Ucrania en el marco de su estrategia jurídica en respuesta a la invasión y anexión de la región de Crimea por la Federación Rusa en 2014. La parte demandante alegaba que la Federación Rusa habría incumplido sus obligaciones bajo el Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo (CIRFT), debido a su omisión de adoptar medidas respecto de las fuerzas separatistas en Ucrania, de quienes se sospechan distintos actos de terrorismo, incluyendo la destrucción del vuelo comercial número 17 de Malaysia Airlines. En ese mismo tenor, Ucrania alegaba la violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), debido a las medidas de discriminación contra los Tatar de Crimea y otros grupos étnicos de Crimea.[1]

[1] CIJ, Aplicación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa), sentencia del 31 de enero de 2024, párr. 151, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/166/166-20240131-jud-01-00-en.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Cuestiones preliminares. La Federación Rusa plantea, tanto del CIRFT como de la CERD, que la Corte debe considerar la doctrina de "manos limpias" previo a considerar la solicitud presentada por Ucrania, pues la conducta indebida desarrollada por la parte demandante guarda proximidad con la reparación solicitada, tanto de actos vinculados al financiamiento del terrorismo como de la falta de protección de ciertos grupos étnicos en Crimea.[2] No obstante, la Corte desestima en ambos casos su aplicación, señalando que nunca la ha reconocido como un principio de derecho internacional consuetudinario ni como un principio general del derecho,[3] y que no es aplicable en una disputa interestatal en la que se ha determinado que la Corte es competente y donde la disputa ha sido declarada admisible.[4]

Sobre la alegada violación del CIRFT. Uno de los puntos centrales del análisis de la Corte Internacional de Justicia versa en torno a la interpretación de las obligaciones del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, en particular sobre si la provisión de armas o la organización de entrenamientos para los miembros de los grupos separatistas constituyen ejemplos de la provisión de "fondos", conforme al artículo 2.1 del Convenio.[5]

En su análisis, la Corte recurre a las reglas de interpretación previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[6] señalando de forma estricta que el término "fondo" se limita a los recursos que poseen una naturaleza financiera o pecuniaria, y no comprende los medios utilizados para cometer actos de terrorismo, incluyendo la provisión de armas a grupos armados o el entrenamiento de miembros de dichos grupos.[7] Por otro lado, el antecedente se complementa con el análisis del término "financiamiento del terrorismo", definido en el artículo 2.1 del Convenio como aquel delito cometido por quien, por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer un acto que constituya un delito comprendido en los tratados señalados en

[2] *Ibidem*, párrs. 34, 153.

[3] *Ibidem*, párr. 37.

[4] *Ibidem*, párr. 156.

[5] *Ibidem*, párr. 46-52.

[6] *Ibidem*, párr. 46.

[7] *Ibidem*, párr. 53.

el anexo del instrumento,[8] o bien cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto sea intimidar a una población, obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.[9]

En su análisis, la Corte señala que, aunque el Convenio no contempla el financiamiento estatal del terrorismo sí plantea una obligación estatal de reprimir y prevenir la comisión del financiamiento del terrorismo por todas las personas, incluyendo agentes del Estado.[10] De igual forma, señala los dos elementos mentales (*mens rea*) contenidos en el artículo 2o. del Convenio, en la especie, la intención o el conocimiento respecto al uso del financiamiento para cometer actos de terrorismo, y destaca que para establecer la existencia de conocimiento, debe demostrarse que el ente financiador tenía conocimiento de que los fondos serían usados para cometer los actos establecidos en los párrafos a) y b) del artículo 2.1.

En lo que concierne al fondo, Ucrania plantea que la Federación Rusa violó las obligaciones contenidas en los artículos 8.1 (adopción de medidas para la identificación, detección y aseguramiento o incautación de fondos utilizados o asignados para cometer actos de terrorismo), 9.1 (deber de investigar al culpable o presunto culpable del delito de financiamiento de terrorismo que pueda encontrarse en su territorio), 10.1 (deber de juzgar o extraditar),

[8] Los instrumentos conexos incluyen el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); la Convención Internacional contra la toma de rehenes (1979); la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1988); el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988); y el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997).

[9] CIRFT, art. 2.1.

[10] CIJ, *Aplicación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa)*, sentencia del 31 de enero de 2024, párr. 56.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20131
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 InternacionaL

12.1 (deber de prestar asistencia jurídica mutua en materia de investigación, proceso penal o procedimiento de extradición) y 18.1 (cooperación internacional para impedir el financiamiento del terrorismo en su territorio) del Convenio. Sin embargo, en su análisis, la Corte encuentra que la Federación Rusa únicamente transgredió el contenido del artículo 9.1, al no actuar con la diligencia debida para investigar el delito de financiamiento de terrorismo a pesar de haber recibido información detallada de parte de Ucrania sobre la probable comisión de dicho delito.[11] Por lo que respecta a los demás alegatos, la Corte los desestima, pues considera que no fueron suficientemente sustanciados por Ucrania, o que se encuentran fueran del alcance material del Convenio.[12]

Sobre la alegada violación de la CERD. El segundo ángulo que es abordado por la Corte se relaciona con la violación alegada de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por la Federación Rusa, la Corte señala inicialmente que el desacuerdo entre las partes es más aparente que real,[13] y que su enfoque se centrará en analizar la disputa desde una perspectiva interestatal y en torno a los alegados patrones de conducta de la Federación Rusa.[14]

El primer aspecto abordado por la Corte es la definición de lo que constituye discriminación racial conforme al artículo 1.1 de la Convención. Reiterando los dos elementos del concepto de discriminación (distinción, exclusión, restricción o preferencia, que tiene como propósito o efecto nulificar o limitar el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos), el desacuerdo entre Ucrania y la Federación Rusa gira en torno a las bases prohibidas por la convención, en la especie, la raza, el color, la descendencia, el origen étnico o nacional.[15] La CIJ señala expresamente que cualquier conducta que implique una diferencia de trato respecto de una base distinta a las reconocidas por la Convención, no constituye *per se* una discriminación racial.[16]

Tomando dicha aproximación como punto de partida, la Corte analiza en particular el trato dado por la Federación Rusa a los Tatar y a otros grupos

[11] *Ibidem*, párrs. 105-111.

[12] *Ibidem*, párr. 147.

[13] *Ibidem*, párr. 159.

[14] *Ibidem*, párrs. 159-161.

[15] *Ibidem*, párrs. 180, 192-194.

[16] *Ibidem*, párr. 196.

étnicos ucranianos en Crimea, destaca que la identidad política, o la posición política, de una persona o grupo no es un factor relevante para determinar su origen étnico conforme al artículo 1.1 de la Convención.[17] Sobre esa base, la CIJ procede a analizar los alegatos de violación de los artículos 2o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la CERD. Ante el señalamiento de Ucrania sobre las desapariciones, homicidios, secuestros y tortura de los Tatar de Crimea y otros grupos étnicos ucranianos, desde 2014 giran en torno al origen étnico de las víctimas, siendo estas activistas destacadas en representación de sus comunidades. La Corte reitera que la identidad política o posición política no es una base protegida por la Convención; en consecuencia, considera que no fueron atacadas con motivo de su origen étnico.[18]

Ucrania alega también que la Federación Rusa no investigó de forma efectiva los actos de violencia cometidos contra los Tatar de Crimea y otros grupos étnicos ucranianos; que la legislación adoptada por Rusia es un acto expreso de discriminación racial; que la práctica de detenciones y búsquedas arbitrarias contra esos grupos constituyen actos de discriminación racial; que la Federación Rusa violó la obligación de adoptar medidas inmediatas y efectivas para prevenir, erradicar y sancionar el discurso que incita al odio o discriminación racial, en particular cuando se trate de autoridades públicas; que las medidas de nacionalidad, ciudadanía y migración impuestas en Crimea constituyen actos de discriminación racial; que la práctica de los medios de comunicación es discriminatoria contra esos grupos, así como las medidas adoptadas en relación con el patrimonio e instituciones culturales y en materia educativa, en específico respecto al uso de la lengua ucraniana y tatar en la educación.

No obstante, la Corte considera en prácticamente todos los casos (con excepción de las medidas de acceso a la educación en lengua ucraniana)[19] que Ucrania no demostró de forma convincente y fehaciente que los actos señalados constituyen situaciones de discriminación racial conforme a la CERD,[20] descartando también que haya existido una violación a la obligación de investigar estipulada en el artículo 6o. de la Convención.[21] La Corte concluye su

17 *Ibidem*, párr. 200.

18 *Ibidem*, párrs. 214, 217.

19 *Ibidem*, párr. 363.

20 *Ibidem*, párrs. 220, 229, 241, 242, 287, 322,336, 368.

21 *Ibidem*, párr. 243.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20131
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 InternacionaL

análisis al señalar que la Federación Rusa únicamente violó las obligaciones derivadas de los artículos 2.1 a) y 5o. e), v) de la Convención, específicamente en lo que respecta al acceso a la educación en lengua ucraniana.[22]

Reparación. Por lo que respecta a las alegadas violaciones del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, la Corte estima que la única medida de reparación pertinente es una de satisfacción, señalando que la Federación Rusa contravino sus obligaciones internacionales bajo el artículo 9.1 del CIRFT, y que contiene la obligación de investigar alegaciones suficientemente sustanciadas de actos de financiamiento de terrorismo.[23] En ese mismo tenor, señala la violación de los artículos 2.1 a) y 5o. e), v) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, determinando también que dicha declaración es una medida de satisfacción, y que la Federación Rusa tiene una obligación de asegurar la educación de las niñas y los niños ucranianos en Crimea sea brindada en ese idioma.[24]

Violación de la orden de medidas provisionales del 19 de abril de 2017. Ucrania solicitó a la Corte declarar que Rusia violó las obligaciones derivadas de la orden de medidas provisionales del 19 de abril de 2017, debido a la limitación de la comunidad Tatar de Crimea de conservar sus instituciones representativas, incluyendo los Mejlis; al no garantizar el acceso a la educación en lengua ucraniana; al agravar y extender la disputa con motivo del reconocimiento de la independencia y soberanía de Donetsk y Luhansk.[25] Tras analizar la posición de la Federación Rusa, la CIJ reitera que las medidas provisionales que ordena tienen carácter vinculante,[26] y señala que el mantener la prohibición sobre los Mejlis es una violación de la orden de medidas provisionales, aunque en la sentencia no haya sido reconocida como un acto de discriminación racial.[27] No obstante, señala que la Federación Rusa no violó la medida provisional sobre la disponibilidad de la educación en lengua ucraniana.[28] Finalmente, la CIJ estima que el reconocimiento de la independencia

[22] *Ibidem*, párr. 370.
[23] *Ibidem*, párr. 149.
[24] *Ibidem*, párr. 373.
[25] *Ibidem*, párr. 375.
[26] *Ibidem*, párr. 388.
[27] *Ibidem*, párr. 392.
[28] *Ibidem*, párrs. 394-395.

y soberanía de Donetsk y Luhansk violó la orden de medidas provisionales de 2017, al agravar o extender la disputa o dificultar su resolución.[29] Sin embargo, no ordena medidas de reparación, más allá de la declaración de violación de las medidas provisionales de 2017.[30]

Cláusula operativa. Por trece votos contra dos, la Corte determinó que la Federación Rusa violó tanto los artículos 9.1 del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y 2.1 a) y 5o. e), v) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aunque rechazó todas las demás peticiones de Ucrania. Por último, la Corte consideró, por once votos contra cuatro, que la Federación Rusa violó la orden de medidas provisionales del 19 de abril de 2017 al mantener limitaciones respecto de los Mejlis; y por diez votos contra cinco, que los actos que agravaron o extendieron la disputa entre las partes, o que dificultaron su resolución, también constituyen una violación de la orden de medidas provisionales.[31]

***

Siendo esta la primera edición del Observatorio de la Corte Internacional de Justicia, se dio prioridad a las opiniones consultivas o sentencias emitidas en 2024. En posteriores ediciones, además de las sentencias y opiniones consultivas que se emitan, se incluirán también las decisiones de la Corte relativas a objeciones preliminares.

Bibliografía

CIJ, Aplicación del Convenio Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa), sentencia del 31 de enero de 2024. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/166/166-20240131-jud-01-00-en.pdf

[29] *Ibidem*, párrs. 397-398.

[30] *Ibidem*, párrs. 399-403.

[31] *Ibidem*, párr. 404.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20131
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 InternacionaL

Opinión consultiva del 19 de julio de 2024, Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este

Humberto **Cantú Rivera**

https://orcid.org/0000-0002-2770-6252
Universidad de Monterrey. México.
Correo electrónico: humberto.cantu.r@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20133

Por medio de la resolución 77/247 del 30 de diciembre de 2022, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas decidió someter a la consideración de la Corte Internacional de Justicia (CIJ o la Corte) una solicitud de opinión consultiva en torno a dos preguntas, primero, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan de la violación continuada del derecho del pueblo palestino a la autodeterminación, resultantes de la ocupación prolongada, la colonización y anexión del Territorio Palestino Ocupado desde 1967 por Israel, así como de la adopción de legislación y medidas discriminatorias relacionadas?, y segundo, ¿de qué manera las políticas y prácticas de Israel —referidas en la primera pregunta— afectan el estatus jurídico de la ocupación, y cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan para todos los Estados y para las Naciones Unidas de dicho estatus?

54 estados —incluyendo a Palestina e Israel—, así como tres organizaciones regionales,[1] presentaron observaciones escritas durante el año 2023, mientras que 50 Estados y las tres organizaciones regionales mencionadas participaron en las audiencias sostenidas por la Corte en febrero de 2024.

La Corte emitió su opinión consultiva el 19 de julio de 2024, determinando en primera instancia la cuestión de su competencia para emitir la opinión consultiva, así como el alcance de esta. Al respecto, la Corte consideró tener

[1] La Liga de Estados Árabes, la Organización de Cooperación Islámica, y la Unión Africana.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

competencia para abordar las preguntas formuladas por la Asamblea General, en atención a su carácter jurídico, así como ejercer su discreción para emitir la opinión consultiva, al no identificar razones contundentes para no hacerlo.[2]

En cuanto al alcance de las preguntas formuladas, la Corte consideró que las preguntas definían el alcance material, territorial y temporal con el que debían ser abordadas. Sobre el alcance *material*, consideró necesario abordar la violación —y las consecuencias jurídicas que de esta derivan— a partir de los tres tipos de conducta planteados en la pregunta, a saber, la violación continuada del derecho del pueblo palestino a la autodeterminación; la ocupación prolongada, colonización y anexión del Territorio Palestino Ocupado desde 1967, y la adopción de legislación y medidas discriminatorias. Respecto al alcance *territorial*, la Corte señaló que se referiría al Territorio Palestino Ocupado como una unidad territorial, incluyendo —como lo planteó la pregunta de la Asamblea General— la Franja de Gaza, Cisjordania y Jerusalén Este. Por último, en cuanto al alcance *temporal*, se definió abarcar las medidas adoptadas por Israel a partir de 1967.[3] Sin embargo, también hizo referencia a los ataques cometidos por Hamas y otros grupos armados el 7 de octubre de 2023, destaca que no consideraría en su opinión consultiva la conducta de Israel en respuesta a dichos ataques.[4]

Antes de entrar a la discusión sobre los principales planteamientos hechos por la Corte en su opinión consultiva, es importante resaltar la compleja interacción jurídica existente entre distintas normas aplicables al caso concreto, tanto de derecho internacional humanitario, de derecho internacional de los derechos humanos, como ciertos principios fundamentales del derecho internacional general (incluyendo la prohibición de adquisición de territorio mediante el uso de la fuerza y la autodeterminación de los pueblos), frente a la cuestión del llamado "derecho a la seguridad"[5] (es decir, el derecho a la legítima defensa previsto en la Carta de las Naciones Unidas), sobre lo cual, la Corte no se pronunció.

El derecho aplicable a situaciones de ocupación frente a ciertos principios fundamentales del derecho internacional general. Dentro de los elementos principales

[2] CIJ, Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este* del 19 de julio de 2024, párrs. 22-50, *https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf*

[3] *Ibidem*, párrs. 72-80.

[4] *Ibidem*, párr. 81.

[5] CIJ, *Opinión conjunta de los jueces Tomka, Abraham y Aurescu*, párr. 36.

del derecho internacional general que la Corte identifica en la opinión consultiva, se encuentran el principio de la integridad territorial y la prohibición de adquisición de territorio mediante el uso de la fuerza, así como la autodeterminación de los pueblos.

En lo que respecta a la integridad territorial y a la prohibición de la adquisición de territorio mediante el uso de la fuerza, la Corte hace referencia a la pertenencia de dichos elementos a los principios establecidos en el artículo 2o. de la Carta de las Naciones Unidas,[6] así como a 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, contenida en la resolución 2625 (XXV) de 1970, que refleja diversas normas del derecho internacional consuetudinario. Dentro de ellas, se encuentra el derecho a la integridad territorial, como un "corolario del derecho a la autodeterminación".[7] En ese sentido, la Corte examina detalladamente la relación entre ambos elementos, destacando no solamente que, para ser permisible, cualquier situación de ocupación debe ser consistente con el principio de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza y de adquisición de territorio por esos medios,[8] sino que el uso de la fuerza no es un medio para resolver reclamos sobre la soberanía respecto de un territorio.[9]

La opinión de la Corte gira también en torno al análisis de las políticas y prácticas del Estado de Israel para reclamar la soberanía sobre el territorio ocupado, destaca que son contrarias a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.[10] De la misma manera, señala que Israel no tiene derecho a ejercer soberanía en ninguna parte del Territorio Palestino Ocupado como resultado de la ocupación, y que sus preocupaciones en materia de seguridad no desplazan el principio de la prohibición de la adquisición de territorio mediante el uso de la fuerza,[11] se establece con ello una jerarquía entre uno de los principales argumentos esgrimidos por diversos Estados ante la Corte, y dicho principio cardinal del derecho internacional general.

6 *Ibidem*, párr. 175.

7 *Ibidem*, párr. 237.

8 *Ibidem*, párr. 109.

9 *Ibidem*, párr. 178.

10 *Ibidem*, párr. 179.

11 *Ibidem*, párr. 254.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20133
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por otra parte, la Corte reitera que, en su opinión consultiva de 2004, afirmó la existencia del derecho del pueblo palestino a la autodeterminación.[12] Al respecto, la CIJ identifica cuatro elementos significativos vinculados íntimamente con el derecho a la autodeterminación, incluyendo el derecho a la integridad territorial, el derecho a la protección contra actos encaminados a la dispersión de la población o al detrimento a la integridad como grupo poblacional, a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, y al derecho de los pueblos a determinar libremente su estatus político y a definir su desarrollo económico, social y cultural.[13] Asimismo, basándose en sus propios precedentes[14] en la materia, resalta también que la obligación de respetar el derecho a la autodeterminación es de carácter *erga omnes*, constituyendo simultáneamente tanto un principio esencial del derecho internacional contemporáneo, como un derecho humano fundamental.[15] En ese sentido, y a la luz de las políticas y prácticas examinadas en la opinión consultiva, la Corte señala que en casos de ocupación extranjera (como el caso en cuestión), el derecho a la autodeterminación constituye una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*).[16]

Violaciones al derecho internacional humanitario. Uno de los puntos centrales del análisis de la Corte en la opinión consultiva gira en torno al derecho internacional humanitario y su aplicación en el caso concreto, tanto como resultado de las obligaciones convencionales de los Estados —en la especie, el Convenio IV de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra—[17] como por su aplicabilidad en atención a su carácter de

[12] CIJ, Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* del 9 de julio de 2004, párr. 155.

[13] CIJ, Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este* del 19 de julio de 2024, párrs. 236-241.

[14] Sentencia del 30 de junio de 1995, *Timor Leste (Portugal v. Australia)*, párr. 29; Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* del 9 de julio de 2004, par. 118; Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* del 25 de febrero de 2019, párr. 180.

[15] Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este* del 19 de julio de 2024, párrs. 231-233.

[16] *Ibidem*, párr. 233.

[17] Convenio IV de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, 1949.

derecho consuetudinario internacional.[18] La Corte señala de forma expresa que los poderes y deberes del Estado de Israel en el Territorio Palestino Ocupado se rigen por dichos regímenes jurídicos, añade que una situación de ocupación prolongada no incrementa los derechos o poderes del Estado ocupante, independientemente de la duración de la ocupación.[19] En ese mismo sentido, se agrega que tampoco cesan las obligaciones impuestas por el derecho internacional humanitario (como la obligación de abstenerse de ejercer actos de soberanía), ni se genera un cambio en el estatus jurídico de la ocupación.[20]

La Corte también aborda en su análisis otras cuestiones particulares del caso concreto, se incluye la obligación del poder ocupante de garantizar el acceso a alimentos y medicamentos de la población, el principio de la no discriminación en el derecho internacional humanitario, y la prohibición de destrucción de propiedad privada. Sobre la primera cuestión, la CIJ considera que las severas restricciones impuestas a la población palestina en el acceso al agua constituyen una violación del artículo 55 del Convenio IV de Ginebra.[21] En torno a la discriminación, la Corte hace referencia a su prohibición conforme al artículo 27 del Convenio IV de Ginebra, señalando cómo distintas políticas y prácticas del Estado de Israel en el Territorio Palestino Ocupado constituyen prácticas transgresoras tanto del derecho internacional humanitario como del derecho internacional de los derechos humanos,[22] como se aborda en la siguiente sección. Respecto de la prohibición de destrucción de propiedad, la Corte indica que las prácticas punitivas de demolición de propiedades contravienen las obligaciones derivadas de los artículos 33 y 53 del Convenio IV de Ginebra, resaltando además el trato diferenciado al que es sujeta la población palestina en el territorio ocupado a comparación de la población israelí.[23]

Violaciones al derecho internacional de los derechos humanos. En su análisis del derecho aplicable, la Corte se enfoca de igual forma en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en el Territorio Palestino Ocupa-

[18] Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este* del 19 de julio de 2024, párr. 96.

[19] *Ibidem*, párr. 108.

[20] *Ibidem*, párr. 109.

[21] *Ibidem*, párr. 133.

[22] *Ibidem*, párr. 186.

[23] *Ibidem*, párrs. 210-213.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20133
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

do. Como lo hizo anteriormente en su opinión consultiva sobre *El Muro*,[24] la Corte señala la obligación del Estado de Israel de cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de su ratificación de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, así como de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[25] Así, reiterando algunas de las posiciones sostenidas en su opinión consultiva de 2004, la Corte señala el alcance extraterritorial de dichas obligaciones,[26] particularmente considera el contexto de ocupación y el control efectivo que, en el *cas d'espèce*, Israel mantiene sobre el territorio ocupado.[27] En ese mismo sentido, la Corte subraya que las obligaciones derivadas de convenciones de derechos humanos no cesan en contextos de conflicto armado, ni de ocupación.[28]

La opinión consultiva también analiza, como planteaba la pregunta de la Asamblea General, si la legislación y las medidas adoptadas por Israel en el Territorio Palestino Ocupado son discriminatorias, y particularmente, si dichas prácticas son sistémicas.[29] Al respecto, el análisis pretoriano identifica numerosas instancias de prácticas discriminatorias por parte del Estado israelí,[30] incluyendo en lo que concierne a las políticas israelíes sobre permisos de residencia;[31] sobre la libertad de movimiento, incluso como resultado de la construcción del muro desde 2002;[32] con motivo de la demolición de propiedades pertenecientes a nacionales palestinos, incluyendo estructuras residenciales, de agricultura, y de agua, saneamiento e higiene, como resultado de sanciones penales o de la ausencia de permisos de construcción.[33]

El análisis de la Corte basado ampliamente en informes de comisiones internacionales de investigación y en distintas convenciones de derechos hu-

[24] Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* del 9 de julio de 2004.

[25] Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este* del 19 de julio de 2024, párr. 100.

[26] *Ibidem*, párrs. 99, 101.

[27] *Ibidem*, párr. 90.

[28] *Ibidem*, párrs. 99-100.

[29] *Ibidem*, párr. 184.

[30] *Ibidem*, párrs. 180-229.

[31] *Ibidem*, párrs. 192-197.

[32] *Ibidem*, párrs. 198-206.

[33] *Ibidem*, párrs. 207-222.

manos y derecho humanitario, resalta por la invocación del artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como fuente jurídica,[34] así como por la clara consideración de que la prohibición de la discriminación forma parte del derecho consuetudinario internacional.[35] La Corte concluye su análisis de la cuestión señalando que existe una práctica sistemática de diferenciación en el trato a los nacionales palestinos, sin que existan criterios razonables u objetivos que la justifiquen y sin que exista un interés público legítimo al respecto.[36]

Consecuencias jurídicas. En su análisis inicial, la Corte determina que las políticas y prácticas de Israel constituyen una violación del derecho internacional, y que la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado es ilegal.[37] A partir de esas dos premisas, la CIJ responde a la pregunta de la Asamblea General abordando las consecuencias jurídicas para Israel, las consecuencias jurídicas para otros Estados y las consecuencias jurídicas para las Naciones Unidas.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas para Israel, la Corte determina que su presencia continuada constituye un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuado, que viola la prohibición de adquisición de territorio por la fuerza y el derecho a la autodeterminación del pueblo palestino. Señala además que, más allá del cese de las políticas y prácticas consideradas ilícitas, el Estado de Israel tiene una obligación de reparar el daño causado por los hechos internacionalmente ilícitos a todas las personas físicas y jurídicas afectadas, debiendo adoptar, dentro de las posibilidades existentes, un enfoque de restitución, además de medidas de compensación y satisfacción.[38]

Sobre la restitución, la Corte se refiere tanto a la devolución de tierras y propiedades inmobiliarias, como de otros bienes confiscados a partir de la ocupación en 1967. Asimismo, contempla la evacuación de todos los colonos y el desmantelamiento de las partes del muro ubicadas en el territorio ocupado, y permitir a todas las personas desplazadas de regresar a sus lugares

[34] *Ibidem*, párr. 185.

[35] *Ibidem*, párr. 189.

[36] *Ibidem*, párrs. 223-229.

[37] *Ibidem*, párrs. 265-266.

[38] *Ibidem*, párr. 269.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20133
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

originales de residencia.[39] En caso de que la restitución no sea posible materialmente, la Corte reitera la obligación de compensar a todas las personas que hayan sufrido cualquier forma de daño material como resultado de los hechos ilícitos de Israel en el contexto de la ocupación.[40]

Sobre las consecuencias jurídicas para otros Estados, la Corte señala que diversas obligaciones transgredidas por el Estado de Israel son de carácter *erga omnes*,[41] lo que genera un interés jurídico para los demás Estados de exigir su cumplimiento. En ese sentido, sobre el derecho a la autodeterminación, la CIJ señala que todos los Estados deben cooperar con las Naciones Unidas en torno a las medidas necesarias para terminar la presencia ilegal de Israel en los territorios ocupados y para facilitar la plena realización del derecho a la autodeterminación del pueblo palestino.[42] En lo que concierne a la prohibición de adquisición de territorio mediante el uso de la fuerza, la Corte señala la obligación de los Estados parte de las Naciones Unidas de no reconocer ningún cambio en el carácter físico o composición demográfica, estructura institucional o estatus del territorio ocupado, salvo que las partes logren un acuerdo a través de negociaciones.[43]

Asimismo, indica que los Estados deberán diferenciar en su trato entre el territorio de Israel y el territorio ocupado, y abstenerse de desarrollar tratos comerciales o económicos con Israel respecto del Territorio Palestino Ocupado, incluyendo relaciones comerciales o de inversión que asistan en el mantenimiento de la situación ilegal.[44] Finalmente, la CIJ indica el deber de los Estados de no brindar ayuda o asistencia en el mantenimiento de la situación creada por la presencial ilegal de Israel en el territorio ocupado, señalando igualmente la obligación *erga omnes partes* que deriva del Convenio IV de Ginebra, que implicaría la adopción de medidas por los Estados parte para asegurar el cumplimiento de Israel de las obligaciones que derivan de dicho tratado.[45]

[39] *Ibidem*, párr. 270.
[40] *Ibidem*, párr. 271.
[41] *Ibidem*, párr. 274.
[42] *Idem*.
[43] *Ibidem*, párr. 278
[44] *Idem*.
[45] *Ibidem*, párr. 279.

Por último, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas para las Naciones Unidas, la Corte señala que el deber de no reconocer la situación ilegal creada por Israel es igualmente aplicable a las organizaciones internacionales, en atención a la violación de obligaciones *erga omnes* de derecho internacional.[46] En ese sentido, considera que tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad deben determinar las modalidades precisas para poder terminar la presencia ilegal de Israel en el Territorio Palestino Ocupado.

***

Siendo esta la primera edición del Observatorio de la Corte Internacional de Justicia, se dio prioridad a las opiniones consultivas o sentencias emitidas en el año 2024. En posteriores ediciones, además de las sentencias y opiniones consultivas que se emitan, se incluirán también las decisiones de la Corte relativas a objeciones preliminares.

Bibliografía

CIJ, *Opinión conjunta de los jueces Tomka, Abraham y Aurescu*.

CIJ, Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado* del 9 de julio de 2004.

CIJ, Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965* del 25 de febrero de 2019.

CIJ, Opinión consultiva *Consecuencias jurídicas que derivan de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluyendo Jerusalén Este* del 19 de julio de 2024, *https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf*

Timor Leste (Portugal v. Australia), sentencia del 30 de junio de 1995.

[46] *Ibidem*, párr. 280.

e-ISSN 2448-7872
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24487872e.2025.25.20133

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional