

Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos

Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights

2005



Universidad de
Deusto

University
of Deusto

.....



**Anuario de Acción Humanitaria
y Derechos Humanos**

**Yearbook on Humanitarian Action
and Human Rights**

2005

Universidad de Deusto - Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe
University of Deusto - Pedro Arrupe Institute of Human Rights
2005

Illustration of front page:

AFGHAN REFUGEES

New residents of the Roghani Refugee Camp in Chaman, a Pakistani border town.

UN Photo by *Luke Powell*

QUECHUA CHILDREN

Quechua Children in North Potosi in local festivities, 1999.

Photo by *Gorka Urrutia*

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 84-7485-585-3

Depósito legal: BI - 1.879-2005

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Imprime: RGM, S.A.

Indice

Prólogo	7
Hitzaurrea	9
Foreword	11

Estudios / Articles

A People vs. Corporations? Self-determination, Natural Resources and Transnational Corporations in Western Sahara <i>Fišera, Raphaël</i>	15
La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI <i>Rueda Fernández, Casilda</i>	67
The UN Special Procedures in the field of human rights. Institutional history, practice and conceptual framework <i>Nifosi, Ingrid</i>	131
Las leyes no escritas del Islam. La Shari'ah en el marco internacional de los derechos humanos <i>Vila Sexto, Roberto</i>	179
La educación y la infancia: motores para el futuro de Angola <i>Crespo Expósito, Sílvia</i>	195
Un análisis de las condiciones de vida y preferencias políticas de los palestinos de Cisjordania, Gaza y Jerusalén <i>Terán Gómez, Vicente</i>	215
Facing loss: coping mechanisms of mayan widows in Guatemala <i>Kaupisch, Patricia</i>	239

Debates / Debates

Los actores de la acción humanitaria. Algunas reflexiones sobre las instituciones públicas en la acción humanitaria <i>Rey, Francisco</i>	259
--	-----

Documentación / Documentation

Internet Resources on Humanitarian Action	279
---	-----

Actividades académicas / University activities

Presentación actividades 2004	285
Jarduerak 2004an	289
Activities in the year 2004	293

Prólogo

El Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto (Bilbao) presenta con este volumen su segunda edición del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos. Esta publicación tiene como finalidad el facilitar un espacio donde la reflexión y el intercambio sobre las prácticas, experiencias e investigaciones en el ámbito de la Acción Humanitaria y los Derechos Humanos sea posible para académicos, profesionales y personas vinculadas a este campo. El Anuario, con esta segunda edición, persigue ir abriendo un nuevo espacio para la creación de pensamiento crítico en dicho campo, accesible no sólo al mundo académico, sino también a los agentes sociales involucrados, tanto en el espacio estatal como internacional.

En el ámbito formativo, uno de los principales referentes del Instituto es el Máster en Acción Internacional Humanitaria, que desde hace 11 años viene impartándose en Bilbao, en coordinación con otras seis universidades europeas que forman parte de la Red NOHA (Network On Humanitarian Assistance). Durante estos 11 años, más de 200 estudiantes han seguido el curso en la Universidad de Deusto, de los que una buena parte están actualmente vinculados al ámbito de la ayuda humanitaria, la protección de los derechos humanos o la cooperación al desarrollo. A lo largo de este tiempo se han ido adaptando sus contenidos y estructura a las necesidades provenientes de la realidad humanitaria. Estos cambios han sido posible gracias a las redes disponibles que permiten un contacto estrecho con la realidad, a través de instituciones directamente implicadas en la acción humanitaria, fundamentalmente las principales Organizaciones No Gubernamentales, así como a través de diversos foros académicos.

El contenido de este segundo Anuario se nutre de tres tipos de aportaciones: algunos de los estudios proceden del propio equipo del Instituto; otros han sido consecuencia de investigaciones realizadas por personas ajenas a la estructura del Instituto, que cuentan con experiencia directa en el campo de la acción humanitaria y de los derechos humanos; por último, otros estudios incorporan y actualizan trabajos de investigación realizados por graduados de los másteres europeos que ofrece el propio Instituto. La mayor parte de estos contenidos adquieren la forma de estudios o artículos monográficos, si bien se ha incorporado una reseña con los principales recursos en Internet sobre acción humanitaria.

El Anuario, que se complementa con una presentación de las actividades más relevantes desarrolladas por este Instituto a lo largo del pasado curso, es una publicación realizada con la colaboración de la Dirección de Derechos Humanos (Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social) del Gobierno Vasco.

Hitzaurrea

Deustuko Unibertsitateko (Bilbao) Giza Eskubideen Institutuak Ekintza Humanitario eta Giza Eskubideen Urtekariaren lehen argitalpeneko bolumen hau aurkezten du. Argitalpen honek Ekintza Humanitarioen eta Giza Eskubideen inguruan diharduten akademiko, profesional eta bestelako pertsonen praktiken, esperientzien eta ikerketen hausnarketa eta trukerako esparru bat eskaintzeko helburua du. Urtekariak, bigarren ale honekin, arlo honetako pentsamendu kritikoa sortzeko leku izan nahi du, esparru akademikokoentzat ez ezik, lan horretan estatu zein nazioarte mailan diharduten gizarte eragileentzat ere.

Prestakuntza arloan, Institutuaren erreferenterik nagusiena, duela 11 urtetik hona Bilbon eskaintzen den eta Europako NOHA Sareko (Network On Humanitarian Assistance) beste sei unibertsitateekin koordinatuta dagoen Nazioarteko Ekintza Humanitarioko Masterra dugu. 11 urte hauetan, 200 ikaslek baino gehiagok egin dute ikastaroa Deustuko Unibertsitatean. Gehienak laguntza humanitarioan, giza eskubideen defentsan edo garapenerako lankidetzan ari dira lanean. Urte hauetan zehar, Masterraren edukiak eta egitura moldatuz joan dira, esparru humanitarioan sortzen ziren beharrezanean erantzuteko. Aldaketa hauek eguneroko beharrezanean lotura estua duten sareei esker egin ahal izan dira, hain zuzen ere, ekintza humanitarioan zuzenean diharduten erakundeei eta batez ere Gobernu Kanpoko Erakundeei esker, baita zenbait irakaskuntza fororen bitartez ere.

Bigarren urtekari honen edukia hiru ekarpen motarekin hornitu da: ikerketetariko batzuk Institutuko taldeak berak eginak dira; beste batzuk Institututik kanpoko pertsonen baina ekintza humanitarioan esperientzia zuzena dutenek egindakoak dira; azkenik, Institutuak berak eskaintzen dituen Europako maste-

rretako graduatuek egindako ikerlanak bildu eta gaurkotzen dituzte beste batzuek. Lanik gehienek ikerketa edo artikulu monografiko itxura badute ere, Interneten ekintza humanitarioari buruz dauden baliabide nagusien aipamen bat aurkitu dezakegu.

Institutuak joan den ikasturtean burutu dituen jarduerarik nabarmenenen aurkezpenarekin osatzen den Urtekari hau Eusko Jaurlaritzako Giza Eskubideen Zuzendaritzaren laguntzarekin (Justizia, Enplegu eta Gizarte Segurantzza Saila) argitaratu ahal izan da.

Foreword

With this volume, the Institute of Human Rights at the University of Deusto (Bilbao) presents the first edition of its Yearbook of Humanitarian Action and Human Rights. The aim of this publication is to provide space where the reflection on and exchange of the work, experiences and research in the sphere of Humanitarian Action and Human Rights is made possible for academics, professionals and other people connected to this field. The Yearbook, in its second edition, is intended to continue the opened space for the creation of critical thought on this field, made accessible not only to the academic world, but also to the social agents involved, in both the national and international scene.

In the educational milieu, one of the main referents of the Institute is the Master's Degree in International Humanitarian Action, which has been running for 11 years in Bilbao, in coordination with another six European universities that are members of NOHA (Network on Humanitarian Assistance). During these 11 years, over 200 students, a considerable proportion of whom are linked to the world of humanitarian aid, the protection of human rights or cooperation with development, have taken the course at the University of Deusto. Throughout this period of time, the contents and structure of the course have been adapted to the needs being produced by humanitarian realities. These changes have been possible thanks to the networks available which allow close contact with reality through institutions directly involved in humanitarian activities, basically the most important Non-Governmental Organisations, as well as through various academic forums.

The contents of this second Yearbook are fostered by three types of contribution: some of the studies were carried out by

members of the Institute's team, whereas others are taken from research by people from outside the Institute who have direct experience in the field of humanitarian action; and finally, other studies incorporate and bring up to date research work done by graduates from the master's degree at the Institute. Most of the content is in the form of monographic studies or articles, although it has been included a reference of the main websites related to humanitarian action.

The Yearbook, which has been complemented with a description of the Institute's most relevant activities carried out over the previous academic year, has been published in collaboration with the Human Rights Office (Department of Justice, Employment and Social Security) of the Basque Government.



Estudios

Articles

A People vs. Corporations? Self-determination, Natural Resources and Transnational Corporations in Western Sahara*

Raphaël Fišera

«Contemporary history has shown us that in the vast area stretching from Berlin to Vladivostock, the so-called “realities”, which more often than not consisted of crime and lawlessness on a massive scale, proved to be less real and less permanent than many assumed. In matters pertaining to military invasion, decolonisation and self-determination, that peculiar brand of realism should be kept at a distance»

Judge Skubiszewski,
Separate Opinion, ICJ East Timor case

«Tel est le pays sans nom que les cartographes du temps persistent à désigner sous le nom de “Zone dissidente”».

Michel Vieuchange

Acknowledgements

I wrote this thesis during the second semester of a one-year Master’s programme in Human Rights and Democratisation at the Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation in Venice, Italy. My second semester host university was the *Pedro Arrupe* Institute for Human Rights of the University of Deusto in Bilbao, Spain.

I would like to thank the kind staff of the Pedro Arrupe Institute and in particular my supervisor Professor Anna Gallagher for encouraging me in taking on this challenge, Nicolas Gomez for invaluable research assistance and endless discussions, all the persons who kindly agreed to share their knowledge and experience during our interviews, J. for Lido dreams and Architect Frank Gerhy for ethereal moments in Bilbao in-between research.

Raphaël Fišera
raphaelfisera@hotmail.com
Brussels, December 2004

Abstract

Since the mid-1970s, the Western Saharan conflict has defied both resolution and understanding, as an entire people, split between refugee camps in the Algerian desert and the Moroccan occupied territory, has been waiting for the international community to effectively enforce its right to self-determination.

Through a combination of legal and geopolitical perspectives on the issues related to the exploitation of the rich natural resources in the last African territory still to be decolonised, this research paper will argue that transnational corporations (TNCs) can directly affect the welfare and the self-determination of a people, while the means to enforce corporate accountability remain limited and poorly adapted to the current global realities. The recent media campaigns led by NGOs against TNCs active in this area demonstrate the key role of global civil society in the emergence of corporate accountability and in reminding individuals, corporations and governments of their ethical and legal obligations towards indigenous peoples such as the Saharawis.

* Thesis written in the framework of the *European Master’s degree in Human Rights and Democratisation* at the European Inter-University

Centre for Human Rights and Democratisation in Venice, Italy and the University of Deusto in Bilbao, Spain in the academic year 2003/2004.

This paper will first consider the historical and socio-economic context of the conflict and the importance of natural resources in this dispute (chapter I) before addressing the legal dimension of the exploitation of these resources by the occupying power and third parties (II). I will then argue that the decision of Morocco to involve Western oil and gas TNCs in the Western Sahara represents a complicating factor to the conflict and has created a new, corporate playing field for the conflicting parties (III). The last chapter of this analysis will address the current political and legal mechanisms for ensuring the accountability of such TNCs and assess whether campaigns by global civil society actors provide an effective, alternative avenue for corporate accountability (IV).

Acronyms

AI	Amnesty International
CoE	Council of Europe
EU	European Union
FAR	Moroccan Royal Armed Forces
HRW	Human Rights Watch
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICJ	International Court of Justice
ILO	International Labour Organisation
KMG	Kerr-McGee
MINURSO	United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara
NGO	Non Governmental Organisation
ONAREP	Office National de Recherches et d'Exploitations Pétrolières
POLISARIO	Popular Front for the Liberation of Seguiet el Hamra and Rio de Oro
POW	Prisoner of War
SADR	Sahrawi Arab Democratic Republic
TNC	Transnational Corporation
UN	United Nations
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UNGA	United Nations General Assembly
UNSC	United Nations Security Council
WS	Western Sahara

Map Western Sahara (MINURSO)



Introduction

«The cases of Western Sahara and East Timor are the two most salient failures of de-colonisation. In the case of Western Sahara, the United Nations has allowed itself to be a pawn in the machinations of a minor regional power».

José Ramos-Horta

in his acceptance speech for the Nobel Peace Prize in 1996

The Western Sahara has the sad privilege to belong to the few ongoing «forgotten conflicts», which have long slipped off the radar screens of the international community. The tragic fate of the 230,000 Saharawi people and the occupation of their territory by Morocco, with the support of its staunch ally France, have gone virtually unchecked since the invasion of the territory in 1975. The UN mission in Western Sahara, the MINURSO, in charge of organising a referendum of self-determination in one of the very last territories placed on the list of those to be de-colonised, has been extending its mandate every 6 months since its inception in 1991 and so far, it has proven unable to make any tangible progress towards implementing its mandate. Instead, the MINURSO and through her, the entire international community, have only witnessed a painful demonstration of the inefficiency of international law in the absence of political (good) will of the members of the UN Security Council. What seemed like a relatively straightforward mission for the UN in the enthusiastic beginnings of the «New World Order» actually turned out to be one of the UN's most resounding failures: 16 years later and after over half a billion dollars spent¹, the situation on the ground has hardly changed. Morocco continues to control over 80% of the territory and the vast majority of the Saharawi population still lives in refugee camps near the Algerian military outpost of Tindouf. Worse still, the referendum has still no more reality than a desert mirage.

The role of natural resources in this conflict is often overlooked by observers and diplomats, who instead seek the causes of the conflict in oversimplified socio-historic elements or pure opportunism of the Moroccan monarchy. As a result,

several «experts» tend to disregard the geo-strategic interest of the territory altogether and go as far as stating for example that «oil is certainly not a key issue in the resolution of the conflict»². This paper will argue quite the contrary and offer a return to classical imperialist theory. In fact, this conflict may be perceived as being *essentially* about natural resources and their exploitation by Morocco.

While there has been some research done on the exploitation of fisheries and phosphates, little if any is available on the hydrocarbon reserves. This is all the more regrettable since the role of oil appears as most illustrative of the «neo-imperialist» dynamics at play in Western Sahara. In addition, a focus on oil provides a fresh perspective on the broader issue of the exploitation of natural resources of non-autonomous peoples, as the Saharawis have been designated since the mid 1960's.

Notwithstanding the actual amount of oil reserves off and onshore Western Sahara, the oil issue has come to the fore of the conflict since 2000 and has proven to be a significantly complicating factor. The signature of reconnaissance licenses by Rabat in 2001 with key oil players, the French group *Total* and US firm *Kerr-McGee*, and the counter-response by the Saharawi liberation movement, the *Frente Polisario*, consisting in a rival deal with independent *Fusion Oil* have allowed trans-national corporations (TNCs) to enter the Saharawi battlefield with their own rules and logic. This thesis will argue that this proxy «corporate war» has significantly affected the strategies of all actors involved in the conflict, including the NGO solidarity movement as well as the UN.

Evidently, the involvement of TNCs bears direct and significant consequences for the self-determination of the local, indigenous population. Indeed, as I will seek to demonstrate, by exploiting the local natural resources with the backing of the occupying power Morocco and without involving the Saharawi people as required by international law, TNCs not only place themselves in complete illegality, but also contribute to impede the realisation of this people's right to self-determination. This interference of TNCs with the *erga omnes* right to self-determination is not an isolated event and can be placed within the

¹ The annual cost of MINURSO is of \$41 million for a total staff of 232 including 200 military observers.

² DE SAINT MAURICE (2000), p. 11.

broad context of the ever increasing role of TNCs (and the corporate sector at large) on both global and local realities. Such a trend goes largely unregulated owing to the reluctance or inability of States to adapt international law and mechanisms to this new situation of unregulated corporate power. In spite of the recent development of notions such as corporate legal accountability and codes of conduct, indigenous peoples are still far from holding effective tools to oppose the violation of their rights.

This study will first consider the complex historical and socio-economic context of the Saharawi conflict and discuss the importance of natural resources in this protracted dispute (Part I) before addressing the legal dimension of the exploitation of these resources by the occupying power and third parties (Part II). The recent Moroccan decision to involve oil and gas TNCs in the Western Sahara territory represents a further complicating factor to the conflict owing to their tight relations with their home states and their political and economic clout, and has created a new, corporate, playing field for the conflicting parties (Part III). The last section of this paper will consider the existing political and legal mechanisms for ensuring the accountability of TNCs, such as those involved in Western Sahara. The current limits of corporate accountability will lead us to assess whether media campaigns by NGOs, such as that led by the Norwegian Support Committee for Western Sahara against a Norwegian exploration company involved in the Western Sahara, may provide an effective, alternative avenue for corporate accountability (Part IV).

By combining notions and perspectives from both international law and political science, this paper will seek to demonstrate that the issue of the exploitation of oil reserves in Western Sahara goes well beyond that of a minor and localised question, and in fact, can be approached as the nexus of the notion of the accountability of trans-national corporations and that of the self-determination of a people.

I. An overview of the conflict and the role of natural resources in the conflict

«Le Sahara on ne connaissait pas. Enfin si, un peu, grâce à ce qu'on nous racontait à la télé et à ce qu'on lisait dans les journaux et qui peut, grosso modo, se résumer en une phrase: "De Tanger à Lgouira, le Sahara marocain est marocain, le reste, ta gueule! T'as pas à savoir" ...Pourtant, on savait que ça ne s'arrêtait pas à l'image qu'on nous donnait et comme on n'avait rien d'important à faire pendant dix jours on s'est dit que ça valait le coup d'aller voir».

Yassine Zizi³

The Western Sahara is a vast stretch of 260,000 square kilometres of mostly desert landscape along the Atlantic Ocean and bordered by Morocco, Algeria and Mauritania. Since its inception in the mid-1970s, the conflict over this territory has defied both resolution and understanding. Whereas the invasion of the territory by Morocco in 1975 and the ensuing armed conflict have been to some extent reported and analysed, the reality of the occupation on the ground has been largely undocumented over the past 28 years and has met with ever-decreasing international public interest as the peace talks led by the UN and its Special Envoy, James Baker, repeatedly fail to break the protracted stalemate. Prior to discussing the exploitation of natural resources in the territory, it thus appears crucial to first provide an overview of the key aspects of this complex conflict.

Following a brief review of the main historical events and actors of the Western Saharan conflict (A), the first part of this study will identify and present the three main facets of the occupation- political repression (B), socio-economic control (C) and demographic change (D), which have a direct impact on the ownership and exploitation of the rich natural resources of this territory (E).

A) A historic overview of the conflict

i) SPANISH «RULE AND RUN»

During the later stages of the de-colonisation process of the African continent, the territory, which was then named the Spanish Sahara-a Spanish protectorate since 1884, was widely

³ Page Blanche, TelQuel number 100, 7 November 2003.

expected to follow the same path as other European colonies on their way to self-determination. In line with a string of international instruments adopted by the UN bodies and in particular by the United Nations General Assembly (UNGA) covering «non self governing territories» under Chapter XI of the UN Charter⁴, as the region had been designated as early as 1963, preparations were reluctantly made by the administrative power, Spain, to organise a referendum on self-determination to decide on the final status of the territory. In 1974, Spain carried out the required census of the local population, which identified some 73,500 Saharawis. However, in the mean time the Moroccan King, Hassan II, claimed sovereignty over the Saharawi territory as part of the «Greater Morocco» nationalist discourse⁵. This claim led UNGA to ask the International Court of Justice (ICJ) for an advisory opinion on the following two questions: whether Western Sahara was at the time of Spanish colonisation a «terra nullis» and, if not, what the legal ties were between this territory and the two neighbouring kingdoms of Morocco and Mauritania? In a landmark decision, the ICJ answered on 16 October 1975 that there was no evidence of «any tie of territorial sovereignty» between Western Sahara and either neighbour even though the World Court could identify «indications of a legal tie of allegiance between the Moroccan sultan and some, although only some, of the tribes in the territory»⁶. The Court also found certain legal ties between Mauritania and Western Sahara, however neither of these ties were considered to be of «such nature as to affect the application of Resolution 1514 (XV) in the de-colonisation of the Western Sahara and in particular of the principle of self-determination».

Regardless, the Court's opinion was to fall upon deaf ears. Days later and in complete violation of its international obligations (and moral responsibility) towards the Saharawi people, Spain signed, in the last moments of an agonising Franco⁷, the

secret «Madrid Accords» with Morocco and Mauritania, which *de facto* set out the progressive transfer of the control over the territory to its two neighbours, and incidentally ensured the preservation of Spanish commercial interests in fisheries and phosphate exploitation⁸. On 26 February 1976, Spain was to publicly relinquish its responsibility over the territory, transferring it to Morocco and Mauritania.

ii) MOROCCAN INVASION

As the last Spanish troops left the territory in this tense autumn of 1975, 350,000 Moroccan citizens (accompanied by 10,000 soldiers) crossed into the Western Sahara as part of the so-called «Green March» (La Marche verte) skilfully masterminded by the Moroccan king, Hassan II (namely as a jingoistic means to recoup his authority, which had just been challenged by two failed *coups d'Etat*)⁹. The March was condemned by UNSC and UNGA resolutions¹⁰, but this did not prevent the Moroccan Royal Armed Forces (FAR), and two months later the Mauritanian troops, from invading and taking over most of the territory by the end of January 1976. The Saharawi national liberation movement, the Popular Front for the Liberation of Seguiet el Hamra and Rio de Oro (hereafter the Polisario) created in the last period of Spanish occupation¹¹, engaged in guerrilla warfare against the Moroccan and Mauritanian troops with the active support of Algeria and Libya, and proclaimed the Saharan Arab Democratic Republic on 27 February 1976. Thanks to extensive external military support (most notably from France and the USA), the Moroccan troops rapidly consolidated their control over most of the Saharawi territory and, with napalm and cluster-bombs forced the Polisario and the vast majority of its people out of its territory into the neighbouring Algerian desert, where they settled in tent camps in the area of Tindouf.

⁴ In particular UNGA resolution 2072-XX 1964 and Resolution 2220-XXI of 1966; A/5514 Annex III.

⁵ The notion of «Greater Morocco» was developed by the Istiqlal party, the leading force behind Morocco's independence in 1956 and encompassed Western Sahara, Mauritania as well as parts of Algeria and Mali and the Spanish islands of Ceuta and Melilla. According to Ruiz Miguel (2003), this nationalist theory has no historical grounding.

⁶ Cf. KNOP (2002) and CASTELLINO (2000) for legal analyses of the ICJ opinion.

⁷ Franco died on 20/11/75.

⁸ Technically speaking, the Madrid agreement established the transfer of powers and responsibilities of Spain as the administrative power of the territory to a temporary tripartite administration. Regarding the secret deal and the Spanish benefits cf. MISKE-TALBOT.

⁹ For details on the march see PERRAULT, pp. 237-249.

¹⁰ S/RES/380 and S/RES/379 called for the immediate withdrawal of the participants in the Green March.

¹¹ The Polisario Front was created on 10 May 1973 to fight for independence from Spanish rule.

A military coup in July 1978 overthrew the Mauritanian leadership of Ould Daddah and led to the signature of a peace treaty in Algiers on 3 August 1979 between Mauritania and the Frente Polisario by which Mauritania was to hand over progressively the occupied territory to the SADR. However, a week later, Morocco took over that same territory as a further step towards the realisation of its «Great Morocco» project.

iii) MOROCCAN OCCUPATION

Throughout the 1980s, Morocco consolidated its presence in the occupied territory (around 85% of the Western Sahara¹²) by constructing a series of long defensive walls, the «Berm», which were heavily mined and fortified with foreign assistance in particular from France, the USA and the UK, and posted along the 2,400 km sand and rock walls 110,000 soldiers, representing no less than 2/3rd of the FAR. The provinces of Seguiet el Hamra and Rio de Oro were integrated within the Moroccan administrative borders and became known as the «Southern Provinces». And, the population was included in Moroccan elections and referenda, such as the parliamentary municipal elections in September 2002. On the other side of the Moroccan «Great Wall», the Saharawi population in exile (now estimated by UNHCR at 165,000) has been languishing ever since in the Algerian desert, separated from their family members and homes left in the occupied territory.

iv) UN STEPS IN AND STUMBLING

Following years of tentative efforts by the United Nations in co-operation with the Organisation of African Unity¹³ to seek a solution to the conflict, both parties finally agreed in 1988 to a settlement plan, which was approved by the UN Security Council on 29 April 1991. This plan established the United Nations Mission for the Referendum in the Western Sahara (MINURSO),

which was given the mandate to organise and conduct a referendum, in which «the people of Western Sahara would choose between independence and integration with Morocco»¹⁴, as well as to monitor the cease-fire between the Polisario and the FAR rendered effective in 1991. In view of holding the referendum, the Identification Commission of MINURSO would first identify the persons entitled to participate in the referendum on the basis of the earlier census carried out by Spain in 1974.

However, the identification process proved extremely tedious with Rabat seeking to enlist 130,000 additional voters with the aim of fixing the result of the referendum, and, even though it was finally completed on 30 December 1999, the UN in each successive resolution regrets that «the parties continue to hold divergent views regarding the appeals process, the repatriation of refugees and other crucial aspects of the plan»¹⁵. In parallel to the hotly contested identification process, the UN through the Personal Envoy of the UN Secretary General, James Baker, has painstakingly sought to reach a «political solution that provides for self-determination». His latest initiative, «the Peace Plan for Self-Determination of the People of Western Sahara»¹⁶, submitted in January 2003 and unanimously approved by the UNSC¹⁷, consists in a compromise solution: local elections would be held to establish legislative, executive and judicial bodies of a provisional local self-government for four or five years, following which a referendum would be held on the permanent status of the territory¹⁸. The «detail devil» lies in the fact that the «Western Sahara Authority» would be elected by the voters on the UN voter list of 1999 and those on the UNHCR repatriation list (in the Tindouf camps), while the referendum would include those «residing continuously» in Western Sahara since 30 December 1999, thereby including the numerous Moroccan settlers, which evidently outnumber the «Saharawi people» as defined by the UN¹⁹. The Plan also provides for the release of all detainees and POWs and the demilitarisation of the region. The Polisario initially rejected the Plan before later

¹² US State Department (2003).

¹³ SADR was admitted to the organisation in 1984, which led to the withdrawal of Morocco. Currently, 75 countries recognise SADR. These do not include any major Northern country.

¹⁴ UNSC Press Release, SC/8077, 29/04/2004.

¹⁵ *Ibid.* In his report to the UNSC in April 2004, K. Annan noted that the referendum was never held «because of lack of co-operation over the years, by one or the other party, at different times».

¹⁶ for details on the different phases of the UN talks refer to RUIZ MIGUEL (2002, 2003). Ruiz Miguel considers that the Plan «will not bring peace, but violence. It does not provide for self-determination; it negates it».

¹⁷ UNSC Resolution 1495 (2003).

¹⁸ Peace Plan, S/2003/565, Annex II (cf. annex).

¹⁹ For a critical analysis of the Baker Plan see Sahara Analysis, n.º 23, 10/06/03.

expressing «a willingness to agree to work towards several options» in July 2003²⁰. In a long-delayed response in April 2004, Morocco stated that the Baker Plan (it had agreed with earlier) «goes against the legitimate interests of the Kingdom» and that it would only agree to a solution for Western Sahara based on «autonomy within the framework of Moroccan sovereignty». Rabat rejected the possibility of a transitional period and the «possibility for the independence option to be submitted to the said population», and concluded that it was «out of the question for Morocco to engage in negotiations with anyone over its sovereignty and territorial integrity»²¹. While for a long time, many observers believed that Morocco «did not oppose a referendum, they are just waiting for it to occur only when they are 99,9% sure the vote will be in their favour»²², in fact the latest official position on the issue establishes that Rabat has now rejected the consultation altogether (if it ever had even considered the possibility) and is only considering autonomy, i.e. official UN legitimisation of the annexation. In his last report, a visibly frustrated UN Secretary General remarked that because of Morocco's response, the parties should negotiate a solution based on «autonomy within the framework of Moroccan sovereignty»²³, yet noted that the UNSC should also consider the option of terminating MINURSO and returning the issue to UNGA, thereby «[acknowledging] that, after the passage of more than 13 years, the UN was not going to solve the problem of Western Sahara without requiring that one or both of the parties do something that they would not voluntarily agree to do». However, while «noting the role and responsibilities of the parties», the UN Security Council simply reaffirmed its support for the Peace Plan as «an optimum political solution on the basis of agreement between the two parties» and extended once more the mandate for MINURSO by 6 months until 31

October 2004²⁴. In the absence of any tangible progress in the political talks, the single positive development to date is the initiation by UNHCR in March 2004 of a programme of exchange of family visits between the camps in Tindouf and the occupied territories.

Much has been said, albeit discreetly, about the reasons for the failure of MINURSO. The work of MINURSO has been strongly criticised by independent observers and UNSC has systematically failed to seriously investigate such criticism²⁵. However, most independent observers agree that the responsibility lies not so much on the UN and MINURSO, whose efficiency —as is commonly known for all UN missions and activities, largely depends on the will of member states, and in particular those of the Security Council, than on Morocco and France who have until now vigorously opposed any progress on the referendum by all sorts of delaying tactics. Human Rights Watch concluded from its fact-finding mission in 1995, «Morocco, which is the stronger of the two parties both militarily and diplomatically, has regularly engaged in conduct that has obstructed and compromised the fairness of the referendum process. In addition, a lack of UN control over the process has seriously jeopardised its fairness»²⁶. Morocco's strong allies on the UNSC have successfully prevented any investigations into its interference with the UN mission and overall behaviour in the territory. Therefore, in spite of UN presence and a score of UN resolutions, the Saharawi people remain as far as ever from realising their right to self-determination and have to bear either the harsh realities of Moroccan occupation or that of the refugee camps in Tindouf as they patiently hope for the UNSC to muster the necessary political will to enforce international law.

²⁰ Williams and Zunes (2003) provide a sharp analysis of the positions of the various key actors. The authors believe the Polisario «supported the plan precisely because they knew Rabat would oppose it». The shift consisted in «sound diplomatic strategy to manoeuvre [Morocco] into defying the USA and the rest of the world».

²¹ Report of the UNSG on the situation concerning Western Sahara, 23/04/04, S/2004/325. The Report contains the reply of the Kingdom of Morocco to Mr. Baker's proposal.

²² Sahara Analysis, n. 23, 10/06/2003.

²³ S/2004/325, 23/04/2004.

²⁴ S/RES/1541, 29/04/2004.

²⁵ In part. see the critical analyses of US Ambassador Ruddy and Human Rights Watch (1995).

²⁶ HRW (1995) p. 4. HRW elaborates at length on the «obstructionist behaviour» of Moroccan authorities including the intimidation of Saharawi applicants, shameless pressure on MINURSO staff members and policy such as the insistence that all UN flags be removed from UN identification centres or the interception of UN supplies. Interestingly, the reports shuns from mentioning the behaviour of other States such as France.

B) *Repression in the dark: an overview of the human rights situation*

i) IN THE OCCUPIED TERRITORIES

Ever since the Green March and the invasion of the territory by the Moroccan army, the occupied part of the Western Sahara has witnessed large scale human rights violations as well as blatant disrespect for international humanitarian law, and this throughout the period. With little avail, the leading international human rights organisations²⁷ have regularly denounced the repression committed by Moroccan authorities and security forces against the Saharawi civilian population. In particular, NGOs have singled out the forced disappearances²⁸ (figures vary between 452 and 1,500), arbitrary, collective and mass arrests, indiscriminate killings of civilians and inhuman and degrading treatment and torture. In their 2002 Mission Report²⁹, *France Libertés* and AFASPA state unequivocally that the civilian population has been the «deliberate target» of the Moroccan army since 1975 and that the Moroccan authorities still carry out arbitrary actions against the civilian population. In addition, they note that owing to a defective judicial system, the rights to a fair trial and to reparation are largely violated and the perpetrators of these crimes continue to enjoy full impunity³⁰. Recently, *Reporters Without Borders* issued a report highlighting the continuation of arbitrary arrest, torture and ill treatment of Saharawi militants and denounced the torturing and sentencing of 14 activists in 2002 to jail terms of six months to two years for participating in a pro-independence demonstration³¹. Similarly, *Amnesty International* in 2003 denounced the «the imprisonment of several Saharawi human rights and civil society activists for the peaceful expression of their views in favour of an independent Western Sahara» and «the harassment and

intimidation of dozens of other Saharawi human rights and civil society activists, particularly those perceived to advocate the independence of Western Sahara»³². Several NGOs and Governments (including the USA) have reported on the existence of secret detention centres in the occupied territories, most notably those of Agdz, Laayoune, Tazmamert and Kal'at M'gouna, where numerous cases of disappearances have occurred in the past. While the Monarchy has recently started to compensate certain victims of torture or disappearances by members of its security forces, the extent of compensation and of investigation into the crimes remains largely unsatisfactory and the Moroccan state persists in refusing to admit its responsibility for «a single case of disappearance in the region»³³. Freedom of movement is also limited in numerous military sensitive areas and Saharawis face difficulties in obtaining Moroccan passports³⁴. While the mandate of MINURSO implicitly contains that of protecting human rights, the UN mission has remarkably failed to act in this field.

ii) IN THE CAMPS

The human rights situation in the Saharawi controlled area in the Tindouf camps is difficult to assess owing to the refugee condition of the population, albeit a protracted one. It appears that the Saharawi population faces the typical issues and problems of any refugee camp in terms of socio-economic and human development³⁵ (health problems, unemployment etc.). These are aggravated by the hostile environment of the Algerian desert. However, many observers have noted that thanks to extensive international assistance and to organised Polisario structures (government, education, judiciary etc.) the conditions in the camps remain remarkably decent considering the con-

²⁷ This section is based on the latest reports on the region by Amnesty International (2003), Reporters Without Borders (2004), Human Rights Watch (1995; 2003) and Fondation FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002). The US State Department also provides a synthetic review of the HR situation in WS (2003).

²⁸ On disappearances see Amnesty International (1993).

²⁹ FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002), p. 9.

³⁰ *Ibid.*, pp. 21-22.

³¹ Reporters Without Borders (2004), p. 4.

³² Amnesty International (2003).

³³ *Ibid.* To date, not one person responsible for ordering or carrying out «disappearances» has been prosecuted. The US State Department notes that «many still view the [compensation and investigation] process as biased, slow and flawed administratively» (2003).

³⁴ US State Department (2003).

³⁵ Cf. S/2003/39 and report of joint assessment mission to the camps by WFP and UNHCR in Jan. 2004. The World Food Programme provides 3000 tonnes of emergency food aid per month for a total annual cost of \$26 million. The average life span of Saharawis is 45-47 years old. HOPE (2004). The European Commission provides, through ECHO, €14 million worth of humanitarian aid per year.

ditions. Also, the Polisario Front appears to have established functioning democratic institutions in the camps³⁶. However, one may mention the polemical report by France Libertés on the remaining Moroccan POWs, who allegedly have been and still are victims of forced labour, torture and arbitrary killings³⁷. This report was vigorously denounced as pro-Moroccan propaganda by the pro-Saharawi solidarity movement. In any event, the partial lack of coherence and double-checking of sources and the somewhat excessive tone of the report, confronted to the absence of any similar accusations by other international observers in the past, do indeed raise serious questions as to the value of these allegations³⁸. Notwithstanding the veracity of this report, the presence of the world's longest POWs remains a serious source of concern (and a violation of the 3rd Geneva Convention which states that «all POWs should be released and repatriated without delay following the end of active hostilities») and the leading human rights organisations and international bodies, such as the ICRC, regularly call for their release. The Polisario Front has nonetheless partly headed these concerns and has lately been releasing POWs³⁹.

iii) In Morocco

An overview of the poor human rights situation in the occupied territories should not be isolated from the overall worrying Moroccan context. Indeed, a review of the various human rights reports indicates that any improvement or deterioration of the rights situation in Western Sahara is intimately linked to that in Morocco and to the political developments in Rabat⁴⁰. Owing to the policy of integrating the occupied

territories into the Moroccan judicial, political and economic structures, Saharawis suffer therefore from the same human rights violations and lack of democracy as Moroccan citizens in addition to the specific violations related to the occupation mentioned above. Abdelsam Maghraoui from *Reporters Without Borders* (RWB) notes that the country's «steps towards democracy have been tentative and any progress to date can be reversed» and that «ultimate authority continues to rest with the king, the supreme political actor and arbitrator»⁴¹. Among some of the key concerns, Maghraoui identifies: legal discrimination against women and Berbers, child labour, an increase in civil and human rights violations since May 2003, a legal system hampered by corruption and political pressure and «pervasive and systemic corruption». The early years of the new monarch Mohammed VI had witnessed undeniable progress in civil and political liberties and a tangible improvement of the situation in Western Sahara. Regrettably, all reports now converge in noting a worrying counter-trend emerging in the aftermath of the Casablanca bombings in 2003⁴² and the concurrent regain of influence of the least liberal forces in the political and military elite (the «Makhzen») over the King. In 2003, Amnesty International observed a «sharp rise» in the number of reported cases of torture or ill-treatment, which represented a «step backwards in what has otherwise been a positive trend in Morocco / Western Sahara towards improved human rights protection and promotion over the last decade»⁴³. Similarly, France Libertés and AFASPA denounced a recent wave of arrests not only of Saharawi activists such as those members of the Sahara section of the Moroccan Truth and Justice Forum but also that of persons involved in the last legislative elections in the occupied territories⁴⁴.

³⁶ WILLIAMS & ZUNES (2003). The Polisario is eager to point out the democratic credentials and religious tolerance of the Saharawis. For example, 12 out of 51 Saharawi MPs are women, HOPE (2004).

³⁷ FRANCE LIBERTÉS (2003). Most of the POWs have been detained for more than 20 years.

³⁸ In my interview with Afifa Karmous, the author staunchly defended her report, while all the other European observers I discussed this issue with, who had also been in the POW camps, flatly rejected these allegations. Amnesty International (2003) p. 16 does note that «serious human rights abuses-including torture- were widespread in the Polisario camps particularly during the late 1970s and throughout the 1980s. The report does not mention the extension of such practices into the 1990s.

³⁹ The Frente Polisario released 300 POWs in November 2003 and a further 200 in February and June 2004. Polisario now retains 414 POWs.

⁴⁰ Significantly, all major human rights organisations refer to the HR situation in Western Sahara under the Morocco country heading.

⁴¹ For an extensive and thorough review of Morocco's authoritarian realities, cf. RWB (2004) and PERRAULT (1992).

⁴² Five synchronised suicide bombings killed 45 persons on 16 May 2003 and have been attributed to a group related to Al-Qaeda.

⁴³ Amnesty International (2003).

⁴⁴ FRANCE LIBERTÉS & AFASPA, p. 22.

C) *Plundering the neighbour's resources*

i) INFORMATION BLACKOUT

A study of the economic aspect of the Moroccan occupation of Western Sahara is immediately confronted with a fundamental problem; that of the scarce information and documentation available, not only about economics but also about the whole territory in general. Indeed, the developments in this part of the world have gone largely unaccounted for during the last quarter of a century—which ironically has been heralded as that of ever more ubiquitous and immediate communication and information. This phenomenon can be attributed in part to the relative lack of interest by foreign journalists and academics in this largely uninhabited, inhospitable and poorly accessible region, as well as to what can be coined as «conflict fatigue» over a protracted crisis, which has shown little signs of being resolved. Moreover, in a Western media-friendly time perspective. However, needless to say that the lack of information is first and foremost the result of a deliberate policy by the Moroccan authorities to keep a dark veil over its dealings in the occupied territory. As stated by Amnesty International, «the monarchy and the status of Western Sahara are taboo subjects for public discussion»⁴⁵. Any reference to Western Sahara in Moroccan or even foreign media by Moroccan or Saharawi journalists is indeed considered by the authorities as «undermining the stability of the State» or the monarchy or «threatening the integrity of the national territory» and as such liable of heavy sentences for the author⁴⁶. This has led to the imprisonment of several journalists and political activists, including Moroccan journalist Ali Lmrabat who was heavily convicted in June 2003 on all the charges mentioned above for a series of articles, cartoons and a photo-montage published in his French-language weekly *Demain Magazine* and in a Spanish newspaper. These articles included an interview with a former Moroccan political prisoner advocating the right to self-determination for the Saharawis⁴⁷. The expulsion of Norwegian journalists on three occasions since January 2004 from Morocco and the occupied territory for

wanting to write on the Western Sahara is yet another sharp reminder of the media blackout ensured by Rabat⁴⁸. Also, international NGO reports are few and far between. *Amnesty International* hardly publishes any reports specifically on Western Sahara since any reference to the territory is included under Morocco country reports or under the Morocco/Western Sahara heading. There is only one report by *Human Rights Watch* available (from October 1995) on the conflict, appropriately entitled «Western Sahara, keeping it secret; the UN operation in the Western Sahara», and HRW does not appear to raise the issue of Saharawi self-determination in its press statements⁴⁹ and the influential and prolific think-tank *International Crisis Group* is strikingly mute on this conflict. In addition, the Sahara Section of the NGO Forum for Truth and Justice was banned by a court in Laayoune on 18 June 2004 and the rare remaining NGOs in the area are under tremendous pressure and even physical violence from the ubiquitous Moroccan security forces. As Mahmoud Daddach experienced following his testimony at the UN Human Rights commission, testifying about human rights abuses in Western Sahara may lead to serious consequences for the witness and his or her family. Regrettably, the presence of MINURSO has not been conducive to greater transparency in the occupied territories—HRW notes that MINURSO rules strictly limit «the opportunities for independent outsiders to observe and analyse the identification process»⁵⁰. The New York-based NGO notes that internal pressure from MINURSO in addition to constant surveillance by Moroccan security agents make UN staff members «reluctant, even frightened» to speak to observers such as HRW⁵¹.

In addition to the limited freedom of expression, the predominant role and sheer presence of the military and secret police in the area (estimated figures vary between 110-200,000 soldiers) also largely contribute to the information blackout over the area. The «sacred» nature of the army as enshrined in the Constitution ensures firstly that the army budget (an annual budget of \$2 billion or 12% of total state funds, which are principally directed toward the financing of the occupation) and its activities are not discussed and secondly, that public debate

⁴⁵ AI (2004).

⁴⁶ RWB (2004).

⁴⁷ AI (2004). Ali Lmrabat was the laureate of the 2003 Reporters Without Borders-Fondation de France annual press freedom award.

⁴⁸ Norwegian News Agency (2004). See also www.rsf.org.

⁴⁹ See the most recent letter by HRW Director Kenneth Roth to US Secretary of State Colin Powell on the eve of his visit to the region in December 2003 (HRW 2003).

⁵⁰ HRW (1995), p. 6.

⁵¹ *Ibid.*

over the army is limited —criticising the military is punishable by up to three years in prison⁵².

ii) DEEPLY ENTRENCHED INTERESTS

The lack of information available is all the more manifest regarding the economic dimension of the occupation. This would tend to corroborate the statement that «economics is the justification itself for the Moroccan presence in Western Sahara. To address the issue of the economic management by Morocco is to address the Moroccans and foreigners responsible for the state of depredation of the natural resources in the Western Sahara»⁵³. Hence, the absolute taboo over the economic realities of the Moroccan occupation. A closer study of the beneficiaries and owners of Western Sahara natural resources rapidly reveals the collusion between the economic and political-military elite in the occupied territory. Whereas according to the saying «trade follows the flag», it seems that in the case of Western Sahara «trade is the flag» i.e. that on a first-come-first-serve principle, the military leadership has from the very beginning of the occupation of the territory ensured its control over the economic activities therein (including human and drug trafficking). *France Libertés* and AFASPA state in their report that «the natural resources of Western Sahara are stolen to the sole benefit of a few persons in senior military or political positions»⁵⁴. The report then provides detailed information on the ownership of the main fisheries companies, which essentially belong to the so-called «Lords of the Sahara»; a group of military Generals, together with senior political leaders such as the current parliamentarian and former President of the Laayoune-Boujdour region, Braïka Zerouali. The King himself allegedly owns a prosperous 13 ha farm in the area. This collusion between economic and political-military interests has even been mentioned in the Moroccan press. The military are also increasingly participating in the economic activities itself with FAR directly involved in the surveillance of the foreign fishing fleets and of oil exploration expeditions offshore Western Sahara⁵⁵.

iii) THE «MAKZHEN» GOVERNANCE

The heavy-handed control by the military elite over the Saharawi resources is characteristic of the type of the «makzhen» governance established by Hassan II and upheld by his son, Mohammed VI. In Moroccan Arabic, «makzhen» means the storehouse, which corresponds to the palace quarters where goods offered to or expropriated by the sultan's representatives were stored. According to this system, a king's servant «from the highest to the lowest levels of the state hierarchy is left to operate his sector of the public domain like a personal fiefdom in exchange of loyalty to the monarch»⁵⁶. This loyalty is crucial since the Alaouit regime has always faced a legitimacy issue not only in the Western Sahara but also throughout Morocco⁵⁷. More generally, the «makzhen» refers to the political and economic elite profiteering from such feudal practices. In Western Sahara, the monarchy has simply extended this elaborate strategy of distributing public assets to the armed forces, royal family members and to a local Saharawi elite. It comes thus as no surprise that the rich Western Sahara resources play a key role in the makzhen policy and in particular vis-à-vis the army. As a consequence, the government has been keen to ensure that allegations of corruption in the military are suppressed while the whistleblowers are «disciplined, prosecuted or arrested»⁵⁸. The vast sums of government money annually spent by Rabat in Western Sahara on civilian and military infrastructure is also a source of lucrative business for the makzhen⁵⁹. Consequently, the occupation of Western Sahara has largely contributed to the corruption of the regime and to an over-dimensioned military with deeply entrenched geostrategic interests.

The Spanish journalist Tomas Barbulo is one of the very rare authors to have written on the Saharawi elite co-opted into the makzhen⁶⁰. He identifies four Saharawi families or tribes—Yumani, Habib El Kentoui, Brahim Hammad and Hassan uld Dirham, which control most of the economic activities of the occupied territory in co-operation with the Moroccan military

⁵² RWB (2004), p. 10.

⁵³ FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002), p. 36 (my translations).

⁵⁴ FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002), p. 47.

⁵⁵ ECHEVERRÍA (2003) p. 8.

⁵⁶ MAGHRAOUI (2001).

⁵⁷ See PERRAULT (1992).

⁵⁸ RWB, p. 12.

⁵⁹ HRW (1995) quotes figures that indicate that most of the cost of the invasion and occupation has been covered by Saudia Arabia. The Saudi aid has been estimated at \$1 bln. a year from 1979 to 1981 and \$500 million since then. Civilian expenditures between 1976 and 1989 amount to \$180 mln a year. According to RWB, the total amount of estimated embezzled funds in the public sector had reached \$15 billion in 2002.

⁶⁰ BARBULO (2002), chapter 1.

and members of the royal family. Barbulo describes in details how each of these families have carved up the activities in monopolies (e.g. cementry, gas supplies or transport) and how Rabat carefully fuels rivalry between the four clans in terms of loyalty to the monarchy. Interestingly, Barbulo establishes that such practices and roughly the same Saharawi elite were already observable under Spanish colonial rule, and were simply preserved under the ensuing Moroccan occupation.

D) *State-sponsored migration*

i) A POLICY OF DEMOGRAPHIC CHANGE

Another area particularly undocumented is the demographic reality of the occupied territory. A piecemeal analysis reveals that the occupation of the territory has been accompanied by a deliberate and organised policy of demographic change. Following the «*Marche verte*», which was a State-sponsored (and not spontaneous as Rabat claims) migration «*happening*», Rabat has sought to encourage further settlement of Moroccan citizens in the territory. Such a policy is in direct violation of the 4th Geneva Convention, which prohibits countries from transferring their civilian population into territories seized by military force. Beyond the well-documented, expedient goal of fixing the voter identification process of the MINURSO for the organisation of an ever improbable referendum on self-determination⁶¹, the long-term goals of the state-sponsored migration policy are twofold: legitimising the annexation by sheer demographic change and providing the workforce to exploit the bountiful natural resources of the territory.

ii) FROM MAJORITY TO MINORITY STATUS

In less than thirty years, Rabat appears to have largely succeeded in its first goal: the Saharawi population is now a

minority within its own territory- in Laayoune its represents only 30% of the population, in Smara 20% and in Dakhla 10%⁶². Such figures are astounding and tend to reveal the scale of the migration policy, which finds little precedent in recent history besides possibly Chinese state-sponsored Han migration in Xinjiang or Tibet. In what is commonly regarded as a «*twin case*», East Timor, the Indonesian junta over the same period of time largely restrained from such policies of demographic change. In the absence of available documents and research, it remains difficult to assess in detail the migration policy led by Rabat in the occupied territory, however one may only point out the considerable incentives offered by Morocco to settle in the territory, such as double pay for civil servants, tax-free salaries, subsidised food (fuel, power, water and commodities such as flour, cooking oil and sugar are subsidised)⁶³. This leads the US State Department to conclude on the existence of a «*sizeable Moroccan economic programme [which] subsidises migration and development as part of its efforts to strengthen Moroccan claims to the territory*». In impoverished Morocco, such offers are certainly very attractive to a large part of the population. Moreover, the Green March (and to a lesser extent the ensuing migration policy) was presented by the monarchy as a quasi sacred obligation, with the «*marchers*» walking into Western Sahara with the Koran (together with a picture of the King) in their hands (hence the colour of the march).

iii) MIGRANT WORKERS

Regarding the second goal, reliable figures attest that the settlers are used principally as labour force to exploit the Saharawi resources and thereby squeezing out the Saharawis from the labour market. As a result, the indigenous population is confronted with dramatic socio-economic difficulties⁶⁴, which only compound the already difficult consequences of the forced sedentarisation of a nomadic population in the occupied terri-

⁶¹ HRW (1995) notes that «in 1991, neither MINURSO nor the SC took steps to halt Morocco's transfer of 40,000 individuals, who it claimed were Saharawis into the territory» (p. 7). These individuals were placed in «tent cities», under 24 hour guard and receives food and other benefits from the Moroccan government. Access is tightly restricted by Moroccan police and secret service agents.

⁶² FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002) p. 36. According to a Moroccan census quoted by HRW (1995), the population of the Western Sahara in-

creased from 74,000 according to the Spanish census of 1974 to 162,000 in 1981. Currently, according to US State Department figures the population amounts to 260,000 State (2003). The Polisario counts 200,000 Moroccan settlers, 200,000 FAR soldiers and 65,000 Saharawis in the occupied territories in FADEL (2002).

⁶³ MISKE-TALBOT states that the salaries are 25 to 75% higher than in Morocco.

⁶⁴ Recently documented by FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002), p. 36.

tory. For example, while in 1967, 1600 Saharawi workers were employed in the largest industry of the region, the phosphate mine of Bou Craa, today a mere 200 Saharawi workers out of 2000 are employed in that mine and are faced with very severe labour discriminations vis-à-vis their Moroccan (and even Spanish) colleagues⁶⁵.

E) *Natural resources in Western Sahara*

But what exactly makes this region so attractive to Morocco and worth both mobilising such human, military and financial resources and challenging international legality for a quarter of a century? The region of Western Sahara is indeed far from being the barren desert landscape criss-crossed by lonely nomads and their herds of camels that its name may represent to the distant observer. In fact, Western Sahara possesses some of the richest possessions of natural resources in Africa. As Afifa Karmous notes, «the only information upon which the different observers may agree is that the territory is rich in resources»⁶⁶. While reliable figures are scarce both because of the Moroccan policy of secrecy and the relatively limited exploration done in the region, it is however possible to establish that the territory contains indeed a significant amount of natural resources. Firstly, these include some of the world's largest reserves in phosphates; in particular in Bou Craa situated 130 km east of Laayoune⁶⁷. In addition, the warm currents along the 1,200 km of coastline of the Western Sahara endow it with one of the richest fisheries zone in the world⁶⁸. Other resources include titanium, iron ore, magnesium, and salt and sand extraction⁶⁹. The actual amount of hydrocarbon reserves is yet unknown due to limited exploration, but the US geological Survey of World Energy of 2000 estimates that the resources off the Saharan coast are «substantial» and that the probability of finding lucrative oil and gas fields is «very high»⁷⁰. According to Dr. Lindsay Parson of the UK's Southampton Oceanography Centre, there is a considerable potential of frozen methane on and beneath the

seafloor off Western Sahara⁷¹. In contrast, the oil reserves of Morocco are considered low and insecure and Rabat imports most of its hydrocarbon consumption⁷². This is a key aspect to bear in mind since the endowment of the Saharawi territory in natural resources is all the more significant in relative terms, in comparison to that of Morocco, thereby fuelling any «natural» tendencies to engage in expansionist policies.

Conclusion: textbook imperialism?

An analysis of the occupation of Western Sahara through the perspectives of demographic policy («bring the labour force»), the socio-economic control («distribute the bounty») and the political repression («keep it quiet») reveals the inter-connectedness of these three elements. At the heart of the latter lie the natural resources and their exploitation. On a broader analytical level, it appears possible to assert that in fact the occupation of Western Sahara can to a large extent be considered as a classical case of neo-imperialism.

According to the analytical framework developed by Immanuel Wallerstein in his World System Theory, empires can be perceived as «a system of government, which, through commercial monopolies combined with the use of force, directs the flow of economic goods from the periphery to the centre»⁷³. It relies on a strong centralised government, an extensive bureaucracy and a large army. The periphery, according to this model, is an occupied or subservient territory whose main function is to provide cheap raw materials to the core (or semi-periphery) through unequal trade relations and coercive labour practices. The different elements of the establishment of a periphery/core relation are: bureaucratisation, the homogenisation of the population and the «expansion of the militia to support the centralised monarchy and to protect the new state from invasions», the introduction of absolutist rule and the diversification of economic activities to maximise profits and strengthen the

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

⁶⁶ KARMOUS (2001).

⁶⁷ For an extensive review of Moroccan and Saharawi phosphates, see RICHE (2003).

⁶⁸ For a review of the Saharawi resources in fisheries cf. GORZ (2002) and KARMOUS (2003).

⁶⁹ For details cf. KARMOUS (2001).

⁷⁰ ETAN CD-Rom.

⁷¹ Upstream Online, 29/04/04.

⁷² RICHE (July 2004).

⁷³ WALLERSTEIN (1974). The quotes are from «The development of a world economic system» by Paul HALSALL, 1997.

position of the local bourgeoisie. When applied to the case of Western Sahara, the Wallerstein model seems strikingly pertinent in addressing the dynamics behind the Moroccan occupation of the territory. Indeed, as mentioned above, there is undeniably a highly centralised Moroccan regime essentially exploiting, through monopolistic control, cheap raw materials (phosphates, fisheries, and hydrocarbons), which are then processed by its industrial sector situated in the core. The control over the territory is guaranteed by a large bureaucracy and a strong military. In addition to Wallerstein's theoretical framework one may point out to the presence of a pervasive nationalist ideology which accompanies the economic dominance. As a conclusion, the Moroccan rule over the Western Sahara can thus be considered as a mere continuation of the imperialist dynamics, which occurred at end of the 19th century-early 20th century on the African continent, but this time by a North-African rather than a European power.

Hence, one is led to ask what is the impact both for the Moroccan regime and for the Saharawi people? Firstly, the Moroccan economy has become increasingly dependant on the supply of these resources, and thus on the preservation of its control over the territory. The most striking illustration of this phenomenon is the fisheries industry. Morocco is the first African producer of fish and ranks the world's largest in the capture and export of sardines. Moreover, the share of the fish industry in the overall Moroccan exports is increasing steadily and the capture of fish has more than doubled over the last 15 years⁷⁴. When confronted to the share of Western Sahara fisheries, it appears that the dramatic increase in the Moroccan fisheries industry is precisely due to an increase in activities off Saharawi shores. Two thirds of the production is brought to the Saharawi ports of Dakhla and Laayoune and this figure should even reach 90% by 2007 with the mass investment in the refurbishing of the Dakhla industrial port with the aim of making it Africa's first port⁷⁵. Significantly, the port of Laayoune ranks first in terms of Moroccan volume of fish production⁷⁶ and has the largest fishing fleet off the Moroccan coast. Such growing core-peri-

phery dependence of the Moroccan economy on Saharawi resources can be observed for other industries, where Rabat is intensifying its investment, such as in the Bou Craa mine.

Secondly, the occupation of Western Sahara has created powerfully entrenched interests in particular among the Moroccan military elite. As stated by Reporters Without Borders, the «pivotal role of the FAR between 1976 and 1991 in securing the Western Sahara, reinforced the military's power in Morocco»⁷⁷. Consequently, the loss of access over these resources would represent a source of significant political and military tension in addition to the financial and economic impact—the export of Saharawi resources represents a crucial source of foreign currency and employment⁷⁸.

It remains questionable whether the regime in Rabat, which is already in a potentially volatile situation with unemployment figures in Morocco as high as 40% and seething discontent with the failure of the King to deliver on his promises to reform, would survive such a loss. Perez Gonzalez (2002) notes that the Moroccan monarchy is based on two pillars: an almighty monarchy and a nationalist ideology based on expansion. The loss of the Western Sahara would therefore directly threaten the legitimacy of the regime. However, Perez Gonzalez justly remarks that the monarchy has placed itself in a legitimacy trap, where in fact, the maintenance of such foundations is a source of instability itself (i.a. tensions with other African states, waste of resources related to the assimilation policy and territorial protection), which can only play in the hands of Islamic fundamentalists. Regardless of the legitimacy issue, the lack of freedom of expression in Morocco makes it difficult to assess social support for the occupation of Western Sahara. Not surprisingly, Moroccan diplomats do not fail to stress the potential impact of the destabilisation of Morocco for the whole region when discussing the future of the Saharawi territory, and are keen to pose as a bulwark for Western interests, yesterday against Communism, today against radical Islam (which is somewhat ironic in the aftermath of the 11/03/04 Madrid bombings organised principally by Moroccan Islamic terrorists).

⁷⁴ KARMOUS (2003).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ 94% of pelagic captures in 2000 and 40% of the total Moroccan production KARMOUS (28/05/02).

⁷⁷ RWB (2004) p. 9.

⁷⁸ 250,000 persons are allegedly employed in the fisheries sector in Western Sahara according to FRANCE LIBERTÉS & AFASPA (2002) p. 47. GORZ (2002) considers that 500,000 persons directly or indirectly live off the fisheries sector in Western Sahara.

For the Saharawis, beyond the loss of sovereignty over the natural resources (to be discussed below), the nature of Moroccan occupation bears severe consequences in terms of cultural identity. Indeed, the deliberate aim of integrating the occupied territories, as well as the forced settlement in refugee

camp over an extended period of time, have dramatically affected the traditional nomadic patterns of the Saharawi populations. This has led to the double phenomena of acculturation and assimilation through the forced importation and imposition of Moroccan population and lifestyle.

II. International law and the exploitation of natural resources of non autonomous peoples, and its application to the case of Western Sahara

«Even in apparently hopeless situations, respect for the law is called for».

Judge Skubiszewski, Separate Opinion, ICJ East Timor Case

Having provided an overview of the key elements to the conflict, established the presence of considerable natural resources and assessed the imperialist nature and consequences of Moroccan rule over the territory, one is then naturally led to switch from a geopolitical angle to a more legal one and ask the following questions: in such a case of a disputed territory with high geopolitical value and international involvement, what does international law have to say? How does or can international law apply to the Western Sahara? And, whom do the bountiful natural resources rightfully belong to?

A) *The status of Western Sahara, Morocco and Spain*

Notwithstanding Moroccan, and to a lesser extent French⁷⁹ diplomatic efforts and Morocco's integration policy, the quarter of a century-long occupation of Western Sahara has not affected its international status: in theory, the applicable international instruments remain those relative to the non-self governing territories in view of their future self-determination. Since Western Sahara remains on the UN list of non autonomous territories, Spain continues to be the administrative power *de jure* as defined under article 73 of the UN Charter and hence, Morocco should not be regarded legally speaking as anything else but the occupying power. Furthermore, no country has officially recognised the annexation of the territory by Morocco. As such, for the IVth UN Decolonisation Commission, Spain continues to be ultimately responsible for the fate of the territory, which remains to be de-colonised.

However, as of yet, Morocco has not been nominally designated by UNSC or UNGA resolutions as «the occupying power», as in the case of South Africa in Namibia or Iraq in

Kuwait. As a result, the status of the territory has regularly been subject to controversy and deliberate or accidental misnomers. For example, the UN Secretary General Kofi Annan himself referred to Morocco as the «administrative power» in his annual report to the UNSC on 24 April 2001 and consequently, faced heavy criticism from international legalists and the Polisario.

The designation of the administrative power is of prime importance since it will determine the liability for any activities carried out in the territory and in particular the exploitation of natural resources (as well as for the legal responsibility of Spain for such activities). The law applicable in this matter is based on Article 73 of the UN Charter and a series of documents and practice developed by the UN (especially by the Special Committee and UNGA). Article 73 states that Administrative Powers by their status have «recognised the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount» and have accepted «as a sacred trust the obligation to promote to the utmost [...] the well-being of the inhabitants of these territories». However, there had been until a UN Legal Opinion in 2002, no prior ruling by the International Court of Justice (ICJ) on such an issue since both cases brought before the World Court on the question of the exploitation of natural resources by Administrative Powers in NSG territories had not led to a conclusive ruling on the merits of the case. In the case of East Timor (Portugal vs. Australia, 30 June 1995), the Court ruled that it had no jurisdiction over the case in the absence of Indonesia in the proceedings; in the case of Nauru Phosphate Case (Nauru vs. Australia, 12 September 1993), both parties reached a settlement before the Court made its judgement.

B) *The 2002 UN Legal opinion on Western Sahara*

Whereas on a theoretical level, the application of international law on non self-governing territories seems thus at first glance relatively straight-forward, the signing by Rabat of oil reconnaissance contracts with two TNCs in October 2001 off the Saharawi coast represented in fact a challenge of unprecedented nature to the application of international law to the complex realities of Western Sahara. Indeed, whereas the conflict had been until then fairly circumscribed in terms of actors and hence the UNSC could turn a blind eye on the violations or the non-application of international law, the *potential* consequences of these oil contracts —such as the increased involvement of high-

⁷⁹ French President Jacques Chirac touring the region in 2001 referred to the territory as «the Southern Provinces».

profile foreign companies in the region, drastic environmental consequences, media campaigns by NGOs or the considerable benefits to be accrued in the case of large findings, made the UN's posture increasingly untenable. Confronted with such a challenge, the UN rapidly reacted through the Under-Secretary General for Legal Affairs, the Legal Counsel, Hans Correll on 29 January 2002⁸⁰. Responding to a request from the President of the UNSC on behalf of the SC members on «the legality in the context of international law, including relevant resolutions of the Security Council and the General Assembly of the United Nations, and agreements concerning Western Sahara of actions allegedly taken by the Moroccan authorities consisting in the offering and signing of contracts with foreign companies for the exploration of mineral resources in Western Sahara», the chief UN legal advisor provided his opinion on «the status of the territory of Western Sahara and the status of Morocco in relation to the territory» as well as an analysis of the principles of international law governing mineral resource activities in Non-Self-Governing Territories (hereafter NSG). Owing to its non binding nature, this document does not carry as such legal effect yet represents a crucial, albeit ambiguous development at UN level regarding the situation of Western Sahara and more generally regarding the exploitation of natural resources in non autonomous territories.

In his opinion, Hans Corell first states that the Madrid Agreement and the subsequent notification by Spain to the UNSG of the relinquishing of its responsibilities have no legal founding and that «Spain alone could not have unilaterally transferred» its status of administrative power. As a result, Corell notes that the international status of Western Sahara remains that of NSG territory and that, while «Morocco has administered the territory alone since 1979», it is not listed as the administering power of the territory in the UN list of NSG territories.

In a second part of his reasoning (§ 9 to 14), the UN Legal Counsel enlists the developments in international law applicable to mineral resource activities in NSG territories. In brief, he notes that Administrative Powers must ensure that all economic activities in NSG territories do not adversely affect the interests of the peoples therein but are directed towards assisting them in

the exercise of their right to self-determination (§10); and that any administrative power that deprives the colonial peoples of NSG territories of the exercise of their legitimate rights over their natural resources violates the solemn obligations it has assumed under the UN Charter (§ 11). The Legal Counsel then observes that the doctrine regarding the exploitation of natural resources has evolved and refers in particular to a resolution of 6 December 1995 (50/33) which drew a distinction between economic activities that are detrimental to the people of these territories and those directed to benefit them (paragraph 12). In that same resolution, UNGA stated the «value of foreign economic investment undertaken in collaboration with the peoples of NSG territories and in accordance with their wishes in order to make a valid contribution to the socio-economic development of the territories». The Legal Counsel notes that such an evolution in the doctrine was confirmed in later resolutions⁸¹. In paragraph 14, Hans Corell refers to the principle of «permanent sovereignty over natural resources», which was established by UNGA in 1962 and also reaffirmed in subsequent resolutions⁸² as well as in international conventions such as the 1966 ICCPR and ICESCR. This principle, which as the UN Legal Counsel notes «is indisputably part of customary international law» yet «its exact legal scope and implications are still debatable», consists in the «right of peoples and nations to use and dispose of the natural resources in their territories in the interest of their national development and well-being» (§ 14).

Using the ICJ cases of East Timor and Nauru Phosphates, Corell concludes that mineral resource activities in a NSG territory by an administering power is illegal «only if conducted in disregard of the needs and interests of the people of that territory» (§ 21). The UN Legal Counsel goes as far as noting the existence of an «*opinio juris*» (§ 24): resource exploitation activities in NSG territories are compatible with international law when they are conducted «for the benefit of the peoples of these territories, on their behalf or in consultation with their representatives». This applies *both* to administering powers and third states.

Regarding the specific exploration contacts signed by Rabat, Corell ends his opinion by an ambiguous and rather impractical

⁸⁰ Legal Opinion (S/2002/161).

⁸¹ UNGA resolutions 52/72 of 10/12/97; 53/61 of 03/12/98; 54/84 of 05/12/99; 55/38 of 08/12/00; 56/66 of 10/12/01.

⁸² E.g. Resolution 3201 (S VI) of 01/05/74 containing the «Declaration on the establishment of a new international economic order»; Resolution 3281 (XXIX) containing the Charter of Economic Rights and Duties of States.

distinction by assessing that these contracts «do not entail exploitation or the physical removal of the mineral resources, and no benefits have as of yet accrued» and hence that «the specific contracts are not in themselves illegal, if further exploration and exploitation activities were to proceed in disregard of the interests and wishes of the people of WS, they would be in violation of the international law principles applicable to mineral resource activities in NSG territories» (§25).

C) *The UN opinion and the limits of international law*

Overall, the contribution of the UN legal opinion to the international doctrine regarding resource exploitation in NSG territories can hardly be perceived as positive. As a constructive contribution to the international doctrine it reaffirms the principle of permanent sovereignty of the peoples in these territories over the natural resources (already qualified as *erga omnes* by the ICJ in the Timor case⁸³) and does not distinguish between administrative powers and third states in the application of this principle. The introduction by Corell of third states along side the administrative power may represent an attempt by the Legal Counsel to bypass the legal impasse due to the lack of political resolve at UNSC level. Also, Corell refers not only to mineral resources but also to «economic activities in NSG territories in general and mineral resource exploitation in particular»⁸⁴, thereby confirming that the international doctrine applies to all types of natural resources.

On a more negative note however, the nuance introduced between the initial phase of exploitation (seismic reconnaissance) and «further exploration» (supposedly exploratory drilling) and exploitation is highly dubious. It seems more the result of a carefully balanced political compromise over the specific contracts than of a sound legal reasoning with general application —such a distinction is absent from any international document on this matter. Moreover, such distinction is not accepted by most States such as Norway. Referring to the UN legal opinion, the Norwegian Deputy Foreign Minister Helgesen rejected in February 2003 the question whether there was a juridical limit between purely exploratory

activities on the one side and exploitation on the other and unambiguously stated that «according to the Norwegian viewpoint, one cannot distinguish between exploration and exploitation of petroleum resources in relation to a question of sovereignty of this type». As a further support to his argument, he noted that such a distinction is «neither done in the UN Convention on the Law of the Sea». Lastly, the Legal Opinion fails to broach the topic of corporate, i.e. non State, responsibility and obligations vis-à-vis mineral resource exploitation, even though this issue led to the referral to the Legal Counsel in the first place. This reflects the persistence of State-centred legal perspective and the limits of international law in this area (to be discussed below in Part III).

As regards the specific case of Western Sahara, the Legal Opinion remains largely unsatisfactory. This is essentially because Corell shuns from taking a clear position on the specific legal status of Morocco with regards the Western Sahara. One may only deduct from the Legal opinion that the only possible status of Morocco in relation to the territory is of an occupying power, and that Corell considers Spain still legally responsible for the fate and well-being of its former colony. It appears as if Corell were challenging the UNSC to take up its political responsibility and to qualify nominally the status of Morocco. In the absence of such a qualification, Morocco remains thus in a legal void and lawyers such as Corell are at pains to apply international law. This leads to the remarkable situation that Corell does not appear to consider it illegal as such for a country to sign contracts regarding a territory over which it has no recognised sovereignty and that the only critical issue is the respect of the «will and interest» of the indigenous population. Pushing the argument to its limits, this would then imply that Canada, Laos or any other country in the world can legally sign contracts with foreign corporations for activities in Western Sahara as long as they involve the Saharawis or as long as these do not involve «further exploration» ...Corell equally neglects the financial aspect of the reconnaissance licenses (which are common to any hydrocarbon exploration deal around the globe) and hence the crucial fact that ONAREP (ie Morocco) benefits financially from such deals independently of the nature of the exploratory activities.

⁸³ The ICJ ruled that the principle of self-determination had an *erga omnes* character, ie a right that can be asserted against any power (ICJ Press Release, 3 July 1995).

⁸⁴ Legal Opinion, paragraph 25.

In addition, there is an absurd «catch 22» situation whereby Saharawi individuals or NGOs seeking for redress for the violation of their rights related to the principle of permanent sovereignty (such as the right to property) have the choice between either using local Moroccan jurisdiction but thereby recognising Moroccan sovereignty (and with unlikely success in court) or going through Spanish courts but facing the evident risk of the latter rejecting the case for lack of jurisdiction...

Hence, one is led to believe that the elaborate doctrine on NSG territories remains primarily a theoretical construction with mere academic and bureaucratic value. This is all the more regrettable owing to the very limited number of NSG territories left. This opinion represents therefore a sharp illustration of the limits of the application of international law in the legal void of Western Sahara.

D) *Breaking the deadlock: the legal options available*

i) DECOMPOSING THE NOTION OF PERMANENT SOVEREIGNTY

In the critical absence of the legal qualification of the status of Morocco in relation to the territory, is then international law entirely toothless? Beyond this verdict of a legal impasse, one may in fact identify a series of alternative legal options at the disposal of the people of the Western Sahara to ensure that their inalienable rights inscribed in international law over the natural resources in the territory are respected. These options stem from the decomposing of the concept of permanent sovereignty over natural resources into five sub-principles as identified by Afifa Karmous⁸⁵: (1) the non autonomous territory and its natural resources may not be alienated to the benefit of the occupying power⁸⁶; (2) abusive exploitation or plundering of natural resources which are the propriety of non autonomous peoples is contrary to international law; (3) the administrative power must ensure the well-being of the non autonomous peoples and their rights over their natural resources⁸⁷; (4) the State has the obligation to sanction its citizens

and legal persons of its nationality which act in contradiction with the interests of non-autonomous peoples⁸⁸; (5) foreign economic investments must be realised in collaboration with the non autonomous persons and according to their interests.

These five principles provide a rough framework to approach the issue of exploitation of natural resources, from which I have identified a series of (legal) options applicable to the Western Sahara, which are not directly dependent on a prior qualification of the status of Morocco. Moreover, not all the legal options depend on the UNSC reaching a consensus and some correspond merely to the application of existing international or even domestic law and obligations.

ii) TO QUALIFY MOROCCO AS THE OCCUPYING POWER

The non-autonomous territory and its natural resources may not be alienated to the benefit of the occupying power.

In application of this principle, the UNSC could qualify Morocco as the occupying power and thus apply the *Declaration of amicable relations between states* and confront the economic activities of Morocco in the light of this key international document. Any Moroccan activity would be declared illegal and Saharawis could seek compensation. This would be in line with a precedent when the UNSC declared the continued presence of South Africa in Namibia as illegal and that consequently all acts taken by the South African government were illegal and invalid⁸⁹. Subsequently, the UN Council for Namibia issued a Decree (Decree n.º 1 for the protection of the natural resources of Namibia) in 1974 declaring the exploitation of uranium and other natural resources in the country by South Africa and several Western multinational corporations as illegal. This decree was supported by the UNGA in resolutions 36/51 of 24/11/81 and 39/42 of 05/12/84. This precedent is mentioned by Hans Corell in his Legal Opinion (as a hint?). In addition, this qualification would induce immediate and complete application of international humanitarian law with essential benchmarks to

⁸⁵ KARMOUS (2001) (my translation).

⁸⁶ Resolution 2625 of 24/10/70 on the Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations between States: «the territory of a state shall not be subject to acquisition by another state resulting from the threat or use of force. No territorial acquisition resulting from threat or use of force shall be recognised».

⁸⁷ Resolution A/54/L.50 October 1999.

⁸⁸ Resolution 2621 XXV 12/10/70.

⁸⁹ UNSC Resolution 276 1979.

assess Moroccan (and Polisario) actions due to the fact that Geneva Conventions directly apply in the cases of armed conflict and military occupation (until now Rabat negates the existence of a conflict itself and hence the applicability of IHL).

iii) TO CONFRONT SPAIN WITH ITS LEGAL OBLIGATIONS

The administrative power must ensure the well-being of non-autonomous peoples and their rights over their natural resources.

This principle clearly stresses the responsibility of Spain, as the administrative power, with regards the activities carried out in the Western Sahara. As seen above, Spain remains legally speaking responsible for the well-being of the local inhabitants and to ensure that their rights over the natural resources are respected, such as the right to property, right to human development, right to participate, right to information and of course right to self-determination (which are inscribed in UDHR, ECHR and other Conventions which Spain is party to). The ensuing obligations are twofold: firstly, Madrid has a legal obligation to ensure that the Spanish government and the numerous companies based in its territory which are directly involved in the exploitation of natural resources in Western Sahara (for example, Spain owns shares in the Bou Craa phosphates mine) respect international obligations stemming from article 73 of the UN Charter as well as from other international treaties, including ILO conventions. Secondly, Spain has an obligation to ensure that other countries and companies respect the interests of the Saharawi people. Were Spain to observe a violation of the rights of the latter, it is under the obligation to take diplomatic or legal action, for instance in front of the ICJ as in the case of East Timor, when Portugal, nominally the administrative power challenged Australia for activities in the NSG territory of East Timor. Similarly, any country could take up a case at the ICJ or other UN or regional instances against Spain if it considers that the administrative power has failed to respect its obligations under the UN Charter and article 73 in Western Sahara. Such a legal step would be in mere compliance with membership obligations under the UN Charter and with UNSC resolutions

and other UN decisions regarding Western Sahara self-determination process and the principle of permanent sovereignty over natural resources.

iv) TO CHANGE THE ADMINISTRATIVE POWER

Under the same principle, the UNSC could consider that the current administrative power, Spain, has failed to comply with its legal obligations under the UN Charter and could appoint another administrative power for the territory. For example, Morocco could nominally be appointed as the «administrative power», which de facto it already is according to the UN Secretary General and even to Hans Corell. This would end the legal vacuum regarding the economic activities of Morocco in the territory and provide a benchmark to assess the activities by the Moroccan government and private companies with regard natural resources. Evidently, giving Morocco *de jure* power over the territory provides it with legitimacy when dealing with TNCs such as *Total*. However, it would also imply an official recognition by Rabat of the separate political, legal (and to some extent, cultural) nature of this territory and would impose a series of stringent obligations upon Morocco as the administrative power under article 73 (such as regular reporting to the UN, educational policies etc.).

Another possibility would be to modify the mandate of MINURSO to include the management of Saharawi natural resources or more radically, to appoint MINURSO as the administrative power under the model of the UN Transitional Administration in East Timor (UNTAET). Even though UNTAET established in October 1999 had a *sui generis* status and was not *stricto sensu* the administrative power, the UN body ensured the continuation of the Gap Treaty⁹⁰ and negotiated a new arrangement, the Timor Sea Arrangement, on the behalf of East Timor in consultation with and participation of local representatives. This case demonstrates the flexibility of the international community (and the UN) in the presence of political will of the UNSC and that any agreements signed by Morocco regarding natural resource exploitation (such as those with the European Commission or the Free Trade Agreement with the USA or the oil reconnaissance licences) could be taken up (and possibly revised) by MINURSO or a new UN body in Western Sahara.

⁹⁰ A treaty signed between the occupying power, Indonesia, and Australia granting the latter concessions for the exploration and exploitation of oil. Portugal was at the time the *de jure* administrative power.

V) TO APPLY THE PRINCIPLES OF HORIZONTAL APPLICATION
AND EXTRA-TERRITORIALITY

The State has the obligation to sanction its citizens and legal persons of its nationality, which act in contradiction with the interests of non-autonomous peoples.

Under the principles of horizontal application and of extra-territoriality of international human rights law, any State, whose citizens and legal persons (private companies) of its nationality are involved in economic activities in the Western Sahara, is under the obligation to ensure that such activities respect international human rights law and principles listed above. For example, France has the obligation to ensure that any French citizen or company in Western Sahara (such as Total) acts in conformity with international law. The ongoing case by a French court against Total accused of grave human rights violations in Myanmar (allegations of forced labour) or that against UNOCAL in front of a Los Angeles court are illustrations of the (nascent) extra-territorial application of domestic law to corporate activities⁹¹.

vi) TO DEFINE THE «INTERESTS AND WISHES» OF THE SAHARAWI PEOPLE

Foreign economic investment must be realised in collaboration with the non autonomous peoples and according to their interests and abusive exploitation or plundering of natural resources which are the propriety of non autonomous peoples is contrary to international law.

As seen above in the Legal opinion, the notion of «interests and wishes» of the non-autonomous peoples lies at the heart of the principle of permanent sovereignty over natural resources. This notion applies to all States, the administrative power as well as third states. In the case of Western Sahara, Morocco —as a third state, is also obliged to respect the «interests and wishes» of the Saharawis. The definition of this notion, set as a litmus test, is therefore of the utmost importance. The UN Legal Counsel observes three possibilities to ensure that exploitation of natural

resources is in conformity with international law: the activities must be «conducted for the benefit of the peoples of these territories, on their behalf or in consultation with their representatives».

«*For the benefit of the people*»: This notion is obviously difficult to define. Nonetheless, in the light of Article 73 of the UN Charter, one may note that this notion strictly constricts the economic activities to those that assist the *people*⁹² of Western Sahara towards self-determination. In addition, these activities should fully abide by the principle of sustainable development, which Picoletti and Taillant (2002) define as comprising both social and ecological sustainability, i.e. the impact on environmental conditions and on the quality of life of humans.

Applied to the occupied territory, the social sustainability of the economic activities is highly questionable: (a) these activities are largely if not totally disconnected from local needs —the Saharawi consumption of fish is very limited, mainly for cultural reasons— the average consumption of fish is around 7,5 kg per inhabitant which is considerably lower than neighbouring countries and reveals that the vast majority of the production (2/3rd) is destined for export⁹³. (b) the activities are not integrated within a local economic system —most fisheries transformation industries are situated in Moroccan territory⁹⁴. (c) the lucrative and intensive natural resource activities in the territory are largely controlled by Moroccan interests. (d) the Saharawis are mostly excluded from the extraction and exploitation industry (e.g. Bou Craa mine⁹⁵) and replaced by imported Moroccan labour force. (e) it appears difficult to argue with good faith that the Saharawi people benefit from the spill-over benefits of the Moroccan-led industrialisation process —there is no university in the territory, limited investment made in medical and social infrastructures and unemployment remains dramatically high (2/3 of the population is unemployed). The near-daily attempts of emigrants to cross by «pateras» (small boats) the Saharawi waters and to enter illegally into Spanish territory in the Canary Islands re-

⁹¹ Caveat: these two cases concern grave violations of human rights. It seems difficult to prove similar violations in Western Sahara by foreign companies. However, ILO conventions on labour discrimination could certainly apply as in the case of Bou Craa. For details see below Part III.

⁹² It is important to note that the Legal Counsel and all previous UN resolutions refer to the «people» of Western Sahara and not the «population» of the territory, i.e. the legality check must be realised according to the respect of the interests of the Saharawis and not those of the imported Moroccan population.

⁹³ GORZ (2002). According to Afifa Karmous (28/10/02), the local consumption of fisheries production represents a mere 9% of the total capture (p. 46).

⁹⁴ KARMOUS (2003) p. 4.

⁹⁵ For the violation of labour rights of Saharawi workers at the Bou Craa phosphate mine and Spanish responsibility (Spain detains 35% of the shares of the mining company). See KARMOUS.

present a clear rebuff to any claims by Morocco to the effectiveness of its alleged development policies in the area.

In addition, the exploitation of natural resources can hardly be qualified as environmentally sustainable. There is ample information attesting to the extensive nature of the resource exploitation, which has led to the dramatic depletion of the resources of the territory. The Moroccan National Institute for Fisheries itself concluded in 1999 on the over-exploitation of the sardines stock offshore Western Sahara⁹⁶ and a temporary moratorium on squid was imposed and extended until April 2004. External experts also consider that the stocks of pelagic fishes are reaching a level of non-return⁹⁷. In the light of the information on the current state of the Saharawi fisheries reserves, any current fisheries co-operation agreement, such as the one recently signed between Morocco and the Russian Federation⁹⁸ or with the Dutch-based Pelagic Freezer-trawler Association (PFA)⁹⁹, can hardly be considered in the «interests and wishes» of the people of the territory.

«*On their behalf*»: only the administrative power, i.e. Spain, has the capacity according to article 73 to act on the behalf of the people of Western Sahara.

«*In consultation*»: The «twin case» of East Timor may provide practical indications for the latter option in Western Sahara. In the case of Timor, a representative of FRETELIN was fully associated in the negotiations between UNTAET and Australia. Therefore any foreign economic investment or economic activity in the territory should involve a member of the Frente Polisario, widely recognised as the legitimate national liberation movement of the Saharawis¹⁰⁰. The local elections in the occupied territory are widely acknowledged as rigged and therefore the local officials can hardly be considered as representatives of the Saharawi people (moreover since the majority of the people lives out of the territory itself). It appears that Morocco has not involved the Polisario or Saharawi representatives in the negotiations of the 2001 oil exploration contracts or more generally in any economic activity in the occupied territory. Therefore, these are in clear

violation of international principles, which are of an *opinio juris* nature according to Corell and as such, binding on all States.

Conclusion: the permanent tension between law and politics

In spite of its limitations, international law and principles regarding resource exploitation in non autonomous territories such as the Western Sahara can nonetheless provide a (provisional) framework and litmus test to assess the ongoing economic activities in the territory of concern as well as various legal options to ensure that the «wishes and interests» of the local population are respected. To a large extent, it appears that the exploitation of natural resources, in particular fisheries, phosphates and now oil, by Moroccan and foreign companies fails to comply with these principles. And, as demonstrated above, while the failure of the UNSC to qualify nominally the status of Morocco with regards the Western Sahara territory does represent a fundamental legal hurdle, it does not prevent individual States from taking the required legal steps at domestic, regional and international levels to ensure that such activities do not violate international law and the rights of the Saharawi people. However, needless to say that no State has of yet used these legal options or expressed its intention to do so.

As observed by Carlos Ruiz Miguel, «one of the most striking singularities of the Western Sahara conflict is the permanent tension between law and politics». He notes the contrast between binding decisions of international law which would «solve immediately and in a simple manner the conflict if they were to be implemented and numerous political manoeuvring which seek to counter the efficiency of legal rules»¹⁰¹. This is in fact first and foremost because international law (i.e. its drafters: the governments), continues to consider States, and not peoples or private companies as its prevailing actors and objects (even when concerning non autonomous peoples). The case of Western Sahara is yet another vivid illustration of the fact that, in the absence of political will by the States to apply a roundly developed doctrine of

⁹⁶ GORZ (2002). Ironically, Morocco used this argument to end the fisheries agreement with the EC in 1999 yet has since heavily increased the fishing activities in the same waters.

⁹⁷ In particular see RICHE (2004).

⁹⁸ On the agreement see SMITH (2002).

⁹⁹ On PFA cf. MOLENAAR (2002).

¹⁰⁰ UNGA Resolution 35/19 of 11 November 1980 recognised the Frente Polisario as the legitimate representative of the Saharawi people.

¹⁰¹ RUIZ MIGUEL (13/10/2003). (my translation).

international law, the exploitation of natural resources in this territory goes virtually unchecked. This is all the more problematic when foreign, trans-national companies are involved. For example, when challenged by NGOs on the activities of French company Total and Houston-based Kerr-McGee in Western Sahara, the French and US governments answered that they were not responsible for such activities since the companies were privately owned. Such statements disclose a further dimension to the legal void the Western Sahara is in since 1975: the corporate dimension.

III. Oil TNCs and the «corporate dimension» of the Western Saharan conflict

«Unfortunately, the world's oil and gas reserves are not necessarily located in democracies, as a glance at a map shows».

Total web site

«In the New World Order of the Bush family, the Western Saharans have little future. That is because the lifeblood of what it means to be a Bush —oil— has been discovered off the coast of Western Sahara»

*Wayne Madsen*¹⁰²

For obvious reasons, the richness of Saharawi natural resources has kindled the interest of numerous transnational corporations¹⁰³ in the past and several of these have been involved at one stage or another in the exploration or/and exploitation of these resources with the active (and indispensable) support of the occupying power, Morocco. In the specific oil and gas sector, there have been frequent attempts in the past by foreign companies to explore Saharawi reserves. However, all of these were rapidly abandoned due to the political risks deemed too high at the time as compared to the expected economic benefits. However, the interest was to be re-awaken in the early 00s when the Moroccan state-owned company, ONAREP¹⁰⁴ announ-

ced the signature of two reconnaissance licenses with two leading players of the hydrocarbon industry, *Total* and *Kerr-McGee*. Beyond the potential economic consequences of such an act, the signing of the reconnaissance contracts was in fact to announce further geopolitical and legal complications of the conflict. Indeed, this chapter will argue that the reconnaissance licences announced a new stage in the involvement of TNCs as «pacific» weapons at the service of Moroccan foreign policy goals and the corresponding decision by the Polisario to counteract by searching for its own «corporate allies» to adapt its national liberation strategy affected by the Moroccan move. Such a shift in the conflict led thus to a realignment of strategies and the re-positioning of all actors involved, including the UN and the NGO Saharawi solidarity movement, which had to integrate this new «corporate dimension» to the conflict.

This chapter will therefore first consider the oil TNCs involved in Western Sahara and discuss the impact of this corporate involvement on the parties in conflict and on the conflict itself, before considering how it affects the notion of self-determination of the Saharawi people.

A) *Total* and *Kerr-McGee*: corporations versus self-determination?

i) PAST SPORADIC INTEREST

Over the second half of the past century, oil and gas companies have shown sporadic interest in the Western Sahara territory, which has fed many rumours about the existing hydrocarbon reserves. However, the protracted territorial dispute and the related legal uncertainties of investing in the area, added to the technological difficulties in extracting the Saharawi reserves and the presence of large and more accessible gas deposits in neighbouring countries such as Algeria, diverted the attention of a traditionally risk-averse

¹⁰² Wayne MADSEN (2003).

¹⁰³ By transnational corporations (TNCs), I refer to the definition by the UN Sub-Commission for the Promotion and Protection of HR (2003, paragraph 20): «an economic entity operating in more than one country or a cluster of economic entities operating in two or more countries-whatever their legal form, whether in their home country or country of activity, and whether taken individually or collectively».

¹⁰⁴ The website states that the Office National de Recherches et d'Exploitations Pétrolières «ONAREP», is «a public organisation under the administrative supervision of the Ministry of Energy and Mines, with a mandate of coordinating and being responsible for managing all activities related to the exploration and production of hydrocarbons in Morocco». For more information cf. www.onhym.com.

sector away from the territory. Among the companies which took an interest in the potential hydrocarbon reserves were Gulf Oil, WB Grace, Texaco and Standard Oil, who considered establishing a joint venture with the Spanish colonial authorities as early as the 60s. Also, in the second half of the 1960's, US companies Pan American Hispano Oil, Caltex, Gulf Oil and Philips undertook an initial exploration of onshore WS desert resources, which revealed some oil strata (the results were kept secret). Some significant gas deposits were found south of the town of Smara in the late 60's by two US companies. Later, in 1978 offshore blocks were awarded by Morocco to Philips Oil and BP, but were abandoned due to the concurrent war between the Polisario and the Royal Moroccan forces. Finally, the abandonment of an oil project by Shell in 1981 was to announce a pause of nearly two decades in foreign interest in the Saharawi hydrocarbons¹⁰⁵.

ii) BIG BUSINESS STEPS IN

However, this situation was to change in October 2001, when the Moroccan government, through ONAREP, issued exclusive reconnaissance licenses to US based *Kerr-McGee* and French company *Total* (at the time TotalFinaElf) to evaluate the potential for hydrocarbons in the Saharawi offshore areas of respectively Boujdour and Dakhla. These 1-year, extensible licenses contained provisions for the collection and analysis of seismic data with a view of making preliminary evaluations of the geology of the area¹⁰⁶. At the end of the reconnaissance permit, the two companies have the option to convert the license into a petroleum agreement for oil exploration and exploitation activities in co-operation with ONAREP.

Moroccan Energy and Mines Minister Boutaleb stated unequivocally that exploitation of oil in Western Sahara is «not a problem. It's simply our country and His Majesty the King is committed to developing Morocco, so there is no question or illegal aspects to exploration and development there»¹⁰⁷.

Allegedly, the Moroccan decision to award licenses «caught the industry by surprise» according to the Managing Director of *Fusion Oil*, a competing oil exploration firm. Stein noted, «I genuinely believed there was an understanding that this was an area off limits, it was a disputed zone» and denounced the deal as «provocative» and «designed to intimidate»¹⁰⁸. On the Polisario side, Australian SADR representative Kemal Fadel also expressed his surprise by the awarding of licenses since «this territory is still on the UN list as a non-self governing territory, it is a de-colonisation issue and the UN mission is present in the territory»¹⁰⁹. He noted that his government was not against companies investing in WS but «it has to be done with the people who have a right to deal in the territory, with Saharawis themselves not with Morocco». The SADR sent letters of protest to Total and Kerr McGee but these were ignored by the companies.

One may though somewhat question the actual surprise of the industry and the Polisario. Earlier media reports had hinted at growing impatience by various actors to have a grab at the «forbidden» oil reserves. In 1997, satellite images of Mauritania had revealed large offshore oil deposits and had spurred hopes of similar findings in the neighbouring Saharawi basin. Polisario had in 2000 warned that with the findings in the region (Gabon and Mauritania), it would not remain a passive spectator and would «pay greater attention to its natural resource base in its national liberation struggle». Polisario representative at the UN Ahmed Boukharie noted in 2000 that «with Morocco and Mauritania moving into deep-water exploration, [he could not] imagine that the Western Sahara, sandwiched between two oil countries, will be an exception to the general rule»¹¹⁰. And, indeed Rabat had clearly indicated its intention to develop its oil potential, which was likely to involve the reserves of Western Sahara. Prior to the 2001 contracts, ONAREP had allegedly signed a deal for an offshore feasibility study by Australian «Roc Oil» in 1998 and a joint venture had been established by Shell and a Russian company Evikhom in 1996 for unspecified hydrocarbon activities in Western Sahara¹¹¹.

¹⁰⁵ For more information cf. ETAN CD-Rom, RICHE (July 2004) and SMITH (2002).

¹⁰⁶ The two areas are roughly of the same size- 27 million acres; 350 miles along the coast and 200 miles offshore and cover the whole offshore Saharawi area.

¹⁰⁷ Upstream Online, 29 April 2004.

¹⁰⁸ PESA April/May 2003.

¹⁰⁹ PESA April/May 2003.

¹¹⁰ Upstream Online, 11.08.2000.

¹¹¹ DE SAINT MAURICE, p. 64.

iii) BACKGROUND OF KMG AND TOTAL

Prior to analysing the impact of the licenses on the conflict, it appears necessary to have a brief look at the two companies involved, Total and Kerr-McGee.

Kerr-McGee. Based in Oklahoma City and founded in 1929, Kerr-McGee (hereafter KMG) is one of the leading global oil and gas companies. While the company was initially involved in the nuclear industry¹¹², most of its current activities are now in the hydrocarbon industry, principally in the USA and the Gulf of Mexico. Interestingly, it is a familiar face to international legal disputes and illegal exploitation as attests its contested involvement in the Timor Gap. Responding to criticism of the 2001 contract with Rabat, KMG Director of Corporate Communications stated that the «UN Under-Secretary for Legal Affairs confirmed that [the company] had acted lawfully in contracting with Morocco. Neither the United States of America nor the UN recognise any other administrative authority or government in that territory». «Kerr-McGee continues to support the ongoing efforts of the UN to find a permanent and amicable solution to the WS issue. We hope to be able to make a contribution to the development of this area and its people. It would be inappropriate to speculate about what the future may hold in this area», he continued¹¹³. Irrespective of KMG's subtle discourse and questionable legal reading of the UN Opinion, it continues to refer to the area as Morocco on its web site¹¹⁴.

Total. The Paris-based group *Total* is the fourth largest oil and gas integrated company in the world with 110,000 employees spread over 130 countries¹¹⁵. It is also the largest French company with a history of close relationship with the French government and diplomacy, as attested for example by the NGO *Global Witness*, on the intricate ties between Total and the French political establishment, including French President Jacques Chirac, in the «Angolagate» scandal¹¹⁶. Similarly to the

Kerr-McGee position, Total spokesperson Patricia Marie referred to the UN legal opinion to defend the legality of its activities, stating that the UN Counsel considers the contract signed between Total and ONAREP as «not illegal under prevailing practice of States or international law». Having noted that Morocco and Polisario representatives accepted publicly the UN legal statement, «Total's operations are therefore in full agreement with the international law and the positions of the political stakeholders of the area. It is clear that in case of discovery, the situation would have to be re-examined in close connection with the UN»¹¹⁷.

iv) IN THE LEGAL LIMBO, THE EXPLORATION CONTINUES

As seen above, the ensuing dispute over the legality of these reconnaissance contracts led the Security Council to ask an opinion of the UN Legal Counsel, which in fact failed to produce a conclusive statement that would effectively end the dispute regarding the legal nature of such contracts. The failure of UNSC to take any subsequent action on the basis of this ambiguous opinion (cf. chapter II) allowed a third key player in the global oil and gas industry, the Norwegian exploration company, **TGS Nopec**, to subsequently enter the oil fray, following a successful bid to a tender launched by Total and KerrMcGee to perform the physical collection of the seismic data in the offshore area of Boujdour and Dakhla. TGS Nopec started its survey in May 2002 and completed it in January 2003 and handed over all the data collected to ONAREP and the two foreign companies in March 2003¹¹⁸.

Owing to the traditional mystery clouding activities in the area and to the general high degree of secrecy of the oil business, it is not clear what the position of both companies is at the moment, as attest several rare and contradictory reports

¹¹² Which led to the infamous killing of an employee, Karen Silkwood, in 1974 as she was about to reveal to the US media the radioactive pollution caused by the company's power plant in Oklahoma City. This incident received widespread publicity following its adaptation into a movie, *Silkwood*, with Meryl Streep.

¹¹³ PESA April/May 2003.

¹¹⁴ Kerr-McGee website, <http://www.kerr-mcgee.com>

¹¹⁵ Total website: <http://www.total.com>

¹¹⁶ <http://www.globalwitness.org> See also <http://www.collectif-tfedetim.org> for more independent information on Total.

¹¹⁷ PESA 2003. During my interview in July 2004, Patricia Marie confirmed Total's unchanged position on the issue.

¹¹⁸ TGS NOPEC press release, 18 March 2003. For comparison, the Polisario signed a counter exploration deal with Fusion Oil deal in May 2002 and the company's assessment was handed over in October 2003 (see below).

on the actual situation¹¹⁹. Some potential partners for the necessary second phase of the study such as **Multiwave** have indicated they would not get involved in the area as long as the political-legal situation is not cleared. Regardless, a Dutch company, **Fugro N.V.** was contracted by KMG in spring 2004 to carry out the second phase of seismic exploration in the Boujdor area¹²⁰ and completed its survey in June 2004 in co-operation with its UK-based subsidiary **Fugro SL Limited/Svitzer** and **Robertson Research International**. The second one-year renewal of the reconnaissance license of KMG will expire on 29 October 2004, by which KMG will be allowed to convert it into an exploration permit¹²¹.

Impervious to the controversy over the offshore contracts, the appetite of foreign oil and gas corporations for the resource-rich Saharawi territory goes unabated. Indeed, an acreage deal for the whole of WS onshore territory had been provisionally inked a year ago between ONAREP and the London/Houston based oil company **Wessex exploration**, but had been delayed owing to the UN Legal opinion¹²². It appears that the deal was finally reached in May 2004. According to the company web site, «Wessex is currently undertaking a comprehensive technical analysis of the Aaiun Basin in order to facilitate further hydrocarbon exploration in this very under-explored area»¹²³. While it remains unclear what the contract with Wessex entails and what the activities in the area currently are, the UK company failed to consult the Saharawi people as required by international law. A campaign was launched early June 2004 calling upon the company to immediately terminate its activities in the Western Sahara or to consult with the Polisario¹²⁴.

B) Corporations and self-determination, SADR and its corporate allies: Fusion Oil & Premier Oil

As seen earlier, international law grants the people of the Western Sahara an inalienable right over the natural resources, including oil, in their territory. Indifferent to the UN Legal opinion and to the *erga omnes* nature of such a principle, Morocco and its corporate partners have pressed ahead on the exploration of oil reserves, which is the first step towards exploitation. It appears then interesting to analyse the reaction of the rightful owner of these resources, the Saharawi people.

i) THE REACTION OF POLISARIO

In the tense context of the ongoing diplomatic warfare between the two parties since the cease-fire in 1991, the signature of the oil exploration deals by Rabat was largely perceived by the Polisario as an offensive move, which required an appropriate reaction. Polisario representative at the UN Ahmed Bukhari said at the time that the Saharawi Arab Democratic Republic (hereafter SADR) would «blacklist those companies that participate in the exploitation and production of any kind in our Exclusive Economic Zone and if we have to resume the armed struggle the arena would include the sea and offshore areas». He also warned, «there was no guarantee» that the companies' investments would be recovered¹²⁵. In the light of the above-mentioned limitations of international law with regards the Western Sahara, such threats were likely to be discarded as mere verbal gesticulation and the Frente Polisario decided to respond to the licenses by an original move: the signature of a counter-deal with Australian-based company **Fusion Oil**, the-

¹¹⁹ Upstream Online, 5 June 2003 and Western Sahara Campaign, June 2002. Various sources have told me that TOTAL is continuing its activities in the area, which Total spokesperson Patricia Marie flatly rejected in my interview and noted that Total is exclusively analysing the data collected by TGS.

¹²⁰ Letter by the SADR, 8 June 2004 to CEO of Fugro NV. The SADR Minister of Foreign Affairs denounced the activities of Fugro as «unauthorised, illegal and an insult to the Saharawi people». Fugro is an Amsterdam based company, with 275 offices and 8,000 staff world-wide.

¹²¹ IHS Energy report, 23 June 2004.

¹²² Upstream Online, 9 April 2004.

¹²³ <http://www.wessexexploration.co.uk>. In an email exchange on 5 May 2004, South African Managing Director Fredrik Dekker declined to answer my request for further details.

¹²⁴ On the campaign cf. <http://www.arso.org/wessex04.htm>

¹²⁵ Upstream Online, 27 May 2002.

reby enlisting a TNC among the supporters of Saharawi self-determination alongside states and NGOs.

This part will present the SADR deal as a political-diplomatic response (rather than an economic or legal one) to the Moroccan contracts of 2001 and ask the two following questions: What are the reasons behind a maverick oil corporation supporting self-determination? And, what is the impact of the deal for Saharawi self-determination?

A technical and co-operation agreement (TCA) with British-Australian exploration company, Fusion Oil & Gas (hereafter Fusion) was announced by the exiled government of the SADR on 27 May 2002¹²⁶. According to the agreement, Fusion was to evaluate the petroleum potential and to undertake an exclusive study and report on oil and gas prospectivity offshore Western Sahara. The deal covered the entire offshore territory of Western Sahara, i.e. 210,000 km². Upon completion of the study (approximately 16 months), Fusion Oil would have the right to nominate up to three areas of unexplored offshore acreage (of up to 20,000 km²) for future exploration licensing on regionally competitive terms, «once WS is a member of the UN»¹²⁷. These licenses were to be approved by the SADR government. According to Fusion's exploration director Jonathan Taylor, «any exploration licenses will be converted into full exploration licenses dependant on the outcome of the UN mission, which will determine the future status of Western Sahara».

Months later, Fusion signed a deal with **Premier Oil** in May 2003 «to purchase a number of West African interests» including 35% of Fusion's rights under the TCA with the SADR in return for the funding of 35% of costs incurred up to any future licence award¹²⁸. By this deal, Fusion enlisted an additional «corporate ally» behind Saharawi self-determination.

ii) BACKGROUND OF FUSION AND PREMIER OIL

Fusion is a relatively small independent oil and gas exploration company, which has lately become one of the leading players in Northwest Africa¹²⁹. It was created in 1998 and two years later was floated on the London Stock Exchange as a pure exploration company with a market capitalisation of £50 million. It has around 950 shareholders, the largest being Westmount Energy. According to the Managing Director, Fusion's advantage lies in its readiness to «take a risk where others see the risk-reward ratio being too high. We're prepared to invest our time in areas not currently on the radar screen for bigger companies». Recently, Fusion pioneered deepwater exploration efforts offshore Northwest Africa, in Mauritania, Gambia, Senegal, Guinea Bissau, Ghana and Gabon where it established itself through similar arrangements than that signed with the SADR, i.e. a cost free exploration survey with a preferential treatment for the selection of exploitation sites if hydrocarbons are discovered (e.g. Senegal, Guinea Bissau and Gambia).

Premier Oil is a UK-based oil and gas exploration company with activities in the UK, Pakistan, Indonesia and until 2003, in Burma, where it was heavily criticised by Burmese activists, the UK pro-Burma Campaign and even by the British government. As a result of this campaign against Premier, the two leading shareholders withdrew from Premier in September 2002. This led to a major restructuring of the company throughout 2003 (its size in terms of oil and gas reserves and production was halved¹³⁰). Premier Chairman welcomed the May 2003 deal with Fusion as giving the company «critical mass in West Africa»¹³¹.

iii) BACKGROUND OF THE DEAL

Fusion Managing Director Stein said his company had sought to become involved in the Western Sahara ever since it

¹²⁶ SADR/Fusion Oil Joint Press Statement, 27 May 2002. Interestingly, the statement was issued hours after a lawyers' conference on Saharawi natural resources organised in Brussels.

¹²⁷ Afrol News, 27 May 2002.

¹²⁸ Premier Oil Press Statement, 28 May 2003. In each licence in which it chooses to participate (to a maximum of three), Premier will fund 70% of the initial exploration costs capped at \$3 million and 35% thereafter.

¹²⁹ Information mainly from Offshore Magazine, Upstream Online, and Fusion website.

¹³⁰ Premier Oil Press Statement, 31 December 2003. On the campaign cf. NAHAL (pp. 29-31) and www.burmacampaign.org.uk

¹³¹ Premier Oil Press Statement, *op. cit.*

started its activities in Mauritania in 1997, where the large findings encouraged Fusion to look for further opportunities in the region and realised «there was a big void on the map»¹³². This interest in the region can be placed within a recent trend, according to experts, among small independent Australian companies to become less reliant on the declining Australian Northwest shelf resources and to have identified Northwest Africa as their prime focus¹³³. Also, as a result of the Asian economic and financial crisis, the corporate sector was certainly eager to look to other continents for recovery.

Allegedly, Fusion's London-based chairman Peter Dolan was advised by the UK Foreign Office to talk with Polisario's UK representative Brahim Mokhtar to gain a further understanding of what was happening in the region¹³⁴. According to Stein, Mokhtar's briefing was «an eye opener» for the Fusion team and sufficiently convincing for Fusion to initiate regular contacts and look into possible co-operation, before signing the co-operation deal three years later. Fusion Oil Managing director Stein noted that «after looking at the international law in relation to non-self governing territories, we decided it wasn't appropriate at the time to make a counter claim in the form of an exploration licence». Hence the choice of a TCA to «make sure we were doing the right thing» and «we agreed to work together and any licence would be awarded once the situation was resolved». According to Polisario, the Perth-based company was chosen because of its «proven expertise and commitment to the region»¹³⁵. In any event, Fusion's offer to co-operate must certainly have met with heightened interest from the Polisario side following the decision in 2001 by Rabat to grant exploration licenses to Total and Kerr-McGee. Indeed, this move by Morocco directly led the Saharawi government to seek to make a counter deal for the same offshore region as confirmed by Mohammed Sidati, European co-ordinator of the Polisario¹³⁶. This is made explicit in the SADR press statement which states, that the government had been «repeatedly opposed to the commencement of exploration activities whilst the UN has been engaged in the organisation of the referendum» and strongly denounced the «illegal, offensive and highly provocative» nature of the Moroccan exploration awards.

iv) A PECULIAR DEAL

Clearly, the deal between the Polisario and Fusion is a peculiar one. Firstly, it is in direct competition with the licenses awarded by Rabat since it covers the same area. Secondly, the legal value of these contracts is questionable due to the legal uncertainties concerning the territory and the SADR itself (which has not been recognised by the home countries of Fusion and Premier). Also, it is unclear to what extent Fusion could provide reliable seismic information without having access to the area (other than a compilation of different sources?). Lastly, the deal covers an area over which the Polisario has no effective control and is thus of an anticipative nature. Nonetheless, all these elements did not prevent the small «indie» Fusion from being outspoken about the contracts, from challenging bigger players in the industry and bringing another company, Premier Oil, into the diplomatic-commercial dispute.

What is the economic interest for Fusion Oil? Allegedly, the TCA could increase Fusion Oil's foothold in the region were the findings to reveal critical oil and gas reserves. This seems highly likely in the light of Fusion Managing Director's statement that the project was «significant» and that findings in Saharawi waters could be equal to those offshore Mauritania (where very significant oil and gas discoveries were announced in May 2001), Gambia, Senegal and Guinea Bissau. This was confirmed in the data presented to the SADR in November 2003¹³⁷, indicating that, there was «sufficient indication of a viable petroleum system offshore that would merit future investment in exploration»¹³⁸. However, there's the catch: as explained earlier, the SADR does not have control over this territory and is not likely to do so in a foreseeable future.

TNCs supporting self-determination? Evidently, this deal is more than of a strictly business nature; it carries in fact notable political consequences, which Fusion Managing Director Stein has not denied. He admitted there was «an element of geopolitical expediency», yet he stressed that «fundamentally for Fusion, this is not a political issue, although we take an interest in the political struggle, we are not part of the political process».

¹³² PESA, April/May 2003.

¹³³ Offshore Magazine, April 2003.

¹³⁴ Upstream Online, 16 October 2003.

¹³⁵ Offshore Magazine, April 2003.

¹³⁶ Interview with Mr. Sidati in Brussels, 10 May 2004.

¹³⁷ A geophysical analysis including a technical report and a digital GIS database.

¹³⁸ Platt's Commodity News, 10 November 2003. On their web-site, Premier Oil states that the «regional studies indicate that the area has exciting oil potential».

He further noted that, «this is not a contest between Fusion and other oil companies. This is, and always has been, a struggle between the Government of Morocco and the Saharawi people. We have chosen to provide technical assistance to the Saharawi people. If that means we end up being able to pursue the relationship through to taking an exploration license, then so be it. If that opportunity does not materialise, then so be it also»¹³⁹. However, Fusion's commitment appears to go well beyond merely sitting on the fence, as illustrated by the following examples:

(a) Fusion and Premier attended the Polisario's 11th party congress in October 2003 in the so-called liberated areas (areas not occupied by Morocco), where Fusion Director handed over the results of its geophysical analysis to the SADR presidency and expressed «readiness to continue the work in co-operation with the Saharawi republic»¹⁴⁰. Noteworthy is the fact that neither Australia nor the UK (the home countries of the two corporations) has officially recognised the SADR.

(b) Fusion has fully adopted the SADR legal and historical perspective of the Saharawi conflict as illustrated by the company's brief presentation of Western Sahara in its May 2002 statement¹⁴¹. Furthermore, Fusion appears to have gone as far as even adopting the Polisario discourse. For example, when justifying Fusion's decision to sign the TCA, Stein notes that «the worst that can happen is that we will have made an investment in deepening our understanding about how the petroleum geology of this whole coastline works while being comfortable in the knowledge that *we have acted with integrity*» (my italics). He continues, «if, *as we fully expect*, there is a *just resolution* that allows the *Saharawi people* to administer *their own territory*, then there is an opportunity for us to explore a whole new province and we will have delivered a game changing opportunity for our shareholders»¹⁴².

(c) Fusion openly states its support for Saharawi statehood, which is unequivocally set out as a specific goal of the deal.

Indeed, according to the SADR statement, this agreement was concluded with Fusion in order to «allow the Saharawi people to independently determine the potential of their territorial waters». «Through collaboration with Fusion on their project, Saharawi officials will become further accustomed to the principles and standards of the international oil and gas industry in readiness to assume custodianship and management of these resources following confirmation of sovereignty», the statement continues¹⁴³. The May 2002 joint statements by Fusion and SADR indeed explicitly state that the initial study will «assist the Government of the SADR to better understand the offshore oil and gas potential of the area and formulate appropriate policy to attract international investment». As an example, one may note that one of Fusion's first activity as part of the deal was to prepare a brief report on the history of oil and gas exploration offshore Western Sahara for the Polisario because «it knew little about the petroleum industry». Alan Stein predicts that a significant discovery offshore WS could «have dramatic economic benefits and yes, I'd love to think that I'd been able to change the GDP of an entire country»¹⁴⁴.

Beyond all doubt, the language and pro-active behaviour of Fusion Oil is unusual, and all the more so because it is a private company taking a (geo) political stand in a highly disputed context. It is common knowledge that business and human rights groups or indigenous peoples rarely share a common agenda. Moreover, businesses, and in particular big ones such as multinational oil and gas companies, traditionally shun from publicly engaging in sensitive issues and if so, are rarely known to have taken the side of the underdog. Fusion managing director acknowledged that his company was «exposing itself to an aspect of political risk that companies wouldn't normally be exposed to»¹⁴⁵. Being accustomed to a wide-spread perception (and practice?) of big businesses siding with «the dark side» of *Realpolitik* and carefree exploitation of natural resources in the developing world, one is naturally led to question the motives behind this deal; What are the real issues at stake? What has

¹³⁹ PESA April/May 2003.

¹⁴⁰ Upstream Online, 16 October 2003.

¹⁴¹ Compare Fusion and SADR press statements over the TCA.

¹⁴² Offshore Magazine, April 2003.

¹⁴³ Afrol News, 27 May 2002.

¹⁴⁴ In Upstream Online, 24 June 2002. NB: such a discourse can be perceived as somewhat tainted by an industrialist conception of deve-

lopment (in terms of the overall cost-benefit of oil production). Such an approach for example was rejected by Costa Rica, which decided not to exploit its proven oil reserves having evaluated the overall consequences as negative for the country. For more on the socio-economic consequences of oil development for a developing country, cf. Oilwatch website.

¹⁴⁵ PESA April/May 2003.

Fusion to gain from being the white knight of an oil-dark business? Moreover, is it reasonable to consider the costly investment of the company in this deal as mere charity?¹⁴⁶

A Public relations stunt? Fusion Director Alan Stein rejected suggestions that the company had signed the agreement in order to raise its profile: «I don't think there has been much profile for Fusion in doing this». However, it is partly the deal with the SADR that allowed newly created Fusion to make (specialised press) headline news and to assert itself both in the industry and on the stock exchange after several years of financial struggling. Alan Stein appears to revel in what he calls «a David and Goliath situation»¹⁴⁷ of Fusion ruffling the feathers of the two giants Total and Kerr-Mcgee. And, the Saharawi corporate allies are clearly aware of the potential «good guy» image this deal will bring: Alan Stein remarks that «oil companies are so often associated with rape and pillage, so it's really refreshing to be involved in a deal which is morally correct»¹⁴⁸. For the sceptic mind, it could appear that Fusion has identified a niche in the industry («the small good guys» vs. «the big bad guys») which is bound to provide it with publicity and thereby shareholder attention (and possibly affection). This is all the more valuable when attempting to change its image. It so happens that Fusion's partner, Premier Oil, had been heavily criticised for its involvement in Burma, where it allegedly benefited from forced labour provided by the military junta. It was the first Oil Company to sign an offshore gas exploration contract with the Burmese junta in 1990. Following intensive campaigning by the UK Burma Campaign, the UK government, through its Foreign Secretary, stepped in and in 2002 repeatedly called upon Premier to end its activities in the country. For a corporation defined by the NGO *Friends of the Earth* as «a company specialising in going into areas even other oil companies might think twice about—such as precious natural environments that are supposed to be protected, and countries with oppressive political regimes»¹⁴⁹, the Saharawi deal could thus be a timely opportunity to improve its image. Moreover, both

companies, Fusion and Premier were in severe need of the injection of fresh cash: Premier was at the time of the deal in full restructuring process and Fusion was yet to benefit from the findings in Mauritania.

Fighting above one's league? However, such a maverick policy carried significant risks as Barry Morgan of Upstream Online noted: Fusion «will certainly be hoping the realpolitik of the global village does not ride roughshod over the legal and moral rights of indigenous peoples. It also has a lot to lose»¹⁵⁰. And, Fusion did eventually lose a lot, or at least its initial owners did... Indeed, the situation was further complicated in December 2003 by the acquisition of Fusion Oil by British-based **Sterling Energy Plc.** through a hostile take-over. Sterling, a recently created oil and gas company with interests in the Gulf of Mexico and the Philippines, had been seeking to shift its focus to other regions of the world and in particular to North Africa. This acquisition, hotly contested by the founding directors of Fusion Oil¹⁵¹, led the visibly satisfied Sterling Chairman to boast the resulting benefits for his company and its shareholders, including the possibility to participate in up to 20 wells offshore West Africa for a «negligible cost»¹⁵². Thanks to this take-over, the company stated that in 2003 it had «exceeded all expectations in terms of growth and future prospects» and expects the acquired wells to carry a «significant impact on the value of the company». The fact that Fusion was on the verge of making considerable benefits with the wells in Mauritania is highly likely to have been a decisive element in the take-over. The take-over also revealed dissatisfaction among the shareholders and in particular with its largest one, Westmount, and in the company itself with the strategy pursued by the Fusion Board of directors¹⁵³. Overall, the take-over reveals that Fusion Oil had kindled the appetite of other players and that its maverick directors may not have proven tough enough for the fight and not convincing enough to placate the more traditional shareholders. While they have founded a new company, **Ophir Energy**, it remains to be seen whether the ex-Fusion team will be able to resume co-ope-

¹⁴⁶ The TCA specifically states that the initial study will be conducted by Fusion Oil «at its own cost».

¹⁴⁷ Upstream Online, 24 June 2002.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ <http://www.foe.co.uk>

¹⁵⁰ Upstream Online, 4 June 2002.

¹⁵¹ As described to me by Jonathan Taylor in an email exchange.

¹⁵² <http://www.sterlingenergyplc.com>.

¹⁵³ Westmount Chairman and Fusion Director said the decision to sell its shares to Sterling was the result of «mounting disappointment in the performance of our investment in Fusion».

ration with SADR on the same scale. Indeed, Fusion/Sterling posts on its website the exploration options in the Western Sahara thereby indicating that the TCA remains valid, as was confirmed by Polisario European co-ordinator, Mohammed Sidati¹⁵⁴.

C) «Corporate diplomacy»: TNCs and international conflicts

i) THE MOROCCAN STRATEGY

I will now address the reasons behind the Moroccan decision to sign the reconnaissance licenses, thereby adding a new complicating factor to the conflict. Among these one may identify a series of economic incentives for developing activities in Western Sahara:

1. *Energy development plan.* From a purely economic perspective, hydrocarbon exploitation ranks high on Rabat's current priority list as witnessed by the elaboration and launch of a large scale strategic plan for Moroccan oil and gas development over the past few months. The legislation on hydrocarbon exploitation was revised in 2004 on more favourable terms for TNCs¹⁵⁵. Moroccan Energy and Mines Minister Boutaleb announced that his country planned to switch from a coal/fuel mix to natural gas-fuelled power supplies by 2008¹⁵⁶. Owing to the current state of the Moroccan E&P infrastructure and technology in contrast with such ambitions (Riché notes that the annual research budget of ONAREP is of \$5 mln while a single drilling costs \$15 mln), Morocco would certainly need to realise major investments in this sector. This would require considerable foreign participation, which is already in the process of being realised as attested by more than 60 oil and gas agreements, which have been signed over the past three years. Significantly, the total number of international companies in Morocco has been raised to 19 through 72 agreements. Evidently, the deal with Total and KerrMcGee can be placed within this plan of attracting foreign corporations to provide Morocco with the considerable skills and investment required for its energy development stra-

tegy. Significantly, KMG has announced its intention to invest «at least US\$ 2 million in the Boujdour area»¹⁵⁷.

2. *Oil boom.* In a country facing severe financial and economic difficulties, the steady increase of the price of oil on the global markets has undoubtedly contributed to make oil extraction an attractive source of revenue.

3. *Favourable regional context.* Morocco was also keen to take advantage of the fact that the African continent has become the recent focus of interest for E&P with the ongoing instability in the Middle East and the recent findings in Mauritania¹⁵⁸. The increased presence and investment of corporations in other countries of the region provided greater comparative advantage to the potential Saharawi reserves.

4. *Alternative source of revenue.* The extensive depletion of fisheries in Saharawi waters and to a lesser extent of the phosphate deposits has encouraged the makhzen to look for alternative sources of revenue. As seen above in chapter I, this is all the more important in the light of the fact that the exploitation of Saharawi resources is at the very heart of the occupation of the territory since it both contributes to financing the costly occupation and represents a key element in sustaining loyalty to the monarchy. To some extent, Saharawi oil and gas could hence be seen as the lifesaver of the Moroccan monarchy and of its occupation of the territory.

ii) CORPORATE DIPLOMACY

However convincing the economic reasons behind the decision to kick-off the process of exploitation of Saharawi oil may be, one cannot neglect the specific context of the Western Sahara conflict. Indeed, the selection by the State-owned ONAREP of two US and French companies and the rejection of a Spanish bidder, **Repsol**¹⁵⁹, for the exploration licenses cannot be taken as a decision merely based on economic grounds and immediately takes on an evident political dimension. I will argue that these companies were deliberately chosen because of their home countries, France and the USA, in what may be considered as «corporate diplomacy».

¹⁵⁴ Interview in Brussels, 10 May 2004.

¹⁵⁵ Cf. RICHE (July 2004).

¹⁵⁶ Upstream Online, 29 April 2004.

¹⁵⁷ IHS Energy report, 25 June 2004.

¹⁵⁸ Afro News, 12 March 2003. See also, KNIGHT (2002).

¹⁵⁹ Cf. MARTIN (2002).

Firstly, Morocco, as many (if not most) countries, has regularly used business interests to forward its foreign policy goals. Indeed, observers note that in addition to its diplomatic efforts at bilateral and multilateral levels, Rabat has actively sought to legitimise its annexation of the Saharawi territory via commercial deals with companies with headquarters in key Northern States, which would then be locked into recognising the sovereignty over the territory or rewarded for their diplomatic support. This strategy is particularly evident in the sectors of armament as witnessed in the Moroccan decision to grant the British armament industry lavish contracts for the edification and modernisation of the Berm, the «defence wall» dividing the territory¹⁶⁰. Naturally, the involvement of the UK industry (in this case *Royal Ordnance*), necessarily approved by London, makes it difficult for the Foreign Office to condemn the military occupation and the edification of this «Maginot line» across the desert. Similarly, Rabat has actively sought French military co-operation in its activities in Western Sahara. Annick Miske-Talbot reports on the intensive level of co-operation, which includes the provision of French military advisors, aid in the construction of the Berm and a costly software for war simulation. It is now a well-established fact that French military planes took direct part in the military operations against the Polisario on the side of the Moroccan forces in 1977-1978.

These two sectors have not been selected randomly. Indeed, armament as well as hydrocarbons are highly sensitive areas, which are source of close monitoring if not direct involvement of governments. They also carry significant socio-economic weight, in terms of jobs and revenue (Total for example is the largest French company) but also in terms of political influence in France for example, the two leading media groups in France, Dassault and Lagardere, are also the leading French suppliers of armament¹⁶¹. Therefore, it appears logical that Morocco would

carefully identify the recipients of lucrative contracts in two areas such as these. Similar practices can be found in other sectors such as the phosphate industry, where Morocco sought to barter the access by foreign countries and companies to the phosphates in exchange of diplomatic gains.

iii) A «SOLOMON OIL DEAL»

Regarding the exploration deals, the King Solomon-like share of Saharawi waters to a US and a French company carries evidently a prevailing political dimension. Some specialists have described this deal as the «Azoulay Plan» according to the name of the main economic advisor to the Moroccan King, Jewish-Moroccan and French André Azoulay¹⁶². This Shakespearian character through his close personal relationship with both the current French and Moroccan heads of state allegedly conceived a plan according to which the Saharawi oil would be shared equally between France and the US with the specific goal of gaining a definite recognition of the Moroccan annexation of the territory. According to Tomas Barbulo, the aim was to get US diplomatic approval to the option of an autonomy of the territory (and thereby the abandonment of the application of the right to self-determination), while the French government, which had already de facto recognised Moroccan control, would be rewarded for its support¹⁶³. He concludes that the exploration deal consists in «the sale of a country in order to force international legality» (p25). Polisario representative Mohammed Sidati told me he shared such a perception of the contracts and remarked that according to him, Rabat was increasingly convinced that the most efficient way of gaining international recognition of the annexation of the territory was precisely through economic interests rather than traditional diplomacy. He commented that the main diplomatic target of the contracts was in fact the USA since the choice of Kerr-McGee sought to

¹⁶⁰ Cf. Annick MISKE-TALBOT (2001) and www.waronwant.org. In 2001, UK NGO War on Want launched a campaign against the sale of thirty 105mm guns for the refurbishing of the Berm. Such a decision by the UK government to provide heavy weapons to an occupying power is in clear violation of international law (no consultation with the UN), the EU code of conduct on arms exports and the UK arms policy.

¹⁶¹ RAMONET (2002) and BENILDE (2003). Lagardere is the first publishing house (Hachette, Fayard, Grasset, Stock...) and owns much of the local and regional press and magazines (Nice-Matin, La Provence, Paris Match, Elle, Télé 7 Jours, Pariscope...). Dassault is the first French press

group (Valeurs actuelles, le Figaro, L'Express, le Progrès de Lyon, La Voix du Nord...).

¹⁶² For more on Azoulay cf. Barbulo, Cembrero and Miske-Talbot *op. cit.* Allegedly, Azoulay was also behind the polemical decision of the French telecommunications firm Vivendi to overpay by 3,5 billion dollars its acquisition of Maroc telecom, thereby injecting a hefty sum into the depleted Moroccan budget (MISKE-TALBOT).

¹⁶³ BARBULO (2002). For more on the close ties between Rabat and the French political establishment cf. CEMBRERO (2001, 2003) and SAINT MAURICE (2000) pp. 145-159.

strong-arm Washington into tolerating the annexation which it had until then always been reluctant to do so.

Regardless, the deal appears to have been carefully timed to have an impact on the concurrent diplomatic discussions at UNSC level, when Baker had put on the UNSC table four options—the original settlement plan (referendum on independence or integration), the framework agreement, partition of the territory and the departure of MINURSO, which the 15 members had to choose from. With the aim of influencing the decision of the UNSC, Morocco had launched an intensive diplomatic campaign towards the member states and the corporate deals can be considered as an integral if not the essential part of this effort. In September 2001, Mohammed VI himself openly admitted that Morocco had «worked hard, during eighteen months and in the strictest confidentiality, in order to have eleven members of the UNSC recognise the legitimacy of Moroccan sovereignty over Western Sahara»¹⁶⁴. As further illustration of the close ties between the contracts and international diplomacy, the leading Spanish oil and gas company Repsol was rejected twice when it expressed its interest in the exploration licenses in the midst of a critical period in Spanish-Moroccan relations. Victoria Martin interpreted this as a decision to punish Spain for its position on the Western Sahara dossier and to reward France and the USA¹⁶⁵.

iv) «TEXAN DIPLOMACY»

Several observers have evoked the existence of close ties between UNSG Personal Envoy James Baker and the US oil industry and have deduced that the US diplomat has been carrying out a covert policy of promoting the interests of the US industry in the region, of which the deal with Kerr-McGee would be the most flagrant illustration. According to these conspiracy theorists, the deal would be a means to reward Baker for his lenient approach to the self-determination issue or as a means to cajole the «Texan Republicans» of which he is a member¹⁶⁶.

Undeniably, James Baker is a close personal friend of the Bush family, whose oil-tainted perception of and behaviour in public office has become common knowledge and more

recently, even a source of movie awards on the French Riviera. US journalist, Wayne Madsen, wrote a stimulating, albeit somewhat inconclusive piece on the ties between Baker and Kerr-McGee and revealed that the James Baker Institute at Rice University in Houston funded a study called «Strategic Energy Policy: challenges for the 21st century» whose co-author was Matt Simmons, a member of the Board of Directors of KMG. Madsen also reports that James Baker's former spokesperson at the Department of State and Treasury and close personal friend, Margaret Tutwiler, currently serves as the USA Ambassador to Morocco. He quotes a former associate of Tutwiler saying that; «she was obviously placed [in Morocco] by Baker and his oil buddies to help cut oil deals». In January 2003, Madsen deduces that «because of war in Iraq and the Venezuelan situation, Baker is under increased pressure from his friends in the Bush administration to bring about the commencement of oil drilling off Western Sahara. Hence the sudden new interest by Baker in a WS “peace deal”».

While the available evidence remains fairly slim to confirm such allegations, it is clear that a Houston-based Republican diplomat, head of a Research Institute focusing on strategic energy issues could hardly be unaware of and indifferent to the strong pressures from the industry to explore the Saharawi reserves. Also, Internet research rapidly reveals direct links between his Houston-based law firm Baker & Botts, which specialises in energy matters, and Kerr-McGee. For example, B&B Attorney Mark Rowley represents the interests of KMG in Saudi Arabia¹⁶⁷. Also, the presence of Roland Dumas, a former French Minister of Foreign Affairs with direct links to Total (and recently heavily sentenced for illegal dealings with the company) on the Executive Board of his Institute does tend to indicate that James Baker would have been well aware of the efforts of Rabat to sign exploration contracts with both Total and Kerr-McGee.

As a counterpoint, Baker's close ties with the oil industry should only have encouraged the US diplomat to succeed in his mission of finding a final solution to the conflict and thereby ending the legal uncertainty precluding the major companies from investing further in the area. In this sense, the resignation

¹⁶⁴ Interview of Mohammed VI in *Le Figaro*, 4 September 2001.

¹⁶⁵ In MARTIN (2002).

¹⁶⁶ Among his many functions, James Baker III is Senior Counsel for the Carlyle Group (the US 10th largest defence contractor), Counsel for

Intelligence Policy and in charge of restructuring the Iraqi debt. For more thought-provocative information on James Baker see www.hereinreality.com/baker.html

¹⁶⁷ <http://www.bakerbotts.com>

of James Baker on 11 June 2004 can barely be seen as serving the interests of the big oil companies if it entails the further postponement of a final solution.

v) EVALUATION OF THE CORPORATE DIPLOMACY

All in all, how effective was this corporate diplomacy led by both sides in conflict? And how did it affect the process of self-determination? While it is too early to assess the effectiveness of the «privatisation» of the conflict into a proxy war between the two sides through corporate rivals, it is clear that the Paris-orchestrated failure of the UNSC to draw the necessary consequences from the UN Legal opinion (i.e. to sanction the companies involved in the exploration process) indicates that France remains more than ever interested in a protracted status quo (i.e. tacit and gradual approval of the annexation). Since UNSC sessions are as opaque as crude oil, it is difficult to provide any precise account of the (real) positions of the key players¹⁶⁸. However following a three hour debate on the UN legal opinion in February 2002, the Security Council effectively took no action to prevent Morocco from allowing foreign companies to prospect the oil in the area and did not annul the contracts as the Polisario had requested¹⁶⁹. UNSC Chair at the time, Mexican President Zinser, remarked that such a decision «was not within the Council's mandate». According to Upstream Online, France, the USA, Bulgaria, Britain and Norway sought to avoid the topic of the contracts while Ireland, Russia, Colombia and Singapore sought to discuss at length the Legal opinion¹⁷⁰. Subsequently, the unanimous vote by the UNSC in favour of the Baker Peace Plan (Resolution 1495, 31 July 2003) which supported an autonomous regime for 4-5 years followed by a referendum does to some extent represent a failure of the Moroccan diplomacy, including its corporate aspect, in convincing the UNSC members to drop the requirement of a self-determination consultation. Notwithstanding the effectiveness of the Moroccan corporate diplomacy at UN level, it did succeed in reaching official government backing by Washington and Paris of these exploration deals. Indeed, both exploration licenses were signed in the presence of senior representatives of the French and US diplomatic

services, by respectively US Ambassador Tutwiler and Mr. Derrec, Head of the Finance and Economic section of the French embassy in Morocco, thereby engaging the responsibility of both states behind both contracts.

With regards the corporate diplomacy of the Polisario, the assessment is even more difficult to make at this stage. Clearly, the signature of the TCA with an oil corporation with good media visibility and with a young, brash leadership did succeed in getting some (specialised) media attention to the conflict. However, in contrast with the capturing effect of the Moroccan corporate diplomacy in chancelleries, the TCA with Australian and UK TNCs has not yet led to a tangible change in policy in London and Canberra. Interestingly though, there appears to have been a prior tacit support from the UK in the Fusion deal with the SADR. Indeed, when asked about the reasons for the UK FCO to have suggested contacting the Polisario, Fusion Managing director Stein noted that «[he didn't] think advising [them] to talk with the Polisario was formal Foreign and Commonwealth Office policy». However, he added, «you will find within the government of the UK and within the civil service a hell of a lot of sympathy and support for the Saharawi people»¹⁷¹. The initial suggestion to contact the Saharawis is a notable, albeit discreet, gesture from the UK in favour of the right to self-determination of the Saharawi people. It remains though to be confirmed and extended on a more tangible level in multilateral fora.

Conclusion: self-determination as a corporate issue

Overall, the deals have added a new dimension to the conflict: after military and then diplomatic warfare, both parties are now engaged in feuding «corporate diplomacy». The Fusion deal with the SADR represents a rare event in the oil business and as such can be considered as a bold political statement; a transnational corporation supporting the self-determination of a people against all odds. Also, the originality of the TCA resides in the fact that in this deal, private (corporate) interests meet collective ones, that of a people seeking self-determination: while gaining media and shareholder attention and moral prestige (and of course, an option on possible future exploitation), Fusion contributes to

¹⁶⁸ On the positions of the EU and individual European Member States on the Western Sahara conflict, cf. VAQUER (2003) and FERNÁNDEZ (2003).

¹⁶⁹ Upstream Online, 8 and 21 Feb. 2002.

¹⁷⁰ Upstream Online, 8 Feb. 2002.

¹⁷¹ Upstream Online, 16 October 2003.

support the Saharawi people in their struggle for self-determination by providing technical expertise and moral support with an impact on the international scene. Conversely, the Rabat exploration licenses also connect the private interests of Total and KMG with foreign policy interests- that of the Moroccan monarchy: by signing the potentially lucrative contract with the occupying power and by fuelling Moroccan claims over the territory and locking in their home countries in recognising the fait

accompli, Total and Kerr-McGee directly violate and impede the realisation of the right of the local population to self-determination. Lastly, independently of the effectiveness of Moroccan corporate diplomacy, the reconnaissance contracts represent for Rabat an easy source of cash to help finance the illegal occupation or/and the makzhen governance: Total spokesperson Patricia Marie affirmed that Total's contract with ONAREP included financial provisions to the state-owned company¹⁷².

¹⁷² Phone interview, 14 July 2004 (Marie did not disclose the details of the financial aspect of the deal). This is most likely the case also for the deal with Kerr-McGee (unconfirmed).

IV. Oil and gas TNCs as targets: making the corporate sector accountable?

«On entend moins les victimes des multinationales que les victimes des tortionnaires politiques. Pourtant elles sont aussi très nombreuses».

«Il existe une sorte de “marché de la loi”, les multinationales ont tendance à aller vers les pays où celle-ci est la moins contraignante, ces pays coïncident bien souvent avec des lieux d'exploitation de ressources naturelles»

William Bourdon

Once established that natural resources are a central element of the conflict (chapter 1), that the Saharawis have an inalienable right over these resources according to international law (chapter 2) and that this right is clearly violated by Morocco with the active participation of foreign TNCs (chapter 3), we are then naturally led to the following question: what are the means at the disposal of the Saharawi people to assert their (violated) rights over their natural resources and to seek remedies from those liable for the violation of these rights?

As seen above, legal and political proceedings at the international level against Morocco (namely at the ICJ and UNSC) hardly represent *at present* a conceivable option due to the lack of political will of States to enforce international law. At «domestic level», the Moroccan judiciary also fails to provide a credible and acceptable avenue for redress (which would de facto legitimise Moroccan sovereignty over the annexed territory). Thus, faced with the improbability of directly addressing Moroccan liability, it hence appears of particular interest to consider the issue of the accountability of the TNCs, which partake in the illegal exploitation of Saharawi natural resources, and the indirect responsibility of their home states.

This section will consider the legal framework and precedents of the fairly recent notion of «corporate accountability»¹⁷³ and seek to apply it to Western Sahara. Given the limited possibilities for enforcing corporate legal accountability, this section will then

¹⁷³ I will use the distinction provided by Piccolotti and Taillant: «*accountability* is legally binding, whereas *responsibility* pertains to an ethical obligation to act in a certain way, but which has no binding legal obligations. *Responsibility* refers to company voluntary efforts to act in the best interest of society while *accountability* refers to the legal obligation to do so» in PICCOLOTTI and TAILLANT, 2002, p. 10.

consider an alternative approach through the analysis of «corporate responsibility», and compare the effectiveness of voluntary code of conducts defined by corporations and «name and shame» public campaigns led by the NGO sector. The civil society campaign against Norwegian exploration company TGS Nopec will serve as an example to consider the following questions: What are the key elements of this campaign? What lessons can be drawn for civil society when seeking to prevent TNCs from escaping accountability for acts committed abroad?

A) Towards corporate accountability?

The notion of corporate accountability is fairly nascent and faces stiff opposition to its enforcement and development from the prevailing (Northern, government and corporate) proponents of an unregulated global economy. This notion stems from the premise that since TNCs are global actors, whose powers often impinge on that of States and whose activities affect human and global welfare, corporate behaviour should be made accountable to international (and domestic) rules and conventions, and in particular to human rights law. Such an approach to corporate accountability is coined by Jem Bendell as the «democratisation of corporations», which posits that «people and communities should be able to influence organisations or persons that affect them, especially when they affect the material foundations of self-determination»¹⁷⁴. The Universal Declaration of Human Rights already in 1948 had directly stated in its preamble the applicability of this fundamental document to corporations (as «other organs of society»). Yet, what does this notion mean practically in terms of direct and indirect obligations for the corporate world?

i) THE NOTION OF CORPORATE ACCOUNTABILITY

Indirect obligation. It is of common knowledge that over the past few decades, TNCs have emerged as key players in the current globalisation process. Their ever-increasing economic, financial and political power has been gradually eroding that of

¹⁷⁴ BENDELL, p. 44. NB: Self-determination here is defined as an individual and collective right, which includes the right of people to create caring, sustainable communities and to control their own resources, economies and means of livelihood (definition by David Korten quoted by Bendell).

States and in particular those from the developing South, where corporations can have a notable and at times negative impact on the enjoyment of human rights. However, international and domestic legal systems worldwide have yet to integrate this phenomenon. States and their agents remain the primary holders of international legal obligations. Yet, it is increasingly recognised that States are also under the obligation to prevent abuses by natural *and* legal persons such as private enterprises and to provide victims with means of redress (also referred to as the principle of *Drittwirkung*). Recent developments in jurisprudence (e.g. in the USA, *Doe vs. UNOCAL* case; at the ECHR the case of *Loizidu vs. Turkey*, 28 July 1998) and in soft law (e.g. General Comments by the UN ESCR committee) have extended the application of this indirect obligation wherever the violation is committed and not just within the territory of the State.

Evidently, such a system is based on the assumption that states possess the necessary resources and the will to ensure that actors such as TNCs respect international law. As pointed out by Steven Ratner, such an assumption may easily be challenged since the state may not be in a position to monitor corporate behaviour and enforce obligations for several reasons, including *inter alia* the desire of developing states to welcome foreign investment, the possible use by the state of corporate resources in its own abuse of human rights and also the fact that some firms have become ever more independent of government control¹⁷⁵. Northern jurisdictions also face barriers when seeking to address corporate accountability. Among the numerous legal barriers, one may note the «corporate veil» (i.e. the creation of separate corporate entities to escape liability), the choice of legal forum, extraterritorial application of legislation and sovereign immunity¹⁷⁶.

Direct obligation. Owing to these shortcomings in making corporate power liable through State responsibility, NGOs and institutions have called for the development and enforcement of direct corporate liability, whereby international law prescribes obligations directly upon corporations and establishes a regime of responsibility for the violations they might commit. Also, according to the nascent principle of corporate «complicity»,

TNCs might be considered complicit in human rights violations committed by state authorities¹⁷⁷. However, direct corporate obligations remain to be generally accepted and significantly introduced into international law. Indeed, Ratner identifies an «inconsistent posture among decision-makers over the role of corporations in the international legal order»: he notes that while they accept that business enterprises have rights under international law (e.g. non-discriminatory treatment, political rights), most governments remain somewhat ambivalent about accepting corporate duties and in particular duties that corporations might have towards individuals in states where they operate¹⁷⁸. For her part, Sarbjit Nahal concludes on the current absence of provisions in the EU states and at EU level for holding corporations directly accountable «for the full range of human rights in any systematic way»¹⁷⁹.

As a result of these shortcomings, corporate activity in the developing world is largely unaccounted for in both host *and* home countries, and generally speaking, TNCs remain largely free to violate international norms. And this at times, with the tacit approval or even the support of the host States where their activities are carried out.

ii) CORPORATE ACCOUNTABILITY AT A TEST: TOTAL ON TRIAL

How is corporate accountability actually put into practice? Owing to the above-mentioned deficiencies in international and domestic law when dealing with TNCs and extra-territorial jurisdiction, it comes thus as no surprise that the cases brought against corporations are few and far between. Nonetheless, the growing awareness among civil society groups of the impunity of the ever-powerful corporate players has led to recent pioneering legal actions. As an example, I will focus on one of the TNCs involved in Western Sahara, *Total*, which incidentally happens to be one of the rare targets of these vanguard legal actions. Indeed, cases have been lately brought against Total in Belgium, the USA and France for its activities in Burma, which allegedly have involved the use of forced labour provided by the military junta for the construction of a pipeline in the region of Yadana. It appears therefore of interest to offer a brief overview of the

¹⁷⁵ RATNER, p. 11.

¹⁷⁶ For details, see PALMER (2003), pp. 11-13.

¹⁷⁷ Cf. ICHR report.

¹⁷⁸ RATNER, p. 20.

¹⁷⁹ NAHAL, p. 23.

charges brought against the French multinational as an illustration of this nascent notion of corporate accountability and the current limitations facing its implementation.

The most significant of the three legal proceedings against Total is in the home country, **France**, where Human Rights lawyer William Bourdon and his NGO Sherpa brought a legal suit in August 2002 on the behalf of two Burmese nationals, who claim the company benefited from forced labour in 1995-96 on the Yadana construction site¹⁸⁰. The plaintiffs claim that Total and its local subsidiary recruited and paid Burmese troops, facilitated forced labour on the construction site and to have done so in spite of repeated denunciations of the situation by different organisations, such as ILO. The legal basis is a French text of 1944, which assimilated forced labour organised by Nazi Germany with the crime of «unlawful confinement» (*crime de séquestration*). The choice of this particular charge stems from the fact that forced labour does not correspond to any breach in French domestic law. The lawyer claims that the criminal responsibility of the heads of the company, Thierry Desmaret and of the local Total subsidiary, Hervé Madeo, is «obvious», and carries a maximum sentence of 20 years of jail according to the article 224 of the French penal code. The judge of the Nanterre Tribunal has so far heard Hervé Madeo as well as a witness, who deserted the «TOTAL battalion» in charge of controlling the workers and one of the plaintiffs.

Beyond seeking justice for the two plaintiffs, this case was brought by Bourdon with the deliberate goal of raising awareness on the legal loopholes regarding criminal responsibility of multinationals and to «draw a red line between the victim, whatever her condition and location, and the headquarters of the multinational, which gives the orders and benefits from the crimes». And, this case, which has met with considerable media attention, has already pointed out to some key defects in French domestic law¹⁸¹. These shortcomings highlight the crying need

for legislation on criminal responsibility of private companies to emerge, and one, which does not restrain the judges in their extraterritorial jurisdiction.

In the **USA**, a case was brought under the Alien Tort Claims Act¹⁸² by several Burmese nationals before the Federal court of Los Angeles in 1997 against the Yadana consortium (which includes TOTAL, its US partner UNOCAL and local companies PTT and Moge) for indirect liability for torture, forced relocation, forced labour, rape and murder committed against these villagers by government troops. Following heavy pressure from the French government (the French government submitted an «amicus curiae» request to reject the case on the basis of extraterritoriality and French interests), the local judge declared his lack of jurisdiction regarding the activities of the French company¹⁸³. However, the US federal district court in LA concluded that corporations and their executive officers can be held legally responsible under the Alien Tort Claims Act for violations of international human rights norms in foreign countries and that US have authority to adjudicate such claims, and after a series of appeals, the trial resumed on 4 February 2003 in Los Angeles¹⁸⁴. Yet, as the Total web site notes, the US court has since «been moving extremely slowly and fitfully» and the case (according to the NGO *Earthrights*, the first in US history in which a corporation will stand trial for human rights abuse committed abroad) is still pending.

In April 2002, a case was brought against TOTAL and its senior executives (including Thierry Desmaret) in a **Belgian** court on the basis of the universal jurisdiction law in the case of grave crimes committed abroad. In this case, the plaintiffs accused TOTAL of complicity in crimes against humanity by investing in Burma, bringing moral and financial support to a regime held responsible for grave human rights violations, including systematic forced labour. Under heavy US pressure, the Belgian parliament significantly watered down the Universal jurisdiction law in

¹⁸⁰ This section is based on my interview with Sherpa representative, Ms. Daoud, an interview of Bourdon in *Le Nouvel Observateur* and FIDH and Total web sites.

¹⁸¹ For example, Bourdon notes that: in contrast with the US legislation, French law does not provide with protection measures for the plaintiffs in such cases and hence, the two plaintiffs have been kept in a secret location in South East Asia; French law does not sufficiently characterise/ qualify crimes against humanity for Bourdon to base his case upon; French legislation does not allow a legal person to be

condemned for a crime; a company cannot be sued for acts of complicity if the local subsidiary hasn't been condemned by the local jurisdiction in *Le Nouvel Observateur*.

¹⁸² A US act from 1789, which holds US government officials and corporations liable for wrongs committed against non-US citizens (*Bendell*, 2004, p. 25).

¹⁸³ In Lettre d'information trimestrielle, Feb. 2003, Collectif «Total ne doit pas faire la loi».

¹⁸⁴ For more information cf. www.earthrights.org/unocal

August 2003, which now only applies to Belgian nationals or people resident in Belgium¹⁸⁵. An arbitrage court was expected to consider whether the political refugee status of one of the plaintiffs entitles him to be considered a Belgian national and hence able to press charges against Total.

Total has rejected all charges as «exaggerated, dogmatic and unsubstantial» (Total web site), and has actively engaged in a public relations strategy to justify its activities in Burma, as witnessed by its specific web site on the issue, which «rather than respond to the unwarranted criticism, [wants] to restore balanced debate on whether a responsible multinational can contribute positively to the economic and social development of a country that faces sharp internal divisions». The strategy has included the commissioning of Bernard Kouchner, co-founder of *Médecins sans Frontières*, to write a report for a hefty sum on the situation (his final report rejected the claims of the use of forced labour).

iii) CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

In contrast with the slow developments in the field of direct corporate liability, corporate social responsibility (CSR) has met with widespread popularity and attention from both the institutional and private sectors. Under growing pressure from civil society groups, as well as from shareholders and consumers, large TNCs started in the 1990s to draft guidelines for their activities, which were enshrined in «codes of conduct». These codes, as defined by Ratner, are «voluntary commitments made by companies, business associations or other entities, which put forth standards and principles for business activities»¹⁸⁶. This movement had been launched earlier by the leading international and regional organisations with limited success¹⁸⁷. It had been initiated by the UN in 1974 with the creation of a Centre for Transnational Companies to prepare a draft code of conduct, that was completed in 1983 and a revised one in 1990, which emphasised the need for foreign investors to obey host country law, to follow host country economic policies and to avoid interference in the host country's domestic political affairs. As a response, the more corporate-friendly Organisation

for Economic Co-operation and Development (OECD) drafted in 1976 its own *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, which contained much fewer obligations on TNCs. The International Labour Organisation (ILO) in 1977 presented its own document entitled the *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*. Noteworthy is the fact that neither of these widely endorsed instruments is legally binding.

At the UN level, its Secretary General launched in 1999 the Global Compact initiative bringing together corporate and civil society representatives to discuss CSR and to «embrace and enact» nine basic principles with respect to human rights¹⁸⁸. Recently, the UN Sub-Commission for Human Rights proposed «*Norms on the responsibilities of TNCs*» which includes a UN monitoring and verification system. At a regional level, the European Parliament, in a resolution in 1999, called upon the European Commission to develop a «European multilateral framework governing companies' operations world-wide», which would create a legally binding framework for regulating activities of European TNCs in developing countries (including an independent monitoring body). However, this resolution remains essentially on paper since the European Commission has «shown little inclination to regulate the external conduct of TNCs based in the Community»¹⁸⁹.

What is the value of these self-regulatory documents? Total states that the code of conduct for the Yadana project has «legal value since it is appended to every agreement signed with subcontractors working on the project and is binding on them». However, this «legal value» is purely contractual and cannot be used by an individual victim of the activities of the firms. Also, codes of conduct are at pains to appear as providing for reliable and effective mechanisms in guaranteeing the respect of the enshrined principles. For example, KMG has established an elaborate reporting system in case of suspected violations of the Code of Ethics (including an anonymous and confidential hotline) and affirms that violations of the code are considered «serious offences that may result in disciplinary action, up to and including discharge, as well as possible legal action or

¹⁸⁵ See Total file on the Friends of the Earth web site.

¹⁸⁶ RATNER (2001), p. 39.

¹⁸⁷ For an extensive review of these various initiatives see GÓMEZ ISA (2004).

¹⁸⁸ See <http://www.globalcompact.org>

¹⁸⁹ NAHAL, p. 22. European Parliament Resolution A4-00/98, January 1999.

penalties». However, TNCs unmistakably shun from establishing fully externally verified enforcement mechanisms and providing effective legal value to these codes.

Needless to say that such an approach does not come across as the most victim-friendly mechanism in preventing the violation of international law by corporations. In fact, these voluntary corporate initiatives can be perceived essentially as public relations exercises which reduce the corporation's vulnerability to possible consumer campaigns or boycotts and divert public attention away from binding legal accountability to looser social responsibility. Regarding multilateral initiatives, one can only agree with Ratner that the end of the Cold War and the rise of globalisation witnessed a clear shift in favour of corporate rights and investor friendly codes of conduct. He states that «for the corporations, the relationship with the citizenry became a matter of getting the best terms out of the employment contract. The citizenry's human rights were the government's responsibility, not theirs. In short, the race to the bottom was on»¹⁹⁰. In brief, these multilateral initiatives «were doing little or nothing to address corporate power» (Bendell, 2004), since under pressure from Northern governments and corporate lobbying, these documents failed to place binding obligations on TNCs and states. Nonetheless, CSR does play an important role in setting standards for an industry as well as in raising awareness and expectations vis-à-vis the firm itself. As Muchlinksi (2001) notes, the codes of conduct «at the very least create a moral expectation that the codes will be observed».

B) *Corporate accountability and Western Sahara*

In the light of this brief overview of the notion of corporate accountability, how would it apply to Western Sahara and to TNCs, such as Total and KMG, involved in the occupied territory?

i) **INDIRECT AND DIRECT LEGAL ACCOUNTABILITY**

As this stage in the proceedings in the trials against Total and in the developments of international law, several key

elements may be highlighted for our discussion on corporate accountability and its possible application to the exploitation of natural resources in Western Sahara.

Direct legal challenges against TNCs would offer minute possibilities of relief for possible victims of TNCs at this stage of development in international law. In the case of Western Sahara, it seems unlikely that any proceedings against corporations might be considered by a domestic judge (in France, Spain etc.). Indeed, the rare cases against TNCs which were considered admissible concerned the worse types of crimes (e.g. US Alien Tort claims; crimes against humanity for nazi-era corporations; «corporate killing» in the UK). Since this represents the most accessible avenue at this stage for addressing corporate liability, such claims are seemingly unsuitable for corporate activities in Western Sahara. In addition, the limited information on and access to this territory represent significant hurdles for any future investigation. However, the extensive damage caused to the eco-system by the enterprises involved in the fisheries and the labour discrimination in the phosphate industry appear to offer potential legal bases for proceedings against foreign enterprises.

Regarding the specific oil and gas TNCs, the (alleged) current stage of their activities —initial seismic study, hardly entails corporate liability, which as such could be brought before a court. However, any «further exploitation» (which involves drilling) and then exploitation will have to be carefully scrutinised according to the litmus test defined earlier in chapter II. The traditional practice of Rabat when dealing with resource exploitation would indicate that Saharawis are unlikely to ever benefit from (and be involved in) any future oil exploration and exploitation as long as ONAREP remains in charge. Noteworthy is the fact that Total appears very conscious of the tight margin of manoeuvre offered by the dubious distinction made in the 2002 Legal Opinion and has stated its stern intention to consult the UN if it decides to press ahead with the oil exploration, thereby limiting NGO negative campaigns or even possible legal or political actions¹⁹¹. Notwithstanding the nature of Total and KMG's activities, the financial aspect of the reconnaissance contracts however does raise some serious questions as to the

¹⁹⁰ RATNER (2001), p. 10.

¹⁹¹ Interview with Patricia Marie July 2004. Marie noted that such a decision will depend on the results of the seismic study.

pertinence of the UN Legal opinion. Indeed, if both TNCs did indeed supply ONAREP with financial commissions for the contracts (as is highly likely), the distinction made by the Legal Opinion is hardly tenable since in that case the occupying power benefits directly *and* exclusively from corporate involvement in the illegally acquired territory, independently from the nature of these activities, and thereby violating the basic principles of the *erga omnes* rights of non autonomous peoples.

Through the home state? Hence, in the absence of an accessible, legal framework imposing direct obligations upon corporations, plaintiffs will require skilful and creative interpretation of the current legislation to convince a court of the admissibility of their case. As a result, the most accessible avenue for redress appears to remain through indirect obligations of the home State —as a caveat, Western Sahara as an illegally occupied territory poses a problematic identification of the «host state» for TNCs involved in the area: is it the administrative power *de jure*, Spain, or the party to the contract/ administrative power *de facto*, Morocco? In the case of TNCs involved in the exploitation of natural resources, the possible avenues and international human rights law to be considered under indirect home State obligations would be: a) the contentious procedure of the ILO (in particular the violation of the right to equal opportunity and non-discriminatory treatment inscribed in ILO standards); b) the ECHR (e.g. right to property). The recent recognition by the Strasbourg Court of the extra-territorial application of the Convention in the *Loizidu vs. Turkey* case (1998) may possibly be argued in favour of a Saharawi case; c) International environmental conventions (degradation of the environment); d) UN Special Rapporteurs and UN Commission on Human Rights (e.g. country reports on the home states). In any event, the Charter of Economic Rights and Duties of States adopted by UNGA in 1974 carries considerable soft law duties. For example, it clearly states under article 16.2 that «No State has the right to promote or encourage investments that may constitute an obstacle to the liberation of a territory occupied by force». The presence of French and US government representatives at the signature of the exploration licenses is in clear violation of this provision.

Political hurdles. In spite of the avowed liberal attitudes of both corporate leaders and government officials, the French and US government interventions in the Belgian and US trials clearly demonstrate the watertight relations between a large corporation and its home State and that the latter will not shun from defending «its» TNC abroad (at taxpayers' expense). When applied to Western Sahara, this only confirms the phenomenon (and the pertinence) of «corporate diplomacy» discussed above: it appears indeed that to some extent, oil corporations dictate the diplomacy of their home states rather than the other way round. The behaviour of the French government is all the more ironic when confronted with its statement on Total's activities in Western Sahara when Paris rejected its responsibility arguing that the company was privately owned. In addition, the intervention of the French government in favour of Total reveals a peculiar perception by certain States of the independence of the judiciary and hints at the difficulties facing the establishment of an independent judiciary system capable of enforcing corporate accountability. Claims in Northern domestic courts against corporate activities in Western Sahara will thus inevitably face tough opposition from the home governments such as the USA and France, which have strong strategic and business interests in avoiding such proceedings.

ii) CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Corporate social responsibility and code of conducts did not prevent Total and its colleague Kerr-McGee from engaging in legally dubious conduct in spite of the fact that in the case of KMG, the cornerstone of its code of conduct is described as «compliance with the law». Also on an ethical level, under the section «International Political Activity», the KMG code notes that «the company is committed to meeting high ethical standards in its world-wide operations. This includes treating everyone fairly and with respect, maintaining a safe and healthful workplace, and improving the quality of life wherever Kerr-McGee does business». Its code of conduct and ethics defines the fundamental principles which «guide [its] business conduct and help [its] employees perform with integrity»: respect for the individual, ethical business dealings, safe working practices, responsible corporate citizenship, responsible care for the environment and continuous improvement¹⁹². Similarly, the web site of Total stresses its commitment to adhere to international and national legality and underlines its Code of Conduct, its participation in the UN

¹⁹² www.kerr-mcgee.com/ir/governance/ir_gov_ethics.htm KMG notes that «each employee receives the code of conduct and ethics upon joining the company, and compliance is a condition of employment».

Secretary General's Global Compact initiative and its Ethical Guidelines. Such a contrast between words and acts in the case of Western Sahara would tend to support the view that CSR is in fact largely a window-dressing exercise, which fails to pass the «practical test» of legality and ethics.

In contrast, following the campaign against TGS Nopec for its activities in Western Sahara, the company revised significantly its code of conduct, which now contains a specific reference to «international operations» which states that prior to conducting business in a potential «conflict area» of the world, the business decision makers should consider the «TGS Conflict area decision making checklist prior to engaging in those projects». This noteworthy checklist has been adopted from various institutions including the Norwegian MFA and Storebrand¹⁹³.

In the absence of an elaborate international and domestic corps juridique and codes of conduct, what are then the means at the disposal of victims or engaged citizens to oppose illegal or unethical activities by multinationals in Western Sahara? It appears that political and moral rather than legal tools represent the most effective alternative in somehow striving to confront the responsibility of multinationals in this territory, through corporate accountability campaigns by civil society and completed by government intervention.

C) *Negative campaigns as the last resort?*

The Norwegian campaign against TGS Nopec

As an example of the new corporate accountability movement within civil society, this last section will focus on the campaign led by the Norwegian Support Committee for Western Sahara (hereafter the Committee) from May 2002 to June 2003 against the Norwegian company TGS Nopec, which had

¹⁹³ Point 2 of the checklist asks whether the company's activity «fully complies with our Norwegian corporate obligations, our US legal obligations and the laws of the countries within which we perform services?». Point 3-is the company acting in a manner supportive of the UN Universal Declaration of Human rights and its principles throughout our business operations?» (this is of particular pertinence in the case of Western Sahara since self-determination is inscribed in UDHR). Point 4 questions whether the «goals of the company's activities are acceptable from a stakeholder's perspective?» Point 5 asks what types of harmful side-effects can we foresee? Do we cause more harm than good in the

been subcontracted by Total and Kerr-McGee to map the continental shelf of Western Sahara. This section will largely follow the typology of civil society engagement adopted by Jem Bendell and will consider the Norwegian campaign as «forcing change tactics», defined as those targeting corporate reputations to provoke a policy change¹⁹⁴.

i) THE CAMPAIGN

The Norwegian Company, **TGS NOPEC** won a tender launched by Total and Kerr-McGee to perform the physical collection of the seismic data in the offshore area of Boujdour and Dakhla in Western Sahara. While the company's stock is traded in Oslo and is considered as a Norwegian company, its headquarters are in Houston. Its web-site indicates that TGS is «a leading global provider of non-exclusive seismic data and associated products to the oil and gas industry» and «specialises in the planning, acquisition, processing, interpretation, and marketing of non-exclusive surveys worldwide»¹⁹⁵. TGS started its seismic survey offshore Western Sahara in May 2002 and completed it in January 2003 and handed over all the data collected to ONAREP and the two foreign companies in March 2003¹⁹⁶.

The inception of TGS' activities in the occupied territory led the Committee¹⁹⁷ to initiate a campaign against the seismic Exploration Company (roughly from October 2002 to April 2003). The Committee is a membership organisation essentially led by students with close relations with a handful of NGOs, including SAIH (Norwegian Students' and Academics' International Assistance Fund), STL (Norwegian Association of Students), Norwegian Peoples Aid and the Norwegian Church Aid. A small team of only four persons actively worked on the campaign.

The Polisario had sent letters to TGS asking the Norwegian company to withdraw from the territory's waters and denoun-

host country? Are we unintentionally complicit in someone else's wrongful acts?».

¹⁹⁴ BENDELL, p. 14.

¹⁹⁵ <http://www.tgsnopec.no>

¹⁹⁶ TGS press release, 18 March 2003.

¹⁹⁷ The committee had been active since 1993 but the launch of the campaign led it to be formally created in September 2003. According to the 2002 annual report of the committee, «this came as a result of high activity and increased interest from activists and the opinion, which made it necessary to formalise the Committee».

ced the TGS deal as «both dangerous and illegal, increasing the risk of further conflict, destabilisation and suffering in the entire region». Referring to the company's home state, the Polisario denounced this «shady deal, which implicates all Norwegians» and which «seriously damages the image of Norway as a defender of international legality and human rights, since it contributes to justify an illegal occupation and theft of natural resources»¹⁹⁸.

The Campaign against TGS was placed within a larger campaign by the international pro-Saharawi solidarity movement against the illegal exploitation of resources in the occupied territories. Its main aim was to pressure TGS into ending its activities in the territory and a secondary goal was to raise the awareness among the general public on the conflict of Western Sahara. The campaign combined a wide range of activities and targeted a wide range of actors.

In terms of **strategy**, the Norwegian support committee combined traditional and more original or modern tools for campaigning:

1. Local, traditional methods included **demonstrations** (e.g. outside TGS-NOPEC's annual meeting in Oslo), **petitions** (directed to TGS and its major shareholder the Norwegian Pension Fund, which was signed by over 30 Norwegian NGOs) and the use of the local and national **media** (over two hundred articles in Norwegian and international press reported on the campaign¹⁹⁹).
2. The campaign sought to provide it with international «institutional» recognition through the successful lobbying for the awarding of the **RAFTO** award in 2002 to Saharawi activist Sidi Mohammed Daddach. This enabled the latter to bring up the campaign at the award ceremony for greater publicity²⁰⁰.
3. The creation of the news service **Sahara Update** (established as a leading information web-site on Western Sahara)²⁰¹.

4. **Threats of legal suits.** The Support Committee stepped up the legal pressure against TGS by threatening to sue the company «in Norway and abroad», to «provide a test case of the legality of such operations in occupied territories». The committee also warned that TGS would even be obliged to pay damages²⁰².

Similarly, the campaign targeted a wide range of **pressure points**:

1. **The political parties and government.** The Committee together with Sidi Mohammed Daddach held a meeting with the Norwegian Prime Minister to raise the issue. Several politicians relayed the campaign within political circles and public institutions. For example, the Committee called upon a member of Parliament, Hallgeir Langeland of the Socialist Party, to raise the issue in Parliament, asking for the opinion of the MFA Jan Petersen. Langeland also nominated the Polisario for the Nobel peace prize. Two meetings were held between the Committee, TGS and the Parliament's Foreign Affairs Committee. More significant was the involvement of the Deputy Foreign Minister Vidar Helgesen. At an ethical investment conference on 13 February 2003 organised by TGS shareholder Storebrand, Helgesen, outlined the view of the Norwegian government on this issue²⁰³. Mr. Helgesen questioned the legality of TGS' operations, which he said was «problematic because the Moroccan claims on Western Sahara is disputed and the population there demands self-determination». Helgesen concluded that Norwegian authorities could «not recommend this type of exploratory activities in which TGS are involved even if Morocco still has not taken a final decision to whether it is actually going to exploit the possible resources» and that «Norwegian business should restrain itself when it comes to activities in localities disputed by international law»²⁰⁴ (sceptics have pointed out that in fact such a position would allegedly have been influenced by an unresolved territorial dispute with Russia over oil-rich areas).

¹⁹⁸ Upstream Online, 6 June 2003.

¹⁹⁹ Interview with Erik Hagen, June 2004.

²⁰⁰ For more information on the Rafto prize cf. <http://www.rafto.no>

²⁰¹ For more information cf. <http://www.saih.no/skvs>; <http://groups.yahoo.com/group/sahara-update>

²⁰² Afrol News, 21 Feb. 2003.

²⁰³ Committee annual report 2002.

²⁰⁴ Report on the meeting mainly from Afrol News, 13 Feb. 2003.

2. **The shareholders:** While «traditional» campaigns against corporations usually target the consumer and appeal to his/her civic responsibilities (in boycotting a product or a brand), in the case of TGS Nopec the specific activity (exploration) and the type of company involved (a specialised, engineering firm) called for a different type of campaign; the Norwegian committee aimed at where the money was, i.e. the stock-exchange and targeted its main actors, the shareholders, as a lever on the company leadership to influence its activities.

Being the largest external shareholder in TGS (out of a total of 2500) with 7% of the shares and under government control (a government appointed board of directors), the Norwegian National Pension Fund became one of the prime targets of the campaign. The committee sent a letter to the Norwegian MoF asking the ministry to order the Fund to divest from TGS. Initially, the Fund ignored the Committee's calls to divest from TGS. However, the intervention of the Norwegian government through the voice of its deputy Foreign Minister allegedly made the board change its mind on the engagement of TGS²⁰⁵. In a statement made on 21 February 2003 (only a week after the deputy foreign minister's statement) the Director of the Fund, Tore Lindholdt, stressed the ethical problems of investing in a company that has been said to violate international law and demanded that TGS react to the protest, thus adopting the legal analysis of the Norwegian government. Nonetheless, the Fund refused to divest in TGS, noting that it wanted to be able to influence the company from within and hoped to be in a position to change TGS' policy in Western Sahara. A similar position was adopted by its second shareholder, investment management fund, Storebrand, which preferred to enter in to a dialogue with TGS rather than divest (which due to the size of its shares-4%-would also have had a significant impact on the price of the share)²⁰⁶. The Committee also targeted other «visible» shareholders such as a church, a football player and a university scholarship fund²⁰⁷.

3. **The industry.** Following the campaign against TGS NOPEC, the Committee then issued open letters to deter other seismic

companies from operating offshore Western Sahara. A letter sent to 51 seismic exploration companies world-wide informed them of the «political risks» at stake in the region and made it clear that any company involved with Total and KerrMcGee would become targets of «massive negative public relations, shareholder sell-outs and possible law-suits»²⁰⁸.

ii) ASSESSMENT OF THE CAMPAIGN

Key role of government. Following an initial flat rejection of the claims made by civil society advocates²⁰⁹, TGS Nopec progressively adopted a more flexible tone attesting to the gradual impact of the campaign. The decisive pressure point appears to have been the intervention of the Norwegian Foreign Ministry. A press statement issued on 18 March 2003 by TGS demonstrated the newly adopted caution of the firm: it stressed that «it has the right to license the data already collected, but has no agreement to participate in or profit from any future exploratory drilling or production or exploitation of mineral resources from the area». It mentioned the Deputy Foreign Minister's statement and stated its appreciation of the «complexity of the political issues and respects the views of the Norwegian authorities. As a result the company has decided not to undertake any new projects in Western Sahara without a change in political developments». Lastly, TGS committed itself to «improve its procedures for risk evaluation on potential projects in disputed areas of the world and will actively seek advice from Norwegian authorities when in doubt». TGS even went as far as recognising its mistake in having agreed to this contract and admitted that with hindsight, «the company should not have been so impudent as to shoot seismic» in the disputed area and committed itself not to carry out any further work in the area even if needed²¹⁰. However the company never interrupted the ongoing mapping process and did ultimately hand over the results to ONAREP, Total and KMG (and not to Polisario).

From stakeholders to shareholders. The campaign on the stock exchange appears to have been successful: around 25

responsibly and ethically on this matter within the realm of international law and according to UN guidelines». And denounced the «publicity campaign organised by certain political interest groups in Norway» against the group that were based on «assumptions, speculation about future events and innuendo as opposed to facts».

²¹⁰ Afrol News, 21 February 2003.

²⁰⁵ Afrol News, 21 Feb. 2003.

²⁰⁶ Interview with Storbrand's Head of SRI, Mr. Skancke.

²⁰⁷ Interview with Erik Hagen.

²⁰⁸ Afrol News, 27 May 2003.

²⁰⁹ For example, in a press release in November 2002, the entire Board of TGS indicated that it believed that the «company had operated

shareholders divested from TGS and the value of its shares sunk by two-thirds within a year. In addition to the perception by the Committee, that the arguments of the divesting companies were ethically grounded, one may add that the shareholders may simply have based their decision to divest on financial grounds: to sell before the others do. Stavanger Afsenblad divested at a loss of \$100,000. Other shareholders to divest were the municipality of Aas in November 2002, Sandefjord and Stavanger municipalities and the newspaper Bergens Tidende. Leading Norwegian insurance company and the country's leading stock market analyst, Storebrand Ltd., put strong pressure on TGS to change its approach on the issue. Also, the Swedish ethical investment fund, Banco Fondsvorvaltning divested its stock and excluded TGS from their investment portfolio. This campaign did not only affect TGS. Indeed, the fund broker enterprise and the largest Norwegian shareholder in KerrMcGee, Skagenfondene, sold its 100 000 shares in the company at an estimated loss of \$2 million. Interestingly, it justified such a decision on the basis of ethics yet did also admit that the «risk of being part of KerrMcGee [was] considerably greater than predicted»²¹¹. Erik Hagen from the Norwegian Committee stressed the crucial role of the media, both at a local and national level, in pressuring the shareholders into reacting to the campaign. He also noted that the campaign had been focused on ethical/political rather than legal arguments²¹².

Setting a precedent for the industry. Exploration company Multiwave committed not to get involved in the area due to a «desire to maintain high ethic standards» and to avoid risking «something comparable» to the campaign against TGS²¹³. Similarly, Petroleum Geo Services (PGS), Norway's leading seismic exploration company, declared it had no intention to operate in Western Sahara²¹⁴. The campaign also led several Norwegian counties, funds and other institutions to elaborate (or to revise) ethical investment guidelines.

Overall evaluation of the campaign. Three main elements can be identified:

1. Greater awareness. Campaign activist Ronny Hansen considered the campaign as «a great success» in the sense that thanks «to the broad and good media coverage it has elevated both knowledge and attention concerning the conflict» and that «key politicians are getting involved in the conflict and have put the issue higher on their agenda»²¹⁵. However, the Committee admitted in its 2002 annual report that the «campaign did not reach its ultimate goal of stopping TGS-NOPEC's surveys and the company has handed over the data to the oil companies» and regretted that the Pensions Fund had not sold its shares.

2. Legal developments. The legal analysis provided by the Norwegian government under pressure from the campaign is in clear contrast with the ambiguous opinion by the UN Legal Counsel and sets an influential precedent both in terms of the exploitation of natural resources in non autonomous territories and in terms of the official positioning of a Northern country regarding the Western Saharan conflict.

3. Spillover effect. Interestingly, concurrent and subsequent to the campaign, several advocacy groups or individuals around the globe relayed the efforts of the Norwegian campaign by sending out letters to the oil and gas TNCs involved in Western Sahara (for example Richard Knight, an African and Human Rights consultant, sent two letters to denounce Kerr McGee's activities in Western Sahara and to the Securities and Exchange Commission²¹⁶ which had listed KMG activities as being off the coast of Morocco and not Western Sahara). More recently, a campaign was launched against UK based Wessex Exploration via the Internet and largely refers to the advocacy action against TGS Nopec as a «success story» and a model.

iii) DRAWING LESSONS FROM THE CAMPAIGN

The socio-economic infrastructure. Drawing on the experience of the Norwegian campaign, one may conclude that the effectiveness of negative campaigns depends to a large extent

²¹¹ Afrol News, 27 May 2003.

²¹² Interview with Erik Hagen, 30 June 2004.

²¹³ Afrol News, 6 June 2003.

²¹⁴ Afrol June, 6 June 2003.

²¹⁵ Committee Annual Report, 2002.

²¹⁶ Letter sent by Knight to Kerr-McGee on 26 April 2002. Cf. Knight's web site.

on pre-existing socio-economic factors. Indeed, the Norwegian campaign appears to have benefited from a fairly favourable context: (a) a strong awareness among the population on ethical and moral issues and related expectations concerning the economic activities of their home corporations; (b) Owing to the fact that Norway is a leading oil producer and home to several seismic exploration TNCs, the Norwegian public, government and private sector would evidently be more sensitive to campaigns targeting an oil exploration company and more vulnerable to negative public exposure; (c) Norway is a rich country, whose shareholders or enterprises can compensate temporary and minor financial losses by gains elsewhere. Questioned on the feasibility of such a campaign in other European countries, MEP Margot Kessler, Chair of the Inter-group for Western Sahara, commented that Norway had a strong tradition of public campaigns and that TGS was a well-known company in the country, while such a campaign would be more difficult in countries such as Germany, where the State is traditionally reluctant to interfere in issues of economic development and trade and the population is less reactive to public campaigns of this type²¹⁷. As a counterpoint, it is interesting to note that the investment fund Storebrand reported no complaints from its clients regarding its shares in TGS²¹⁸. This absence of consumer pressure would tend to corroborate Peter Muchlinski's sharp observation that «where firms are concerned with human rights, it appears that this is not because they will definitely go out of business otherwise, but because they feel that their public place on the market and/or their brand image requires it»²¹⁹. This appears as a key point when designing a negative campaign.

Size and nature of the corporate target. In addition to the socio-economic context, a second key element when designing campaigns appears to be the size and nature of the corporate target. A TNC on the stock exchange offers possibility to target shareholders as in the case of TGS. Noteworthy is the fact that, while in traditional campaigns, the new «responsible» behaviour advocated does not induce a loss for the consumer (beyond the use of the product itself), a campaign calling upon shareholders to divest means *per se* a financial loss as opposed to the initially expected benefits. The challenge of such a campaign is therefore to convince shareholders to divest on

moral grounds (participating in illegal activities by the company) or, from a less idealistic or more realist perspective, to convince shareholders that the campaign will effectively lead other shareholders to sell out and therefore that the value of the shares will eventually fall and that it is better to sell now rather than later and thereby limit the losses. Evidently, such campaigns will be once again more effective in rich, developed countries and in a favourable financial context (where losses from divesting can be rapidly recouped by alternative investments).

Key government intervention. The size (i.e. influence) of the TNC appears as a critical factor in determining government intervention, which as in case of TGS (and Premier Oil in Burma) proved key to the success of the campaign. This raises a certain paradox whereby the states, which have established this unregulated global system, that guaranteed TNCs full impunity from litigation, remain the ultimate arbitrators of corporate accountability. In the case of Western Sahara, the importance of French investment in Morocco appears unlikely to lead Paris to call for an interruption of investment in Western Sahara and risk a diplomatic-commercial feud with its southern ally. Similarly, the geo-strategic importance of Morocco in the US plans of a Great Middle East (and more generally in its fight against Islamic terrorism) as illustrated by the recent designation of Rabat as a «special non NATO partner» also reduces the likelihood of official government intervention on the issue of US corporate activity in the occupied territory. Similarly, the UK, as the second largest investor in Morocco (UK FCO figures), could hardly jeopardise these investments over dubious exploration activities of a minor limited company such as Wessex Exploration. This harsh reality of the double standards of *Realpolitik* is evident when comparing the UK policy on trade and investment in Burma and Morocco. Indeed, the UK Trade and Investment web site²²⁰ states that «the UK does not encourage trade with or investment in Burma. Nor do we offer any commercial services for companies wanting to do business with Burma. We do not give financial support for trade promotion activities and we do not organise trade missions. As the Prime Minister stated on 25 June 2003, trade with Burma is not appropriate when the regime continues to suppress the basic human rights of its people». In contrast, the UK Trade and Investment office does

²¹⁷ Interview, June 2004.

²¹⁸ Interview with Storebrand SRI Director.

²¹⁹ MUCHLINSKI, p. 39.

²²⁰ www.trade.uktradeinvest.gov/burma and [.../morocco](http://www.trade.uktradeinvest.gov/morocco)

not mention once the Western Sahara conflict on its presentation of Morocco and cites extensively the various advantages of investing in the country and offers services to invest in the country.

The free-rider problem. Regardless of these key factors, in the case of limited companies such as Wessex Exploration, campaigns on the stock exchange and appeals to ethical investment are inappropriate and other forms of campaigning are required. Moreover, while campaigns by civil society using «forcing change» tactics may be effective when targeting high-profile multinational corporations potentially concerned about their reputation, such campaigns may have a limited impact on smaller companies, with limited visibility such as Wessex. This raises serious questions regarding the possibility of TNC «free-riders» with low public profile, no branded goods, no shareholders and little moral scruples, profiteering from this system of limited corporate accountability.

Conclusion: corporate accountability, still more a process than reality

The international legal framework for corporate accountability remains largely unsatisfactory due in part to the

persistence of the prevailing mindset and the traditional legal system conceived under the perspective of establishing and enforcing State obligations. In a largely unregulated process of economic globalisation, where TNCs are increasingly affecting human welfare, the protection of international human rights for example continues to depend essentially on States, which are in fact unwilling or unable to challenge corporate power. One alternative approach is thus to establish a regulatory framework specifically for corporate accountability, designating TNCs as duty holders, which can easily be taken to domestic courts in host or home countries. The recent cases against Total provide an opportunity to take stock in the nascent (and fastidious) developments in this approach. As an alternative to binding legal mechanisms for corporations, the latter and (Northern) corporate-friendly institutional bodies or governments have sought to develop the notion of corporate social responsibility, however these voluntary and non binding initiatives have proved much less effective than media campaigns by civil society in ensuring responsible corporate behaviour. As such, the negative campaign against Norwegian company TGS Nopec represents a vivid example of the potential effectiveness, but also the limitations, of such accountability movements.

Conclusion

«It is for the people to determine the destiny of the territory and not the territory the destiny of the people».

Judge Dillard, ICJ Western Sahara Advisory Opinion, 1975, Separate Opinion

Faced with the harsh realities of the neo-imperialist occupation of the Western Sahara by Morocco, which according to USA ambassador Frank Ruddy has «turned [the territory] into a Colorado-sized concentration camp»²²¹, the international community and in particular the members of the UN Security Council have remained disturbingly mute over the past quarter of a century. This silence can hardly be attributed to deficiencies in the international legal doctrine but instead to a severe lack of political will to enforce the latter beyond symbolic declarations of good intentions. Indeed, over the past decades the United Nations and various international bodies have developed an elaborate doctrine of international law regarding the right to self-determination of non-autonomous peoples, such as the Saharawis, which encompasses an inalienable right over their natural resources. Yet, in practice, the vast majority of States have so far failed to respect and protect these fundamental principles when dealing with the last African territory to be decolonised. Of course, these same States have never ceased to regularly reaffirm their «solemn attachment» to these principles whenever the conflict has been mentioned since 1975. In particular, their failure lies in their reluctance, if not their stubborn refusal, to control the activities of their corporations, which partake in the plundering of the resources of the Western Sahara together with the Moroccan *makzhen*. Evidently, this foreign corporate involvement only contributes to further complicate the conflict and to delay its settlement by reinforcing the deeply entrenched interests of the Moroccan elite in the territory and by providing additional arguments to the Saharawi advocates of a return to armed conflict, which remain strikingly rare but could only gain force with the continuation of the economic plundering.

Through a combination of legal and geopolitical perspectives on the issues related to the exploitation of Western Saharan resources in general and oil in particular, this research paper has

sought to demonstrate to what extent the increasingly powerful transnational corporations can negatively affect the welfare and the self-determination of a people and more generally to what extent TNCs can affect conflict resolution and the conduct of international politics, while the means to enforce corporate accountability remain limited. While it is too early in the legal proceedings against Total (and Unocal) to draw any conclusions, these lawsuits certainly represent a first step in what appears as a long process ahead of ending the existence of legal no-man's-lands, where corporations benefit from absolute impunity and where victims are deprived of means of redress. Also, TNCs appear too powerful for voluntary codes of conduct or vague notions of corporate social responsibility to provide sufficient regulation of their activities. Rather, the case of the oil and gas TNCs involved in Western Sahara provides an illustration of the need for global governance and for direct state and international regulation of corporate activities. In the mean time however, it appears unnecessary to reinvent the wheel: States should simply comply with their international obligations such as UNSC and UNGA resolutions and ILO conventions, use political voice, as in the case of the UK government regarding disputed corporate activities in Burma, and not fall prey to the logics of *Realpolitik* when facing the protracted conflict of Western Sahara and the plundering of its natural resources by external powers and transnational corporations. As shown by the example of the Norwegian Support Committee for Western Sahara and its campaign against TGS Nopec, civil society holds a key role in the emergence of this new corporate accountability movement and in reminding individuals, corporations and governments of their ethical *and* legal obligations. Then and only then, will the international community avoid the shameful drift from indifference to acceptance of the annexation of the Western Saharan territory and finally ensure the enforcement of the right to self-determination of the Saharawi people.

Bibliography

Human Rights Reports

AMNESTY INTERNATIONAL (AI), *Continuing Arrests, Disappearances and Restrictions on Freedom of Movement and Expression in Western Sahara*, AI Index MDE 29/03/93, February 1993.

—, *Morocco/Western Sahara: Briefing to the Committee against Torture*, 11 November 2003.

²²¹ RUDDY (1998).

- , *Morocco: Ali Lmrabat Must be Immediately Released*, Press Release, 01 January 2004.
- BIRDSHO (BUREAU INTERNATIONAL POUR LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME AU SAHARA OCCIDENTAL), *Rapport de la mission d'observation lors de deux procès de Sahraouis à Laayoune*, 17-22 September 2002.
- FOUNDATION FRANCE LIBERTÉS et AFASPA, *Rapport de Mission Internationale d'Enquête au Sahara Occidental*, 28 October 2002.
- FOUNDATION FRANCE LIBERTÉS, *Mission internationale d'enquête, Les conditions de détention des prisonniers de guerre marocains détenus à Tindouf (Algérie)*, July 2003.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Western Sahara, Keeping it Secret, The United Nations Operation in the Western Sahara*, October 1995.
- , *United States: Powell's North Africa Trip Should Focus on Rights*, Press Release, 27 November 2003.
- REPORTERS WITHOUT BORDERS (RWB), *Morocco Annual Report*, 2004.
- UNION DES JURISTES SAHRAOUI, *Memorandum sur la situation de la pratique de la torture et autres traitements inhumains et dégradants dans les territoires occupés du Sahara Occidental*, 14 April 2002.
- US STATE DEPARTMENT, *Western Sahara, Country Reports on Human Rights Practices, 2003*, 25 February 2003 www.state.gov/drl/rls/hrrpt/2003
- General articles and books*
- BARBULO, Tomás, *La Historia Prohibida del Sahara Español*, Ediciones Destino, Barcelona, 2002, 347 pp.
- BENDELL, Jem, *Barricades and Boardrooms, A Contemporary History of the Corporate Accountability Movement*, United Nations Research Institute for Social Development, Programme Paper, number 13, June 2004.
- BENILDE, Marie, *Medias Francais, une Affaire de Famille*, Le Monde Diplomatique, Novembre 2003.
- BOURDON, William, «J'Accuse Total» (interview), *Le Nouvel Observateur*, 29 August 2002.
- BYRNE, Eileen, «Sardines and Sovereignty in Western Sahara», *Reuters News*, 6 January 2004.
- CASTELLINO, Joshua, «National Identity and the International Law of Self-Determination: the Stratification of the Western Saharan "Sel" f», in *Accommodating National Identity*, edited by Stephen TIERNEY, Kluwer Law International, 2000.
- CEMBREIRO, Ignacio, «Mohammed VI Convierte Azulay en el Cerebro del Regimen», *El País*, 28 October 2001.
- , *Chirac*, «El Aloui», *El País*, 19 October 2003.
- DE SAINT MAURICE, Thomas, *Le Sahara Occidental 1991-1999, l'Enjeu du Référendum d'Autodétermination*, L'Harmattan, 2000.
- EAST TIMOR ACTION NETWORK, *Documents on East Timor from PeaceNet and Connected Computer Networks*, CD Rom (kindly provided by ETAN).
- ECHEVERRÍA, Carlos, «The Role of the Royal Armed Forces in Modern Morocco», Documento del Real Instituto, 28 February 2003.
- FERNÁNDEZ AMIRAH, Haizam, *Cambios Estratégicos en la Negociación del Plan de Paz para la Libre Determinación del Pueblo del Sahara Occidental*, 9 April 2003.
- GÓMEZ ISA, Felipe, *Las Empresas Transnacionales y sus Obligaciones en Materia de Derechos Humanos*, Porrúa, Mexico DF, edited by Christian COURTIS (ed.), forthcoming (August 2004).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Angel, *The Sahara Issue and the Stability of Morocco*, Real Instituto Elcano, 12 November 2002.
- GOULDING, Marrack, *Peacemonger*, John Murray, London, pp. 199-214.
- GORZ, Béatrice, *Les Ressources Halieutiques du Sahara Occidental, une Richesse Fragile à Préserver*, March 2002.
- HOFNUNG, Thomas, «Nouvelles Accusations contre TOTAL en Birmanie», *Libération*, 22 May 2004.
- HOPE, Deborah, «On the Road from Morocco», *The Australian*, 15 May 2004.
- INSTITUTE FOR SECURITY STUDIES, SOUTH AFRICA, «Western Sahara: Oil on troubled waters», *African Security Review*, 12 (2), 2003.
- INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY (ICHRP), *Beyond Voluntarism: Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, ICHR, Versoix, Switzerland, 2002.
- KARMOUS, Afifa, *Les Ressources Naturelles d'un Territoire Non Autonome: le Sahara Occidental*, France Libertés, 21 May 2001.
- , *La Légalité des Contrats de Prospection des Ressources Naturelles du Sahara Occidental: les Limites du Droit International*, 07 March 2002.
- , *La Question de la Légalité de la Gestion Economique du Sahara Occidental par le Maroc*, France Libertés, 28 May 2002.
- , *Les Enjeux des Ressources Halieutiques du Sahara Occidental*, France Libertés, 29 January 2003.
- KNIGHT, Richard, *Expanding Petroleum Production in Africa*, 2002, posted on www.richardknight.com
- KNOP, Karen, *The canon of self-determination in Diversity and Self-Determination in International Law*, CUP, 2002.
- MADSEN, Wayne, «Big Oil and James Baker target the Western Sahara», *CounterPunch*, 8 January 2003.
- MAGHRAOUI, Abdelsam, «Political Authority in Crisis, Mohammed VI's Morocco», *Middle East Report*, 218, Spring 2001.
- MARTIN, Victoria, «La UE, Preoccupada por el Juego Sucio de EE UU y Francia en el Sahara», *Tiempo de Hoy*, n. 1033, 18 February 2002.
- MISKE-TALBOT, Annick, *Le Sahara Occidental: Points d'histoire et Enjeux*, March 2002.
- , *Mobilisation Tous Azimuts au Maroc*, 14 April 2001.
- MOLENAAR, Erik Japp, *Western Sahara and Netherlands Fishing Activity*, Presentation at an international conference in Brussels, 08 October 2002.
- MUCHLINSKI, Peter, «Human Rights and Multinationals: is there a Problem?», *International Affairs*, 77, January 2001, pp. 31-48.
- NAHAL, Sarbjit, *Business and Human Rights-UK report*, International Council on Human Rights Policy, 2002.

- OXFORD BUSINESS GROUP, *Resolution or Impasse in the Western Sahara?*, 28 July 2003.
- PALMER, Alice, *Community Redress and Multinational Enterprises*, Foundation for International Environmental Law and Development, November 2003.
- PERRAULT, Gilles, *Notre Ami le Roi*, Folio, April 1992, 378 pp.
- PICOLOTTI, Romina & TAILLANT, Jorge Daniel, *Accountability of Private Businesses: a Question of Sustainable Development and Human Rights*, International Council on Human Rights Policy, 2002.
- RATNER, Steven, «Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility», *Yale Law Journal*, December 2001.
- RICHE, Philippe, *Les Phosphates du Sahara Occidental: une Richesse du Peuple Sahraoui*, Mars 2003, site <http://www.sahara-occidental.com>
- , *L'Exploitation des Ressources du Sahara Occidental par le Maroc: Epuisement des Céphalopodes*, 2 April 2004.
- , *Le Maroc Ouvre le Territoire du Sahara Occidental à l'Exploration Pétrolière*, July 2004, site www.arso.org
- ROBINSON, Mary, *The Business Case for Human Rights*, Visions of Ethical Business, 1998.
- RUDDY, Frank, *Lofty Generalities-Indecent Particulars, The UN in Action-After the Galas are Over*, Speech at the Mayflower Hotel, Washington DC, 23 Feb. 1996.
- , *Western Sahara: the Referendum that wasn't and the one that still might be*, The Middle East Institute, 19 June 1998.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, «Le Nouveau Plan Baker: un Chemin vers le Chaos», *El Mundo*, 16 June 2003.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, «El Largo Camino jurídico y Político hacia el Plan Baker II: Estación de término?», *Análisis del Real Instituto Elcano*, 13 October 2003.
- SMITH, Jeffrey, *The Maritime Jurisdiction of the Western Sahara and the Duty of States to Preserve Saharan Fisheries Resources Pending Self-determination*, Western Sahara Online, October 2002.
- VAQUER I FANES, Jordi, «The European Union and Western Sahara», *European Foreign Affairs Review*, 9(1), Spring 2004: 93-113.
- VIEUCHANGE, Michel, *Smara, Carnets de Route d'un Fou du Désert*, Editions Phébus Paris, 1990.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *The Modern World System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World Economy in the 16th century*, New York Academic Press, 1974.
- WESTERN SAHARA CAMPAIGN, *Oil: shifts in balance*, n. 23, June 2002.
- WILLIAMS, Ian & ZUNES, Stephen, *Self-Determination Struggle in the Western Sahara Continues to Challenge the UN*, FPIF Policy Report, September 2003.

Official documents

(for an extensive UN data base cf. www.arso.org)

- Declaration of Principles on Western Sahara by Spain, Morocco and Mauritania* (also known as the Madrid Agreements), 14 November 1975.
- FADEL, Kamal, Polisario representative, *Saharawi Arab Democratic Republic, Briefing Document*, May 2002.
- Reports of the UNSG.
S/2003/565, Annex II (Peace Plan for self-determination of the people of Western Sahara).
S/2004/39, 19 January 2004.
S/2004/325, 23 April 2004.
- Legal Opinion, Under-Secretary-General for Legal Affairs, the Legal Council, addressed to the President of the Security Council, 29 January 2002 (S/2002/161)
- UN SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regards to Human Rights*, E/CN.4/Sub.2/2003.

Specialised Press

- PLATTS COMMODITY NEWS, *UK's Fusion Says Data Acquired Merits More Saharan Investment*, 10 November 2003.
- PESA, *Saharawis Future Hangs in the Balance*, April/May 2003.
- OFFSHORE MAGASINE, BECKMAN, Jeremy, *Smaller Independents Leading Exploration of Neglected Northwest Plays*, April 2003.
- Barry Morgan, Upstream Online
French do U-Turn off Morocco, 18 January 2001.
UN Nod for Morocco Seismic, 8 February 2002.
Morocco's Red Flag, 21 February 2002.
UN Wags Finger at Morocco, 21 February 2002.
Fusion Fanfare, 27 May 2002.
Polisario Bekons Spain, 4 June 2002.
Polisario Slams TGS Nopec, 6 June 2002.
Fusion Double Act on an Oil Crusade, 24 June 2002.
TGS Nopec Fights Back Over Sahara, 28 November 2002.
Total has Rain Check in Western Sahara, 13 June 2003.
Players Take the Cautious Approach off Hotly Disputed Territories, 3 July 2003.
Saharawi Dash by Fusion/Premier, 16 October 2003.
Wessex Exploration to Finalise Acreage Deal, 8 April 2004.
Wessex Closes in on Deal for Western Sahara Acreage, 9 April 2004.
Total and KerrMcGee Under Fire as They Push Ahead with E&P, 5 June 2004.

Afrol News

Oil Explorer off Sahara Gets Last Warning, 21 February 2003.
 Saharan Coast, Europe's New Energy Pool?, 12 March 2003.
 Sahara Government Announces Oil Deal Rival to Morocco, 27 May 2003.
 Oil Industry Warned on Saharan Engagement, 27 May 2003.
 Successful Campaign Against Sahara Oil exploration, 6 June 2003.
 TGS Press Releases: 6 Feb. 2002, 7 June 2002, 25 November 2002, 18 March 2003.
 Fusion Press Statement: 27 May 2002.
 Sterling Press Statement: 7 May 2004.

Web-sites**WESTERN SAHARA WEB-SITES**

AFRAPRADESA: <http://www.afapredesa.org/>
 ARSO: <http://www.arso.org>
 BIRDSHO (CH): <http://www.birdsho.org/>
 Norwegian Support Committee: <http://www.saih.no/skvs>
<http://groups.yahoo.com/group/sahara-update>
 Sahara Info (France): <http://www.sahara-info.org/>
 Sahara Occidental en Direct: <http://www.sahara-occidental.com/>
 Sahara Update (Norway): <http://groups.yahoo.com/group/sahara-update/>
 Western Sahara Campaign (UK): <http://wsc.members.gn.apc.org/>

MOROCCAN WEB-SITES

Moroccan PM office: <http://www.pm.gov.ma/>
 Moroccan MFA: www.maec.gov.ma/
 Le Sahara Marocain: <http://www.sahara-marocain.com/>
 Le Matin (daily francophone newspaper): www.lematin.ma
 Aujourdh'hui (daily newspaper): www.aujourd'hui.ma

NGOs

Amnesty International: <http://www.amnesty.org/>
 AFASPA: <http://www.afaspa.org/>
 Burma Campaign: <http://www.burmacampaign.org.uk>
 Collectif «Total ne doit pas faire la loi»: <http://www.collectif-tfe.cedetim.org>
 Earth Rights: <http://www.earthrights.org>
 FIDH: <http://www.fidh.org/>
 Fondation France Libertés: <http://www.france-libertes.fr/intro.htm>
 Friends of the Earth <http://www.foe.org>
 Global Witness: www.globalwitness.org
 Human Rights Watch: <http://www.hrw.org/>
 Oil Watch: <http://www.oilwatch.org.ec/>
 Rafto prize: <http://www.rafto.no>

Reporters Without Borders: <http://www.rsf.org>

Richard Knight: www.richardknight.com

War on Want: <http://www.waronwant.org>

NEWS AGENCIES

Upstream Online: <http://www.upstreamonline.com>
 Afrol News: <http://www.afrol.com/>
 Maghreb Arabe Presse: <http://www.map.co.ma>
 Sahara Press Service (SADR): <http://www.spsrasd.info/index.html>

OIL AND GAS RELATED WEB-SITES

Premier Oil: www.premieroil.com
 Fusion: <http://www.fusion.org.uk>
 Sterling Energy Plc: <http://www.sterlingenergyplc.com>
 KerrMcGee: <http://www.kerr-mcgee.com>
 Total: <http://www.total.com/>
 Fugro NV: <http://www.fugro.nl/>
 Wessex Exploration: <http://www.wessexexploration.co.uk>
 TGS Nopec: <http://www.tgsnopec.no/>
 ONYM/ONAREP: <http://www.onhym.com>
 Baker&Botts: <http://www.bakerbotts.com>
 Baker Institute: <http://www.rice.edu/projects/baker/>

INSTITUTIONAL WEB-SITES

United Nations: <http://www.un.org>
 UN Global Compact: <http://www.unglobalcompact.org>
 European Union: <http://www.europa.eu.int>
 International Court of Justice: <http://www.icj-cij.org>
 UNHCR: <http://www.unhcr.ch>
 MINURSO: <http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/minurso.htm>

Interviews

Meeting with **Afifa Karmous**, Responsible for African Affairs, Fondation France Libertés, 24 May 2004 in Paris.
 Meeting with **Mohammed Sidati**, Minister Counsellor to the SADR Presidency and European Coordinator, 10 June 2004, Brussels.
 Meeting with **Raquel Sevilla Garcia**, Desk Officer for Western Sahara, European Commission, 11 June 2004, Brussels.
 Phone interview with **Margot Kessler**, MEP and Acting Chair of the Intergroup «Peace for the Sarahawi people», 17 June 2004, Brussels.
 Phone interview with **Aslak Skancke**, Head of SRI Department, Storebrand Investments, Oslo, Norway, 24 June 2004.

Phone interview with **Hallgeir Langeland**, Member of the Norwegian Parliament, 25 June 2004.

Phone interview with **Erik Hagen**, Norwegian Support Committee for Western Sahara, 30 June 2004.

Meeting with **Samira Daoud**, Mission Co-ordinator, and **William Bourdon**, NGO Sherpa, 1st July 2004, Paris.

Phone interview with **Patricia Marie**, Spokesperson, Press Service, TOTAL, 13 July 2004, Paris.

La regulación jurídica de las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general en el Proyecto de Artículos de la CDI

Casilda Rueda Fernández*

Introducción

La responsabilidad constituye el «epicentro» de todo sistema jurídico: la naturaleza de los derechos, la estructura de las obligaciones, la definición de las sanciones por su violación, todo converge y se entremezcla en ella en conexiones lógicas y relaciones de estrecha interdependencia¹. La importancia de este tema determina que la finalización de la tarea emprendida por la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la Comisión) respecto

a la elaboración de un Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados supone, en principio, un dato de satisfacción tanto en el seno de la Comisión como en el ámbito del Derecho internacional; así ha concluido uno de los proyectos más polémicos ante la importancia del tema objeto de codificación.

Han sido necesarios más de 50 años² para que el Proyecto de artículos pueda ver finalmente la luz, quizás de forma un poco precipitada³. La decisión de concluir la segunda lectura del

* Casilda Rueda Fernández, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla.

¹ Dupuy, P.M., «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», tomo 188, *RCADI*, 1984-V, p. 21.

² El origen del tema se sitúa en 1949 cuando la Comisión en su primer período de sesiones eligió la responsabilidad de los Estados entre los temas que, a su juicio, eran idóneos para la codificación. En respuesta a la resolución 799 (VIII) de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1953, en la que se pedía a la Comisión que procediera, tan pronto como lo considerara oportuno, a la codificación de los principios de derecho internacional que regían la responsabilidad de los Estados, la Comisión, en su séptimo período de sesiones, en 1955, decidió iniciar el estudio de la responsabilidad de los Estados y nombró a F.V. García Amador Relator especial del tema. Posteriormente fue nombrado Relator especial R. Ago quien presentó entre 1969 y 1980 ocho informes. La labor del internacionalista italiano se caracterizó por el planteamiento abstracto de la cuestión de la responsabilidad limitada a las normas secundarias, y por la inclusión de la noción de crímenes internacionales. Fruto de los trabajos realizados, la Comisión aprobó en 1980 provisionalmente 35 artículos que integran la primera parte del Proyecto de artículos dedicado al «Origen de la responsabilidad del Estado». La obra codificadora fue proseguida por W. Riphagen que presentó entre 1979 y 1986 siete informes sobre la parte segunda, dedicada a las formas y grados de la responsabilidad internacional, y la parte tercera sobre la solución de controversias. Su su-

cesor, G. Arangio-Ruiz presentó ocho informes caracterizados por un planteamiento menos abstracto, pero muy avanzados en las propuestas institucionales de gran repercusión política y que suscitaron reacciones muy encontradas en el seno de la Comisión. La Comisión aprobó, en primera lectura, en 1996 un Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados de 60 artículos y dos anexos (en adelante Proyecto de 1996). Finalmente la Comisión inició la segunda lectura del Proyecto y nombró como nuevo Relator especial al británico J. Crawford quien abordó la cuestión con un nuevo enfoque eminentemente pragmático que permitió coronar los trabajos de codificación sobre la responsabilidad internacional en el año 2001.

³ Desde un primer momento el Relator especial Crawford señaló su propósito de terminar en el 2001 el trabajo sobre la responsabilidad internacional de los Estados ante la finalización del quinquenio de la CDI, con renovación de todos sus miembros; la urgencia en la finalización del Proyecto fue objeto de distintos comentarios por partes de los gobiernos, entre otras, la observación que los Países Bajos planteaba en el 53 período de sesiones nos parece especialmente ilustrativa del tema: «...el objetivo de la Comisión es completar su labor sobre la responsabilidad de los Estados en su próximo período de sesiones de 2001. En principio los Países Bajos acogen con beneplácito dicha meta. Pero cabe recordar que el deseo de completar el texto plantea un inconveniente. No cabe duda de que aumentará la presión sobre lo seguro. En otras palabras, se ejercerá presión sobre los elementos del Proyecto que podrían considerarse de

Proyecto de artículos en el 53.º período de sesiones en 2001 no significa realmente la finalización del tema pues, como expresamente reconoce la Comisión quedan temas abiertos pendientes del propio desarrollo del Derecho internacional. El resultado final ha sido la aprobación por la Asamblea General de la Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001⁴, cuyo título es *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*⁵, en cuyo Anexo se recoge el Proyecto de artículos⁶ compuesto finalmente de cuatro partes dedicadas al «Hecho internacionalmente ilícito del Estado» (Primera parte), el «Contenido de la responsabilidad internacional del Estado» (Segunda parte), los «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado» (Tercera parte) y, las «Disposiciones generales» (Cuarta parte)⁷.

Los puntos centrales de nuestro estudio se encuentran en el Capítulo III de la Res. 56/83, titulado «Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general» de la Segunda parte y, en los Capítulos I

lege ferenda o desarrollo progresivo (por ejemplo, las contramedidas y las violaciones graves)», (la cursiva es personal); Comisión de Derecho Internacional, 53.º período de sesiones, Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos, doc. A/CN.4/515, p. 20.

⁴ En cuanto a la cuestión de la posible forma del Proyecto de artículos que debía proponerse a la Asamblea General, han sido distintas las opiniones expresadas. Muchos miembros apoyaron la conclusión de una convención o la celebración de una conferencia; otros, sin embargo, preferían la opción de que la Asamblea tomara nota del informe o lo aprobara mediante una resolución. Otra opción fue que la Comisión recomendara la aprobación del Proyecto de artículos en forma de declaración. A recomendación del grupo de trabajo de composición abierta, la Comisión llegó al entendimiento de que debía recomendar a la Asamblea General, que en primera instancia, ésta tomara nota del Proyecto de artículos en una resolución y acompañara como anexo el texto de los artículos. La importancia en la decisión final de la forma a adoptar por el Proyecto de artículos viene determinada por la directa relación existente entre ésta y el posible sistema de solución de controversias e indirectamente con las contramedidas; en este sentido, significativamente Crawford, ya en su primer informe puso de manifiesto su preferencia por el modelo de un texto no vinculante que se impondría en último término; CRAWFORD, J., *Primer informe del Relator especial sobre la Responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/490, pp. 9 y 10.

⁵ El título inicial «Responsabilidad de los Estados» ha sido objeto de preocupación en el seno de la Comisión al considerar que quizás no fuese un título lo suficientemente claro para distinguir este tema del de la responsabilidad del Estado en virtud del derecho interno. Esta razón determinó que se examinarán distintas variantes del título como «Responsabilidad del Estado en Derecho internacional», «Responsabilidad internacional de los Estados», y «Responsabilidad internacional de los Estados

«Invocación de la responsabilidad del Estado» y Capítulo II «Contramedidas» de la Tercera parte. La regulación de los Capítulos señalados obedece a un dato incuestionable en el Derecho internacional actual, especialmente presente en la larga y ardua elaboración del Proyecto de artículos, como es la existencia de normas de especial importancia, normas imperativas en la terminología de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuya violación determina un régimen de responsabilidad diferenciado del esquema de la responsabilidad internacional tradicional.

La adopción de estos Capítulos en el Proyecto de artículos ha resultado especialmente ardua y polémica ante el dato fundamental de la ruptura de la unicidad del régimen de la responsabilidad tradicional que ella suponía⁸; de esta forma, la regulación final no está exenta de objeciones ante las interrogantes que la misma plantea: ¿cuáles son las características del régimen de responsabilidad internacional aplicables a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Dere-

por hechos internacionalmente ilícitos». La ventaja fundamental de está última redacción es que facilita la traducción del texto a otros idiomas, al distinguirlo claramente del concepto de «Responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el Derecho internacional». Finalmente se optó por el título «Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos», sin incluir el adjetivo «internacional» a fin de no repetir este término, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53.º p. de s., Asamblea General, Documentos Oficiales (A/56/10), pp. 19 a 20.*

⁶ La Resolución 56/83 se limita a anexar en su texto el Proyecto de artículos finalmente aprobado en el 2001; esa circunstancia justifica que a lo largo del presente trabajo aparecen mencionados, indistintamente, la Resolución 56/83 y el Proyecto de artículos.

⁷ El plan general adoptado por la Comisión en su 27.º período de sesiones, para el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados preveía la siguiente estructura: la primera parte se refería al origen de la responsabilidad internacional; la segunda parte, trataría del contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional; y una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla, trataría de la cuestión de la solución de controversias y del modo de hacer efectiva la responsabilidad internacional. *Anuario... 1975*, vol. II, párrs. 38 a 51, pp. 60 a 64.

⁸ La responsabilidad internacional tradicional dio lugar a la denominada por el profesor Reuter «la unidad de la teoría de la responsabilidad», indiferente al contenido de la obligación violada, REUTER, P., «Principes de droit international public», tomo 103, *RCADI*, 1961-III, p. 584; esta teoría se vio rota ante la constatación de violaciones más graves en el Derecho internacional que suponían consecuencias distintas y más complejas de las que deben atribuirse al común de las violaciones internacionales, DUPUY, P.M., «Le fait générateur de la responsabilité internationale de l'Etat», *op. cit.*, pp. 57 a 59.

cho internacional general?, ¿que diferencias existen entre el régimen de responsabilidad aplicable a la generalidad de los hechos ilícitos internacionales respecto a los ilícitos de especial gravedad?, ¿debe considerarse positiva la regulación finalmente adoptada?⁹

Detrás de estas interrogantes y de la propia regulación actual en el Proyecto de artículos de la Comisión está el profuso y complicado debate que ha presidido el trabajo de la Comisión en torno al concepto crimen internacional recogido en el antiguo artículo 19 y presente en los proyectos de 1980 y 1996; la Comisión consideró en 1976 que la importancia que la comunidad internacional otorga al respeto de las obligaciones que tienen un determinado objeto, de un lado, y, de otro, la gravedad de su violación, tienen una repercusión innegable en la calificación del hecho internacionalmente ilícito resultante de tal violación y en la definición de su régimen de responsabilidad. En este sentido, se ha llegado progresivamente al convencimiento de que una violación de las obligaciones impuestas por normas de esta naturaleza no puede ser considerada y tratada lo mismo que una violación «como las otras», sino que representa necesariamente un hecho internacionalmente ilícito mucho más grave una transgresión que debe calificarse de forma distinta y que debe estar sujeta en consecuencia a un régimen distinto de responsabilidad.

La importancia fundamental de este planteamiento radica en su concepción «comunitarista» de la responsabilidad tradicional como uno de los grandes logros del Derecho internacional, cuyo ímpetu de máximo esplendor en la década de los 80 y principio de los años 90 irá debilitándose en los últimos años del siglo xx y en los comienzos del siglo xxi. A pesar de este debilitamiento, la legitimidad y fuerza alcanzada por el enfoque «comunitarista» de la responsabilidad internacional permite apreciar los momentos actuales como situación de crisis, pero no de retroceso¹⁰.

La dificultad de este enfoque se puso claramente de manifiesto en torno a ideas centrales, entre ellas, la calificación de los

ilícitos, el papel del Estado directamente lesionado, y las consecuencias derivadas para terceros Estados tanto en el establecimiento de obligaciones como en el delicado reconocimiento de derechos; de esta forma, el gran debate en el seno de la Comisión ha girado en torno a la calificación de los hechos ilícitos de especial gravedad como crímenes internacionales y las posibles consecuencias que este término conllevaría.

La incorporación del término crimen para la calificación de los hechos de mayor gravedad suscitó desde el primer momento un fuerte rechazo ante la posible criminalización de la responsabilidad internacional de los Estados; más allá de la terminología utilizada, ha existido un asentimiento general respecto a la ruptura del régimen tradicional de la responsabilidad internacional. La propia evolución del Derecho internacional ha determinado la superación, pero no sustitución, de la responsabilidad internacional tradicional basada en un esquema bilateral de Estado a Estado, cuya consecuencia fundamental y única era la obligación de reparar el ilícito causado.

La determinación de ilícitos especialmente graves desencadena una serie de consecuencias reguladas en el Proyecto de artículos: en primer lugar, la mención a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general reguladas en el artículo 40, manifiesta la relación establecida entre normas imperativas, obligaciones *erga omnes* y las consecuencias de la violación de ambas categorías. La existencia de normas imperativas conlleva el establecimiento de consecuencias particulares en caso de violación de las mismas; estas consecuencias se regulan en términos de obligaciones para los terceros Estados. Por su lado, el concepto de obligaciones *erga omnes* determina la invocación de la responsabilidad por terceros Estados que actúan por el interés colectivo distinto del Estado lesionado.

El doble plano establecido entre consecuencias e invocación de la responsabilidad obedece al establecimiento de obligaciones y derechos respectivamente para terceros Estados que actúan

⁹ La respuesta en el ámbito doctrinal no se ha hecho esperar; así, al igual que sucedió con la aprobación del Proyecto de 1980 y el Proyecto de 1996 han tenido lugar la celebración de Seminarios, con la participación de algunos eminentes internacionalistas, dedicados al análisis del trabajo finalmente adoptado en el seno de la Comisión. Entre ellos cabe citar «The ILC's State Responsibility Articles», *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, n.º 4. pp. 773 a 890; «Assessing the work

of the International Law Commission on State Responsibility», *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, n.º 5, pp. 1053 a 1256; DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan», *Revue Générale de Droit international Public*, t. 107/2003/2, pp. 305 a 347.

¹⁰ GATTINI, A., «A Return Ticket to Communitarisme, Please», *Assessing the work of the International Law Commission...*, *op. cit.*, pp. 1201 a 1220.

en nombre de la comunidad internacional en su conjunto. De esta forma, el Proyecto de artículos plasma la ruptura de una de las características básicas de la responsabilidad internacional como es el ser una relación bilateral. Por su parte, el régimen establecido respecto a la violación grave de obligaciones esenciales supone la consagración de la universalidad tanto en el reconocimiento de derechos como en la exigencia de obligaciones a terceros Estados.

La anhelada dimensión institucional, ausente en el Proyecto de artículos, determina la mayor concreción del establecimiento de obligaciones frente a la prudencia y recelo mostradas para el establecimiento de derechos. Especialmente ambigua resulta la diferenciación establecida entre la adopción de contramedidas por el Estado lesionado, y la adopción de medidas lícitas por parte de terceros Estados.

La exacta valoración del papel a desempeñar por el Proyecto de artículos en momentos presentes y futuros del Derecho internacional, hace necesaria una mirada crítica a los elementos del pasado que han condicionado la regulación actual por parte de la Comisión; ciertamente, el balance del trabajo de la Comisión y de los Gobiernos en estos últimos años y, más en general, de la andadura del Proyecto en su conjunto permite aportar un punto de vista para comprender el momento actual del Derecho internacional.

Capítulo I. Las violaciones graves de obligaciones esenciales emanadas de normas imperativas de derecho internacional general

La existencia de normas de rango superior es una realidad incuestionable en el Derecho internacional, si bien resulta mucho más discutible las distintas circunstancias que aparecen alrededor de dichas normas. Entre estas circunstancias cobra un valor especial el régimen de responsabilidad aplicable en caso de violación. La Comisión ha regulado esta situación en el Capítulo III de la Segunda parte del Proyecto de artículos dedicada al «Contenido de la responsabilidad internacional del Estado».

Este Capítulo III puede ser objeto de una doble apreciación: por un lado, debe considerarse el resultado final de un largo y arduo trabajo desarrollado en el seno de la Comisión en torno al concepto crimen internacional; por otro lado, supone la conti-

nuación de una serie de interrogantes de especial importancia en orden a la valoración del estado actual del Derecho internacional respecto a una de sus instituciones básicas como es la responsabilidad.

1. *Problemas de índole terminológica en los trabajos de la comisión de derecho internacional*

A) DEL CONCEPTO DE *CRIMEN INTERNACIONAL* AL CONCEPTO DE *VIOLACIONES GRAVES DE OBLIGACIONES ESENCIALES EMANADAS DE NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL*

Dos problemas esenciales ocuparon el Quinto informe del Relator especial Ago en 1976: por un lado, determinar si es preciso o no reconocer que, cualquiera que sea el contenido de una obligación internacional existente a cargo del Estado, la violación de esa obligación internacional constituye siempre un hecho internacionalmente ilícito; por otro lado, determinar si es preciso llegar a la conclusión de que, cualquiera que sea el contenido de una obligación internacional existente a cargo del Estado, la violación de esa obligación da siempre lugar a una misma y única categoría de hechos internacionalmente ilícitos y, en consecuencia, justifica la aplicación de un régimen único de responsabilidad, o si, por el contrario, cabe distinguir sobre esta base tipos diferentes de hechos internacionalmente ilícitos y regímenes diversos de responsabilidad internacional.

La respuesta al primero de los problemas no precisaba una investigación ni larga ni minuciosa ya que una vez establecido que un Estado está sometido a una obligación internacional de un contenido determinado, y que ha violado esa obligación, el hecho de que esa violación constituye un hecho internacionalmente ilícito no se ha puesto jamás en duda. La jurisprudencia internacional, la práctica de los Estados y la doctrina son unánimes al respecto.

Mucho más difícil se mostraba por el contrario la respuesta al segundo de los problemas, en cuyo germen se contenía toda la problemática que iba a acompañar a la larga elaboración del Proyecto de artículos. *De hecho puede considerarse un problema aún abierto* pues si por un lado está aceptada la existencia de distintos tipos de hechos internacionalmente ilícitos, las consecuencias de esta distinción siguen siendo uno de los temas polémicos del Derecho internacional; fundamentalmente, por-

que como consideró el propio Relator especial es necesario señalar que lo que se busca al plantear esa pregunta es la posibilidad de una diferenciación de alcance normativo y no un valor puramente descriptivo. No tendría sentido proponer y reconocer una distinción *entre categorías diferentes de hechos internacionalmente ilícitos si esta distinción no debiera entrañar la aplicación de regímenes distintos de responsabilidad internacional.*

La trascendencia del problema planteado por el Relator especial conlleva el análisis de diversas cuestiones centradas en dos temas esenciales: en primer lugar, la calificación genérica de dichos ilícitos, el análisis de sus principales características, y la determinación de las distintas categorías; en segundo lugar, el estudio de las características del régimen de responsabilidad resultante de la comisión de dichos ilícitos.

La diferenciación entre tipos distintos de hechos internacionalmente ilícitos es una realidad especialmente evidente sobre todo a partir de la finalización del II.ª Guerra Mundial. Distintos factores determinaron el surgimiento progresivo del convencimiento de que una posible violación de determinadas obligaciones no puede ser considerada y tratada como una violación como las otras, sino que representa necesariamente un hecho

internacionalmente ilícito mucho más grave, una trasgresión que debe calificarse de otra manera y que implica por lo tanto el sometimiento a un régimen distinto de responsabilidad¹¹.

La necesaria distinción en la categoría global de hechos internacionalmente ilícitos está relacionada con la diferencia de contenido de las obligaciones internacionales y con el hecho de que, si bien todas son importantes y han de respetarse, a algunas de ellas se les reconoce hoy un valor más esencial que a otras para el conjunto de la sociedad interestatal y su acatamiento debe estar garantizado por una responsabilidad más severa para quienes las incumplan.

El principal problema que presenta la determinación de distintas categorías es la calificación de tales ilícitos. En este sentido, Roberto Ago consideró consagrada en la práctica la expresión «crimen internacional»¹². Difícilmente cabe prever que el Relator especial fuese consciente de la repercusión que tendría la utilización de la expresión crimen internacional. A partir de su consagración en 1976 han sido muchas las distintas críticas formuladas al respecto¹³, entre las que la de mayor trascendencia ha sido la pretendida criminalización de la responsabilidad internacional que ha querido verse en la utilización del concepto crimen internacional¹⁴.

¹¹ El Relator especial Ago mencionó tres circunstancias como pruebas directas de ese convencimiento: la consagración de la existencia de normas imperativas, el principio de la responsabilidad penal individual y el hecho de que la Carta de Naciones Unidas atribuya consecuencias especialmente determinadas a la violación de ciertas obligaciones internacionales, Ago, R., *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/291 y add1, *Anuario...* 1976, pp. 34 y ss.

¹² En opinión del profesor Ago la expresión «crimen internacional», utilizada para calificar la guerra de agresión en el Proyecto de Tratado de asistencia recíproca preparado en 1923 por la Sociedad de las Naciones y en el Protocolo de Ginebra de 1924 sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales, se ha recogido en instrumentos importantes de la Asamblea General, como 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, aprobada en 1970, y la definición de la agresión aprobada en 1974 igualmente considera que se trata de una terminología que ha adquirido uso corriente tanto en los debates de las Naciones Unidas como en las obras de autores contemporáneos.

¹³ Entre los detractores del concepto crimen internacional cabe señalar la opinión de Rosenstok cuya crítica parte de una consideración política: la noción de crimen de Estado no tiene base ni en la práctica estatal ni «*opinio iuris*» es desarrollo progresivo puro. El artículo 19.2, continúa diciendo, no define el crimen de Estado: su párrafo 2 es tautológico y el párrafo 3 presenta dos problemas graves desde el punto de vista de la

técnica jurídica: para empezar, se separa de la estructura del Proyecto, que sólo trata las normas secundarias, pues ejemplifica el tipo de obligaciones sustantivas cuya violación constituye el «crimen». Y lo que es más grave, contrario al principio de legalidad, que en Derecho penal obliga a que se tipifiquen las conductas taxativamente: no caben ni los ejemplos ni la analogía, ROSENTOCK, R., «An international criminal responsibility of States?», *International Law on the Eve of the XXI Century*, United Nations, Nueva York, 1997. En el lado opuesto, entre los defensores del concepto de crimen de Estado cabe señalar la opinión de otro miembro de la Comisión como ha sido el profesor PELLET, para quien la distinción entre crimen y delito responde a una necesidad indiscutible: no se puede asimilar un crimen como el genocidio con una violación ordinaria del Derecho internacional como puede ser la referente a una obligación derivada de un convenio internacional. Esta afecta únicamente a los Estados partes, mientras que el genocidio amenaza a la sociedad internacional en su conjunto, PELLET, A., «Can a State commit a crime? Definitely, yes!», *EJIL*, (1991), vol. 10 n.º 2, pp. 425 a 434.

¹⁴ La bibliografía sobre esta pretendida criminalización de la responsabilidad internacional del Estado ha sido especialmente abundante, entre ella destaca MAREK, K., «Criminalizing State Responsibility», *Revue Belge du Droit International*, vol. 14, 1978-1979, pp. 460 a 485; DUPUY, P.M., «Action publique et crime international de l'Etat. À propos de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité», *AFDI*, XXV 1979, pp. 539 a 554; GOUNELLE, M., «Quelques remarques sur la notion de "crimen international" et sur l'évolution de la responsabilité

Esta crítica, presente a lo largo de todo el trabajo de la Comisión¹⁵, ha sido el fundamento último para la retirada del concepto en el Proyecto de artículos planteada por el último de los Relatores especiales James Crawford.

En su primer informe, el profesor Crawford, presentó un examen de las posibles aproximaciones a la distinción entre delitos y crímenes internacionales, entre las que cabían cinco opciones: a) mantener tal cual el Proyecto de 1996; b) simplemente «reemplazar el término «crimen»; c) llevar hasta sus últimas consecuencias un régimen (distinto y específico) de la responsabilidad penal de los Estados, es decir, «criminalizar» la responsabilidad de los Estados hasta sus últimas consecuencias¹⁶; d) suprimir el artículo 19 y los artículos 52 y 53, dejando reducida la noción de crimen internacional únicamente a los cometidos por individuos; e) sustituir la terminología, de un modo similar al indicado en la opción 2, añadiendo un régimen agravado de responsabilidad, si bien privada de connotaciones penales o punitivas.

Con base en este planteamiento la Comisión aceptó una solución basada, como era de esperar, en la quinta de las opciones previstas¹⁷: aquella que proponía reformular el artículo 19 eliminando la terminología del crimen de Estado, y al mismo tiempo, complementar el Proyecto de manera que existiera un régimen suficientemente agravado de responsabilidad para ciertas violaciones. El Relator especial Crawford desde un primer

momento manifestó un especial interés en la distinción entre obligaciones bilaterales y multilaterales; así, motivo de importante confusión a lo largo de todo el Proyecto de artículos, el Relator diferenció tres situaciones distintas respecto a las obligaciones multilaterales: las obligaciones internacionales *erga omnes*, esto es, las debidas a la comunidad internacional en su conjunto; las obligaciones *erga omnes* —inter partes (obligaciones integrales), y las obligaciones multilaterales o generales¹⁸. El objeto del presente trabajo está centrado en la regulación de la primera categoría, las obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto, sin perjuicio de puntuales referencias al resto de categorías.

En esta línea, la Comisión optó en 1998 por sustituir el concepto de crimen internacional por un desarrollo sistemático de conceptos fundamentales como obligaciones (*erga omnes*), normas imperativas (*ius cogens*), y una posible categoría de las infracciones más graves de la obligación internacional.

De esta forma, Crawford propuso y el Comité de Redacción aceptó en el artículo 41 del Proyecto en segunda lectura de agosto de 2000 referirse a las «violaciones graves de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto y esenciales para la protección de sus intereses fundamentales»¹⁹. La nueva expresión fue objeto de un arduo debate en el seno de la VI Comisión de la Asamblea General: un número reducido de

internationale de l'État», *Le droit international. Unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuter*, Ed. A. Pedone, Paris, 1981, pp. 317 a 320; MALEKIAN, F., *International Criminal Responsibility of States. A Study on the Evolution of State Responsibility with Particular Emphasis on the Concept of Crime and Criminal Responsibility*, Estocolmo, 1985.

¹⁵ Ciertamente si en 1976 cuando el profesor Ago propuso el término crimen, éste fue aceptado con aplausos masivos en el seno de la Comisión, ese apoyo comienza a debilitarse no mucho después cuando se hizo necesario empezar a analizar las consecuencias de esta revolucionaria figura; en este sentido, entre los autores que defendieron la eliminación del concepto crimen internacional se encuentran entre otros, CRAWFORD, J., «Revising the Draft Articles on State responsibility», *EJIL*, 1999, vol. 10, p. 344; DOMINICÉ, Ch., «The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations», *EJIL*, vol. 10, 1999, n.º 2, pp. 358 a 359; DUPUY, P.M., «Implications of the Institutionalization of International Crimes of State», WEILER, J.H.H., CASSESE, A., SPINEDI, M., *International Crimes of State. A critical analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlín, New York: Walter de Gruyter, 1989, pp. 170 a 185. Por otro lado, se opusieron a la eliminación del concepto crimen internacional entre otros ABI-SAAB, G., «The uses of Article 19», *EJIL*, 1999, vol. 10, n.º 2, p. 344 y «The concept of "International Crimes" and its place in

contemporary International Law», *A critical analysis...*, *op. cit.*, p. 146; GRAEFRATH, B., «International Crimes- A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences», *A critical analysis...*, *op. cit.*, pp. 161 a 169.

¹⁶ La criminalización de la responsabilidad de los Estados exigiría según Crawford la existencia de los siguientes cinco requisitos: en primer lugar, una definición precisa de los crímenes de los Estados (*nullum crimen sine lege*); en segundo lugar, un procedimiento adecuado para su investigación en nombre de la comunidad internacional en su conjunto; en tercer lugar, garantías procesales adecuadas de acuerdo con las cuales pueda determinarse en nombre de la comunidad que se ha cometido un crimen; en cuarto lugar, sanciones apropiadas y debidamente definidas (*nulla poena sine lege*); y en quinto lugar, un sistema de cumplimiento de las condenas.

¹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento, n.º 10 (A/53/10)*, párr. 331.

¹⁸ CRAWFORD, J., *Tercer informe...*, doc.A/CN.4/507, pp. 43 a 53, párr. 97 a 118.

¹⁹ *Proyecto aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, Responsabilidad de los Estados, doc., A/CN.4/L.600*, 21 de agosto de 2000, pp. 1 a 22, (en adelante Proyecto 2000).

delegaciones²⁰ mostró su desacuerdo al ver en ella simplemente otra expresión para el crimen internacional²¹; el fuerte rechazo por parte de este grupo minoritario, pero especialmente poderoso, a la nueva expresión determinó los cambios de redacción introducidos en la formulación del definitivo y actual artículo 40, finalmente titulado «violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general»²² (en adelante, violaciones graves). La inseparable identificación entre la distintas expresiones utilizadas queda de manifiesto tanto en el pronunciamiento del Relator especial Crawford²³ como en recientes trabajos de la doctrina internacionalista²⁴.

²⁰ La Comisión en su 55.º período de sesiones había indicado que agradecería recibir de los gobiernos comentarios y observaciones sobre el texto completo del Proyecto 2000, en particular en relación con cualquier aspecto que fuera necesario examinar más detenidamente, a fin de completar la segunda lectura en 2001. En una nota de fecha 21 de agosto de 2000, la Secretaría invitó a los gobiernos a presentar sus observaciones por escrito antes del 31 de marzo de 2001. El 16 de marzo de 2001 se habían recibido respuestas de los siguientes 10 Estados: Austria, Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Dinamarca), Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Japón, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y República de Corea. Estas respuestas aparecen reproducidas en *Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 12 a 97.

²¹ Las delegaciones que mostraron un fuerte rechazo al concepto de crimen internacional recibieron positivamente la supresión de este término, si bien seguían mostrando serias dudas sobre la oportunidad de establecer una distinción entre violaciones graves y de otro tipo. Entre estas delegaciones destaca la postura mantenida por el Reino Unido, Estados Unidos de América y Japón. Especialmente contundente la delegación japonesa señaló que «(...) en el artículo 41, el nuevo texto crea una nueva categoría de “violaciones graves de obligaciones esenciales para la comunidad internacional”. (...) no negamos como cuestión general la posibilidad de que existan violaciones más graves de las obligaciones que la violación habitual. No obstante, como cuestión de derecho, no puede decirse que haya consenso acerca de qué obligaciones entran en la categoría de “violaciones graves” y si, caso de que existan realmente esas “violaciones graves”, se autoriza la adopción de medidas especiales y, en tal caso, sobre el contenido que tendrían esas medidas especiales. (...) Con arreglo a ese *statu quo*, deberíamos evitar estrictamente la creación de una norma de obligación superior y de consecuencias especiales en el presente Proyecto de artículos. El Japón opina que los artículos 41 y 42 no han servido para alejarse de la noción de “crimen internacional”, por lo que no tienen lugar en este texto», *Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 52 a 53.

²² En opinión del profesor Kawasaki, la Comisión reaccionó, respecto a la figura del crimen internacional aprobada en primera lectura, efectuando una «transposición» al artículo 41 del Proyecto que el Comité de Redacción adoptó en agosto de 2000 del artículo 19 del Proyecto de

La sustitución del artículo 19 en los términos expuestos no solucionó los distintos problemas²⁵, por el contrario en opinión de distintos Gobiernos el fantasma de los crímenes internacionales sigue revoloteando el proyecto²⁶; la polémica planteada por el antiguo artículo 19 va más allá de la cuestión terminológica, alcanza al contenido encerrado dentro de determinados conceptos; de esta forma, los problemas planteados por la utilización del concepto crimen internacional vuelven a manifestarse con la utilización de expresiones análogas. Entre estas expresiones destacan la anticipatoria propuesta del profesor Carrillo de sustituir el concepto de crimen internacional por el de *hecho illi-*

1996, KAWASAKI, «The content and implementation of the international responsibility of States. Some remarks on the Draft Articles on State Responsibility adopted by the ILC Drafting Committee in 2000», *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* (The hitotsubashi Academy. Hitotsubashi University, Kunitachi, Tokyo), vol. 29, february 2001, p. 39; Referencia tomada del artículo del profesor GUTIÉRREZ ESPADA, C. «El punto final (¿?) de un largo debate: los crímenes internacionales», *REDI*, 2001, 1 y 2, vol. LIII, nota 16.

²³ *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/507., p. 7, párrafo 374.

²⁴ La significativa equivalencia entre los conceptos de crimen internacional y de violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas queda de manifiesto en el dato de cómo los partidarios y detractores del primero coinciden, en líneas generales, con los partidarios y detractores del segundo concepto; en este sentido puede verse DUPUY, P.M., «General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimensions of Obligations and Codification of the Law of Responsibility», *Assessing the work of the International Law Commission...*, op. cit., p. 1061; SICILIANOS, A-L., «The Classification of Obligations and the Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility», *idem*, pp. 1130 a 1137; WYLER, E., «From “State Crime” to Responsibility for “Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law”», *idem*, pp. 1147 a 1161; PELLET, A., DAILLIER, P., *Droit international public*, L.G.D.J., 7.ª ed., 2002, p. 770.

²⁵ A pesar de este planteamiento es necesario reconocer como la supresión del artículo 19 recibió un amplio apoyo por parte de los distintos gobiernos de tal forma que el Relator especial CRAWFORD expresó en su Cuarto informe como la supresión del artículo 19, y la aceptación muy general de la supresión en la Sexta Comisión, constituyen un auténtico progreso, *Cuarto Informe sobre la Responsabilidad de los Estados*, A/CN.4/517, p. 19.

²⁶ Resulta significativo señalar como los países que han rechazado desde un primer momento la noción de crimen internacional son los mismos países que presentan objeciones a la Tercera Parte del Capítulo II dedicado a las violaciones graves. Entre estos países destacan Estados Unidos, Reino Unido y Japón. Véase *Comentarios y Observaciones recibidas de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 48, 52 y 56.

*cito contra la comunidad internacional en su conjunto*²⁷, y la del profesor Cardona, quien igualmente optó por la expresión *violación grave de una obligación esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional*²⁸.

Sin duda alguna, la significación de la noción de crimen internacional empleada en el Proyecto de artículos de la Comisión excedió la cuestión de terminología. Su genuino y hondo significado radica en ser un desarrollo del Derecho de la responsabilidad internacional situado en la línea de evolución del Derecho internacional que destaca la dimensión normativa de la comunidad internacional; de esta forma, *el debate sobre la significación de la noción de crimen internacional o cualquier otra noción equivalente*²⁹, *no consiste tanto en su definición sino en otros aspectos esenciales como son el tipo de responsabilidad que generan, las consecuencias jurídicas de estos hechos ilícitos especialmente graves, o el papel de los distintos Estados que aparecen en la nueva relación de responsabilidad.*

B) RESPONSABILIDAD PENAL DEL ESTADO Y ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEA

En palabras del profesor Jiménez de Arechaga *la responsabilidad internacional es la relación jurídica nueva que surge automáticamente siempre que se viola, ya sea por acción u omisión, un deber establecido por cualquier regla del Derecho internacional*³⁰. Las

normas sobre la responsabilidad tienen, por lo tanto, la naturaleza de normas secundarias, en el sentido de que regulan las consecuencias que según el ordenamiento jurídico se derivan del incumplimiento de las obligaciones que imponen las normas primarias³¹.

Es teoría aceptada que los Ordenamientos internos establecen la distinción entre dos tipos de responsabilidad: responsabilidad civil y responsabilidad penal. La primera de ellas nace de la lesión de intereses individuales y tiene como consecuencia la obligación de reparar el daño causado, a través de cualquiera de sus modalidades. En este tipo de responsabilidad la relación jurídica se establece entre el causante del daño y el particular lesionado. Por su parte, la responsabilidad penal tiene lugar cuando una conducta lesiona intereses generales de la sociedad y para proteger esos intereses generales, su consecuencia es la imposición de una sanción consistente en una pena o castigo. En este tipo de responsabilidad la relación se establece entre el individuo que ha infringido el orden jurídico y la colectividad personificada en el Estado. El autor de un delito o de una falta puede ser responsable, tanto criminal como civilmente, pero una y otra responsabilidad constituyen categorías o tipos de responsabilidad³².

En un primer momento una de las cuestiones centrales en el ámbito del Proyecto de artículos fue determinar si la responsabilidad internacional responde al modelo civil o al modelo penal de responsabilidad³³. Tres son las posturas que pueden

²⁷ El Instituto Hispano Luso Americano aceptó la propuesta del profesor Carrillo de una nueva terminología distinguiendo entre comportamientos ilícitos de un Estado y hechos ilícitos contra la comunidad internacional. Conclusiones de la Comisión Tercera: «Hechos o actos ilícitos internacionales contra la comunidad internacional. Una posible aportación iberoamericana al desarrollo progresivo del derecho a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos o actos ilícitos», *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 6, 1981, párrafo 1, p. 329.

²⁸ CARDONA LLORENS, J., «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el "crimen internacional")», *Anuario de Derecho Internacional*, VIII, 1985, pp. 265 a 337.

²⁹ Especialmente ilustrativa en este tema resulta la valoración del profesor Wylér para quien «...crimes and serious breaches are the twin brothers of horror» (la cursiva es personal), WYLER, E., «From "State Crime" to Responsibility for "Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms" ...», *op. cit.*, p. 1159.

³⁰ JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E., «Responsabilidad internacional», *Manual de Derecho Internacional Público*, SORENSÉN, M. (ed.), trad. DOTACIÓN CARNEGIE PARA LA PAZ INTERNACIONAL, revisión y adiciones por Bernardo SEPÚLVEDA, México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 507.

³¹ Las normas primarias fueron definidas por el profesor Hart como reglas de obligación entre los individuos y las normas secundarias como las reglas de producción, cambio y adjudicación, HART, *El concepto de Derecho* (Trad. de G.R. CARRIO), Buenos Aires, 1968. Por su parte la Comisión se ha dedicado normalmente, en sus anteriores trabajos, a definir las normas jurídicas internacionales que en algunos de los sectores de las relaciones internacionales imponen a los Estados determinadas obligaciones y que en cierto modo podrían calificarse de «primarias». Esta calificación se entiende en contraposición a las demás normas que abarcan precisamente el ámbito de la responsabilidad y que podrían ser calificadas de «secundarias», por cuanto tienen por objeto determinar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas «primarias», AGO, R., *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/426 y add. 1 a 3, *Anuario...* 1971, p. 215, párr. 15.

³² ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA, «Unidad y pluralismo en Derecho internacional público», *CEBDI*, vol. I, 1997, p. 215.

³³ AGO, R., *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/233, *Anuario...* 1970, párr. 17, nota 22.

señalarse³⁴: en primer lugar, quienes rechazan la distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Para el máximo representante de esta postura, Dionisio Anzilotti, la relación internacional consiste en una pura relación bilateral que se establece entre el Estado al que es imputable un hecho ilícito, que está obligado a reparar, y el Estado respecto al cual existe un deber no cumplido, el cual tiene un derecho subjetivo a exigir una reparación³⁵.

En segundo lugar, aquella corriente doctrinal para la que la responsabilidad internacional ha sido concebida con un carácter eminentemente sancionador o penal. Para estos autores, entre ellos Kelsen y Guggenheim, no hay propiamente una relación obligatoria entre el Estado autor de un acto ilícito y el Estado lesionado; el Derecho internacional autoriza aplicar al Estado infractor un acto represivo a título de sanción. En su opinión, la reparación no es la consecuencia del hecho ilícito, es un momento previo y solamente cuando no se ha satisfecho la reparación se incurre en responsabilidad y el Derecho internacional autoriza la adopción de las medidas coercitivas³⁶.

Una tercera teoría, para nosotros mucho más conforme con las características del Derecho internacional actual, mantiene una posición intermedia según la cual el hecho ilícito puede dar lugar a un doble tipo de responsabilidad. En unos casos puede originar un derecho a una reparación y, en otros, pueda dar lugar a la imposición de una sanción³⁷. La responsabilidad internacional no puede ser calificada ni de civil, ni de penal, es responsabilidad internacional con prevalencia en determinados casos de rasgos civilistas y rasgos penalistas en otros.

En relación a esta tercera postura, la regulación de ilícitos de extrema gravedad en el Proyecto de artículos ha dejado de manifiesto la inexistencia en el momento actual del Derecho internacional de una estructura apta para la consideración de la responsabilidad penal de los Estados; en este sentido se señala cómo el término crimen internacional, presente en la práctica internacional, ha sido utilizado sobre todo con referencia a un ámbito distinto al de las relaciones de Estado a Estado, el de la responsabilidad (penal) internacional del individuo. Igualmente el término crimen (Estado criminal) despierta connotaciones de Derecho penal interno engañosas para el Derecho internacional: el Derecho penal de los Estados reposa en un sistema institucional y de ejecución forzosa del que el Derecho internacional carece, y de ahí la desconfianza generada por la utilización de este término³⁸.

En este sentido, debe considerarse que *al hablar de crímenes y delitos la Comisión no estaba aludiendo a la posible responsabilidad penal internacional de los Estados sino a una institución jurídica muy distinta: la de los hechos internacionalmente ilícitos en los que la relación jurídica de responsabilidad no se limita al ámbito bilateral del Estado víctima y del Estado al que el hecho ilícito es atribuible*. Lo esencial de esta distinción estriba en que la relación jurídica de responsabilidad se establece entre el Estado al que el ilícito es atribuible, de una parte, y, de otra, la comunidad internacional en su conjunto. Y es que aunque en teoría es posible sancionar a un Estado criminal, como el Relator especial Arangio-Ruiz³⁹ propuso y algunos

³⁴ Un análisis actual de las distintas posturas puede verse en DUPUY, P.M., «A General Stocktaking of the Connections between...», *op. cit.*, pp. 1054 a 1057; NOLTE, G., «From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations», *Assessing the work of the International Law Commission...*, *op. cit.*, pp. 1083 a 1099.

³⁵ ANZILOTTI, D., *Curso de Derecho internacional público*, tomo I, trad. J. LÓPEZ OLIVÁN. Madrid, ed. Reus, 1935, p. 408.

³⁶ KELSEN, H., *Principios de Derecho internacional*, trad. Hugo CAMINOS y Ernesto C. HERMIDA, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pp. 100 a 101; GUGGENHEIM, P., *Traité de droit international public*, t. II, Genève, 1954, pp. 63 a 65.

³⁷ Hay que señalar cómo las atrocidades vividas durante la 2.ª G.M. inspiran, a través de los principios de Nuremberg, el inicio de una responsabilidad criminal internacional, centrada de momento en el individuo y apoyada en las innovadoras nociones de comunidad internacional, protección internacional de los Derechos humanos, etc. De esta forma, la noción de responsabilidad penal entra con naturalidad en el Derecho in-

ternacional; LAUTERPACHT la introduce en su edición del Tratado de Oppenheim (*International Law. A Treatise*, 7th. Edition, Londres, 1948); este planteamiento es seguido por ciertos Relatores especiales de la Comisión como el profesor Ago, y el profesor Arangio-Ruiz (especialmente puede verse ARANGIO-RUIZ, G., *Quinto informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/453/Add.3, *Anuario...* 1993, párr. 148).

³⁸ En palabras del profesor Zemanek, el Derecho internacional cuenta ya con demasiadas nociones que despiertan expectativas populares que más tarde no se confirman, para que haya necesidad de añadir otras nuevas, ZEMANEK, K., «The legal foundations of the international system. General Course on public International Law», tomo 266, *RCADI*, 1997, p. 258.

³⁹ Aludiendo a medidas similares a las que se aplicaron a los Estados vencidos en la 2.ª G.M., como «la transferencia de territorios, ocupación militar, migración de poblaciones, pago de dinero como reparación o en bienes y servicios, secuestro o confiscación de propiedades, control de armas, desmilitarización, suspensión de gobiernos, (...)». o, en algunas de las sanciones a Irak tras la «Guerra del Golfo»: «equipos de observación, adopción de leyes proporcionando protección adecuada a las minorías y

autores⁴⁰ defienden, esa posibilidad requiere de un sistema institucional carente en el momento actual del Derecho internacional.

Como señala el profesor Carrillo hay que reconocer que en materia de responsabilidad internacional de los Estados las transformaciones experimentadas no están tanto en la «criminalización» de sus comportamientos contrarios al Derecho internacional, cuanto en la distinción entre dos clases de hechos internacionalmente ilícitos en función de la naturaleza y gravedad del hecho internacional ilícito del que derive la responsabilidad internacional del Estado⁴¹.

La evidencia de este dato la encontramos en cómo el cambio en la terminología operado finalmente en el Proyecto de artículos no soluciona los problemas inherentes al antiguo artículo 19 relativo a los crímenes internacionales; en esta línea, el significado de la distinción, *cualesquiera sean los términos que se empleen*, no es otro que el siguiente: *toma de conciencia de la progresiva cristalización jurídica de la noción de comunidad internacional y de la creciente institucionalización de su ordenamiento jurídico, el Derecho internacional, en un proceso que naturalmente repercute e influye en los mecanismos de aplicación de las normas jurídicas internacionales así como en los procedimientos de reacción frente a quienes violan o incumplen el Derecho internacional*⁴².

C) RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO:

LOS DELITOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Con anterioridad a la consagración doctrinal y a la propia repercusión de la constatación de determinadas clases de ilícitos

establecimiento de formas de Gobierno no incompatibles con las libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos», *Séptimo informe...*, doc. A/CN.4/469, párr. 36. Esta postura fue defendida igualmente en su artículo «State fault and the forms and degrees of international responsibility. Questions of attribution and relevance», *Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Pédone, París, 1991, pp. 38 a 41.

⁴⁰ De HOOG, A., *Obligations «erga omnes» and international crimes. A theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of States*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, pp. 174 a 179.

⁴¹ CARRILLO SALCEDO, C., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, 2.ª ed., 2001, Madrid, p. 161.

internacionales en función de la gravedad de la obligación violada, el Derecho internacional conoció de la existencia de determinados ilícitos de especial gravedad calificados como *delicta iuris gentium*. Esta gravedad no determinaría una diferenciación en el grado de responsabilidad exigible al Estado sino que, por el contrario llevaría a la exigencia de responsabilidad individual con independencia de la responsabilidad internacional del Estado⁴³.

Desde un primer momento la postura adoptada por el Relator especial Ago permitió deducir una cierta jerarquización entre las distintas obligaciones cuya violación generaba un régimen de responsabilidad internacional agravado respecto al régimen de la responsabilidad internacional tradicional. En este sentido, la dificultad de establecer una relación de estas normas aparece agravada ante la sutil constatación de una posible jerarquización en cuya cúspide nos encontraríamos con dos figuras distintas, pero con aspectos tangenciales: los delitos de Derecho internacional y los crímenes internacionales (según terminología del antiguo artículo 19 en el ámbito del Proyecto de artículos).

Con posterioridad a la II.ª GM, la figura de los delitos de Derecho internacional («*crimes under international law*»), tuvo como uno de sus objetivos principales evitar la impunidad de los autores responsables de los ilícitos encuadrables en esta categoría. Distintas posibilidades se abrieron para el cumplimiento de dicho objetivo: en primer lugar, la represión en el ámbito de las distintas jurisdicciones nacionales a través del llamado «principio de jurisdicción universal»⁴⁴; en segundo lugar, la represión en el ámbito de una jurisdicción penal internacional cuya última manifestación ha sido la creación de la Corte Penal Internacional⁴⁵.

⁴² CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, reimpression noviembre 1991, p. 176.

⁴³ La figura de los delitos de Derecho internacional tiene su origen inmediato en los llamados *delicta iuris gentium*. El discutido carácter de estos ilícitos puede verse en QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional. e Internacional Penal*, Instituto Francisco de Vitoria, tomo I, Madrid 1955, p. 270; MIAJA DE LA MUJELA, A., «El Genocidio, Delito Internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1951, vol. IV, números 1, 2, 3, p. 380.

⁴⁴ Un exhaustivo análisis del llamado principio de jurisdicción penal universal puede verse en SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

⁴⁵ El Estatuto de la Corte Penal internacional adoptado en Roma en 1998 y en vigor desde julio de 2002, representa el más depurado intento

Más allá de este planteamiento es necesario subrayar que *sería erróneo asimilar la facultad-deber reconocida a determinados Estados de castigar a las personas autores de delitos de Derecho internacional a la «forma especial» de responsabilidad internacional aplicable al Estado en los casos de que se trata*. El castigo personal de las personas u órganos culpables de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión no agota la búsqueda de la responsabilidad internacional que corresponde al Estado por los hechos internacionalmente ilícitos que, por el comportamiento de sus órganos, se le atribuyen en tales casos.

En palabras del Relator Ago *«el castigo de los dirigentes del aparato estatal que han desencadenado una guerra de agresión o que han organizado un genocidio, no libera al propio Estado de su responsabilidad internacional por ese hecho. A la inversa tampoco se dice que, en lo que concierne al Estado, cualquier delito de Derecho internacional cometido por uno de sus órganos y por el cual se considere personalmente punible a su autor no obstante su calidad de órgano estatal, debe automáticamente ser considerado no sólo un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado, sino también un hecho que entraña para el Estado una “forma especial” de responsabilidad»*⁴⁶.

En este sentido, *la relación existente entre la responsabilidad internacional agravada para el Estado responsable y la responsabilidad penal internacional del individuo autor del ilícito demuestra indudablemente la importancia excepcional que la comunidad internacional atribuye hoy al respeto de determinadas obligaciones, a la protección de intereses de la comunidad internacional en su conjunto en tanto que bienes jurídicamente protegidos*. De esta forma, es necesario destacar como las obligaciones cuya violación genera el castigo personal de sus autores corresponden a las impuestas por ciertas normas de *ius cogens*, cuya violación grave genera a su vez la responsabilidad internacional agravada del Estado.

de combatir la impunando construyendo un sistema de represión de los crímenes de trascendencia internacional con carácter general. Por primera vez ha quedado instituido un órgano jurisdiccional penal y permanente con vocación universal para conocer de la responsabilidad penal internacional de individuos responsables del crimen de genocidio, crimen contra la humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión. Entre la abundante bibliografía sobre la Corte Penal Internacional puede verse, entre otros, *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, (CARRILLO SALCEDO, J.A., dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000; *Creación de una jurisdicción penal internacional*, (ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.,

La necesidad de evitar la impunidad de las violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas sirve como fundamento jurídico para justificar dos cuestiones esenciales del Derecho internacional actual: en primer lugar, la punibilidad internacional de la persona u órgano autor de una violación de ese tipo; en segundo lugar, la sujeción del Estado responsable a un régimen especial de responsabilidad, caracterizado fundamentalmente por la determinación del sujeto autorizado a invocar esas consecuencias.

La consagración de la realidad manifestada en estas expresiones (más allá de la polémica planteada respecto al concepto de crímenes internacionales o de violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas de Derecho internacional general) pone de manifiesto cómo la realidad del Derecho internacional actual permite afirmar, en palabras del profesor Cassese, *la consagración de una dualidad y simultaneidad de responsabilidades que con diferente fundamento y contenido, tiende a proteger el orden público internacional: la responsabilidad agravada de los Estados y la responsabilidad penal individual*⁴⁷.

Ante la confusión producida por la existencia de los dos tipos de responsabilidad hay que señalar que se trata de dos instituciones de naturaleza distinta y autónoma, especialmente ante el carácter reparatorio de la responsabilidad del Estado y el carácter penal de la responsabilidad del individuo; a pesar de esta diferencia es posible establecer ciertas conexiones entre ambos tipos de responsabilidad, como la coincidencia factual, o incluso normativa existente, especialmente en aquellos supuestos en los que el individuo actúe como agente u órgano de un Estado. Ello en la medida en que *un mismo acto es susceptible de generar de forma independiente y en planos distintos los dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo, sin que la*

coord.), Madrid, AEPDIRI/BOE/Escuela Diplomática, 2000, Colección Escuela Diplomática, n.º 4, LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional, Justicia «versus» impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001; BOLLO AROCENA, M.ºD., *Derecho internacional penal (Estudios de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión)*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2004.

⁴⁶ AGO, R., *Quinto informe...*, doc. cit., p. 35.

⁴⁷ CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 271 y ss.

exigencia de esta última exonere al Estado de su propia responsabilidad⁴⁸.

La categoría de violaciones graves, más allá del problema terminológico⁴⁹, presenta una serie de problemas entre los que destacan, de forma especial, la identificación de una violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general, y la determinación de la existencia de tal violación. Ambos problemas resultan, además, agravados por el grave déficit institucional que muestra el Proyecto que nos ocupa.

2. Delimitación normativa de las violaciones graves

La principal ruptura del Proyecto de artículos respecto al *iter* seguido en relación al antiguo artículo 19 la encontramos en la ubicación de los ilícitos de especial gravedad. Mientras que el artículo 19 estaba situado en la primera parte dedicada al «origen de la responsabilidad internacional», el emplazamiento definitivo sitúa este tipo de violaciones no en el origen de la responsabilidad sino en las consecuencias que puede generar la comisión de los mismos.

El enfoque finalmente adoptado por la Comisión no reconoce la existencia de ninguna distinción entre «crímenes» y «deli-

tos» del Estado a los efectos de la primera parte; por el contrario, como ya hemos señalado, opta por un desarrollo sistemático de conceptos fundamentales, como obligaciones (*erga omnes*), y normas imperativas (*ius cogens*). La opción seguida por la Comisión obedece a la necesidad de tener en cuenta los distintos desarrollos producidos en torno a la toma de conciencia de valores de naturaleza superior imprescindibles para la propia existencia de la sociedad internacional. En el ámbito de estos desarrollos cobran una especial relevancia distintas aportaciones de la Corte Internacional de Justicia⁵⁰, las contribuciones doctrinales⁵¹ en la materia, y el trabajo de la Comisión en torno al Proyecto de artículos que nos ocupa y en relación con la Convención de Viena en materia de Tratados⁵².

El reflejo normativo de esta opción se plasma en la existencia del definitivo artículo 40 dedicado a las violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general⁵³.

En este sentido, el ámbito de aplicación del Capítulo III de la Segunda parte queda limitado a una serie de supuestos de alcance especialmente restrictivo: *en primer lugar, sólo caen dentro del artículo 40 las violaciones graves excluyendo violaciones de menor índole; en segundo lugar, esa serie de violaciones de-*

⁴⁸ DUPUY, P.M., *Droit international public*, Dalloz, 6.ª ed., 2002, p. 517.

⁴⁹ En este sentido, Dinamarca en representación de los Países Bajos declaró que la cuestión terminológica no era la fundamental. Aunque consideró que la eliminación de la expresión «crimen internacional» podía allanar el camino, lo importante era la admisión de la existencia y las particulares consecuencias de algunas violaciones «que constituyen una afrenta de tal gravedad a la comunidad internacional en su conjunto que es preciso distinguirlas de otras violaciones»; igualmente se pronunció la Delegación española al señalar que la denominación de este régimen más agravado de responsabilidad internacional del Estado no es tan importante como su contenido jurídico, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 46 a 50.

⁵⁰ Especialmente significativos resultan los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en tres asuntos claves en la materia que nos ocupa: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, I.C.J., Reports 1970; *East Timor (Portugal v. Australia)*, I.C.J., Reports 1995; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, I.C.J., Reports 1996.

⁵¹ De la numerosa bibliografía a que ha dado lugar el tema que nos ocupa hay que añadir a la ya mencionada las siguientes obras: STARACE, V., «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale», tomo 153, *R.C.A.D.I.*, 1976, p. 263; VILARINO, E., «Consideraciones respecto a la configuración del crimen y delito

internacional», *R.E.D.I.*, 1982, p. 357; CARDONA LLORENS, J., «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional...», *op. cit.*, p. 103; JORGENSEN, N.H.B., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000.

⁵² La relación existente entre el Proyecto de codificación de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y la elaboración del Proyecto de artículos es objeto de un análisis particular por la profesora SPINEDI, M., «From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility», *Assessing the work of the International Law Commission...*, *op. cit.*, pp. 1027 a 1099; igualmente, ambos proyectos son objeto de una valoración especial por el profesor DUPUY, P.M., *Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États...*, *op. cit.*, p. 306.

⁵³ El artículo 40 de la Resolución 56/83 establece que,

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

ben afectar a obligaciones nacidas de normas imperativas de Derecho internacional general, por lo tanto quedan excluidas las violaciones graves del resto de los ilícitos internacionales; en tercer lugar, por último deben ser normas imperativas de Derecho internacional general, dejando fuera la posibilidad de un *ius cogens* convencional en el marco del Derecho internacional regional.

El planteamiento expuesto respecto a la delimitación del artículo 40 será objeto de ciertas matizaciones, de contenido un tanto confuso, al constatar la no identificación de este planteamiento en relación a la capacidad de invocación de la responsabilidad y la facultad de adopción de contramedidas.

A) CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN

La aceptación de ilícitos de especial gravedad en el marco del Proyecto de artículos, queda especialmente reflejada en la utilización de idénticos criterios para la identificación de una violación grave dentro del ámbito de aplicación del artículo 40 y la existencia del antiguo crimen internacional. Ciertamente los criterios establecidos para la determinación de la existencia de una violación grave no obedecen a una regulación «ex novo», por parte del último Relator especial Crawford; por el contrario estos requisitos aparecían igualmente en relación al antiguo concepto de crimen internacional para su identificación⁵⁴.

⁵⁴ No es difícil comprender la razón de ese doble requisito. En cada una de las esferas mencionadas se pueden distinguir obligaciones cuya importancia para alcanzar la finalidad fundamental de que se trata es primordial y otras que sólo tienen una importancia secundaria. El incumplimiento de una de estas últimas obligaciones no puede, evidentemente, ser tomado en consideración para acusar a un Estado de un crimen internacional. Por otra parte, cabe incluso que el incumplimiento de una obligación de importancia esencial no adquiriera proporciones que permitan calificarlo de crimen. Esto sólo será posible si se demuestra la gravedad de la violación. Así pues, únicamente cuando se hallan reunidas esas dos condiciones se puede llegar a la conclusión de la existencia de un crimen internacional; *Anuario... 1976*, vol. II (segunda parte), *doc. cit.*, p. 119, párr. 66.

⁵⁵ El concepto de norma imperativa aparece en la Resolución 56/83 en tres artículos distintos: Artículo 26 relativo al cumplimiento de las normas imperativas, Artículo 40 relativo a la delimitación de la aplicación del Capítulo III de la Segunda Parte, y Artículo 50 relativo a las obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas.

⁵⁶ La categoría de norma imperativa está recogida en el artículo 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reproducidos en 1986 en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Trata-

i) Obligaciones nacidas en virtud de normas imperativas de Derecho internacional general

La expresa mención del concepto de norma imperativa en el artículo 40 de la Resolución 56/83 determina la importancia de este Capítulo⁵⁵; la categoría de norma imperativa, definida en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁵⁶, cobra toda su importancia en el ámbito del Derecho internacional actual por dos razones: en primer lugar, es una de las expresiones normativas del orden público internacional; en segundo lugar, su reconocimiento conlleva una de las más importantes quiebras de la autonomía de la voluntad de los Estados⁵⁷.

La consagración de este término en el Derecho internacional positivo plantea dos interrogantes esenciales: ¿qué sentido tiene el Derecho imperativo en un ordenamiento jurídico como el Derecho internacional? y ¿cuáles son los requisitos aplicables a toda norma calificada de *ius cogens*? Respecto a la primera cuestión, la noción de *ius cogens* viene a introducir un nuevo elemento estructural en el medio colectivo en el que los Estados viven y desarrollan su actividad y en su ordenamiento jurídico el Derecho internacional⁵⁸.

En relación con los criterios configuradores de una norma de *ius cogens*, la definición dada en el artículo 53 de la Convención de Viena, ampliamente aceptada por los Estados, permite establecer los requisitos básicos de esta categoría de normas⁵⁹: las

dos entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales. El artículo 53 de ambas Convenciones establece que,

«Es nulo todo tratado que, el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter», (la cursiva es personal).

⁵⁷ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Proyecto docente (inédito)*, Sevilla, 2001, pp. 209 a 210.

⁵⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1976, pp. 274 y ss.

⁵⁹ El profesor Hannikainen, entre otros, establece, basándose en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, los cuatro rasgos característicos del *ius cogens*: 1. Se trata de normas de Derecho internacional general; 2. Tienen que ser aceptadas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; 3. Inderogabilidad; 4. Sólo pueden ser modificadas por nuevas normas imperativas, HANNIKAINEN, L., *Peremptory norms*

normas imperativas tienen una vigencia universal y general por ser expresión del consenso general, son normas de Derecho internacional general⁶⁰; son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que no admiten acuerdo en contrario⁶¹; su determinación exige una convicción interestatal reforzada y colectiva; por último, las normas imperativas pueden ser modificadas por otras normas que satisfagan los elementos de toda norma imperativa.

La consagración de la categoría de normas imperativas está estrechamente relacionada con la aparición de la expresión obligación *erga omnes*⁶². Esta aparición ha sido fundamentalmente obra de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia la cual ha reconocido la existencia de esta serie de obligaciones derivadas de las normas imperativas. Este reconocimiento se ha hecho tanto a través de situaciones que por su naturaleza se consideran oponibles a todos los Estados, generando consecuencias jurídicas *erga omnes*⁶³, como a través del reconocimiento de situaciones jurídicas con eficacia extintiva universal⁶⁴. En base a este planteamiento, la Corte Internacional de Justicia proclamó en su famoso *obiter dictum* de la sentencia de 5 de febrero de 1970 relativa al asunto de la *Barcelona Traction*, que:

«Debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma las primeras conciernen a todos los Esta-

(*Ius Cogens*) in *International Law: Historical development, criteria, present status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Company, 1998, 781, p. 3; en la misma línea, RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations «Erga Omnes»*, Oxford, Clarendon press, 1997, pp. 58 y ss.

⁶⁰ Sobre la naturaleza consuetudinaria de las normas de *ius cogens* puede verse BYERS, M., «Conceptualising the relationship between *ius cogens* and *Erga omnes* rules», *Nordic Journal of International Law*, 1997, número 66, pp. 211 a 239.

⁶¹ DOMINICÉ, Ch., «The International Responsibility of States for breach of multilateral obligations», *op. cit.*, pp. 358 a 359.

⁶² Al igual que su compañera de viaje la consagración de las obligaciones *erga omnes* ha dado lugar a una abundante obra doctrinal, entre las más importantes puede destacarse: V. STARACE, «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale», *op. cit.*, pp. 263 a 318; JUSTE RUIZ, J., «Las obligaciones *erga omnes* en Derecho internacional público», *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, vol. I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 219 a 233; CASADO RAIGÓN, R., «Las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional contemporáneo», *R.J.E., La Ley*, 1985, pp. 1033 a 1041; HOUGH, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes...*, *op. cit.*; RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations «Erga Omnes»*, *op. cit.*

dos. Dada la importancia de los derechos en juego puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto las obligaciones en este caso son obligaciones *erga omnes*».

En opinión de TIJ este tipo de obligaciones se caracteriza por dos rasgos esenciales: en primer lugar, se contraen ante toda la comunidad internacional; en segundo lugar, integran valores esenciales para la comunidad internacional (protegen derechos esenciales) siendo este rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento⁶⁵.

La relevancia de la afirmación realizada en el asunto de la *Barcelona Traction*, está determinada por el reconocimiento de la existencia y autoridad de un Derecho del que derivan obligaciones de los Estados respecto del conjunto de la comunidad internacional: los viejos principios del Derecho internacional tradicional basado en la yuxtaposición de Estados soberanos y en la reciprocidad de sus derechos y obligaciones, quedan así alterados y modificados en el Derecho internacional contemporáneo⁶⁶; en esta línea, las obligaciones *erga omnes* conforman un eslabón entre las normas imperativas y el reflejo de éstas en el régimen jurídico de la responsabilidad de un Estado por las violaciones.

La estrecha relación entre los conceptos de normas de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, junto al antiguo concepto de crimen internacional ha sido objeto de distintas valoraciones doctrinales con un elemento común a todas ellas: aunque los

⁶³ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, (Avis Consultatif), C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 185.

⁶⁴ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) non-obstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité (Avis Consultatif)*, C.I.J., *Recueil*, 1971, p. 56.

⁶⁵ Junto al concepto de obligación *erga omnes* recogido en el famoso *obiter dictum* de la sentencia *Barcelona Traction* cabe señalar el sentido etimológico del mismo según el cual, y prescindiendo de cualquier intento de contextualización, cualquier obligación que se asume «frente a todos» es una obligación *erga omnes*, sin exigir que la misma incorpore valores esenciales, es decir, emane de una norma imperativa. La necesaria distinción entre ambas categorías de obligaciones determina que las obligaciones *erga omnes* derivadas de normas imperativas se denominen, en el presente trabajo, de obligaciones *erga omnes*; por su parte las obligaciones asumidas frente a todos no derivadas de normas imperativas se denominan obligaciones *erga omnes* inter-partes.

⁶⁶ CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica...*, *op. cit.*, p. 175.

tres conceptos estén estrechamente relacionados no se confunden. Toda norma imperativa genera una obligación *erga omnes*, pero todas las obligaciones *erga omnes* no derivan de normas imperativas⁶⁷; igualmente, no toda violación de una norma imperativa supone un crimen internacional, tan sólo las violaciones graves⁶⁸. Por tanto, como señala la profesora Annacker las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* son dos nociones íntimamente ligadas pero diferentes⁶⁹.

En esta misma línea, la Comisión ha señalado como a pesar de ser las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* aspectos de una idea básica única hay alguna diferencia en cuanto a la importancia que se le asigna: mientras que las normas imperativas se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de obligaciones *erga omnes* el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento⁷⁰.

La interpretación conjunta del concepto de norma imperativa y del concepto de obligaciones *erga omnes*⁷¹ debe relacionarse a su vez con un tercer criterio, ya señalado, para identificar el ámbito de aplicación del artículo 40: debe tratarse de violaciones graves.

ii) Violaciones graves considerando su escala o carácter

La violación de obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general no es suficiente para la aplicación de un régimen de responsabilidad distinto al de la responsabilidad internacional tradicional: estas violaciones han de ser violaciones graves⁷². Desde un primer momento en el tema que nos ocupa, la Comisión puso de manifiesto la posibilidad de que el incumplimiento de una obligación de importancia esencial no adquiera proporciones que permitan calificarlo de crimen. Esto sólo será posible si se demuestra la gravedad de la violación⁷³.

En efecto, *no toda violación de una norma imperativa constituye un ilícito de especial gravedad, sino tan sólo las violaciones graves de normas esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto*⁷⁴.

El criterio de la gravedad ya estaba recogido en la propuesta que en 1969 presentó el Relator especial Ago, en el texto del artículo 19 adoptado por la Comisión en 1980, reiterado en 1996⁷⁵, y finalmente retenido en el Proyecto de artículos aprobado por el Comité de redacción el 21 de agosto del 2000; igualmente se ha consolidado en la versión última del Proyecto de artículos. A pesar de esta reiteración⁷⁶ la interrogante fundamental que el

⁶⁷ El profesor RAGAZZI plantea la relación entre obligaciones *erga omnes* y normas de *ius cogens* formulando la siguiente interrogante «Do obligations *erga omnes* invariably derive from norms of *ius cogens*?», en su trabajo *The concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 58 y ss. Efectivamente puede haber obligaciones contraídas frente a toda la comunidad internacional, de carácter general, que no se recogen en una norma imperativa, pero estas no serían las obligaciones *erga omnes* de las que habla el TIJ en el asunto *Barcelona Traction*, pues les faltaría la característica de proteger un valor esencial para la comunidad internacional en su conjunto (derechos esenciales según expresión utilizada en el «obiter dictum»). Evidentemente no todas las violaciones de una obligación *erga omnes* constituyen una violación grave dentro de la categoría que nos ocupa.

⁶⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos...*, op. cit., pp. 163 a 164; en igual sentido puede verse REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 430. Un estudio específico de las relaciones entre los conceptos normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes* y crimen internacional puede verse en ACOSTA ESTÉVEZ, E., «Reflexiones en torno a las normas de *ius cogens*, el efecto *erga omnes* y el crimen internacional», *Anuario de Derecho Internacional*, Pamplona, 1995, pp. 3 y 23.

⁶⁹ ANNACKER, Cl., «The Legal Régime of *Erga Omnes* Obligations in International Law», *Australian Journal of International Law*, 46, 1994, pp. 131 a 166; DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États...», op. cit., p. 335.

⁷⁰ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, pp. 303 a 304.

⁷¹ Es necesario subrayar la ausencia de la expresión obligaciones *erga omnes*, como fue utilizada en la sentencia de la *Barcelona Traction*. En opinión del Relator especial era mejor usar un idioma normal que la expresión latina, tanto más cuando la CIJ en varias ocasiones ha utilizado la expresión *erga omnes* para indicar algo distinto con lo cual se corre el riesgo de confusión (de esta manera en el *Asunto de los ensayos nucleares* la Corte se refirió a la declaración del Presidente de Francia en el sentido de haber sido hecha públicamente y *erga omnes*), CRAWFORD, *Cuarto Informe...*, doc. A/CN.4/517, p. 20, párr. 49.

⁷² Como señala el profesor Dupuy, el término grave está caracterizado por ser «una noción singularmente equívoca», DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États...», op. cit., p. 315.

⁷³ *Anuario...* 1976, vol. II, (segunda parte), p. 119, párr. 66.

⁷⁴ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos...*, op. cit., p. 164.

⁷⁵ La referencia en ambos textos del concepto crimen internacional ponía de manifiesto que no toda violación de una obligación internacional esencial para la comunidad internacional en su conjunto podía considerarse un crimen internacional; sólo tenían esta consideración las violaciones graves de dichas obligaciones.

⁷⁶ El requisito de la gravedad ha sido otro de los elementos que ha sufrido modificaciones en el texto finalmente adoptado respecto al Pro-

término grave presenta ha sido una constante en la larga elaboración del Proyecto de artículos: ¿cuándo estamos ante una violación grave?, ¿quién determina que se ha cometido una violación de tal característica?

Respecto a la primera interrogante, (¿cuándo estamos ante una violación grave?) es manifiesto el especial recelo mostrado por los Estados ante la ambigüedad de la expresión; en este sentido, se pone de manifiesto la inexistencia de un medio objetivo de determinar el límite entre el cumplimiento «manifiesto y sistemático» y, por lo tanto, «grave» y «otros» incumplimientos de obligaciones⁷⁷.

La consideración de la gravedad está determinada en el ámbito del Proyecto de artículos por el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable. Para ser considerada sistemática, una violación debe llevarse a cabo de manera organizada y deliberada. Por su parte, el término flagrante se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos. Ambos términos no son mutuamente excluyentes, por el contrario las violaciones graves serán normalmente sistemáticas y flagrantes.

La concreción de estos requisitos podemos encontrarla en textos de contenido sustancialmente distintos, pero sin duda alguna con elementos tangenciales al de la responsabilidad de los Estados. Entre estos textos destaca el Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad⁷⁸, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁷⁹. Este último delimita en su Preámbulo la aplicación «ratione materiae» del Estatuto a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad inter-

nacional en su conjunto. Este texto refleja el criterio de la gravedad en la introducción de umbrales que permiten distinguir y calificar dichos ilícitos; de esta forma, el criterio de la gravedad se identifica con la comisión sistemática, a gran escala, y con ataques generalizados.

La segunda interrogante (¿quién determina que se ha cometido una violación grave?) tiene una respuesta de perfiles igualmente difusos al estar estrechamente relacionada con otras preguntas igualmente básicas: ¿quién califica a determinadas obligaciones como esenciales?; ¿quién dice que estamos ante una norma imperativa?; en definitiva, ¿donde encontramos la competencia de calificación de las violaciones graves⁸⁰? Esta competencia, además, aparece estrechamente relacionada con la competencia de reclamación y posible reacción respecto a las violaciones graves cuya ausencia es manifiesta a lo largo del Proyecto de artículos.

Cabe señalar que en la regulación actual del artículo 40, no aparece referencia alguna a la necesidad de que la misma haya sido reconocida como tal por la comunidad internacional en su conjunto, referencia que sí estaba presente en el antiguo artículo 19. *Esta ausencia conlleva la desaparición de uno de los elementos de referencia en los que se podía basar una diferenciación entre una violación grave de una norma imperativa y el resto de posibles ilícitos derivados de la violación de una norma de tal categoría.* En este sentido, en el marco del antiguo artículo 19 era necesario el pronunciamiento de la comunidad internacional en su conjunto para la calificación de una violación grave como crimen internacional; por el contrario, en la regulación actual el pronunciamiento de la comunidad internacional

yecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000; así este último establecía que «la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento manifiesto o sistemático de la obligación por el Estado responsable, con el riesgo de causar un daño sustancial a los intereses fundamentales protegidos por la obligación», las ambigüedades e imprecisiones de tal formulación fueron puesta de manifiesto por un grupo de Estados. El resultado final ha sido un texto de redacción más simple, pero de contenido posiblemente igual de incierto, así el definitivo artículo 40.2 establece que «la violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable».

⁷⁷ *Comentarios y Observaciones recibidos de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, Australia, p. 50, Estados Unidos de América, p. 51; especialmente crítico se mostró la delegación mexicana al preguntarse ¿cuándo estamos, por ejemplo, ante una violación grave?, a pesar de los distintos intentos de aclaración siguen quedando zonas de sombra. Porque ¿cuándo se da una transgresión «sustancial» a los intereses fundamentales pro-

tegidos por la violación?, o ¿cómo se definen esos intereses fundamentales?, México..., doc./A.CN.4/515/Add.1, p. 7.

⁷⁸ El texto del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad aprobado en 1996 puede consultarse en *Informe de la Comisión...*, doc. A/51/10.

⁷⁹ La competencia de la Corte Penal Internacional se delimita en el Preámbulo de su Estatuto al regular su competencia sólo respecto a los *crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.*

⁸⁰ Especialmente significativa resulta a este respecto la opinión del Relator Especial RIPHAGEN, para quien «la calificación de un comportamiento calificado de crimen internacional con arreglo a la definición que de este concepto enuncia el párrafo 2.º del artículo 19 de la primera parte del Proyecto puede muy bien suscitar una controversia», *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados*, doc. A/CN.4/440 y add. 1, *Anuario...* 1982, p. 53, párr. 142.

ya no es necesario, su papel viene delimitado en la consideración de una norma como norma de carácter imperativo.

La posible respuesta a estas interrogantes en el ámbito del Derecho internacional actual la encontramos en la existencia de determinados ilícitos cuya comisión lleva implícita el criterio de la gravedad: *ilícitos que atentan contra valores esenciales reconocidos como tales por la comunidad internacional, por violar normas que expresan exigencias de orden moral, político, económico y jurídico, indispensables para la existencia misma de una sociedad internacional y de un sistema jurídico internacional.*

B) CATEGORÍA DE ILÍCITOS

La utilización e interpretación de conceptos nuevos y revolucionarios (normas de *ius cogens*, obligaciones *erga omnes*, crimen internacional, violaciones graves) en una materia tan trascendental como es la responsabilidad internacional hacen necesario establecer cuales son los ilícitos que cumplen, en principio, los criterios para ser identificados como ilícitos de especial gravedad. Ciertamente la existencia de los requisitos mencionados no permite cubrir una de las grandes lagunas que presenta el concepto de norma imperativa como es la indeterminación de su contenido⁸¹; esta indeterminación ha caracterizado la propia evolución del concepto de norma de *ius cogens* desde el princi-

pio de su consagración. En este sentido, una interrogante fundamental se plantea ¿cuáles son estas obligaciones que protegen intereses esenciales de la comunidad internacional y cuya violación constituye *per se* una categoría especial, incluso dentro de la categoría de normas imperativas?, ¿en que obligaciones está pensando la Comisión al aprobar la redacción del artículo 40?

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en parte texto inspirador del resultado final de la Resolución que nos ocupa, no aporta ejemplos sobre la categoría de normas de *ius cogens* definida en su artículo 53⁸² dejando su determinación a la práctica y a la jurisprudencia internacional⁸³. La razón última de esta omisión tiene su fundamento en un problema permanente en la realidad de las normas imperativas: la dificultad en alcanzar un consenso respecto a la categoría de ilícitos encuadrable en esta categoría de normas⁸⁴.

Por su parte, la sentencia *Barcelona Traction* menciona de forma expresa en relación a las obligaciones *erga omnes* la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial⁸⁵.

En la aprobación en primera lectura del Proyecto de artículos la Comisión adoptó, intentando evitar la aparentemente excesiva

⁸¹ En este sentido, la crítica señalada por el profesor Schewlb pone de manifiesto que la Convención de Viena de 1969 se limitaba a constatar la existencia de normas imperativas, pero no determinaba cuáles eran, es decir, no delimitaba el contenido del *ius cogens*, con lo que venía a plantear más que a resolver un problema, SCHWELB, E., «Some aspects of International *Ius Cogens* as formulated by the International Law Commission», *A.J.I.L.*, 1967, vol. 61, pp. 963 y ss.

⁸² *Anuario...* 1963, vol. II, p. 232.

⁸³ Un exhaustivo análisis del planteamiento de la Comisión ante la posible elaboración de una lista de ejemplos encuadrables bajo la consideración de normas de *ius cogens*, puede verse en CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, op. cit., 263 a 272 y pp. 276 a 277.

⁸⁴ Con anterioridad a la adopción de la Convención de la Viena la dificultad de determinar qué normas debían ser consideradas como normas imperativas se puso de manifiesto en el seno del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Este Tribunal fue instado en dos ocasiones por el juez Schücking a entrar en el problema (en el asunto del *Wimbledon*, primero, y en el caso *Oscar Chinn* en un momento posterior); en el segundo de los asuntos indicados se trataba de determinar la validez del Convenio de Saint Germain de 1919 en relación con el Acta General de Berlín de 1885 y, en su opinión disidente a la sentencia del Tribunal, el juez SCHÜCKING afirmó que,

«La prescripción del artículo 38 del Estatuto (...) no puede querer decir que el juez deba aplicar convenciones sabiendo que no son válidas. Nunca, por ejemplo, el Tribunal aplicaría un convenio cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres. Pero, a mi parecer, el juez se encuentra en la misma situación si, a consecuencia de un vicio de origen, un convenio invocado por las partes es, en realidad, nulo y sin efecto. Es la *idea de orden público internacional* que, en mi opinión, debe determinar la actitud del juez en un caso semejante, aun cuando la competencia del Tribunal se funde en un compromiso», (CPJI, sentencia de 17 de agosto de 1923, Série A, n.º 1, p. 47).

⁸⁵ En el ámbito jurisprudencial igualmente hay que destacar la sentencia de 30 de junio de 1995, *asunto de Timor Oriental* en el cual el TIJ consideró que la afirmación de que el derecho de libre determinación de los pueblos, tal y como ha evolucionado desde la Carta y la práctica de Naciones Unidas, genera efectos *erga omnes* era irreprochable (CIJ, *Recueil* 1995, p. 102, párr. 29); por otro lado, el TIJ en el *asunto de la aplicación para la prevención y represión del crimen de genocidio*, volvió a referirse al genocidio afirmando que los derechos y obligaciones de la Convención sobre el genocidio son derechos y obligaciones *erga omnes*, (CIJ, *Recueil* 1996, p. 616, párr. 31).

va generalidad del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una serie de ejemplos de crímenes con carácter no exhaustivo, como lo demuestra la inclusión de las palabras «en particular», correspondientes a una serie de esferas o categorías de obligaciones⁸⁶. Estas categorías estaban relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (apartado a); la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos (apartado b); la salvaguardia del ser humano (apartado c); y la protección del medio humano (apartado d). Todas ellas responden a normas de *ius cogens* y su elección por la Comisión se efectuó de conformidad con la jurisprudencia, la práctica de los Estados y la doctrina más autorizada.

Por su parte, la Resolución finalmente aprobada no hace referencia alguna a cuales son los ilícitos que caen bajo el ámbito de aplicación del Capítulo III de la segunda parte⁸⁷; para ello hay que acudir al comentario del Informe adoptado en el 2001. Este texto considera inapropiado dar ejemplos de normas imperativas⁸⁸, y por el contrario señala que las normas a que se refiere el artículo 40 dimanarían de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intole-

table porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales⁸⁹; de nuevo volvemos a uno de los interrogantes presentes en el trabajo que nos ocupa como es la deficiencia institucional para determinar qué debe considerarse intolerable, qué hechos suponen una amenaza a la paz y seguridad internacional, y cuales son los valores humanos que tienen la consideración de valores fundamentales.

El Informe de la Comisión de 2001, con base en el comentario de la Comisión respecto al artículo 53 de la Convención de Viena, señala de forma expresa como ejemplos de normas imperativas la prohibición de la agresión, la «prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos, el genocidio, y la discriminación racial y el *apartheid*»⁹⁰. Igualmente, a pesar de su no mención específica en el comentario de la Comisión al art. 53 de la Convención de Viena, también considera aceptado el carácter imperativo de ciertas otras normas⁹¹ entre las que destacan la prohibición de la tortura⁹², las normas básicas de derecho humanitario internacional aplicables en los conflictos armados, y por último, la obligación de respetar el derecho a la libre determinación⁹³.

⁸⁶ La técnica utilizada en el antiguo artículo 19 respecto a la enumeración de una serie de crímenes internacionales ha sido objeto de distintas críticas en el ámbito doctrinal, entre ellas puede verse BOWETT, D.W., «Crimes of States and the 1996 Report of the International Law Commission on State Responsibility», *E.J.I.L.*, vol. 9, 1988, pp. 163 a 173.

⁸⁷ Partidario de mantener el método seguido en 1980 y en 1996 respecto a la enumeración de esta serie de ilícitos se muestra el profesor Gutiérrez Espada al señalar que: «...entendiendo el temor a dar ejemplos, pues implican tomar partido y el riesgo también de equivocarse, con todo creo que una lista de las obligaciones internacionales más relevantes hoy para la comunidad internacional en su conjunto con una cláusula de salvaguardia que dejara abierta la misma a la evolución del concepto no haría del artículo 41 un texto menos flexible y sí lo enriquecería y realzaría», GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate...», *op. cit.*, nota 23.

⁸⁸ Contrario a esta ausencia de ejemplos se mostraron los Países Bajos, en este punto consideraron que los ejemplos que figuraban en el anterior artículo para ilustrar que se consideraba crimen internacional no se han utilizado para explicar el concepto correspondiente de violaciones graves, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, p. 47.

⁸⁹ Estrechamente relacionado con la postura respecto a la no enumeración de los distintos ilícitos está la cuestión de la preocupación en el seno de la Comisión de no hacer referencia alguna a normas de carácter primario.

⁹⁰ Las referencias a los posibles ejemplos aparecen en distintos puntos del Informe mencionado, así en el comentario al artículo 40 se men-

cionan ilícitos como la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial y el *apartheid* (*Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, pp. 305 a 306); el comentario al artículo 48 hace referencia a la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y a los principios y normas relativos a los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial junto al derecho a los pueblos a la libre determinación (*Informe de la Comisión, supra*, p. 353); por último, el comentario al artículo 50 menciona de forma expresa las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales junto a las obligaciones de carácter humanitario (*Informe de la Comisión, supra*, p. 367).

⁹¹ Hay que destacar que el artículo 64 de la Convención de Viena prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como se menciona en el artículo 53.

⁹² Artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, de 16 de diciembre de 1984; en esta línea, el profesor Carrillo señala la prohibición de la tortura como un excelente ejemplo de las normas imperativas, y en este sentido, como regla de Derecho internacional general, obliga a todos los Estados, sean o no partes en la Convención de las Naciones Unidas de 1984.

⁹³ La coincidencia general establecida respecto a los distintos ilícitos dentro de la categoría de normas de *ius cogens* tiene una quiebra especialmente desafortunada en relación al original párrafo 4 del artículo 19 que establecía como crimen internacional la protección del medio humano.

La lectura conjunta de los distintos textos permite señalar la existencia de dos categorías de ilícitos unánimemente aceptada⁹⁴ junto a otras que progresivamente van adquiriendo la consideración de normas imperativas del Derecho internacional actual. Ambas categorías hacen referencia a los grandes factores de transformación del orden internacional: su proceso de institucionalización (prohibición del uso o amenaza de la fuerza, con su corolario de obligación de arreglo pacífico de las controversias), y su proceso de humanización (derechos fundamentales de la persona humana).

i) Crimen de agresión

El uso inicial de la expresión crimen internacional para calificar a la guerra de agresión es el primer síntoma que encontramos de la importancia de este ilícito dentro de la categoría de violaciones que nos ocupa. Desde un primer momento, el Relator especial Ago, puso de manifiesto el ilícito de agresión como ejemplo de violaciones de obligaciones de importancia esencial. Indicios de esta especial importancia de esta figura aparecen ya en el período de entre guerras⁹⁵: la comunidad internacional empieza a tener el convencimiento de que el incumplimiento de esa prohibición no podía ser considerado una infracción como las otras⁹⁶.

En el ámbito doctrinal empieza a plantearse en ciertos sectores la cuestión de los sujetos de Derecho internacional con legi-

timidad para invocar la responsabilidad del Estado culpable de agresión, partiendo de la aceptación previa de la distinta categoría de ilícitos internacionales. Este sector está representado por los profesores Root y Peaslee quienes planteaban la existencia del crimen de agresión como la violación de una obligación que afecta a toda la comunidad internacional y, que legitima a todo Estado para reprimir tal acción⁹⁷.

Esta importancia quedó reforzada con la regulación del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas el cual establece la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza, constituyendo el Capítulo VII una garantía para el respeto de dichas obligaciones; la manifestación más grave de la violación del principio de prohibición de uso de fuerza está constituida por el crimen de agresión, si bien una de las grandes carencias que presenta el concepto crimen de agresión en el ámbito del Derecho internacional actual es la falta de una definición aceptada sobre que debe considerarse un acto de agresión.

Los intentos de definición de esta figura pueden situarse fundamentalmente en el seno de las Naciones Unidas⁹⁸ cuyos proyectos a través de la Comisión y de dos Comités Especiales fracasaron hasta la adopción de la Resolución 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974⁹⁹. La definición de agresión recogida en la Resolución 3314 (XXIX) determina que, más allá de las críticas que la misma ha recibido, el ilícito de agresión quede en-

⁹⁴ En este sentido, basta señalar las múltiples referencias a ambos ilícitos; de forma expresa Dinamarca y España, entre otros, se pronunciaron a este respecto señalando que: «(...) la cuestión fundamental es que algunas violaciones como la agresión y el genocidio, constituyen una afrenta de tal gravedad a la comunidad internacional en su conjunto que es preciso distinguirlas de otras violaciones», *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.5/515, pp. 46 a 47.

⁹⁵ *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), p. 33.

⁹⁶ Las lagunas presentes en el Pacto de la Sociedad de Naciones al considerar como lícito el recurso a la guerra una vez agotados los distintos medios establecidos en el Pacto sirvieron de estímulo a los Estados miembros de la Organización para buscar nuevas fórmulas con las que situar la guerra en la esfera de los actos ilícitos internacionales más graves. En esta línea es necesario señalar que esta categoría de ilícitos fue calificada por primera vez de crimen internacional en el *Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua* elaborado en 1923 por la Sociedad de Naciones; este Proyecto no pudo ser finalmente adoptado por la fuerte polémica sobre el significado del término «agresión», a pesar del acuerdo de las partes contratantes en dicha calificación. Meses después el Preámbulo del *Protocolo para la solución pacífica de las controversias internacionales* elaborado en Ginebra en 1924 y aprobado por unanimidad por los 48 Es-

tados Miembros de la Sociedad de Naciones, definía la guerra de agresión como una infracción a la solidaridad que une a los miembros de la comunidad internacional y como un crimen internacional (el Protocolo que fue firmado por 19 Estados y ratificado por uno sólo de ellos, no llegó a entrar en vigor). Igualmente la Resolución adoptada por unanimidad el 24 de septiembre de 1927 por la Sociedad de Naciones incide en la misma terminología en el tratamiento de dicho tema, al igual que la Resolución aprobada también por unanimidad por los 21 Estados presentes en la VI Conferencia Panamericana el 18 de febrero de 1928, que declaraba que la guerra de agresión constituía un crimen internacional contra el género humano.

⁹⁷ ROOT, E., «The outlook for International Law», *A.J.I.L.*, vol. 10, n.º 1, 1916, pp. 2, 8 y 9; PEASLEE, A.J., «The Sanction of International Law», *A.J.I.L.*, vol. 10, n.º 1, pp. 335 y ss.

⁹⁸ Cabe señalar que la Carta no contiene ningún elemento conceptual preciso, pese a las referencias directas e indirectas sobre el fenómeno, aunque en su artículo 24 sitúa el centro de gravedad del problema en el Consejo de Seguridad, puesto que es el órgano encargado de calificar a los agresores.

⁹⁹ Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974: «Definición de la agresión».

marcado en el ámbito de las violaciones graves de normas imperativas. Esta consideración tienen su antecedente inmediato en la Resolución 2625 (XXV) al señalar que «una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz¹⁰⁰ que con arreglo al Derecho internacional entraña responsabilidad».

Por su parte, la CIJ más allá de los recelos mostrados a la hora de entrar en el análisis de conceptos de normas *ius cogens*, y del rechazo implícito a utilizar el concepto de crimen internacional (ni siquiera cuando éste vivía su mejor momento) afirmó claramente en su sentencia de 27 de junio de 1986¹⁰¹ que el principio de prohibición de uso de fuerza se menciona a menudo no sólo como un principio de Derecho internacional consuetudinario, sino incluso como un principio fundamental o esencial de ese Derecho¹⁰².

En función de lo expuesto, puede afirmarse que el proceso de cambio iniciado tras la I.ª GM, concluido en 1945 con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y consolidado posteriormente con la aprobación de las Resoluciones 2625

(XXV) y 3314 (XXIX), ha dado lugar a *la existencia de una norma de Derecho internacional general de carácter imperativo, que impone a todos los Estados el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza armada*¹⁰³; de esta forma, está plenamente aceptado que la violación de esta norma constituye al margen de la terminología utilizada uno de los ilícitos de mayor gravedad, llegando a ser considerado el crimen por excelencia.

Igualmente, la consideración del ilícito de agresión como uno de los principales ilícitos encuadrables en la categoría de violaciones graves de normas imperativas queda de manifiesto en la referencia a esta noción en el ámbito del Derecho internacional penal, ya que de acuerdo con el Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad¹⁰⁴, la agresión está tipificada como uno de los ilícitos de esta naturaleza y conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 5.1.d) el crimen de agresión es uno de los que están bajo la competencia de la Corte¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Un análisis del concepto «crimen contra la paz» puede verse en RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 129 a 135.

¹⁰¹ Sentencia de la C.I.J., de 27 de junio de 1986, *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*.

¹⁰² *Supra*, párrafos 188 y 190 de la sentencia de 27 de junio de 1986.

¹⁰³ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 216, (la cursiva aparece en el original).

¹⁰⁴ La Resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947 de la Asamblea General encomendó a la CDI la elaboración de dos tareas de importancia fundamental para el desarrollo posterior del Derecho internacional: en primer lugar, la formulación de los principios de Derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; en segundo lugar, la preparación de un Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. En este segundo cometido la Asamblea General completó en 1951 su primer Proyecto de código compuesto de sólo cinco artículos y, lo sometió a la Asamblea General acompañado de sus comentarios al respecto; en 1954 volvió a presentar un nuevo Proyecto con un texto revisado elaborado por el Relator especial Spiropoulos. En éste la CDI incluía y desarrollaba la figura de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. Dicho Proyecto nunca fue adoptado por la Asamblea General la cual tuvo que supeditar su consideración a la adopción previa de una definición generalmente aceptada de la agresión, ante la importancia que esta figura tenía para el Proyecto de código. La definición de agresión tardó más de 20 años en adoptarse (la relación entre la no adopción del código y la definición de la agresión puede verse en *La Comisión de Derecho internacional y su obra*, Nueva York, 1989, pp. 37 a 38). La dificultad, importancia y ambigüedad del concepto de agresión queda confirmada

con los distintos artículos del Proyecto de código respecto al crimen de agresión, así el artículo 2 del Proyecto aprobado en 1954 establecía que:

«Son delitos contra la paz y seguridad de la humanidad los siguientes actos:

1. Todo acto de agresión, inclusive el empleo por las autoridades de un Estado de la fuerza armada contra otro Estado para cualquier propósito que no sea la legítima defensa nacional o colectiva o la aplicación de una decisión o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas.
2. Toda amenaza hecha por las autoridades de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado» (el texto del Proyecto puede consultarse en *Anuario... 1985*, vol. II, segunda parte).

Por su parte el artículo 16 del texto finalmente adoptado en 1996 establece que:

«El que, en cuanto dirigente u organizador, participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento o libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado u ordene estas acciones, será responsable de un crimen de agresión» (el texto del Proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad finalmente aprobado en 1996 puede verse en *Informe de la Comisión...*, doc. A/51/10).

Ciertamente la lectura de ambos textos mantiene abierta la interrogante sobre qué debe considerarse un crimen de agresión.

¹⁰⁵ La Comisión Preparatoria del Estatuto de la Corte Penal Internacional ante la problemática que sigue presentando la definición del crimen de agresión optó por establecer un régimen particular respecto a este ilícito. Dicho régimen está determinado por el establecimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto al crimen de agresión, la

Ciertamente resulta significativo constatar la *gran trascendencia* del ilícito de agresión, en el marco del Derecho internacional actual, junto a la *gran carencia* sobre qué debe considerarse un acto de agresión.

En el ámbito doctrinal se sigue la línea emprendida y se confirma que el crimen de agresión es un ilícito que por su gravedad excepcional debe entrañar la aplicación de un régimen de responsabilidad mucho más severo respecto al incumplimiento de las demás obligaciones internacionales.

La gravedad esencial del crimen de agresión respecto al régimen de responsabilidad internacional determina una manifiesta graduación dentro de las violaciones graves, siendo el ilícito grave por excelencia el crimen de agresión¹⁰⁶. La confirmación de esta jerarquía dentro de las violaciones graves sitúa en segundo lugar al crimen de genocidio.

ii) Crimen de genocidio

El proceso de humanización vivido en el Derecho internacional tiene una de sus principales manifestaciones en la espe-

cial protección otorgada a las violaciones masivas y sistemáticas de Derechos humanos¹⁰⁷; esta especial protección posibilita con posterioridad a la 2.^a GM la criminalización de conductas atentatorias de derechos humanos de carácter fundamental bajo el concepto de genocidio.

El primer paso en esta especial protección se dio en el marco de las Naciones Unidas¹⁰⁸ con la adopción de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio¹⁰⁹. Distintos artículos configuran al genocidio como un crimen que genera la responsabilidad internacional del Estado¹¹⁰: por un lado, el artículo 8 regula la responsabilidad del Estado al señalar que toda Parte Contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzgen apropiadas para la prevención y la represión de los actos de genocidio; por otro lado, el artículo 9 establece la competencia de la CIJ para conocer de la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención, así como de las controversias relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio¹¹¹.

definición de esta figura se retrasa a un momento *sine die* según disponen los artículos 121 y 123 del Estatuto. La definición de esta figura prevista como una posible enmienda al Tratado propuesta por un Estado parte, o como una posible revisión del mismo en el marco de una Conferencia convocada al respecto, tardará un mínimo de siete años en poder adoptarse en el marco del Estado, y en caso de adopción el Tribunal no podrá ejercer jurisdicción respecto a este ilícito cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado parte que no haya aceptado la enmienda.

¹⁰⁶ WYLER, E., «From “State Crime” to Responsibility for “Serious Breaches”...», *op. cit.*, p. 1158.

¹⁰⁷ Un exhaustivo análisis sobre la contribución de los Derechos humanos a la consolidación de las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes* en Derecho internacional contemporáneo puede verse en CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 150 a 175; igualmente puede verse ORY ARRIAGA, C. DE, *Contribución de la Corte Internacional de Justicia al desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos*, Sevilla, 2000, Tesis Doctoral (inédita).

¹⁰⁸ Conviene destacar que el profesor Saldaña ya había incluido las matanzas colectivas en tiempo de paz en su amplia clasificación de hechos punibles (SALDAÑA, Q., «La justice pénale internationale», tomo 10, *RCADI*, 1925-V, p. 306); igualmente el profesor Pella había incluido en su Proyecto de Código Penal Internacional, «el exterminio (...) tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra de ciertos grupos étnicos, por motivos raciales, políticos o religiosos» como un crimen cometido por los Estados (PELLA, V.V., *Le guerre-crime et les criminels de guerre*, Paris-Genève 1946, pp. 148 a 150).

¹⁰⁹ El artículo 2 de la Convención contiene una definición de genocidio por comprensión, estableciendo la característica esencial del concepto

(*intencionalidad de destruir total o parcialmente*) y por extensión, enumerando concretamente los actos que entrañen tales consecuencias; así el artículo 2 establece que:

«En la presente Convención se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) matanza de miembros del grupo;
- b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro grupo.»

¹¹⁰ Uno de los temas fundamentales en la Convención es la posible dualidad de regímenes establecidos, mientras que los distintos artículos mencionados hacen referencia a la responsabilidad del Estado, el artículo 4 regula la responsabilidad penal internacional del individuo autor de un crimen de genocidio al establecer que:

«Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3 serán castigados ya se trate de gobernantes, funcionario o particulares».

¹¹¹ Este artículo ha sido invocado para la competencia de la CIJ en el asunto de la Aplicación sobre la Convención para la prevención y repre-

La extrema gravedad de los ilícitos tipificados en el artículo 2 de la Convención ha permitido tanto el desarrollo de la norma consuetudinaria al margen de todo tipo convencional, como su reconocimiento como norma de *ius cogens*. Ambas posibilidades aparecieron reforzadas ante el pronunciamiento de la CIJ en su Dictamen de 18 de mayo de 1951 al sostener que dicha Convención expresa y contiene *principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados al margen incluso de todo vínculo convencional*¹¹².

El carácter señalado por la CIJ fue el punto de origen en la consolidación de la Convención durante los últimos 50 años en el ámbito de la codificación, en el ámbito doctrinal y en la práctica de los Estados. La labor de la CDI ha sido especialmente significativa en el ámbito de la elaboración del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados; en este sentido, el antiguo artículo 19, letra c, del apartado 3 establecía como ejemplo de crimen internacional la comisión por un Estado de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el «apartheid».

Por su parte, la abundante bibliografía originada respecto al crimen de genocidio ha sido unánime en su consideración de la prohibición de genocidio como norma de carácter imperativo¹¹³.

A pesar de ello, la relevancia reconocida a la Convención no ha tenido reflejo durante largo tiempo en su aplicación práctica, a pesar de las posibilidades recogidas en el propio texto de la Convención. Esta situación cambió a raíz de la demanda presentada ante el TIJ el 20 de marzo de 1993 por la República de Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia-Montenegro); en este

contexto, la CIJ se encontró por primera vez, en el marco de su jurisdicción contenciosa, con la invocación del artículo IX de la Convención como fundamento normativo para determinar la responsabilidad internacional de un Estado por la comisión de un crimen internacional.

En esta misma línea, cabe señalar la reiterada tipificación del concepto de genocidio en distintos textos de especial valor en el ámbito del proceso de humanización del Derecho internacional: el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda, o, el Estatuto de la Corte Penal internacional. Estos textos vuelven a poner de manifiesto el carácter imperativo de la norma sobre genocidio desde la responsabilidad penal individual que la misma figura genera.

La consideración, en los tres niveles mencionados, del genocidio como la negación del derecho a la existencia de todo un grupo humano, permite identificar la figura de genocidio con la más grave violación de los derechos humanos y, como tal, su prohibición se inscribe en el campo normativo de las normas imperativas al ser aceptada y reconocida en este sentido por la comunidad internacional en su conjunto y al no admitir acuerdo en contrario.

De esta forma, la violación de la norma que proclama la prohibición del genocidio constituye uno de los ilícitos claves encuadrables en el ámbito de aplicación del Capítulo III de la Segunda parte de la Resolución 56/83; efectivamente si el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida, configurado como un derecho individual, constituye un derecho inderogable en función de su carácter absoluto¹¹⁴, la prohibición de genocidio, configurado

sión del crimen de genocidio, CIJ, sentencia de 11 de julio de 1996 (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia).

¹¹² CIJ., *Recueil 1951*, pp. 24 a 26.

¹¹³ Para un análisis general del crimen de genocidio, entre una abundantísima bibliografía puede verse, SUNGA, S.L., *The Emerging system of International Criminal Law: developments in Codification and Implementation*, La Haya, Kluwer, 1997, pp. 106 y ss., y el completísimo estudio de GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 191 a 194 y p. 323.

¹¹⁴ El derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida, derecho de carácter individual que se corresponde con el derecho colectivo a la existencia y por lo tanto con la prohibición del genocidio, se configura en textos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), la Convención Europea de Derechos humanos (artículo 15) y la Conven-

ción de San José de Costa Rica (artículo 27) se configura en estos textos como un derecho absoluto y como tal inderogable. Tan sólo el artículo 15.2 de la Convención para la Protección de los Derechos del hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950 hace una referencia específica a la posible derogación del artículo 2 (referente al derecho a la vida) en caso de «muertes resultantes de actos ilícitos de guerra» entre los que evidentemente no está el genocidio. Por su parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclama el derecho a la vida como inherente a la persona humana (apartado 1) establece en su apartado 2 que «en los países que no hayan abolido la pena capital, sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que no sean contrarias a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio» y añade en su apartado 3 que «cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá

como un derecho colectivo a la existencia, debe ser considerada como el derecho inderogable y absoluto por excelencia¹¹⁵.

La configuración del ilícito de agresión y el ilícito de genocidio como figuras claves en la confirmación de la existencia de normas imperativas cuya violación debe conllevar un régimen agravado de responsabilidad, nos sitúa ante una de las mayores interrogantes *carentes de respuesta* tanto en el marco del Proyecto de artículos como en el ámbito del Derecho internacional actual ¿la confirmación normativa de la existencia de normas imperativas va acompañada de un sistema institucional con competencias para determinar la existencia de los ilícitos constitutivos de violaciones graves de normas imperativas?

La respuesta adelantada a esta interrogante no impide plantear en líneas generales las distintas posibilidades de actuación de los principales órganos de Naciones Unidas llamados a tener un cierto papel en el ámbito de las violaciones graves.

3. La deficiencia institucional para la determinación de una violación grave

La interrogante anteriormente planteada no tiene respuesta en el Proyecto de artículos; por el contrario, el comentario que

entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio» con lo que se evita cualquier posibilidad exculpatoria, BLANC ALTEMIR, A., *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 212.

¹¹⁵ BLANC ALTEMIR, A., *supra*, p. 213.

¹¹⁶ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, p. 309.

¹¹⁷ No podemos olvidar que la aceptación del concepto de normas imperativas en la Convención de Viena dio lugar a importantes dificultades. Y para respetar ciertas preocupaciones legítimas, se insertó en su artículo 53 una declaración importante: para que se considere imperativa y produzca los efectos previstos, una norma de derecho internacional general debe haber sido aceptada como tal por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto.

¹¹⁸ La expresión comunidad internacional en su conjunto aparece mencionada en distintos artículos sin hacer ninguno de ellos mención al contenido de dicha expresión, así el artículo 25 titulado *Estado de necesidad*, el artículo 33 dedicado al *Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte*, y los artículos 42 y 48 titulados *Invocación de la responsabilidad por el Estado lesionado e Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado* respectivamente.

¹¹⁹ REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional*, *op. cit.*, p. 429.

acompaña al Informe adoptado por la Comisión en 2001 señala expresamente la ausencia de definición de ningún procedimiento para determinar si se ha cometido o no una violación grave: los artículos no tienen por objeto establecer nuevos procedimientos institucionales para tratar los casos individuales, ya se planteen en relación con el capítulo III de la segunda parte o de cualquier otro modo¹¹⁶.

Esta inhibición en el establecimiento de garantías institucionales acordes con las características de las violaciones graves queda suplida, en parte, con la mención expresa que se hace en el Capítulo III de las normas imperativas de Derecho internacional general. El concepto de norma imperativa definido en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permite dar el lugar que corresponde a la expresión comunidad internacional en su conjunto¹¹⁷ utilizada en distintos artículos del Proyecto de artículos¹¹⁸; de esta forma, la potestad de identificar las violaciones graves se reconoce a quien también dispone de la prerrogativa de identificación de las normas de Derecho imperativo¹¹⁹.

La comunidad internacional en su conjunto¹²⁰, como expresión superadora del concepto más restrictivo de comunidad in-

¹²⁰ La delegación española observó en este sentido respecto al Proyecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000 que la expresión comunidad internacional debería precisarse con la referencia a los Estados que la conforman, según se contempla en el artículo 53 del Convenio de Viena de 1969. Tal definición resulta tautológica, pero no parece que en la presente evolución del ordenamiento internacional sea posible otra alternativa. *Comisión de Derecho Internacional*. doc. A/CN.4/515, p. 50; en esta línea, distintos Estados sugirieron sustituir las palabras «comunidad internacional en su conjunto» por las de «comunidad de Estados (o comunidad internacional de Estados) en su conjunto». Así por ejemplo, México, en concreto, fundamentaba su petición en este sentido en que la expresión «comunidad de Estados en su conjunto» es un término mejor delimitado y (...) se deriva de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados», *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, *op. cit.*, p. 6. La negativa del Relator especial estuvo basada en que la expresión comunidad internacional en su conjunto es una expresión bien aceptada y que la CIJ utiliza la oración comunidad internacional en su conjunto en el asunto de la Barcelona Traction y se ha utilizado en Tratados multilaterales posteriores, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *Cuarto informe...* doc. A/CN.4/517.Add. I, párrs. 36 y 37. El Presidente del Comité de Redacción al presentar en mayo de 2001 el texto revisado del Proyecto de agosto (2000), explicaba igualmente de forma meridiana que hay una sola comunidad internacional de la que los Estados forman parte *ipso facto* y son sus miembros clave, pero «todos acep-

ternacional de Estados en su conjunto, tiene competencias para determinar si se ha producido una violación grave de una obligación contraída en virtud de una norma imperativa de Derecho internacional general¹²¹. A pesar de esta afirmación, las interrogantes formuladas no se resuelven, e incluso podríamos decir que se agravan en los momentos actuales del Derecho internacional cargado de incertidumbres, ¿quién es la comunidad internacional en su conjunto?, ¿la manifestación de voluntad de la comunidad internacional en su conjunto sólo es posible en el ámbito de procedimientos institucionalizados? La respuesta a estas interrogantes nos sitúa ante la «normatividad relativa del derecho internacional¹²²».

Estas cuestiones fueron objeto de un detallado debate en el seno de la Comisión en relación a la calificación de un hecho ilícito como crimen internacional, en el cual se señaló que,

«No se trata en absoluto de exigir con ello un reconocimiento unánime por todos los miembros de esa comunidad y de atribuir de este modo a cada Estado un inconcebible derecho de veto. Lo que se pretende es que el carácter de crimen internacional de un hecho internacionalmente ilícito dado sea reconocido no sólo por un grupo determinado (incluso mayoritario) de Estados, sino por todos los componentes esenciales de la comunidad internacional¹²³».

Por su parte, el Relator especial Ago señaló que,

«La Comisión nunca ha considerado que los Estados deban ser unánimes al calificar un hecho internacionalmente ilícito de crimen internacional. Se han dado las mismas explicaciones acerca del con-

tan que además de los Estados existen otras entidades en relación con las cuales pueden darse obligaciones. El Comité decidió así retener la frase *comunidad internacional en su conjunto*», Sr. TOMKA, *Responsibility of States for internationally wrongful acts (State Responsibility)*. *Statement of the Chairmen of the Drafting Committee*. Mr. Peter Tomka, pp. 26 a 27.

¹²¹ La expresión comunidad internacional en su conjunto ha sido objeto de importantes estudios por parte de la doctrina internacionalista, entre ella el análisis de la relación entre la comunidad internacional y las reglas imperativas de derecho internacional y la comunidad internacional y las obligaciones *erga omnes*, CARRILLO SALCEDO, J.A., «Droit international et souveraineté des États», tomo 257, *R.C.A.D.I.*, 1996, pp. 132 a 146; igualmente es objeto de análisis en la obra de DUPUY, R.J., «Communauté internationale et disparités de développement», tomo 165. *RCADI*, 1979-IV, p. 220; WEIL, P., «Le Droit international en quête de son identité», tomo 237, *RCADI*, 1992-VI, pp. 306 a 312.

¹²² CARDONA LLORENS, J., *La responsabilidad internacional...*, op. cit., p. 282.

¹²³ *Anuario... 1976*, vol. II, (2.ª parte), comentario al artículo 19, p. 118, párr. 61.

¹²⁴ *Anuario... 1976*, vol. I, p. 312.

cepto de *norma imperativa* en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados. Las palabras *todos los componentes esenciales de la comunidad internacional* se refieren no a Estados, sino a los principales grupos de Estados. Ello significa que un hecho internacionalmente ilícito no puede ser considerado crimen internacional, a menos que estén de acuerdo todos los principales grupos de Estados. La palabra *todos* es esencial, ya que cada grupo principal de Estados debe dar su consentimiento¹²⁴».

Especialmente de acuerdo con este planteamiento se muestra el profesor Cardona; en su opinión para llegar al concepto de comunidad internacional en su conjunto hay que partir de su formulación negativa: no se está ante un hecho calificado por la comunidad internacional en su conjunto cuando en dicha calificación no ha participado un conjunto de Estados que representan un grupo de intereses existentes en la comunidad internacional. Pero no cualquier tipo de intereses, como podrían ser los de los Estados archipelágicos o los de los Estados sin litoral que no tienen relevancia específica en este ámbito, sino que han de representar uno de los grupos de intereses relevantes para la configuración del interés fundamental del que deriva la obligación violada¹²⁵.

En nuestra opinión, en el Derecho internacional actual la expresión comunidad internacional debe materializarse *más que nunca* en la existencia de la Organización internacional de Naciones Unidas, pues como ha señalado reiteradamente la doctrina internacionalista únicamente en el seno del sistema de las Naciones Unidas¹²⁶ tiene sentido, *debe tener senti-*

¹²⁵ CARDONA LLORENS, J., *La responsabilidad internacional...*, op. cit., pp. 282-283.

¹²⁶ Significativamente la Comisión no ha querido plantear la idoneidad que tres órganos principales de Naciones Unidas presentan para la determinación de una violación grave: en primer lugar, la Asamblea General, en cuanto foro, constituye un lugar idóneo a los efectos de calificación o declaración de una violación al ofrecer la garantía del tablero electrónico de recuento particularizado de votos; en segundo lugar, el papel del Consejo de Seguridad respecto a la competencia para determinar la existencia de una violación grave viene dada por la regulación del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas en el cual se encomienda al Consejo de Seguridad *la función de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión*. Cuestión de índole diferente es el carácter político de dicho órgano y las posibilidades de funcionamiento ante tal característica. Por último, en tercer lugar, la aparente y defendida idoneidad para determinar la existencia de una violación grave, en el plano estrictamente jurídico, la encontramos en la CIJ como órgano judicial llamado a aplicar criterios estrictamente jurídicos. En este sentido, salvo acuerdo en particular, en materia de responsabilidades los poderes atribuidos normalmente a un órgano judicial son la *determinación de la*

do, la categoría de los hechos ilícitos contra la comunidad internacional¹²⁷.

Las debilidades presentes en los distintos órganos de Naciones Unidas necesariamente deben corregirse ante la conciencia generalizada de la no validez de las calificaciones unilaterales por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional¹²⁸; esta posible calificación unilateral, rechazada mayoritariamente en el seno de la Comisión¹²⁹, es objeto igualmente de fuertes críticas en el ámbito doctrinal¹³⁰ y, jurisprudencial¹³¹.

existencia de todo hecho que, si fuese establecido constituiría una violación de una obligación internacional. A pesar de ello, dos condicionantes estrechamente relacionados, deben tenerse en cuenta para el análisis de esta aparente idoneidad: por un lado, el derecho de legitimación activa para presentar la demanda ante la Corte; por otro lado, el carácter voluntario de la jurisdicción contenciosa de la Corte. Una vía de superación de los problemas planteados para la determinación de la existencia de una violación grave por parte de un órgano principal de Naciones Unidas fue planteada por el Relator especial Arangio-Ruiz proponiendo como alternativa la combinatoria entre el elemento político y el judicial. La solución, finalmente descartada, consistiría en una evaluación política a cargo de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de las alegaciones del Estado o Estados acusadores con el fin de determinar si esas alegaciones tienen suficiente gravedad para justificar la seria preocupación de la comunidad internacional; este procedimiento político permitiría preparar el terreno para una posible intervención de la CIJ (ARANGIO RUIZ, *Séptimo informe...*, doc. A/CN.4/469/Add. 1, párr. 139).

¹²⁷ Véase entre otros GRAEFRATH, B., «International Crimes-A Specific Regime...», *op. cit.*, pp. 167 a 168; CASADO RAIGÓN, R., «Nota sobre el *ius cogens* internacional», *Derecho y Opinión*, Revista del Departamento de disciplinas Histórico-Jurídicas y Económico Sociales, octubre 1992, n.º 0, Universidad de Córdoba, p. 121.

¹²⁸ Consideramos que la no superación de las deficiencias que presentan los órganos de Naciones Unidas para la determinación de la existencia de una violación grave junto al fundado rechazo de las calificaciones unilaterales por parte de los distintos Estados supondría una situación especialmente caótica: existen violaciones de especial gravedad, pero no tenemos quien pueda calificar su existencia con las garantías debidas.

¹²⁹ De forma contundente se han pronunciado los distintos Relatores especiales: Riphagen, refiriéndose al antiguo artículo 19 indicó la necesidad de que esa calificación no pueda quedar al arbitrio de cada Estado (*Sexto Informe...*, doc. A/CN.4/389, p. 19, párr. 31). Por su parte, Arangio-Ruiz al plantear la cuestión de quién determina que se ha cometido un crimen internacional, establece la distinción entre el caso de la agresión y los restantes crímenes; en el primer supuesto admite que tanto el Estado víctima de la agresión como otros Estados que prestan ayuda al primero pueden determinar la agresión, pero siempre con carácter provisional y en ejercicio del derecho de legítima defensa ya sea individual o colectiva; para los otros crímenes consideró como solución «poco probable» que sea el Estado víctima quien lleve a cabo la labor calificadora ya

El especial peligro de estas calificaciones unilaterales está inherente en la propia aceptación de este tipo de violaciones graves, en un sistema especialmente descentralizado e influido tanto por factores de índole político, como por el subjetivismo de los Estados. En este sentido, la labor por la que se determina que se ha cometido un crimen excede de los parámetros clásicos de responsabilidad caracterizados por el bilateralismo y la descentralización¹³². Esta afirmación no contradice que ante las carencias y limitaciones del sistema sea posible por parte de cierta doctrina hablar de soluciones individualistas, o colectivas pero

que «representaría una violación del principio *nemo iudex in sua causa*». En cuanto a la calificación por otros Estados, igualmente le parece una solución «poco convincente» a menos que esos Estados actuaran por conducto de algún órgano autorizado reconocido internacionalmente (ARANGIO-RUIZ, *Sexto informe...*, doc. A/CN.4/461/Add.1, p. 4, párrs. 7 y 8).

¹³⁰ Como ejemplo de este rechazo doctrinal puede señalarse el acertado pronunciamiento del profesor Pastor según el cual la determinación de que un Estado ha cometido un crimen internacional no puede dejarse a la apreciación subjetiva y discrecional de las partes interesadas —y hay que recordar que partes interesadas serían todos los Estados que componen la comunidad internacional, de admitirse la «*actio popularis*»— so pena de hacer de la figura un arma política, semillero de discordias, fricciones y tensiones, PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 542.

¹³¹ La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia rechaza la calificación por parte de un tercer Estado, admitiendo un cierto poder de calificación en relación al Estado directamente afectado. En este sentido, en la sentencia relativa las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* de 1986, este órgano se pronunció taxativamente en contra de la apreciación unilateral, por un Estado distinto del directamente afectado, de la existencia del crimen internacional por excelencia como es el crimen de agresión; de esta forma, sostuvo que,

«Es claro que es el Estado víctima de una agresión armada quién debe hacer una constatación. No existe en derecho internacional consuetudinario, ninguna regla que permita a otro Estado usar del derecho de legítima defensa colectiva contra el pretendido agresor, remitiéndose a su propia apreciación de la situación»; (C.I.J., *Recueil*, 1986, p. 104, párr. 195).

¹³² En esta línea, un sector especialmente significativo de la doctrina internacionalista expresamente rechaza la posibilidad de que el propio Estado víctima esté legitimado para decidir sobre la existencia de un crimen internacional, DUPUY, P.M., «Observations sur le crime international de l'Etat», *R.G.D.I.P.*, 1980, p. 484; LEBEN, Ch., «Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la Société Internationale», *A.F.D.I.*, 1982, p. 36; PUEYO LOSA, J., «Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1988, pp. 122 a 124.

descentralizadas, especialmente cuando las garantías institucionales queden bloqueadas¹³³.

La constatación de esta realidad ha determinado, sin duda alguna, el resultado final en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional con un coste quizás demasiado alto para el resultado obtenido: *ante la dificultad de la regulación de determinados aspectos, especialmente relacionados con las violaciones graves, se ha optado por su no regulación, dando la espalda a uno de los principales problemas del Derecho internacional actual que tiende, con fuertes altibajos como lo demuestra el momento presente, al logro de una responsabilidad internacional de carácter «comunitarista».*

Capítulo II. Consecuencias jurídicas de las violaciones graves: el establecimiento de obligaciones

La existencia de valores superiores en el ámbito de la comunidad internacional es hoy día una realidad incuestionable con un reflejo directo en el ámbito de la responsabilidad internacional. La regulación de esta realidad, más allá de la terminología utilizada, constituye uno de los ineludibles retos a que se enfrenta el ordenamiento jurídico internacional en los inicios del siglo XXI. Ambas cuestiones, la constatación de valores superiores y la regulación jurídica de los mismos, se han planteado como las cuestiones más polémicas presentes en la larga elaboración del Proyecto de artículos.

Desde un primer momento, resultó ineludible resaltar cómo la distinción entre distintas categorías de ilícitos no era una diferenciación exclusiva en el ámbito normativo, sino que esa distinción tenía que reflejarse, además, en el régimen jurídico aplicable a las distintas categorías de ilícitos; escasa importancia tendría la posible diferenciación de ilícitos, según la gravedad de la obligación violada si no conllevase un régimen particular de

responsabilidad una vez descartada la responsabilidad penal del Estado.

En este sentido, el régimen jurídico establecido en el Proyecto de artículos respecto a las violaciones graves de obligaciones esenciales gira en torno a una diferencia básica establecida entre las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* a efectos de la regulación del régimen jurídico: mientras que las normas imperativas de Derecho internacional general se centran en el alcance y la prioridad que ha de darse a un cierto número de obligaciones fundamentales, en el caso de las obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto el centro de atención es esencialmente el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento¹³⁴. Esta diferente orientación determina la regulación de las consecuencias de los dos conceptos de manera diferente: en primer lugar, las violaciones graves de obligaciones derivadas de normas imperativas de Derecho internacional general pueden tener consecuencias adicionales, no sólo para el Estado responsable sino para todos los demás Estados; en segundo lugar, todos los Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por la violación de obligaciones respecto de la comunidad internacional en su conjunto.

La razón de este planteamiento obedece a la expresa intención por parte del Relator especial Crawford especialmente interesado en hacer desaparecer todo posible indicio del concepto crimen internacional; más allá de esta intención el elemento diferenciador en el ámbito de las consecuencias jurídicas entre las violaciones graves y el resto de los ilícitos internacionales está conformado en torno a la posible intervención de terceros Estados en el régimen de responsabilidad¹³⁵. *Así, la violación de una norma imperativa conlleva el establecimiento de una serie de obligaciones para los terceros Estados, mientras que la violación de una obligación frente a la comunidad internacional en su conjunto genera para esos terceros Estados una serie de derechos en torno a la posible invocación de la responsabilidad.*

¹³³ ABI-SAAB, G., «The Concept of «international Crimes»...», *op. cit.*, pp. 145-146; GAJA, G., «Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Ius Cogens*...», *op. cit.*, pp. 155 a 156; DUPUY, P.M., «Implications of the Institutionalization...», *op. cit.*, p. 178; McCAFFREY, «The Objectives of a New Regime...», *op. cit.*, p. 251; DOMINICÉ, Ch., «Legal Questions Relating to the Consequences of International Crimes», *International Crimes of States...*, *op. cit.*, pp. 260 a 263; CONDORELLI, L., «Measures Available to Third States Reacting to Crimes of State», *op. cit.*, pp. 264-265; SICILIANOS, L.A., *Les réactions décentralisées à l'illicite...*, *op. cit.*, pp. 171 y 260

a 213; STEIN, T.L., «Observations on «States Crimes»», *op. cit.*, pp. 198 a 200; SIMMA, B., «From bilateralism to Community Interest in International Law», tomo 250, *RCADI*, 1994-VI, pp. 310 a 311.

¹³⁴ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, p. 304.

¹³⁵ La comisión de violaciones graves no constituye la única excepción al bilateralismo de las relaciones jurídicas de responsabilidad de los Estados; así si bien la relación puede multilateralizarse en distintos supuestos, sólo ante la violación grave de una obligación esencial nacida de una norma imperativa de Derecho internacional general se universaliza.

Esta diferenciación cobra especial sentido al tener en cuenta que las categorías de normas de *ius cogens* y de obligaciones frente a la comunidad internacional en su conjunto no son realidades plenamente coincidentes; de esta forma, con base en el Proyecto de artículos, la violación de una norma imperativa, de todas las cuales derivan obligaciones *erga omnes*, conlleva tanto las consecuencias adicionales en forma de obligaciones para los terceros Estados como la posibilidad de invocar la responsabilidad, en forma de derechos, para los terceros Estados. Por su parte, la violación de una obligación *erga omnes* conlleva siempre la posibilidad de que terceros Estados puedan invocar la responsabilidad, y sólo en el caso de que dicha obligación coincida a su vez con una norma de carácter imperativo hará nacer una serie de obligaciones para los terceros Estados.

Cuestión central es analizar en qué medida se consagra en el Proyecto de artículos la regulación de un régimen de responsabilidad distinto a la responsabilidad internacional tradicional, es decir, cuáles son las diferentes consecuencias, en caso de existir, que conlleva la comisión de una violación grave frente al resto de los ilícitos internacionales; en la misma línea, es necesario determinar en qué medida el régimen finalmente adoptado difiere del controvertido y polémico régimen que podía general el concepto de crimen internacional.

1. Consecuencias jurídicas

Las consecuencias jurídicas de la violación grave de obligaciones esenciales han sido uno de los puntos más difíciles de resolver en el seno de la Comisión de Derecho Internacional: la dificultad del problema aparece reflejada en los distintos pronunciamientos que sobre el tema se han producido en el seno de la Comisión: en una primera etapa hubo constancia de cómo a pesar de la consideración de que ciertos hechos ilícitos son más graves que otros y merecen una calificación diferente, en cambio, no era aún el momento de precisar cuál debía ser el régimen de responsabilidad aplicable a las distintas categorías de hechos internacionalmente ilícitos establecidos. No obstante, a pesar de esta afirmación, empezaba a haber conciencia de que la distinción entre distintos tipos de ilícitos

era una función de carácter normativo que debía conllevar una diferencia entre las consecuencias que entrañan, respectivamente, ciertas violaciones graves y el resto de ilícitos internacionales¹³⁶.

En una segunda etapa, los Relatores especiales Riphagen y Arangio-Ruiz abordaron el «contenido, las formas y los grados de responsabilidad internacional» dentro de la segunda parte del Proyecto de artículos. Los resultados obtenidos por Riphagen fueron, si cualitativos, poco cuantitativos; así, en 1986, la Comisión sólo había aprobado provisionalmente cinco artículos de la segunda parte del proyecto, afectando únicamente dos de ellos al régimen de los crímenes. Estas consecuencias fueron objeto de un mayor análisis por parte de Arangio-Ruiz separándolas, por razones de mayor claridad, de las del resto de los hechos internacionalmente ilícitos. El trabajo de ambos Relatores está indirectamente reflejado en el Proyecto de artículos finalmente adoptado, si bien las aportaciones de ambos difieren sustancialmente en la importancia dada al tema. Sin duda, esta distinta importancia obedece a la diferente concepción que los Relatores especiales tenían sobre el propio concepto de crimen internacional.

Mientras que el Relator Riphagen no hizo frente con decisión al problema al no despejar la incógnita sobre las consecuencias jurídicas que podría acarrear la comisión de un crimen internacional, manteniéndola en suspenso con una propuesta muy ambigua y genérica¹³⁷. Arangio-Ruiz, por su parte, dio un nuevo enfoque al tema de las consecuencias jurídicas de un crimen internacional, y ya en su Informe Preliminar propuso modificar el esquema de trabajo, diferenciando las consecuencias jurídicas de los delitos y de los crímenes internacionales¹³⁸.

Las distintas críticas al Proyecto aprobado en primera lectura tuvieron como resultado, en una tercera etapa, la reorganización general de la materia por parte del Relator especial Crawford con la intención de responder a las críticas sobre el equilibrio del proyecto; de esta forma, la antigua segunda parte («Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional») se convirtió en dos separadas, la primera de ellas (parte II) dedicada exclusivamente a las «consecuencias del acto ilícito» y, la segunda (parte III) a los «modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado»¹³⁹.

¹³⁶ ARANGIO-RUIZ, *Quinto informe...*, doc. A/CN.4/453.

¹³⁷ RIPHAGEN, *Quinto informe...*, doc. A/CN.4/380.

¹³⁸ ARANGIO-RUIZ, *Informe preliminar...*, doc. A/CN.4/416 y Add. 1, *Anuario...* 1988.

¹³⁹ Esta última incluye las contramedidas, que ya aparecían en el Proyecto de 1996, y se añade además, una serie de artículos sobre la invocación de la responsabilidad y sus formalidades, la admisibilidad de la reclamación y la renuncia al derecho a invocar la responsabilidad.

La estructura finalmente adoptada respecto a las consecuencias jurídicas de las violaciones graves de obligaciones esenciales está caracterizada por dos notas básicas: a) *la relación jurídica bilateral, ausente de particularidades en relación al resto de los ilícitos internacionales, existente entre el Estado infractor y el Estado víctima*, b) *la relación jurídica de carácter triangular establecida entre el Estado infractor, el Estado responsable y los Estados terceros*¹⁴⁰, como principal manifestación de la universalización de la responsabilidad internacional y como única diferenciación del régimen jurídico aplicable a ambas categorías.

En este sentido, las consecuencias jurídicas de las violaciones graves de obligaciones esenciales son las siguientes: en primer lugar, estas violaciones dan origen a todas las consecuencias jurídicas de cualquier otro ilícito, formuladas en tanto que obligaciones del Estado responsable (cesación, reparación, restitución en especie, indemnización, satisfacción y seguridades y garantías de no repetición del comportamiento ilícito); en segundo lugar, todos los Estados, más allá de la figura del Estado víctima, quedan implicados en la relación de responsabilidad respecto al reconocimiento de determinados derechos frente al Estado infractor y, el establecimiento de determinadas obligaciones respecto del Estado víctima.

A) OBLIGACIONES PARA EL ESTADO RESPONSABLE: AUSENCIA DE ESPECIFICIDAD FRENTE AL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en su sentencia relativa al asunto de la Fábrica de Chorzow que

«es un principio de Derecho internacional, e incluso un concepto general del Derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación»¹⁴¹.

Esta idea, continuamente reafirmada en la jurisprudencia arbitral y en las decisiones de los tribunales internacionales, fue reiterada por la Corte Internacional de Justicia en sus sentencias

de 24 de mayo de 1980 (*Asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*) y de 27 de junio de 1986 (*Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*). La obligación de reparar, consecuencia fundamental de la responsabilidad internacional, encierra dos aspectos distintos: el cese de la situación ilícita, de una parte, y de otra, la reparación del ilícito causado¹⁴², por parte del Estado responsable frente al Estado víctima.

La universalización de la responsabilidad internacional que supone la existencia de ilícitos de especial gravedad no borra la relación bilateral que se establece ante la comisión de todo ilícito internacional. Esta relación bilateral queda establecida entre el Estado responsable o Estado infractor y Estado víctima o Estado lesionado. La comisión de un ilícito internacional, al margen de su gravedad, conlleva la existencia de un Estado directa y especialmente afectado y de ahí que la *categoría jurídica del Estado víctima no quede relegada ante la universalización que produce la comisión de ilícitos de especial gravedad. Por el contrario, supone un reforzamiento de su papel ante las características de las obligaciones establecidas para el Estado responsable, especialmente ante las características de la obligación de cesación y de reparación que lo configuran como principal destinatario de las distintas medidas a adoptar.*

En este marco resulta necesario analizar la existencia o ausencia de posibles particularidades de ambas obligaciones, como consecuencia fundamental de la responsabilidad internacional, respecto a la comisión de las violaciones graves.

i) Cesación y garantías de no repetición

La doble consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito fue señalada de forma especial por el Relator Crawford: consecuencias orientadas hacia el futuro de la cesación y las seguridades y garantías de no repetición, y consecuencias orientadas

¹⁴⁰ El artículo 41 de la Resolución 56/83 bajo el título «Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo» establece que,

«Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional».

¹⁴¹ *Corte Permanente de Justicia Internacional, Série A, n.º 17, 1928, p. 29.*

¹⁴² CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, op. cit., p. 185.

al pasado de la reparación, es decir, de la necesidad de deshacer el daño que la violación había causado. Este enfoque de la cuestión determinó que las seguridades y garantías debían tratarse con la cesación en un solo artículo¹⁴³ como dos condiciones para garantizar que la relación jurídica menoscabada por la violación fuera restablecida: en primer lugar, cesaba la violación, y en segundo, si procedía, se daban garantías de que no se repetiría. Este planteamiento contó con un apoyo general por parte de la Comisión¹⁴⁴.

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado a ponerle fin si ese hecho continúa y a ofrecer seguridades y garantías de no repetición, si las circunstancias así lo exigen¹⁴⁵. Esta primera obligación del Estado responsable fue introducida en el ámbito del Proyecto de artículos por el Relator especial Arangio-Ruiz, quien puso de manifiesto en su Informe preliminar la necesidad de tratar la cesación entre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos ante la circunstancia de que todo hecho ilícito de un Estado no sólo lesionaba a otro Estado, sino que además constituía una amenaza para la norma infringida por el Estado autor del comportamiento ilícito¹⁴⁶.

Ciertamente en el orden internacional en el cual la creación, la modificación y la derogación de las normas descansa primordialmente en la voluntad de los Estados, todo acto de un Estado que no sea conforme a una norma existente representa una amenaza, no sólo para la eficacia de la norma infringida, sino también para su validez y, por consiguiente para su existencia

misma, sobre todo en el caso de un comportamiento ilícito prolongado en el tiempo.

Especialmente significativa resulta esta primera obligación del Estado responsable en el supuesto de violaciones graves, a pesar de no presentar, en principio, ninguna característica especial en comparación con los hechos ilícitos ordinarios¹⁴⁷; si bien el contenido de la obligación de cesación no admite agravación, atenuación o modificación, las características de las violaciones graves de obligaciones esenciales determina la especial incidencia de la cesación en este tipo de ilícito, ya que la cesación de dicho hecho ilícito trasciende el nivel de las relaciones entre el Estado responsable y el Estado víctima pues el ilícito concierne a todos los demás Estados y miembros de la comunidad internacional. En palabras del profesor Cardona la reparación *lato sensu* que supone la obligación de cesar la actividad que produce la situación ilícita o vuelta a la legalidad es la única «reparación» apropiada para un «daño» producido a la comunidad internacional¹⁴⁸.

La importancia de la cesación no ha sido siempre claramente percibida por una serie de razones: en primer lugar, el Estado con derecho a exigir la cesación reclamará generalmente un comportamiento positivo por parte del Estado autor, y lo hará en el contexto de una demanda más amplia de reparación del daño más bien que en términos de cesación; en segundo lugar, siempre que se recurre a un procedimiento de solución de controversias ese procedimiento generalmente se inicia en el momento en que la comisión del hecho ilícito ha llegado a su fin,

¹⁴³ El contenido del actual artículo 30 del Proyecto de artículos responde a una interpretación conjunta del artículo 41 «Cesación del comportamiento ilícito» y, del artículo 46 «Seguridades y garantías de no repetición» del Proyecto aprobado en 1996.

¹⁴⁴ Igualmente se expresó la opinión de que esos tres conceptos, aunque similares en algunos aspectos, eran distintos y debían tratarse en artículos separados.

¹⁴⁵ Artículo 30 de la Resolución 56/83, «Cesación y no repetición»:

«El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen».

¹⁴⁶ ARANGIO RUIZ, *Informe preliminar...*, doc. A/CN.4/416.

¹⁴⁷ GRAEFRATH, «Responsibility and Damages Caused: relationship between responsibility and damages», *RCADI*, t. 185, 1984-II, p. 72; en la misma línea el profesor TOMUSCHAT señaló como «it was obvious that

satisfaction and guarantees and assurances of non-repetition should be a normal consequence of the commission of a crime», *Anuario...* 1995, vol. I, p. 92, párr. 98.

¹⁴⁸ CARDONA LLORENS, J., «La responsabilidad internacional por violaciones graves...», *op. cit.*, p. 119. El trato dado a la obligación de cesación es dispar en el resto de la doctrina española, así el profesor Carrillo considera la obligación de cesación como uno de dos los aspectos que encierra la obligación de reparar (CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 185); por su parte, el profesor Rodríguez Carrión sitúa la obligación de cesación como la primera de las consecuencias de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, junto a la segunda obligación que constituye la obligación de reparar (RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho internacional público*, Tecnos, 5.ª ed., Madrid, 2002, p. 337). En la misma línea, el profesor Remiro señala cómo la cesación del ilícito no afecta a otra de las consecuencias sustantivas derivadas de su comisión: la reparación (REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho internacional*, Mac-Grawhill, Madrid, 1997, p. 439).

de modo que la controversia que se trata de solucionar se limita a la forma de la reparación correspondiente; en tercer lugar, por último, cuando las partes comparecen ante un órgano jurisdiccional internacional en el momento en que el ilícito continúa realizándose, el Estado demandante organizará sus demandas no tanto en función de la cesación del comportamiento ilícito sino más bien en función de las medidas provisionales que el juez pueda indicar o quizás imponer al Estado autor del ilícito.

Este planteamiento hizo conveniente una norma sobre la cesación, *no sólo en interés del Estado lesionado, sino también en interés de cualquier otro Estado que quisiera hacer respetar la norma violada y, en general, en interés de la salvaguardia del imperio de la ley*; así, la cesación tiene por función poner término a una violación del Derecho internacional y salvaguardar la continua validez y eficacia de la norma primaria. Dos razones fundamentan la consideración de la cesación como algo más que una simple función del deber de cumplir la obligación primaria¹⁴⁹: en primer lugar, la cuestión de la cesación sólo se plantea en caso de violación; en segundo lugar, los hechos ilícitos continuados son una característica común de los casos concernientes a la responsabilidad de los Estados.

¹⁴⁹ Uno de los aspectos más controvertidos respecto a la inclusión en el Proyecto de artículos de un artículo dedicado a la cesación, ha sido su posible consideración como consecuencia de la obligación primaria lo cual determinaba su no regulación en el Proyecto y no como una consecuencia secundaria de la violación.

¹⁵⁰ La Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 24 de mayo de 1980 en el asunto relativo al *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, al tratar las consecuencias derivadas de los comportamientos ilícitos de Irán distinguió entre la obligación de hacer cesar la situación ilícita que persistía y la obligación de reparar el perjuicio (C.I.J., *Recueil*, 1980, pp. 3 y ss., párrs. 3 y 5 respectivamente). A pesar de la autonomía de la obligación de cesación y la obligación de reparación, cuando la reparación adopta la modalidad de restitución en especie, ésta y la cesación tienden a confundirse; la dificultad de distinguir entre cesación y restitución fue puesta de manifiesto por el arbitraje en el asunto *Rainbow Warrior*. Nueva Zelanda trató de obtener la devolución de los agentes a su lugar de detención en la isla de Hao. Según Nueva Zelanda, Francia estaba obligada a devolver los agentes y mantenerlos detenidos en la isla por el resto de los tres años, esa obligación no había caducado, ya que no se debía computar a tal efecto el tiempo pasado fuera de la isla. El Tribunal no estuvo de acuerdo. En su opinión, la obligación era a plazo fijo, el cual había expirado, por lo que no había cuestión de cesación. Evidentemente Nueva Zelanda no tenía interés en que se devolvieran los dos agentes a la isla si Francia no continuaba obligada a mantenerlos en ella. A la inversa, puede que un Estado lesionado no tenga opción a renunciar a la restitución si el cumplimiento continuado de

De esta forma, la singular función de la cesación distinta de toda otra forma de reparación¹⁵⁰ ha justificado que fuese objeto de un artículo separado¹⁵¹. Esta primera obligación del Estado responsable frente al resto de los Estados constituye el primero de una serie de artículos que tratan de las nuevas relaciones entre los distintos grupos de Estados.

El análisis de la práctica es reiterativo en este sentido: siempre que el hecho internacionalmente ilícito se mantiene en el tiempo, la determinación de esta consecuencia se produce. La cesación de la obligación del ilícito nace siempre que se den condiciones esenciales íntimamente ligadas¹⁵²: que el hecho ilícito tenga carácter continuo y, que la norma violada siga en vigor. La lógica asociación entre la cesación de la violación y el necesario carácter continuo del acto para que dicha cesación sea obligatoria, pone de manifiesto hasta que punto las violaciones graves de obligaciones esenciales pueden considerarse ilícitos de carácter continuo¹⁵³.

El problema de determinar cuándo comienza y cuánto dura un hecho ilícito tiene claras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, en particular la importante cues-

la obligación violada incumbe al Estado responsable y aquél no es competente para eximir a este último del cumplimiento.

¹⁵¹ El *Informe preliminar* presentado por el Relator especial ARANGIO-RUIZ en 1988 (doc. A/CN.4/416) presentaba la necesidad de tratar la cesación entre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos en un artículo separado ante la singular función de la cesación distinta de toda otra forma de reparación; la primera propuesta de este artículo titulado *Cesación de un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo* establecía que:

«El Estado cuya acción u omisión constituya un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuo está obligado, sin perjuicio de la responsabilidad en la que haya incurrido, a hacer que cese esa acción u omisión».

¹⁵² Estas dos condiciones fueron señaladas por el Tribunal en el asunto del arbitraje del *Rainbow Warrior*, U.N.R.I.A.A., vol XX, p. 217 (1990), p. 270, párr. 113.

¹⁵³ El concepto de actos ilícitos continuados es común a muchos ordenamientos jurídicos nacionales y debe su origen en el Derecho internacional al profesor TRIEPEL; igualmente ha sido recogido en diversos estudios generales sobre la responsabilidad de los Estados, así como en obras dedicadas a la interpretación de la fórmula «situaciones o hechos anteriores a una fecha determinada», utilizada en algunas declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

tión de la cesación de los hechos ilícitos de carácter continuo¹⁵⁴. Este tipo de hechos siguen ocurriendo durante todo el período en el que continúa el hecho y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional, siempre que el Estado se halle vinculado por la obligación internacional durante ese período¹⁵⁵. Por el contrario, un hecho consumado tiene lugar «en el momento en que se produce el hecho», aunque sus efectos o consecuencias puedan perdurar.

Los hechos ilícitos continuados presentan como característica principal el ser hechos que han sido comenzados pero que no han sido consumados en un determinado momento, si bien un hecho no tiene carácter continuado únicamente porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser el hecho ilícito como tal el que continúa. Si bien lo más habitual es que la obligación de cesar un comportamiento ilícito nazca en el caso de un hecho ilícito continuado, el artículo 30 de la Res. 56/83 abarca también situaciones en que un Estado ha violado una obligación en una serie de ocasiones lo que implicaría la posibilidad de ulteriores repeticiones; de este modo, la expresión «*si*

ese hecho continúa», al final del apartado a) del artículo pretende abarcar ambas situaciones

Las características de las violaciones graves determinan que de forma especial el primer derecho del Estado víctima y la primera obligación del Estado infractor sea cesar la violación de la obligación; en este sentido, la cesación constituye el remedio al que recurren con más frecuencia tanto los Estados¹⁵⁶ como los órganos de Organizaciones internacionales, como la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, ante las violaciones más graves del Derecho internacional.

La Asamblea General ha reiterado esta consecuencia en gran número de ocasiones, entre otras, la Res. 35/169 E. de 15 de diciembre de 1980, y la Res. 39/50 A, de 15 de noviembre de 1983. Por su parte, el Consejo de Seguridad se manifestó de igual forma en relación a la situación en Oriente Medio¹⁵⁷; las ocupaciones por Sudáfrica de parte del territorio de Zambia¹⁵⁸, Angola¹⁵⁹ o Bostwana¹⁶⁰; el mantenimiento del «apartheid»¹⁶¹; la ocupación ilegal de Namibia¹⁶²; o la secesión del Estado tur-

¹⁵⁴ La cuestión de la extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional está regulada en el artículo 14 de la Resolución 56/83 según el cual,

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.
2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.
3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

¹⁵⁵ En este punto cabe recordar que las normas imperativas sólo podrán ser derogadas o modificadas por el nacimiento de nuevas normas de esta naturaleza.

¹⁵⁶ El artículo 29 titulado «Continuidad del deber de cumplir la obligación», de la Resolución 56/83 pone de manifiesto la sujeción permanente e incondicional del Estado autor a la obligación primaria sin que sea necesaria ninguna reclamación al respecto por parte del Estado lesionado; obligación especialmente relevante ante el hecho de que someter la obligación de la cesación a una reclamación del Estado lesionado que tal vez no esté en condiciones de formular esa reclamación, o quizás se encuentre bajo presión para no formularla, frustraría una de las funciones principales de la cesación como es la de garantizar que se ponga fin a la violación del Derecho internacional.

¹⁵⁷ Res. 476 (1980), de 30 de junio: el Consejo, «reafirma la necesidad imperiosa de poner fin a la prolongada ocupación de los territorios árabes ocupados por Israel desde 1967, incluso Jerusalén»; en su Res. 478 (1980), de 20 de agosto, «determina (...) que la reciente «ley básica» sobre Jerusalén debe dejarse sin efecto inmediatamente»; y en su Res. 497 (1981), de 17 de diciembre, relativa a la decisión israelí de imponer sus leyes, su jurisdicción y su administración al territorio sirio ocupado de las Alturas del Golán, «exige que Israel, la Potencia ocupante, revoque su decisión de inmediato».

¹⁵⁸ Res. 466 (1980), de 11 de abril: el Consejo «exige que Sudáfrica retire inmediatamente todas sus fuerzas militares del territorio de la República de Zambia, cese todas las violaciones del espacio aéreo de Zambia, y en lo sucesivo respete escrupulosamente la soberanía y la integridad territorial de la República de Zambia».

¹⁵⁹ Res. 574 (1985), de 7 de octubre: el Consejo «exige una vez más que Sudáfrica cese inmediatamente todos los actos de agresión y retire incondicionalmente y sin demora todas las fuerzas militares que ocupan el territorio angoleño y, que respete escrupulosamente la soberanía, el espacio aéreo, la integridad territorial y la independencia de la República Popular de Angola».

¹⁶⁰ Res. 568 (1985), de 21 de junio: el Consejo «exige la cesación inmediata, total e incondicional de todos los actos de agresión de Sudáfrica contra Bostwana».

¹⁶¹ Res. 581 (1986), de 13 de febrero: el Consejo «exige la inmediata erradicación del «apartheid» como condición necesaria para el establecimiento de una sociedad democrática y no racial basada en la libre determinación».

¹⁶² Res. 566 (1985), de 19 de junio: en relación al establecimiento por Sudáfrica de un «gobierno provisional» de Namibia, el Consejo «exi-

co-chipriota¹⁶³. Recientemente cabe destacar la adopción de la Resolución S/1435 de 24 de septiembre de 2002, por la cual demanda que Israel cese inmediatamente sus medidas en y alrededor de Ramala incluyendo la destrucción de la infraestructura civil y militar de la Autoridad Nacional Palestina.

Junto a la obligación de cesación, especialmente relevante se muestra la obligación de dar seguridad y garantías de no repetición respecto a las violaciones graves; así, una garantía de no repetición será especialmente necesaria tanto en el supuesto de un crimen de agresión, como en el caso de un crimen de genocidio. *Desde el punto de vista jurídico, la existencia de esa garantía constituye un nuevo compromiso, más allá del compromiso inicial infringido especialmente necesario en el supuesto de violaciones graves.*

Especialmente crítico con la existencia de un artículo único respecto a la obligación de cesación y la obligación de ofrecer garantías de no repetición, se mostró Estados Unidos al considerar que no refleja ni el Derecho internacional consuetudinario ni la práctica de los Estados. Los Estados Unidos instaron a la supresión de esta disposición al no existir ejemplos de casos en que los tribunales hayan ordenado a un Estado que ofrezca seguridades y garantía de no repetición¹⁶⁴. La Corte Internacional de Justicia tuvo la oportunidad de dejar sin contenido este argumento en la reciente sentencia en el asunto *LaGrand*¹⁶⁵. En su cuarta conclusión, Alemania trató de obtener seguridades y garantías, tanto generales como específicas, sobre los medios de cumplimiento futuro de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Los Estados Unidos adujeron que la prestación de esas seguridades o garantías iba más allá del ámbito de las obligaciones impuestas en dicha Convención, y que la Corte no era competente para exigir las.

En cuanto a las seguridades concretas pretendidas por Alemania, la Corte se limitó a decir que,

ge que el régimen racista de Sudáfrica revoque de inmediato esa medida ilegal y unilateral».

¹⁶³ Res. 550 (1984), de 11 de mayo: el Consejo «condena todas las medidas secesionistas, incluido el pretendido intercambio de embajadores entre Turquía y los dirigentes turco-chipriotas, las declara ilícitas e inválidas, e insta a su abrogación inmediata».

¹⁶⁴ Junto a la razón de la inexistencia de jurisprudencia internacional al respecto, los Estados Unidos argumentaron para su supresión la discutida base legal de la exigencia de garantías de no repetición. En este sentido, consideran que las seguridades y garantías de no repetición no se pueden formular como obligaciones jurídicas, no tienen cabida en el Pro-

«...debía considerarse que el compromiso expresado por los Estados Unidos de garantizar la aplicación de las medidas concretas adoptadas en cumplimiento de las obligaciones que le impone el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 —del Convenio de Viena sobre relaciones consulares—, satisface las exigencias de Alemania de una garantía general de no repetición¹⁶⁶».

La Corte afirmó así su competencia respecto de la cuarta conclusión de Alemania y respondió a ella en la parte dispositiva; sin embargo, no examinó la base jurídica de las garantías de no repetición.

La petición de seguridades y garantías de no repetición será especialmente apropiada en el supuesto de violaciones graves; en este sentido, *el carácter flexible recogido en las palabras de «si las circunstancias lo exigen», introducida para impedir los tipos de reclamaciones abusivas o excesivas que han caracterizado algunas exigencias de seguridades y garantías en el pasado, permite igualmente reforzar este tipo de peticiones ante la comisión de violaciones graves por las características inherentes a las mismas.*

Mientras que la cesación puede considerarse el aspecto negativo del cumplimiento futuro, que tiene como objetivo poner fin al comportamiento ilícito que continúa, las seguridades y garantías de no repetición reguladas en el párrafo b del artículo 30 cumplen una función preventiva, y pueden describirse como un reforzamiento positivo del cumplimiento futuro.

La cesación y la garantía de no repetición son elementos de la triple relación establecida ante la violación grave de una obligación esencial nacida de una norma imperativa: *en primer lugar, están configuradas como la primera obligación que nace para el Estado infractor; en segundo lugar, son el primer derecho reconocido al Estado víctima; y, en tercer lugar, terceros Estados igualmente pueden reclamar su cumplimiento.*

yecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados y deberán seguir siendo un aspecto de la práctica diplomática, *Comentarios y Observaciones de los gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, p. 37

¹⁶⁵ *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, *Merits*, fallo de 27 de junio de 2001; sobre esta significativa sentencia puede verse especialmente POZO SERRANO, P., «La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *LaGrand*», *Anuario de Derecho Internacional XVII-2001*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 443 a 473.

¹⁶⁶ *Asunto LaGrand*, *supra*, párr. 125 y párr. 127.

El cumplimiento tanto de la cesación como de la garantía de no repetición en ningún modo exoneran al Estado responsable de la consecuencia principal de la responsabilidad internacional, esto es, la obligación de reparar. Esta obligación aceptada de forma unánime como la consecuencia principal que tiene la comisión de todo ilícito internacional presenta una primera interrogante ¿aparece reflejado en el Proyecto de artículos alguna diferenciación respecto a la obligación de reparar la comisión de violaciones graves de obligaciones esenciales nacidas de normas imperativas?

ii) Deber de reparación

La obligación de reparar íntegramente es la segunda obligación general del Estado responsable como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito; al igual que la cesación y la garantía de no repetición, la reparación se configura en el Proyecto de artículos como una obligación básica para el Estado infractor, tanto en el caso de las violaciones graves como en el resto de las violaciones de menor gravedad¹⁶⁷. De forma especialmente acertada el Relator especial Crawford consideró oportuno formular los artículos en términos de la obligación del Estado responsable, a fin de dejar abierta la cuestión de quién tenía derecho a invocar la responsabilidad, que sólo podría considerarse en el momento en que se invocara¹⁶⁸. Referirse al «derecho» o «facultad» del Estado lesionado, como se hizo durante la primera lectura implicaba una forma bilateral de responsabilidad, excluyendo la posibilidad de la existencia de varios Estados afectados y la existencia de obligaciones respecto de entidades diferentes, o en relación con la comunidad internacional en su conjunto. *Frente a esta obligación del Estado responsable, la reparación está configurada como un derecho exigible*

¹⁶⁷ La obligación de reparación es analizada de forma particular por el profesor SHELTON, D., «Righting Wrongs: reparations in the articles on State responsibility», *The ILC's State Responsibility...*, op. cit., pp. 833 a 856.

¹⁶⁸ Especialmente de acuerdo con este planteamiento se mostró el gobierno de los Países Bajos, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, p. 40.

¹⁶⁹ ARANGIO-RUIZ, *Quinto Informe...*, doc. A/CN.4/453, pp. 1 y ss.

¹⁷⁰ El artículo 52, b) del Proyecto aprobado en 1996 remitía a los párrafos c) y d) del artículo 43 relativos a las limitaciones de la restitución en especie por el hecho en primer lugar de poder entrañar una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización, y en segundo lugar por la posibilidad de comprometer

por el Estado víctima e, igualmente en el supuesto de violaciones graves, como un derecho exigible por terceros Estados.

Esta doble legitimación activa para exigir la reparación nos hace plantear si es posible hablar de cierta especificidad de la misma ante el supuesto de violaciones graves. El estudio del Proyecto de artículos, concretamente de los artículos 32, 41 y 48 da una respuesta negativa a tal planteamiento. De esta forma, *se abandona, al igual que ha sucedido con otros aspectos, la agravación de la obligación de reparar ante la comisión de violaciones graves.* Cabe señalar, sin embargo, que este posible agravamiento de la reparación fue ampliamente discutido en el seno de la Comisión.

Especialmente el Relator especial Arangio-Ruiz¹⁶⁹ planteó de forma abierta el tema de las consecuencias jurídicas de las violaciones graves y ya en su Informe Preliminar propuso diferenciar las consecuencias jurídicas de los delitos y los crímenes internacionales. En esta línea, el Proyecto de 1996 establecía que el régimen jurídico de la obligación de reparar por crímenes internacionales quedaba agravado ante la posibilidad de que la restitución en especie no quedase limitada por ser una carga excesivamente gravosa, una carga totalmente desproporcionada o que comprometiese gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado responsable¹⁷⁰; igualmente, el derecho a obtener satisfacción tampoco resultaba limitado por el posible menoscabo de la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito¹⁷¹.

La eliminación del concepto crimen internacional supuso la desaparición de las consecuencias jurídicas concretas del artículo 52 respecto a la figura del crimen internacional¹⁷²; de esta forma,

gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie.

¹⁷¹ El apartado b) del artículo 52 (Proyecto 1996) eliminaba, como consecuencia específica del crimen internacional, la restricción del derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción por demandas que menoscabasen la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito.

¹⁷² Junto a la eliminación de las consecuencias específicas por la comisión del crimen internacional, el Relator especial Crawford considero que las cuatro excepciones a la posibilidad de restitución establecidas en el antiguo 43 planteaban varias cuestiones. Propuso mantener dos de estas excepciones como eran, en primer lugar, la relativa a la imposibilidad

al contrario de lo regulado en el Proyecto aprobado en 1996, se produce la equiparación entre las consecuencias sustantivas¹⁷³ generadas por la violación de una obligación internacional con independencia de la gravedad de la misma. De forma significativa la ausencia de consecuencias especiales por la comisión de una violación grave respecto a la obligación de reparación del ilícito resulta contradictoria con el planteamiento recogido en el último Informe de la Comisión según el cual,

«en consecuencia, una violación grave en el sentido del artículo 40 da lugar a una obligación de reparación del ilícito para el Estado responsable de cesar el hecho ilícito, seguir el cumplimiento de su obligación y, en caso apropiado, dar seguridades y garantías de no repetición. Del mismo modo, entraña el deber de dar reparación de conformidad con las notas expuestas en el capítulo II de esta parte. *La incidencia de estas obligaciones se verá sin duda afectada por la gravedad de la violación de que se trate, pero este aspecto se expresa en el tenor efectivo de los artículos pertinentes*»¹⁷⁴ (la cursiva es personal).

El planteamiento expuesto debe ser completado con un matiz de carácter especialmente importante: el párrafo 3 del artículo 41 hace expresa mención a «toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional». ¿Qué posibilidad está reco-

material que era universalmente aceptada y debería mantenerse; igualmente, en segundo lugar, debería mantenerse la excepción relativa a la desproporcionalidad entre la carga y el beneficio. Por el contrario las excepciones relativas a las normas imperativas y a las situaciones que comprometan gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado infractor debían suprimirse, CRAWFORD, *Tercer informe...*, doc. A/CN.4/507/Add. 1 y Corr. 1 y 2, párrs. 124-146.

¹⁷³ Contrario a esta equiparación el Gobierno de los Países Bajos puso de manifiesto que el Proyecto debería ser más específico en esta materia. En su opinión, debería establecerse (quizás en las observaciones) que, en caso de violación grave, la indemnización por daños y perjuicios debería ser mayor que la compensación por los daños materiales sufridos. En el Proyecto de artículos se debería indicar que, en caso de violación grave, las consecuencias jurídicas para el Estado responsable deberían ser correspondientemente graves, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, doc. cit., p. 57.

¹⁷⁴ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, p. 315.

¹⁷⁵ En su Quinto informe el Relator especial Riphagen propuso un régimen general de responsabilidad por los ilícitos internacionales, regulando en los artículos 14 y 15 de la Segunda parte del Proyecto las consecuencias jurídicas que genera un crimen internacional, esto es, las consecuencias jurídicas adicionales —en expresión del propio Relator especial— a las normas de cualquier otro hecho ilícito. El texto inicialmente propuesto, artículo 14, establecía que,

«(...) 2. Un crimen internacional cometido por un Estado crea para todos los demás Estados la obligación:

giendo dicho párrafo? La Comisión, de forma especialmente confusa, establece en su Informe de 2001 que estas otras consecuencias pueden ser en virtud de la norma primaria individual, como es el caso de la prohibición de la agresión; no obstante, el hecho de que esas otras consecuencias no se mencionen expresamente en el Capítulo III no prejuzga su reconocimiento en el Derecho internacional actual, o su desarrollo ulterior.

La ausencia de todo tipo de agravamiento en las consecuencias generales para el Estado infractor por la comisión de una violación grave, significativamente tiene su continuación en el contexto del Proyecto de artículos respecto a la regulación de una serie de obligaciones para los terceros Estados.

B) OBLIGACIONES PARA TERCEROS ESTADOS: UNIVERSALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La exigencia de determinadas obligaciones a terceros Estados ante la comisión de una violación grave fue introducida en el Proyecto de artículos por el Relator especial Riphagen¹⁷⁵, aceptada en el Proyecto aprobado en primera lectura en 1996¹⁷⁶ y

- a) de no reconocer la legalidad de la situación originada por ese crimen,
- b) de no prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido tal crimen para mantener la situación originada por ese crimen; y
- c) de unirse a otros Estados para prestarse asistencia mutua en la ejecución de las obligaciones enunciadas en los apartados a) y b)».

En su comentario Riphagen señaló que este tipo de consecuencias jurídicas adicionales constituían una aplicación del principio de que todos los Estados distintos del Estado autor deben ejercer un cierto grado de *solidaridad* cuando se vean confrontados a la comisión de un crimen internacional, RIPHAGEN, *Quinto informe...*, doc. A/CN.4/389, pp. 14 a 15.

En esta línea, el Relator especial Arangio-Ruiz indicó en su Quinto informe que la práctica internacional muestra signos de la posible existencia de una «opinión iuris» a favor de las citadas obligaciones generales; práctica internacional ciertamente abundante, que está avalada por distintas resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, ARANGIO-RUIZ, *Quinto informe...*, doc. A/CN.4/453 Add. 3, párrs. 134 a 139, en especial párr. 136.

¹⁷⁶ El inicial artículo 14 paso a ser el artículo 53 del Proyecto de artículos aprobado en 1996 con un texto del siguiente contenido:

«El crimen internacional cometido por un Estado crea para todos los demás Estados la obligación de:

- a) No reconocer la legalidad de la situación creada por el crimen internacional;

mantenida en el artículo 41, párrafos 1 y 2 de la Resolución que nos ocupa, si bien con algunos cambios de redacción respecto al artículo original¹⁷⁷.

Las obligaciones son de dos tipos: positivas y negativas. La primera categoría comprende la obligación positiva de cooperación entre los Estados para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40; la segunda categoría comprende las obligaciones de no reconocimiento y de no prestar asistencia al Estado responsable del ilícito. Todas estas obligaciones ponen de manifiesto la exigencia de una mínima solidaridad¹⁷⁸ internacional frente a un ilícito de especial gravedad sobre el reconocimiento de que es necesaria la respuesta colectiva de todos los Estados para contrarrestar los efectos de este tipo de ilícitos.

Ahora bien, *la regulación y reconocimiento de la necesidad de esta serie de obligaciones, no se ve correspondida en la Res. 56/83 con el establecimiento de una remisión adecuada al sistema institucional de la Carta de San Francisco en relación a la coordinación de las distintas medidas para su puesta en práctica*. Por el contrario, en los trabajos de la CDI se señaló expresamente que no corresponde al Proyecto de artículos regular el alcance o el ejercicio de los poderes y atribuciones constitucionales de los órganos de las Naciones Unidas Carta a este respecto, ni siquiera en el marco del artículo 103 de la Carta¹⁷⁹.

i) Obligación de carácter positivo: cooperar

Ante la comisión de una violación grave, todo Estado tiene la obligación de cooperar para poner fin a dicha violación. Lo que

- b) No prestar ayuda ni asistencia al Estado que haya cometido el crimen internacional a mantener la situación creada por dicho crimen;
- c) Cooperar con otros Estados en el desempeño de las obligaciones que imponen los apartados a) y b) y;
- d) Cooperar con otros Estados en la aplicación de medidas destinadas a eliminar las consecuencias del crimen».

¹⁷⁷ El artículo 41 del texto definitivo se ocupa de estas obligaciones, introduciendo un cambio en relación con el Proyecto de agosto de 2000: alteró su orden, figurando ahora, en primer lugar (artículo 41.1) la obligación que establece el deber de todos los Estados de cooperar para poner fin a la violación, mientras que la obligación de no reconocer y no ayudar o asistir se agrupan en el artículo 41.2. Este cambio tiene su fundamento en la consideración previa de la obligación de cooperación como obligación de mayor alcance que las otras, CRAWFORD, *Primer informe...*, doc. A/CN.4/490/Add.3 (nota 10), p. 6 (párr. 84, letra d).

se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones.

La cuestión básica de la regulación de esta obligación la encontramos en su posible consideración como factor de desarrollo progresivo del Derecho internacional, ante la posible discusión de si en la actualidad el Derecho internacional general prescribe un deber positivo de cooperación¹⁸⁰.

La obligación de cooperar ha ido consolidándose a partir de su plasmación normativa en el artículo 1, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas, y su desarrollo en la Resolución 2625 (XXV), en la que se contiene la «*Declaración de principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados*»; ambos textos caracterizados por una cierta dosis de incertidumbre y ambigüedad. En este sentido, la precaria conciencia jurídica del principio de cooperación en la comunidad internacional hace difícil la determinación de su alcance y carácter en Derecho positivo; a pesar de ello, hay que señalar un rechazo doctrinal mayoritario a la consideración de la cooperación como concepto esencialmente ético, resaltando su concepción como principio normativo de alcance universal y carácter general¹⁸¹.

La regulación de la obligación de cooperar en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional ha estado marcada por las mismas ambigüedades e incertidumbres que la regulación de las violaciones graves; su valoración definitiva debe hacerse en comparación con la regulación dada en el Proyecto aprobado

¹⁷⁸ Calificadas como obligaciones de solidaridad por el Relator Riphagen, en el ámbito de la doctrina internacionalista esta calificación ha sido generalmente aceptada, así entre otros, CASADO RAIGÓN, R., «Nota sobre el *ius cogens* internacional...», *op. cit.*, p. 125; BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional...*, *op. cit.*, p. 189; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate...», *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁹ *Informe de la Comisión...*, doc. A/51/10, pp. 176 a 182.

¹⁸⁰ *Informe de la Comisión...*, *supra*, p. 310, párr. 3.

¹⁸¹ GARZÓN CLARIANA, G., «Sobre la noción de cooperación en el Derecho internacional», *REDI*, vol. XXIX, n.º 1, 1976, pp. 67 y ss.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., «Soberanía del Estado y Derecho internacional en situaciones de emergencia humanitaria», III Jornadas de Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española/Asociación para las Naciones Unidas en Sevilla/Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pp. 34 y ss.

por el Comité de Redacción en el 2000 el cual establecía que los Estados debían «cooperar, en cuanto sea posible, para poner fin a la violación». ¿Qué posibilidades planteaba la expresión «en cuanto sea posible»? *La utilización de esta expresión, y las posibilidades que permite su contenido, ponía de manifiesto el posible abuso de su utilización e interpretación por parte de terceros Estados al margen de todo tipo de control institucional.*

La supresión final de esta expresión¹⁸², junto a la redacción última haciendo referencia a la expresión «medios lícitos», pone de manifiesto un dato básico en la obligación de cooperar respecto a la comisión de violaciones graves: la estrecha relación entre la obligación de cooperación y la posible respuesta que terceros Estados pueden adoptar ante la comisión de este tipo de violaciones.

La comisión de violaciones graves genera para todos los Estados la obligación de cooperar y una doble obligación de carácter negativo: en primer lugar, la obligación de no reconocer como lícita ninguna situación creada por una violación grave; en segundo lugar, la obligación de no prestar ayuda o asistencia que permitan mantener la situación creada por esa categoría de ilícitos.

ii) Obligación de carácter negativo: no reconocimiento y abstención

La obligación de no reconocimiento, al contrario de lo planteado respecto a la obligación de cooperación, respecto a violaciones graves de obligaciones dimanantes de normas imperativas cuenta con expreso apoyo en la práctica internacional y en las decisiones de los órganos de Naciones Unidas llamados a determinar la existencia de una violación grave de una obligación esencial. En este sentido, la Resolución 2625 (XXV) proclama en su primer principio el no reconocimiento como legal de ninguna adquisición derivada del uso de la fuerza.

¹⁸² La restricción de la expresión *en cuanto sea posible* fue propuesta por el representante de los Países Bajos, en su opinión se presume que el hincapié que se hace en el apartado c) («la obligación para todos los Estados de cooperar, hasta donde sea posible, para poner fin a la violación») radica en la cooperación, es decir, aprovechar al máximo la respuesta colectiva, por ejemplo, por conducto del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas y prevenir que los Estados actúen por su cuenta. Los Países Bajos propusieron que, como se trata de violaciones graves, se suprimiera la restricción *hasta donde sea posible*», *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, p. 60.

El apoyo jurisprudencial más significativo a esta obligación lo encontramos en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares* y en el asunto *Namibia* (África sudoccidental). En el primero, la Corte afirmó que el consentimiento unánime de los Estados a la Resolución 2625 (XXV) puede entenderse como la aceptación de la validez de la norma o el conjunto de normas proclamados por la declaración¹⁸³; por otra parte, en el asunto *Namibia* (Sudáfrica occidental) la Corte afirmó que «la terminación del mandato y la declaración de la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia son oponibles a todos los Estados en el sentido de hacer ilegal *erga omnes* una situación que se mantiene en violación del Derecho internacional¹⁸⁴.

El caso más característico en el cual se pone de manifiesto la importancia de esta obligación tanto en el seno de Naciones Unidas, especialmente en el Consejo de Seguridad, y en la práctica de los Estados se produjo ante la invasión de Kuwait por Iraq en 1990; en este conflicto, la Resolución 662 de 1990 decidió que la anexión carecía de validez jurídica había de considerarse nula y sin valor, y exhorto a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento directo o indirecto de la anexión. En la práctica ningún Estado reconoció la legalidad de la invasión, cuyos efectos quedaron anulados posteriormente.

El corolario de la obligación de no reconocimiento es la prohibición a los Estados de prestar ayuda o asistencia para mantener una situación creada por una violación grave.

Dos objeciones principales pueden plantearse a la regulación de las consecuencias de las violaciones graves para terceros Estados: *en primer lugar, a pesar de su regulación como obligaciones específicas de este tipo de violaciones, son igualmente obligaciones que se presumen de cualquier ilícito con independencia de la gravedad de los mismos*¹⁸⁵; *en segundo lugar, la regulación*

¹⁸³ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, I.C.J., Reports 1986, p. 14, p. 100.

¹⁸⁴ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibia...*, C.I.J., Recueil 1971, p. 16 y p. 56.

¹⁸⁵ JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la Responsabilidad Internacional: un balance provisional (1988)», *La Responsabilidad Internacional*, XIII Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales, Alicante, 1990, p. 60; igualmente, la ausencia de consecuencias particulares por la comisión de violaciones graves respecto a la comisión del resto de ilícitos internaciona-

de las consecuencias sustantivas por la comisión de una violación grave quedan resumidas en una serie de obligaciones para terceros Estados, sin ningún tipo de obligación adicional para el Estado responsable.

Esta segunda crítica determinó que el Relator especial Crawford intentara introducir un párrafo 1 al art. 42, en virtud del cual,

«1. Una violación grave, tal como se define en el artículo 41, *podrá entrañar* para el Estado responsable la obligación de pagar daños y perjuicios que *reflejen la gravedad de la violación*» (la cursiva es personal).

Esta disposición encontraba su talón de Aquiles, sin embargo, en la redacción de la misma; así suponía añadir un elemento

más de ambigüedad al texto al dejar pendiente la determinación de cuándo procederá la exigencia de esta obligación¹⁸⁶.

La disposición¹⁸⁷ fue puesta en cuestión tanto en las observaciones de distintos gobiernos¹⁸⁸ como por parte de la doctrina¹⁸⁹, por estimar que equiparaba esta norma con los daños punitivos, una figura no permitida en Derecho internacional de forma generalizada. Estas distintas críticas determinaron la supresión de esta disposición, a pesar de la interpretación de la misma dada por el Relator especial en su Cuarto informe¹⁹⁰, según el cual el párrafo 1 del artículo 42 no permitía los daños punitivos, más bien permitía que los daños reflejasen la gravedad de una infracción, lo que no es lo mismo. Incluso en el contexto de ilícitos

les, es analizada de forma específica y especialmente contundente por el profesor TAMM, C.J., «Do serious breaches give rise to any specific obligations of the responsible States?», *Assessing the work of the International Law Commission...*, *op. cit.*, pp. 1161 a 1181.

¹⁸⁶ Como señala el profesor Gutiérrez Espada el sistema propuesto por el Relator especial Crawford se inspiraba en el sistema de «multas» que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede imponer a un Estado miembro por incumplimiento del Derecho comunitario una vez que el Tratado de la Unión Europea modificara el artículo 228 del Tratado de la Comunidad Europea, otorgando al Tribunal de Justicia competencia para fijar a los Estados miembros «sumas a tanto alzado» o «multas coercitivas»; en base a este sistema, en la sentencia de 4 julio de 2000 el Tribunal impuso a Grecia una multa de 20.000 euros diarios hasta que adopte las normas internas pertinentes que permitan la aplicación y el cumplimiento de la directiva comunitaria que prohíbe el vertido de residuos tóxicos a los ríos. El Relator extrajo dos consecuencias de este «sistema»: una, que con él se demuestra que un mecanismo de «multas coercitivas» es compatible con las relaciones entre Estados por medio de tratados; y, dos que estas «multas» no tienen *per se* finalidad penal, buscando como primera función la de que el Estado cumpla con sus obligaciones según los Tratados, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿) de un largo debate...», *op. cit.*, pp. 30 a 31.

¹⁸⁷ La carencia de una disposición de este tipo fue especialmente señalada por el profesor PELLET, A., «Remarque sur une revolution inachevée. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats», *A.F.D.I.*, XLII, 1996, pp. 10 y ss.

¹⁸⁸ Especialmente contundente, fue la postura del gobierno de los Estados Unidos para quien el aspecto más problemático de los artículos relativos a las violaciones graves es que en ellos se establecen otros tipos de recursos contra los Estados que puedan haberlas cometidos, más allá de lo establecido para las violaciones ordinarias. Preocupa especialmente a los Estados Unidos el párrafo 1 del artículo 42, cuya redacción podría interpretarse en el sentido de que permite una indemnización punitiva para las violaciones graves. En su opinión hay muy poco en el Derecho internacional consuetudinario (a diferencia del derecho interno), para la imposición de una indemnización punitiva en respuesta a una violación grave y

los Estados Unidos consideran crucial la supresión de ese párrafo. Más suave fue la crítica formulada por el gobierno de los Países Bajos para quien la expresión «una indemnización por daños y perjuicios que corresponda a la gravedad de la violación» es todo lo que queda de las anteriores consecuencias jurídicas de la figura del crimen internacional. Los Países Bajos consideran que el Proyecto debería ser más concreto al respecto. En otras palabras, debería establecerse (quizás en las observaciones) que, en caso de violación grave, la indemnización por daños y perjuicios debería ser mayor que la compensación por los daños materiales sufridos. En sentido estricto, los daños punitivos deberían constituir una forma adecuada de indemnización para las violaciones graves. A pesar de ello, los Países Bajos son conscientes de que una de las consecuencias de suprimir el término «crimen internacional» es que los daños punitivos han pasado a ser imposibles. No obstante en el Proyecto de artículos se debería indicar que, en caso de violación grave, las consecuencias jurídicas para el Estado responsable deberían ser correspondientemente graves. Además de la «restitutio in integrum» y el resarcimiento, entre las opciones quizás se podrían incluir las consecuencias financieras que superaran el costo de la indemnización por los daños materiales, o medidas institucionales, como quedar sometido a control o la restricción de los derechos conexos a ser miembro de una organización internacional, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 56 y 57.

¹⁸⁹ En este sentido cabe destacar la referencia del profesor Graefarth al considerar la defensa de la aplicación en el Derecho internacional de daños punitivos el medio de los Estados poderosos para humillar a los débiles utilizando el instrumento de la responsabilidad internacional. Hoy, cuando el Derecho internacional se basa más firmemente en la cooperación y no se encierra en poderes soberanos separados, cuando una multitud de reglas coordinan el ejercicio de la soberanía y en consecuencia, permite en la actualidad a los Estados gozar de igualdad soberana, cuando la cooperación internacional crece y se intensifica constantemente, las concepciones punitivas sólo pueden obstaculizar la efectividad de la responsabilidad internacional, «Responsibility and damages caused...», *op. cit.*, pp. 101 y 102; en la misma línea, JØRGENSEN, H.B., «A Reappraisal of punitive Damages in international Law», *B.Y.I.L.*, 1997, vol. XLVIII, pp. 247 y ss.

¹⁹⁰ CRAWFORD, *Cuarto informe...*, doc. A/CN.4/517, p. 18.

de menor importancia deben tomarse en cuenta factores como la gravedad de la infracción, por ejemplo, en la evaluación de la indemnización del daño moral. Parece especialmente apropiado hacerlo así en el caso de infracciones graves de obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto. Los daños punitivos, en su consideración, son daños que o se multiplican arbitrariamente o se inflan por lo menos deliberadamente a fin de estigmatizar y castigar al demandado. Ese no es el propósito del párrafo 1.

La razón última de la eliminación de esta consecuencia contra la voluntad expresa del Relator especial fue expuesta por el Presidente del Comité de Redacción, y reafirmada por el mismo Relator especial después: la desaparición del párrafo 1 del artículo 42 del texto de agosto fue el precio que hubo que pagar para poder mantener el capítulo III (artículos 41 y 42, definitivos 40 y 41) en su conjunto, es decir, *para poder seguir reflejando en el Proyecto de artículos la distinción entre dos categorías distintas de responsabilidad*¹⁹¹. Sin duda alguna, uno de los distintos precios que hubo que pagar con consecuencias finales en el texto definitivo que nos ocupa.

La regulación de obligaciones para terceros Estados dimanantes de la violaciones graves, más allá de las distintas insuficiencias señaladas, *permite dar entrada a una de las escasas características aún presentes en el régimen de responsabilidad internacional agravado; así, la imposición de esta serie de obli-*

gaciones para los terceros Estados constituye el primer paso en la quiebra de la bilateralidad y en la consolidación de la universalidad en el marco de la responsabilidad internacional. En esta línea, el reconocimiento de estas genéricas pero no despreciables obligaciones de todos los Estados en casos de violaciones graves constituye un desarrollo progresivo del Derecho internacional que debería primarse para su consolidación¹⁹².

2. El principio de la responsabilidad internacional penal, ¿consecuencia específica de las violaciones graves?

Las características inherentes a las violaciones graves hacen que la propia naturaleza del tipo de responsabilidad adquiera una dimensión propia: la de la doble sanción¹⁹³. En este sentido, junto a la responsabilidad del Estado por violaciones graves aparece la responsabilidad individual de la persona física responsable del hecho. La gravedad de la violación justifica que por el mismo ilícito el Estado responda como estructura de poder y el individuo por el crimen de Derecho internacional¹⁹⁴.

La consideración de la responsabilidad internacional penal del individuo como complemento de la responsabilidad agravada por violaciones graves de obligaciones esenciales aparece reflejada en el artículo 58 del Proyecto de artículos. Esta disposición, recogida en la Cuarta parte dedicada a Disposiciones Generales,

¹⁹¹ CRAWFORD-PEEL OLLESON, «The ILC'S Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts: Completion of the second reading», *EJIL*, vol. 12, 2001, p. 977.

¹⁹² CLARK, R.S., «Obligations of third State in the face of illegality: Ruminations inspired by the Weeramantry dissent in the case concerning East Timor», *Legal visions of the 21 st. Century: Essay in the honour of judge Christopher Weeramantry*, ed. A. ANGHIE y G. STURGESS, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1998, p. 651 (nota tomada del trabajo del profesor GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate: los "crímenes internacionales"», *op.cit.*, nota 83).

¹⁹³ ZLATA DRNAS DE CLÉMENT, «Las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial», *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al profesor Rey Caro...*, *op. cit.*, pp. 676 y 677.

¹⁹⁴ En este sentido, resulta especialmente significativa la demanda planteada por Bosnia-Herzegovina ante la CIJ a Yugoslavia por crímenes atribuibles al Estado, solicitando a la CIJ que sentencie y declare:

- a) que Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ha violado sus obligaciones jurídicas (...) en virtud de los arts.I, II (a, b, c, d, e), III (a, b, c, d, e), IV y V de la Convención sobre Genocidio;

- b) (...) ha violado obligaciones (...) en virtud de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de su Protocolo Adicional I de 1977, el derecho internacional consuetudinario sobre el derecho de la guerra, incluyendo el Reglamento de la Haya de 1907 (...) y otros principios fundamentales del derecho internacional humanitario (...),
- d) (...) en violación a sus obligaciones bajo el derecho internacional general y consuetudinario ha matado, asesinado, herido, violado, robado, torturado, secuestrado, detenido ilegalmente y exterminado a ciudadanos de Bosnia-Herzegovina,
- e) (...) ha violado (...) el párrafo 3 del artículo 1 y de los artículos 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas,
- f) (...) ha empleado (...) la fuerza y el recurso a la amenaza del uso de la fuerza (...),
- h) (...) en violación de sus obligaciones bajo el derecho internacional y consuetudinario ha violado y viola la soberanía de Bosnia-Herzegovina (...).

tiene una especial importancia tanto por la distinción hecha entre responsabilidad del Estado y responsabilidad internacional penal del individuo, como por el reconocimiento expreso, al margen de los mecanismos especialmente previstos para ello, del principio de la responsabilidad individual.

En este sentido, en el ámbito del Proyecto de artículos vuelve a resultar especialmente ilustrativa la referencia al Informe de la CDI adoptado en el 2001; así, en el comentario al artículo 58 quedan recogidas dos cuestiones con especial relevancia respecto a la responsabilidad penal individual: en primer lugar, la referencia a los individuos con especial mención a los funcionarios del Estado; en segundo lugar, la diferenciación establecida entre la cuestión de la responsabilidad individual y la de la responsabilidad del Estado.

Ciertamente, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional penal del individuo constituyen dos instituciones independientes y autónomas con un punto de partida común: *ambas responsabilidades nacen por violaciones graves de obligaciones esenciales nacidas de normas imperativas*. Esta característica común determina que en los diferentes planos donde se hacen efectivas cada una de dichas responsabilidades se haga una puntual referencia al otro tipo de responsabilidad.

La conexión entre ambas responsabilidades queda plenamente confirmada en los últimos textos normativos que regulan la responsabilidad internacional del Estado, artículo 58 del Proyecto de artículos, y la responsabilidad penal internacional del individuo, artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Como acertadamente han señalado las profesoras Martín y Lirola, *cuando se constate que la responsabilidad penal del individuo tiene su origen en una actuación por cuenta de un Estado, en cierta manera, puede establecerse una presunción «iuris tantum» acerca de la existencia de la responsabilidad internacional del Estado por esos mismos hechos, con independencia del plano donde se vaya a hacer efectiva o las consecuencias que de las mismas se deriven*¹⁹⁵.

De esta forma, la responsabilidad penal internacional del individuo aparece discretamente incorporada en el Proyecto de artículos como una de las consecuencias de las violaciones graves.

Capítulo III. Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del estado por violaciones graves: el reconocimiento de derechos

1. *Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del estado por violaciones graves*

La regulación de las relaciones jurídicas que surgen al cometer un Estado una violación grave de una obligación esencial nacida de una norma imperativa determina el necesario análisis de las medidas que los distintos Estados pueden adoptar, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones surgidas para el Estado infractor. Estas medidas aparecen reguladas en la Tercera parte de la Resolución que nos ocupa titulada «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado».

Cabe señalar que si el contenido del Capítulo III de la Segunda Parte (Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de Derecho internacional general) responde al alcance y prioridad que ha de darse a las normas imperativas de Derecho internacional general, la Tercera Parte tiene por objeto, esencialmente, regular el interés jurídico de todos los Estados en el cumplimiento de obligaciones fundamentales respecto de la comunidad internacional en su conjunto; de esta forma, cobra todo su sentido la existencia de un Capítulo primero dedicado a la «Invocación de la responsabilidad del Estado», y un Capítulo segundo dedicado a las «Contramedidas». Este planteamiento gira en torno a dos ideas fundamentales: en primer lugar, la existencia de distintos sujetos, Estados lesionados y terceros Estados; en segundo lugar, las competencias de los distintos sujetos en orden a la invocación y puesta en práctica de la responsabilidad internacional.

A) DERECHO A INVOCAR LA RESPONSABILIDAD

La existencia de un Capítulo I titulado «Invocación de la responsabilidad del Estado» dentro de la Parte dedicada a los «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado» obedece al acuerdo existente respecto a la necesaria inclusión de este capítulo como cuestión distinta de los capítulos relativos

¹⁹⁵ MARTÍN MARTÍNEZ, M., LIROLA DELGADO, I., *La Corte Penal Internacional...*, op. cit., p. 143.

a las consecuencias inmediatas de un hecho internacionalmente ilícito¹⁹⁶.

La primera cuestión que hay que resolver es el contenido de la expresión «invocar la responsabilidad»; en terminología de la Comisión¹⁹⁷, la invocación de la responsabilidad debe entenderse como la ejecución de la responsabilidad del Estado, la adopción de medidas de carácter relativamente oficial, entre ellas, la presentación de una reclamación contra otro Estado o la iniciación de procedimientos ante un tribunal o corte internacional¹⁹⁸.

Esta serie de medidas están sujetas a determinados requisitos de carácter procesal como son el requisito de notificar si un Estado pretende invocar la responsabilidad de otro¹⁹⁹, ciertos aspectos de la admisibilidad de la reclamación²⁰⁰, la renuncia al

derecho de invocar la responsabilidad²⁰¹, y los casos en que pueden invocarse la responsabilidad de más de un Estado en relación con el mismo hecho internacionalmente ilícito²⁰².

La identificación establecida entre los requisitos para invocar la responsabilidad en los supuestos de hechos ilícitos internacionales y en los supuestos de violaciones graves²⁰³, nos lleva a plantearnos en qué medida estos requisitos deben ser objeto de ciertas matizaciones en los supuestos de violaciones graves dadas las características especiales de los ilícitos que constituyen dicha categoría²⁰⁴. En primer lugar, la notificación de la reclamación por el Estado lesionado y la posible elección por éste de la forma que debería adoptar la reparación. Respecto a este primer requisito, el papel de terceros Estados está condicionado

¹⁹⁶ La inclusión de este nuevo apartado fue considerado una mejora importante en relación con el Proyecto de 1996 al representar una continuación lógica del texto después de la primera parte (el hecho internacionalmente ilícito de un Estado) y de la tercera parte (contenido de la responsabilidad internacional del Estado); en este sentido, se pronunciaron Estados como Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Dinamarca) y Eslovaquia, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, p. 61.

¹⁹⁷ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, p. 319.

¹⁹⁸ Significativamente el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte manifestó especial interés no en señalar qué debía considerarse invocación de la responsabilidad, sino en establecer qué acción no tenía cabida dentro de dicha expresión; así señaló que habría que dejar claro que la gestión oficiosa ante un Estado para que cumpla sus obligaciones no cuenta como forma de hacer valer la responsabilidad. Igualmente en su opinión también debía quedar en claro que la adopción de medidas tales como pedir a una organización internacional que examine la actuación de un Estado, o proponer que la situación sea investigada por un órgano internacional, o el recurso a un mecanismo de arreglo de controversias que no entrañe una decisión obligatoria (una misión de constatación de los hechos o una comisión de conciliación, por ejemplo) no significa hacer valer la responsabilidad y que el derecho a tomar medidas de esa índole no está sujeto a las limitaciones enunciadas en el proyecto, *Comentarios y observaciones de los Gobiernos...* doc. A/CN.4/515, p. 62.

¹⁹⁹ El artículo 43 trata sobre los requisitos formales a que debe ajustarse tanto el Estado lesionado como el resto de Estados con derecho a invocar la responsabilidad; con ciertas analogías respecto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es necesario que el Estado que invoque la responsabilidad de otro Estado notifique a éste su reclamación.

²⁰⁰ Las condiciones de admisibilidad de la reclamación están reguladas en términos negativos en el artículo 44 al señalar en primer lugar, la improcedencia de la reclamación si ésta no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones y, en segundo lugar si la reclamación está sujeta a la norma del ago-

tamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso interna disponibles y efectivas. Ambos supuestos tienen fundamento jurisprudencial; así, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* que,

«Es un principio elemental del Derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias» (*C.P.J.I., 1924, Series A, n.º 2, p. 12*).

Por su parte, la norma del agotamiento de los recursos internos fue calificada en el asunto *ELSI* «de principio importante del Derecho internacional consuetudinario», *I.C.J., Elettónica Sicula S.p.A.-ELSI, Reports, 1989, p. 15, en p. 42, párr. 50*.

²⁰¹ El artículo 45 titulado «Renuncia al derecho a invocar la responsabilidad» está inspirado, al igual que otras disposiciones ya mencionadas, en el artículo 45 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969; dos situaciones son determinantes para la improcedencia de la invocación de la responsabilidad: la renuncia y la aquiescencia a la extinción de la reclamación.

²⁰² El posible supuesto de varios Estados víctimas del ilícito internacional determina la competencia de cada uno de ellos para exigir la parte de responsabilidad al Estado responsable; en este sentido, cada uno de ellos está legitimado para tratar de lograr la cesación del ilícito si éste continúa, y reclamar una reparación por el perjuicio sufrido.

²⁰³ El artículo 48. 3 del texto que nos ocupa establece que,

«Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1».

²⁰⁴ SCOBIE, I., «The invocation of responsibility for the breach of "Obligations under peremptory norms of general international Law"», *Assessing the work of the International Law Commission...*, op. cit., pp. 1212 a 1220.

por la supeditación de éstos al interés del Estado lesionado en relación a la reparación del ilícito.

En segundo lugar, las circunstancias de admisibilidad de la reclamación, entre ellas su presentación de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento previo de los recursos internos. La presentación de la reclamación de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones presenta un delicado problema ante la posibilidad de que la iniciación de procedimientos ante un tribunal o corte internacional sea considerado un modo de invocación de la responsabilidad. En este sentido, puede considerarse cómo la redacción del artículo 44 permitiría a la CIJ desestimar una demanda presentada por un tercer Estado incluso en el supuesto de una violación grave de una obligación esencial nacida de una norma imperativa; de esta forma, la Corte Internacional de Justicia tendrá fundamento jurídico para seguir el desafortunado camino marcado con la triste sentencia en el *asunto de Timor Oriental*²⁰⁵.

Por último, en tercer lugar, respecto a la renuncia al derecho a invocar la responsabilidad tiene particular importancia la cuestión del consentimiento dado por el Estado lesionado a raíz de la violación de una obligación emanada de una norma imperativa; en la medida en la que estas violaciones afectan al interés de la comunidad internacional en su conjunto cabe deducir que ni siquiera el consentimiento o aquiescencia del Estado víctima es manifestación suficiente para excluir la exigencia de una solución conforme al Derecho internacional.

La regulación de la doble legitimidad establecida respecto a la capacidad de invocación de la responsabilidad vuelve a poner de manifiesto la quiebra de la relación bilateral como elemento básico

de la responsabilidad internacional tradicional; esta quiebra producida por la comisión de una violación grave, determina la aparición de distintos Estados los cuales tienen reconocida la posibilidad de invocar la responsabilidad frente al Estado infractor.

Esta ruptura en ningún modo puede considerarse la desaparición de la relación bilateral; por el contrario, como señalamos en apartados anteriores, la comisión de violaciones graves conlleva la existencia de dos regímenes claramente diferenciados: por un lado, la relación clásica de responsabilidad internacional entre el Estado infractor y el Estado víctima; por otro lado, *la relación surgida, auténtica consecuencia de las violaciones graves, entre el Estado infractor y el resto de Estados miembros de la comunidad internacional en su conjunto*.

La existencia, e incluso superposición, de ambos regímenes produce cierta confusión entre las distintas categorías de Estados afectados por los mismos; de esta forma, resulta necesaria la delimitación entre las posibles categorías de Estados afectados por la comisión de una violación grave de una obligación de una norma imperativa y, la legitimación reconocida para la invocación de la responsabilidad.

i) Concepto de Estado lesionado

El concepto de Estado lesionado ha sido uno de los puntos más polémicos en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional ante la situación en que se coloca a estos Estados por la comisión de violaciones graves²⁰⁶. El Proyecto aprobado en primera lectura en 1996 establecía un régimen especialmente abierto por el cual, según el artículo 40 párrafo 3, se consideraba como Estado lesionado, si el hecho internacionalmente ilícito constituía un crimen internacional, todos los demás Estados²⁰⁷;

jurisdicción, en lugar de afirmarla sobre la base de su obligación de amparar las normas imperativas, incluso de oficio.

²⁰⁶ Hay que recordar como el Relator especial AGO considero que la diferenciación de distintos ilícitos no debía limitarse al ámbito normativo, sino que por el contrario tenía que reflejarse en las consecuencias. Sin duda alguna, una de las consecuencias principales es el diferente papel que asumen los distintos Estados.

²⁰⁷ El Artículo 40, párrafo 3 del Proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1996 establecía que.

«(...) 3. Asimismo, se entiende por “Estado lesionado”, si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional, todos los demás Estados».

²⁰⁵ El papel de terceros Estados ante el posible sometimiento de un asunto a la competencia de la CIJ, como una modalidad de invocación de la responsabilidad, queda limitado por los propios pronunciamientos de la CIJ en esta materia; así, cabe señalar la sentencia de la CIJ en los *asuntos relativos al Territorio del Sudoeste africano* (Etiopía y Liberia c. Sudáfrica), de 18 de julio de 1966 en la cual sobre la base de la falta de legitimación activa de los demandantes, Etiopía y Liberia, desestimó sus demandas porque no satisfacían el requisito de la nacionalidad de la reclamación, indispensable en Derecho internacional para la puesta en práctica de la responsabilidad internacional de un Estado; años más tarde, la Corte Internacional de Justicia optó en el asunto de Timor Oriental por negar la administración de justicia con el argumento de que una parte indispensable en el procedimiento —Indonesia— no ha consentido su

el problema fundamental de esta regulación era que proporcionaba los mismos recursos y derechos en pie de igualdad a todos los Estados comprendidos en el ámbito de la definición de «Estado lesionado», ya fuera el Estado que había sufrido directamente la lesión o un Estado con un interés jurídico determinado.

Esta especial posición de todos los Estados que no eran ni Estado infractor ni Estado directamente afectado planteaba una serie de graves problemas, tanto en el ámbito de la doctrina internacionalista²⁰⁸ como en el de la Comisión, especialmente para su último Relator especial.

En la doctrina internacionalista este planteamiento fue objeto de fuertes críticas ante el posible establecimiento de una especie de «vigilantismo internacional»²⁰⁹; de esta forma, no es de extrañar que la disposición del artículo 40.3 fuera recibida como una bomba por algunos observadores²¹⁰. En esta misma línea se ha señalado que el tránsito del paradigma del bilateralismo al de los intereses comunes no debe significar la equiparación entre los derechos/ facultades del Estado víctima/ lesionado —si lo hay— y de los otros Estados distintos del Estado responsable, así como de las condiciones de su ejercicio; si la relación de responsabilidad entre el Estado víctima/ lesionado y el Estado autor del hecho ilícito puede mantenerse en el paradigma bilateralista, los derechos/ facultades y, en menor medida, las obligaciones de los otros Estados están al servicio del interés común y del Estado víctima, debiendo situarse más exactamente en la órbita de la sanción de una Organización internacional competente, en particular de la ONU²¹¹.

Detrás de las distintas críticas subyace un elemento, ya mencionado, que debe estar siempre presente al hablar de un posible

régimen de responsabilidad internacional agravado: la *coexistencia de una dualidad de regímenes, el régimen bilateral de la responsabilidad internacional tradicional, y el régimen universal, específico particularmente de las violaciones graves, entre el Estado infractor y la comunidad internacional en su conjunto*. La existencia de ambos regímenes hace necesaria una diferenciación entre las distintas categorías de Estados afectados para una mayor concreción y rigor del contenido de los mismos²¹².

El Relator especial Crawford, especialmente crítico con el artículo 40 del Proyecto de 1996, señaló dos posibles alternativas: dar una definición sencilla para las obligaciones bilaterales, enunciando simplemente en una sola disposición que, a los efectos del Proyecto de artículos, un Estado resultaba lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado si la obligación infringida le era debida individualmente; en contraste, propuso una solución más articulada para las obligaciones multilaterales, cuando el problema no fuera tanto las obligaciones para con varios Estados, sino una sola obligación respecto de un grupo de Estados o toda la comunidad internacional²¹³.

Las reformas introducidas al antiguo artículo 40, desglosado en dos nuevos artículos como son el artículo 42 que define el concepto de Estado lesionado bajo un régimen de bilateralidad entre Estado víctima y Estado infractor (artículo 43 en la versión del Proyecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000), y el artículo 48 (artículo 49 en la versión de 2000) respecto a aquellos Estados que no siendo Estado lesionado, pueden tener derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado en determinadas situaciones y con determinadas consecuencias, han sido acogidas con satisfacción; así, tanto en el ámbito de los distintos Estados, como en el ámbito doctrinal²¹⁴, la nueva regulación ha

²⁰⁸ El profesor Dupuy, especialmente crítico, con la redacción del artículo 40 del Proyecto de 1996 señala que,

«(...) la rédaction de l'article 40 du projet de 1996 reflétait une vision essentiellement bilatérale du droit et de la société internationale. La dimension communautaire et multilatérale léguée par Ago avait par conséquent le plus de mal à y trouver place». DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États...». *op. cit.*, p. 331.

²⁰⁹ En esta línea se expresa McCaffrey, S., «Lex Lata or the Continuum of State Responsibility...», *A critical Analysis...*, p. 244.

²¹⁰ SIMMA, B., «International Crimes. Injury and Countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility», *A critical Analysis...*, p. 299.

²¹¹ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Proyecto docente, Universidad de Sevilla*, p. 224.

²¹² En esta línea, el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados distingue entre los casos en que un Estado determinado resultaba especialmente afectado por una violación y, aquellos en que la violación grave de obligaciones fundamentales por una parte cambiaba radicalmente la posición de cada parte respecto del cumplimiento.

²¹³ CRAWFORD, J., «El *ius standi* de los Estados: una crítica al artículo 40 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 1, 2000, pp. 2 a 24.

²¹⁴ Especialmente satisfecho con el cambio operado se muestra el profesor Sicilianos, A.L., «The classification of obligations and the multilateral dimension...», *op. cit.*, p. 1138.

sido valorada positivamente por el mayor rigor jurídico que introduce al diferenciar las distintas categorías de Estados afectados.

En este sentido la consideración de Estado lesionado, *título habilitador* en los modos de hacer efectiva la responsabilidad de los Estados tanto en la invocación de la responsabilidad como en la posible adopción de contramedidas, se reconoce en dos casos diferentes:

- a) Estados en relación con los cuales la relación existe individualmente.
- b) Estados especialmente afectados o cuya situación se modifica radicalmente cuando la obligación existe en relación con un grupo de Estados o a la comunidad internacional.

De ambos supuestos puede deducirse que *Estado lesionado es aquél cuyo derecho individual ha sido negado o menoscabado por el hecho internacionalmente ilícito o que ha quedado particularmente afectado por ese hecho.*

De esta forma, el concepto de Estado lesionado aparece como categoría diferente a la categoría de Estados con interés jurídico en el cumplimiento de ciertas obligaciones; especialmente en el caso de las violaciones graves de obligaciones esenciales una gama más amplia de Estados puede tener interés jurídico en invocar la responsabilidad y en asegurar el cumplimiento de la obligación de que se trate²¹⁵. Las categorías de Estado lesionado y Estados con interés jurídico responden a las categorías de Estado víctima y tercer Estado respectivamente²¹⁶. Ambas categorías no deben considerarse de forma excluyente, por el contrario la dualidad de regímenes de responsabilidad constatable ante la comisión de violaciones graves permite diferenciar tanto la existencia de un Estado lesionado²¹⁷ como la existencia de un

grupo de Estados cuyo título habilitador es ser miembro de la comunidad internacional.

La conceptualización de las distintas categorías de Estados que forman parte de la relación universal que surge por la comisión de una violación grave permite diferenciar las distintas posibilidades de actuación de un Estado ante la comisión de dichas violaciones²¹⁸. En este sentido, un Estado lesionado tiene reconocidos tres derechos básicos: recurrir a todos los medios de reparación²¹⁹, invocar la responsabilidad²²⁰ y, por último, tiene derecho a recurrir a la adopción de contramedidas²²¹. Por su parte, los Estados terceros tienen reconocida una situación más limitada especialmente en el ámbito de los posibles derechos a ejercer ante la comisión de una violación grave de una obligación nacida de una norma imperativa.

ii) Invocación de la responsabilidad por un estado distinto del estado lesionado

Los Estados terceros o Estados con interés jurídico en el cumplimiento de las obligaciones nacidas de normas imperativas, tienen reconocidos derechos análogos a los de los Estados lesionados con importantes matizaciones. *Esta serie de limitaciones, de gama de derechos más limitada son objeto de valoración positiva, por nuestra parte, por dos razones fundamentales: en primer lugar, enfatizan el papel del Estado lesionado en la relación de responsabilidad internacional que surge por la comisión de violaciones graves; en segundo lugar, imposibilitan la arrogación de terceros Estados como gendarmes únicos de la comunidad internacional.*

Los terceros Estados, en primer lugar, tienen derecho a pedir la cesación del ilícito y, si las circunstancias lo requieren, seguri-

²¹⁵ Resulta especialmente importante subrayar como en la sentencia Barcelona Traction en relación a las obligaciones *erga omnes* se habla de que todos los Estados tienen un interés legítimo, en lo que se refiere a la violación de las obligaciones *erga omnes* y no de la consideración de todos los Estados como Estados lesionados; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase*, I.C.J., Reports 1970, p. 3, (el subrayado es personal).

²¹⁶ La distinción de ambas categorías en la Resolución 56/83 resulta especialmente significativa ante la radical distinción planteada entre Estado lesionado y Estado no lesionado. Mientras que el artículo 42 establece «el derecho que todo Estado tendrá como Estado lesionado», el artículo 48 de forma categórica señala que «todo Estado que no sea un Estado lesionado», (el subrayado es personal).

²¹⁷ En este sentido hablamos de Estado lesionado como categoría y no como posible número de Estados afectados por una violación grave. La propia Resolución 56/83 regula la posibilidad de que exista una pluralidad de Estados lesionados (artículo 46, «Pluralidad de Estados lesionados»).

²¹⁸ La regulación última del concepto de Estado lesionado ha sido positivamente valorado por gran parte de la doctrina internacionalista, entre ella puede verse DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États...», *op. cit.*, pp. 330 a 337.

²¹⁹ Segunda parte, capítulo I, artículos 30, 31, 34, 35, 36 y 37.

²²⁰ Tercera parte, capítulo I, artículos 42 a 45.

²²¹ Tercera parte, capítulo II, artículos 49 a 53.

dades y garantías de no repetición; en segundo lugar, pueden reclamar una reparación del Estado responsable. Mientras que en el derecho a pedir la cesación y garantía de no repetición se sitúan en el mismo nivel al Estado víctima y a los terceros Estados, en relación a la reclamación de reparación ésta es objeto de una regulación especialmente particular.

En este sentido, el párrafo 2 del artículo 48 establece que la reclamación de reparación debe hacerse en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. Esta novedosa posibilidad está justificada como medio de proteger el interés comunitario o colectivo en juego, y es calificado por la Comisión como medida de desarrollo progresivo; esta calificación encuentra su apoyo en la posibilidad establecida de exigir la reclamación por terceros Estados en interés de los beneficiarios de la obligación violada ante situaciones en las que no hubiera Estado lesionado a pesar de la existencia de la violación requerida, por ejemplo, cuando un Estado comete un genocidio contra su propia población. Esta serie de posibilidades permiten comprender la importancia del régimen establecido por la Comisión dando entrada, con todas sus limitaciones, a la intervención por parte de Estados terceros²²².

La novedosa disposición, relativa a los «beneficiarios de la obligación violada» respecto de supuestos en los cuales no existe el Estado lesionado, plantea una interrogante desafortunadamente contestada: ¿cuales van a ser los límites en estos supuestos para la reclamación de la obligación de reclamación por parte de Estados terceros?; de nuevo, la Comisión sale de una forma fácil ante una difícil situación al señalar que «un Estado que invoque la responsabilidad en virtud del artículo 48 y que pretenda lograr algo más que un recurso declaratorio y la cesación puede verse obligado a demostrar que actúa en interés de la parte lesionada. Cuando la parte lesionada es un Estado, su gobierno

podrá representar autorizadamente ese interés. Otros casos pueden presentar mayores dificultades, que los presentes artículos no pueden resolver. El apartado b) del párrafo 2 no puede sino enunciar el principio general, (el subrayado es personal).

La distinción entre Estado lesionado y Estado con interés jurídico, finalmente establecida tiene especial incidencia en las posibles respuestas que los distintos Estados pueden adoptar a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de cesación y reparación por el Estado responsable.

B) DERECHO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE CESACIÓN Y REPARACIÓN

Uno de los puntos de mayor dificultad respecto al régimen jurídico de las violaciones graves es la posible respuesta que los distintos Estados implicados en la relación de responsabilidad pueden adoptar a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de cesación y reparación por el Estado responsable. Mientras que *la situación de los Estados lesionados se sitúa en el régimen de la responsabilidad internacional tradicional, la posición de los terceros Estados debe considerarse como auténtico núcleo duro de la regulación de la categoría de violaciones graves*.

La legitimidad del Estado lesionado para responder a la negativa de reparación del Estado infractor nos sitúa ante uno de las temas más espinosos del Derecho internacional como son las contramedidas. Tema de especial importancia en el ámbito del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados ante la ausencia en Derecho internacional de un sistema centralizado por el cual los Estados lesionados puedan buscar el cumplimiento de sus derechos y la restauración de la relación jurídica con el Estado responsable que ha sido rota por el hecho internacionalmente ilícito²²³.

²²² La valoración positiva de esta posibilidad regulada en el artículo 48 queda oscurecida ante el razonamiento expuesto en el Informe de la Comisión al señalar que «el apartado b) del párrafo 2 del artículo 48 se refiere al Estado que pretenda “el cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos”. Esto pone en claro que los Estados que se acojan al artículo 48 no pueden pedir una reparación cuando el *Estado lesionado* no esté en condiciones de hacerlo», *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, p. 355.

²²³ Una de las cuestiones centrales en el ámbito de las contramedidas ha sido la oportunidad o no de su inclusión en un proceso de codificación; en este sentido, el desarrollo de las contramedidas reguladas en el artículo 22 como circunstancia excluyente de la ilicitud de un ilícito internacional ha puesto de manifiesto uno de los debates más interesantes y

polémicos en el seno de la Sexta Comisión. La opinión de los distintos Estados puede sistematizarse en las siguientes posturas: un primer grupo de Estados, entre ellos Cuba, la India y México, sostienen que el peligro de legitimar las contramedidas al regularlas es tan grande que debe suprimirse el Capítulo que las desarrolla; un segundo grupo, entre ellos Estados Unidos, Reino Unido y Japón, consideraron que estos artículos imponían limitaciones injustificadas y arbitrarias al recurso a las contramedidas; en tercer lugar, Estados como Argentina, Brasil, China, Croacia, Cuba, Costa Rica, Dinamarca, Egipto, Francia, Hungría, Italia, Jordania, Nueva Zelanda, Polonia y Sierra Leona aceptaban que las contramedidas tenían cabida en el texto y en su mayor parte apoyaban el equilibrio de los artículos, tanto en cuanto al fondo como en cuanto al procedimiento.

La constatación de la carencia mencionada plantea problemas de distinta índole y de especial relevancia en relación a las violaciones graves. En este sentido, la principal cuestión a destacar es la reiterada ausencia de todo tipo de especificidad en la adopción de contramedidas respecto a violaciones graves. A pesar de esta ausencia, la adopción de contramedidas por un Estado lesionado ante la comisión de una violación grave determina el análisis, al igual que sucedía en el ámbito de la invocación de la responsabilidad, de las cuestiones más controvertidas que tienen una clara incidencia en el ámbito de la regulación de dichas violaciones.

Entre estas cuestiones destacan las posibles particularidades en el régimen general de las contramedidas respecto a las violaciones graves, junto a la posible respuesta de terceros Estados legitimados para invocar la responsabilidad.

i) Posible respuesta del estado lesionado: la adopción de contramedidas

La regulación de las contramedidas²²⁴ no es una novedad del texto finalmente adoptado, por el contrario la regulación final de la Resolución 56/83 tuvo como punto de partida el Capítulo III del texto aprobado en primera lectura en 1996 (artículos 47 a 50)²²⁵. En este sentido, uno de los principales problemas en torno a esta cuestión a lo largo del estudio del Proyecto de artículos se ha referido al principio de la inclusión de las contramedidas en el texto bien en el ámbito de las circunstancias excluyentes de la ilicitud, bien en el contexto de la aplicación. La consideración de las contramedidas como circunstancia que excluye la ilicitud del hecho ilícito internacional durante más de dos decenios y su afir-

mación por la CIJ en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* hacían necesaria mantener el actual artículo 22 y su posterior desarrollo dentro de los «modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional»²²⁶.

El trabajo de los distintos Relatores especiales, en particular Riphagen y Arangio-Ruiz, determinó el sometimiento de las contramedidas a criterios específicos basados en dos datos especialmente relevantes: por una parte, las contramedidas no constituyen un derecho sino únicamente la suspensión permisible del cumplimiento de ciertas obligaciones por parte del Estado lesionado; por otra parte, las contramedidas son transitorias, por lo que su aplicación no anula la existencia de la obligación, cuyo cumplimiento vuelve a ser exigible en cuanto haya cesado el hecho ilícito.

En esta línea, el Proyecto de 1996 regulaba la figura de las contramedidas en torno a las siguientes restricciones: en primer lugar, establecía una prohibición absoluta de suspender determinado tipo de obligaciones, especialmente las derivadas de normas imperativas, a título de contramedidas; igualmente establecía el principio de proporcionalidad de la medida adoptada en relación con la gravedad del ilícito; en tercer lugar, por último, establecía determinadas condiciones procedimentales para la adopción lícita de contramedidas, especialmente la obligación de negociar con el Estado infractor antes de adoptar las contramedidas.

Por su parte, el Relator especial Crawford en sus distintos informes respetó el planteamiento básico contenido en el Proyecto de 1996, resistiendo igualmente a las dos posturas extremas contrarias a las contramedidas: tanto la de los Gobiernos que rechazaban su inclusión por los hipotéticos abusos a que po-

²²⁴ A pesar del respaldo dado al concepto de contramedidas por su utilización a lo largo de la elaboración del Proyecto de artículos, el término contramedidas no es tan de reciente factura como se cree. Como señala el profesor Remiro ya en 1915 la práctica estatal calificaba actos ilícitos como contramedidas, puesto que se producían en respuesta a un ilícito previo; así, con ocasión de la retención por parte de Suecia de sacas postales provenientes de Gran Bretaña con dirección a Rusia en respuesta a un comportamiento similar anterior de las autoridades británicas, estas calificaron la acción sueca de contramedida. También en la CDI aparece el término con prontitud, en el Cuarto informe sobre Derecho de los Tratados (1959) debido a Sir Gerald Fitzmaurice, que al comentar el artículo 18, titulado «No ejecución del tratado a título de represalias legítimas» utiliza en varias ocasiones el término contramedida. También la CIJ en asuntos de especial relevancia ha reafirmado el derecho del Estado lesionado a recurrir a contramedidas en respuesta a un ilícito previo que

ha infringido sus derechos. Entre ellos en el asunto del *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980), en el asunto *sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986), e igualmente en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* (1997).

²²⁵ Artículo 47 «Contramedidas adoptadas por el Estado lesionado», artículo 48 «Condiciones del recurso a las contramedidas», artículo 49 «Proporcionalidad», artículo 50 «Contramedidas prohibidas».

²²⁶ En esta materia distintas opciones fueron planteadas por el Relator especial Crawford en su Cuarto informe: supresión del capítulo II, con las posibles adiciones al artículo 23; mantención del capítulo II con mejoras de redacción, por último mantención del capítulo II sólo en cuanto se refiera a las contramedidas adoptadas por un Estado lesionado. La opción final debía tener en cuenta el equilibrio general del texto, y la forma propuesta respecto del Proyecto de artículos, *Cuarto informe...*, doc. A/CN.4/517 pp. 23 a 24.

drían dar lugar, como la de los Gobiernos que defendían la mera mención de las contramedidas sin restricciones, como circunstancia excluyente de la ilicitud. Junto a ello, Crawford introdujo determinadas modificaciones que responden a una concepción más permisiva y bilateralista que la defendida por sus predecesores²²⁷; de esta forma, suprime la obligación de negociar que establecía el artículo 54 (Proyecto 1996)²²⁸ sustituyéndola por una obligación de notificar al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas, ofreciéndole la posibilidad de negociar. Finalmente, la Comisión de Derecho Internacional aceptó la regulación de las contramedidas tal como habían propuesto Crawford y los anteriores Relatores especiales; no obstante, la Comisión introdujo dos significativas modificaciones como son la supresión del concepto de contramedidas provisionales, y la supresión de la prohibición de adoptar contramedidas «mientras se estén celebrando de buena fe negociaciones y éstas no sufran una demora injustificada».

De esta forma, la regulación definitiva de la figura de las contramedidas aparece caracterizada por las siguientes notas: las contramedidas constituyen en sí mismas una conducta ilícita que está justificada por responder a una previa violación del Derecho internacional, y se caracterizan por su *provisionalidad*²²⁹, ya que en la medida de lo posible no deben excluir que se restablezca la previa situación de ilegalidad. Las contramedidas de-

ben ajustarse al principio de *proporcionalidad*²³⁰; su función consiste en inducir al Estado infractor a respetar las normas secundarias relativas a las consecuencias de la violación.

Igualmente, el Estado que desee adoptar contramedidas está obligado a *ofrecer negociaciones*, pudiendo incluso adoptar contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos. En cualquier caso, las contramedidas deben ser suspendidas, o no pueden ser adoptadas, cuando el ilícito haya cesado y cuando se haya iniciado un mecanismo de solución de controversias del que pueda resultar una decisión vinculante. Al mismo tiempo, no basta la iniciación de un modo de solución controversias si la conducta ilícita no ha cesado. En el caso de que los Estados afectados no se pongan de acuerdo sobre la existencia de un ilícito, y recurran por esa razón a una instancia jurisdiccional, la mera presentación de la demanda no garantiza que el Estado responsable rectifique su conducta. En ese caso, las contramedidas pueden adoptarse o reanudarse, si los mecanismos de solución de controversias no se aplican de buena fe²³¹. Sólo en el caso de que el infractor haya cumplido todas sus obligaciones de acuerdo con las normas secundarias deberá ponerse fin a las contramedidas²³².

Ciertamente, tanto en el Proyecto de 1996 como en la regulación definitiva, *la reacción de un Estado lesionado por una vio-*

²²⁷ PÉREZ GIRALDA, A., «El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 18.

²²⁸ El artículo 54 del Proyecto de 1996 establecía que,

«Si se suscita una controversia en relación con la interpretación o aplicación de los presentes artículos entre dos o más Estados Partes en los presentes artículos, los Estados Partes tratarán, a petición de cualquiera de ellos, de solucionar la amigablemente mediante negociación».

²²⁹ El artículo 49.3 del texto definitivo del Proyecto de artículos establece que,

«...»

3. En lo posible, las contramedidas serán tomadas en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones».

²³⁰ El artículo 51 del texto definitivo del Proyecto de artículos establece que,

«Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y sus derechos en cuestión».

²³¹ El artículo 52 del texto definitivo del Proyecto de artículos establece que,

«1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:

- a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y
- b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con ese Estado.

2. No obstante, lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retraso justificado, si:

- a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado, y
- b) La controversia está sometida a una corte o a un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias».

²³² Un detallado análisis del régimen de las contramedidas en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional puede verse en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «Contre-mesures et règlement des différends», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 108/2004/2, pp. 347 a 381.

lación grave no difiere en una primera lectura de la que puede deparar el resto de los ilícitos internacionales. La diferencia fundamental en la regulación de ambos textos gira alrededor del Estado legitimado para la adopción de las mismas: el Proyecto de 1996 otorgaba la misma capacidad de respuesta²³³ a los distintos Estados ante la comisión de un crimen internacional, basta recordar la consideración en el Proyecto de 1996 como Estados lesionados del resto de los Estados ante la comisión de un crimen internacional; por su parte el texto adoptado en el 2001²³⁴, en base a la definición restrictiva de concepto de Estado lesionado, regula la adopción de contramedidas por esta categoría de Estados, quedando de manifiesto dos ideas fundamentales: *en primer lugar, sólo esta categoría de Estados tiene legitimidad para la adopción de contramedidas, excluyendo la posible adopción por parte de Estados terceros con derecho a invocar la responsabilidad en base al artículo 48; en segundo lugar, la ausencia de todo tipo de especificación o agravamiento del régimen de las violaciones graves frente al resto de los ilícitos internacionales*²³⁵.

El papel del Estado lesionado en la posible adopción de contramedidas queda reforzado con la regulación del artículo 52 finalmente adoptado respecto a las «Condiciones del recurso a las contramedidas». Esta disposición establece una serie de obligaciones fundamentales a cumplir por el Estado lesionado ante la posible adopción de contramedidas: *en primer lugar, el requerimiento al Estado responsable de cumplir las obligaciones de cesación y de reparación; en segundo lugar, la notificación al*

Estado infractor de cualquier decisión de tomar contramedidas junto al ofrecimiento de negociación con ese Estado.

A pesar de mantenerse la destacada ausencia de una cierta especificidad respecto a la adopción de contramedidas por parte del Estado lesionado ante la comisión de violaciones graves, es necesario subrayar como el texto finalmente adoptado recoge una serie de cuestiones²³⁶, con especial incidencia respecto a la regulación de las violaciones graves²³⁷: el perfeccionamiento del anterior artículo 50 dedicado al tema de las contramedidas prohibidas junto a la introducción de un nuevo artículo que se ocupa de la terminación de las contramedidas relacionado con el mayor énfasis en el carácter reversible de las contramedidas²³⁸.

— Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas

El contenido final del artículo 50 pone de manifiesto la regulación de una serie de obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas en ningún supuesto; distintas razones determinan la valoración positiva de esta norma: en primer lugar, pone de manifiesto la aceptación de que las contramedidas no podrán implicar el uso de la fuerza de manera contraria a la Carta de las Naciones Unidas, ni ningún otro tipo de violación de una norma imperativa; en segundo lugar, evidencia el establecimiento de límites a la libertad de acción de los Estados incluso en los supuestos en el que estos sean víctimas de violaciones graves de obligaciones esenciales; por último, en tercer lugar, las distintas obligaciones excluidas del ámbito de las contrame-

²³³ Doctrinalmente se ha discutido si la adopción de contramedidas sería un «derecho» o una «facultad» reconocida al Estado lesionado por el hecho ilícito internacional; así, los Relatores especiales Ago y Arangio-Ruiz parecieron inclinarse por el término «facultad», por el contrario el Relator especial Riphagen utilizó el término «derecho». En último lugar se ha optado por la no calificación de las contramedidas limitándose a su particular regulación.

²³⁴ Igualmente el artículo 54 aprobado por el Comité de redacción en el 2000 regulaba la posible adopción de contramedidas por Estados habilitados para invocar la responsabilidad ante el supuesto de violaciones graves de obligaciones esenciales para con la comunidad internacional en su conjunto.

²³⁵ ALLAND, D., «Countermeasures of general interest», *Assessing the work of the International Law Commission...*, op. cit., pp. 1221 a 1241.

²³⁶ Estas cuestiones fueron objeto de un análisis específico por el Relator Crawford en su Tercer Informe; en él, Crawford partía tanto de la eliminación del concepto crimen internacional como de la restricción operada respecto al concepto de Estado lesionado; en la misma línea la Co-

misión en su 1999.ª sesión, había decidido mantener en el Capítulo V de la primera parte el artículo sobre contramedidas, como circunstancia excluyente de la ilicitud, pero aplazó la regulación definitiva del Capítulo.

²³⁷ Junto a estas disposiciones la adopción de contramedidas por parte del Estado lesionado aparece regulada en el texto que nos ocupa en base a los siguientes términos: la obligación de notificar la posible adopción de contramedidas, sustituye la obligación de negociar establecida en el antiguo artículo 54; es posible la adopción de medidas urgentes y por último se elimina el inicial impedimento impuesto para tomar contramedidas «mientras se estén celebrando de buena fe negociaciones y éstas no sufran una demora injustificada».

²³⁸ Junto a estos cambios el Relator Crawford analizó la inclusión de una disposición expresa de contramedidas adoptadas por los Estados que no sean Estados lesionados y el abandono de un vínculo orgánico entre la adopción de contramedidas y la solución de controversias; ambos planteamientos son objeto de un análisis específico en distintos apartados ante la importancia de los mismos en relación al tema que nos ocupa en el presente trabajo.

didadas están en estrecha relación con la posible relación de normas imperativas ausente en el texto de la Resolución²³⁹; de esta forma, la referencia del apartado d) del artículo 50 a *otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general* permite deducir la consideración de las obligaciones enumeradas como conjunto de normas de esta categoría²⁴⁰.

El carácter de las normas enunciadas está reforzado con la propia estructura del artículo 50²⁴¹: en primer lugar, el mismo título del artículo «*Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas*», pone de manifiesto el carácter especial de las obligaciones el cual determina su exclusión del ámbito de las contramedidas; en segundo lugar, la diferencia expresamente re-

gulada entre las obligaciones que responden a las normas imperativas y otro tipo de obligaciones que, por distintas razones²⁴², también están excluidas de la adopción de contramedidas por parte del Estado lesionado²⁴³.

— Terminación y carácter reversible de las contramedidas.

Especialmente novedosa resulta la regulación en el artículo 53 de un artículo dedicado de forma expresa a la terminación de las contramedidas, frente a la confusa y ambigua redacción del artículo 48 aprobado en primera lectura en 1996; en este sentido, frente a la posibilidad establecida en el antiguo artículo 48 de que se suspendieran las contramedidas cuando el hecho internacionalmente ilícito hubiera cesado y se hubiera iniciado un procedimiento de solución de controversias vinculante²⁴⁴, la Co-

²³⁹ La relación entre las obligaciones enumeradas y las normas imperativas se constata tanto ante la lectura de los distintos apartados, especialmente ilustrativa, como en las referencias hechas en el Informe adoptado en el 2001. El comentario al artículo 51, entre otras aportaciones, indica que *debido a su carácter* ciertas obligaciones no pueden ser objeto de contramedidas, el *carácter sacrosanto* de las obligaciones señaladas, el carácter de los apartados b) y c) con un enunciado que se *basta así mismo*, *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, pp. 367 a 371, (el subrayado es personal).

²⁴⁰ El artículo hace referencia en sus apartados a), b) y c) a la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales y las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias respectivamente.

²⁴¹ La redacción final del artículo 50 esta precedida por una reforma planteada por el Relator especial Crawford en su Tercer informe y finalmente rechazada por la Comisión. En base a esta propuesta el artículo 50 aprobado en primera lectura podía ser dividido en dos disposiciones en base a la distinción entre *obligaciones cuyo cumplimiento no podía suspenderse mediante la adopción de contramedidas* en primer lugar (el artículo 47 bis propuesto por Crawford establecía que no podían suspenderse mediante la adopción de contramedidas las obligaciones siguientes: a) las obligaciones relacionadas con la amenaza o el uso de la fuerza enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas, b) las obligaciones relacionadas con la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos o documentos diplomáticos o consulares; c) cualquier obligación relacionada con la solución de controversias por terceros, d) las obligaciones de carácter humanitario que excluyan cualquier forma de represalia contra personas protegidas por ellas; o e) cualesquiera otras obligaciones que dimanen de normas imperativas de derecho internacional general.), y las *obligaciones que no podían infringirse durante la adopción de las contramedidas* en segundo lugar (el artículo 50 propuesto por Crawford titulado «*Contramedidas prohibidas*» establecía que las contramedidas no deberán: a) poner en peligro la integridad territorial o suponer una injerencia en la jurisdicción interna del Estado responsable, b) vulnerar los derechos

de terceros, en particular los derechos humanos fundamentales). Las críticas planteadas a este desdoblamiento del artículo 50 determinaron la propuesta final de Crawford reflejada finalmente en el texto que nos ocupa que ha sido objeto de fuertes críticas por parte, entre otros, de Estados Unidos y Japón.

²⁴² La base del principio de que las disposiciones de solución de controversias vigentes entre el Estado lesionado y el Estado responsable y aplicables a su controversia no pueden suspenderse por medio de una contramedida está en que de no ser así un hecho unilateral reemplazaría una disposición convenida que puede resolver la controversia que ha dado lugar a la contramedida. Por su parte, la exclusión de cualquier contramedida que infrinja la inviolabilidad diplomática o consular se justifica fundamentalmente por razones funcionales.

²⁴³ En este sentido, el artículo 51 del Proyecto aprobado por el Comité de redacción en el 2000 estaba estructurado en dos párrafos, en el primero se regulaban distintas obligaciones que no podían ser derogadas por la adopción de contramedidas, junto a las obligaciones de carácter imperativo se incluía una letra e) dedicada a las obligaciones de respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares. Por su parte el apartado 2 establecía que el Estado que adopte contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumben en aplicación de cualesquiera procedimientos de solución de controversias vigentes entre dicho Estado y el Estado responsable. Por el contrario, el artículo 50 finalmente adoptado consta de dos apartados dedicado el primero de ellos a la enumeración, sin carácter exhaustivo, de *las obligaciones que no podrán ser afectadas por las contramedidas*, mientras que el apartado 2 establece *las obligaciones de cuyo cumplimiento no quedará exento* el Estado que adopte contramedidas, entre ellas, las obligaciones que le incumban en virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre el Estado que adopte contramedidas y el Estado responsable, y en segundo lugar, la obligación de respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares.

²⁴⁴ En este sentido, el artículo 48, apartado 3) aprobado en primera lectura determinaba un régimen especialmente flexible para el Estado le-

misión opta por la regulación en artículos separados de la posible suspensión de las contramedidas²⁴⁵ y la posible terminación de las mismas²⁴⁶.

En ambos supuestos, suspensión y terminación, la actual redacción pone énfasis en un elemento de especial importancia cómo es el necesario carácter reversible de las contramedidas; en este sentido, el artículo 49, 3) establece que en lo posible, las contramedidas serán adoptadas en forma que permita la reanudación del cumplimiento de las obligación de cesación y de reparación²⁴⁷. La cuestión de la reversibilidad está inspirada en el párrafo 2 del artículo 72 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que cuando un Estado suspende la aplicación de un tratado, durante el período de suspensión el Estado debe abstenerse de todo acto que obstaculice la reanudación de la aplicación del tratado. En la misma línea, se pronunció la CIJ en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros Project* si bien consideró que no era necesario tomar una decisión sobre la cuestión²⁴⁸.

ii) Posición de estados no lesionados: la adopción de medidas lícitas

La consolidación de la distinción normativa entre las categorías de ilícitos internacionales, junto al reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones de Estados terceros respecto a las violaciones graves de normas imperativas de Derecho inter-

lesionado que adoptase contramedidas determinando la concurrencia de determinadas circunstancias para que éstas debieran cesar: en primer lugar, la cesación del hecho internacionalmente ilícito, en segundo lugar la aplicación de buena fe por parte del Estado responsable de cualquiera de los procedimientos de solución del controversias del párrafo 2 del mismo artículo (el Estado lesionado que tome contramedidas deberá cumplir las obligaciones en materia de solución de controversias que dimanen de la parte III o de cualquier otro procedimiento vinculante de solución de controversias vigente entre él y el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito), en tercer lugar cuando la controversia esté sometida a un tribunal facultado para dictar mandamientos que vinculen a las Partes.

²⁴⁵ La suspensión de las contramedidas adoptadas en el actual artículo 52, apartado 3) determina que:

«(...) 3. Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo justificado, si: a) el hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y b) la controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes».

²⁴⁶ El definitivo artículo 53, titulado *Terminación de las contramedidas*, establece que:

nacional general justificaban un pronunciamiento expreso por parte de la Comisión de Derecho Internacional respecto a la posible respuesta a adoptar por esos Estados terceros que tienen reconocida la capacidad de invocación de la responsabilidad.

Ambas razones, junto a las características actuales del Derecho internacional como ordenamiento descentralizado y escasamente institucionalizado, hacen necesaria una regulación restrictiva de las acciones a adoptar por terceros Estados. En este sentido, resulta especialmente significativa la evolución apreciada en el marco de elaboración del Proyecto de artículos: en primer lugar, la regulación establecida en el Proyecto de 1996, en el que la consideración de todos los Estados como Estado lesionado ante la comisión de un crimen internacional determinaba la equiparación del régimen de contramedidas a adoptar por todos los Estados; en segundo lugar, el especial posicionamiento de Crawford determinó los significativos cambios producidos y la novedosa regulación de la adopción de contramedidas, por terceros Estados, en los supuestos en los que no fuese constatable la existencia de un Estado lesionado; en tercer lugar, por último, la definitiva regulación en base a la distinción entre contramedidas adoptadas por los Estados lesionados y medidas lícitas adoptadas por terceros Estados.

En un primer momento, Proyecto de 1996, el papel de los terceros Estados estaba en pie de igualdad respecto a los Esta-

«Se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte».

²⁴⁷ Es constatable el especial interés en el seno de la Comisión en enfatizar el objeto y fin de las contramedidas centrados en inducir al Estado responsable al cumplimiento de la obligación de cesación y de reparación del ilícito internacional; la reiteración en este interés tiene como consecuencia indirecta la exclusión de los fines punitivos atribuibles a la figura del crimen internacional.

²⁴⁸ La CIJ tras concluir que la «desviación del Danubio efectuada por Checoslovaquia no constituía una contramedida lícita porque no era proporcionada», estableció que,

«En consecuencia no tiene que examinar otra condición de la licitud de la contramedida, a saber que debe tener por propósito inducir al Estado autor del hecho ilícito a que cumpla sus obligaciones con arreglo al derecho internacional y que, por lo tanto, *la medida debe ser reversible*», (la cursiva es personal). *Gabcikovo-Nagymaros project*, (Recueil CIJ, 1997, p. 7).

dos víctimas, al considerarse, como hemos visto anteriormente, que respecto a la figura del crimen internacional se consideraba Estado lesionado al resto de los Estados. *Esta equiparación permitía un régimen de contramedidas especialmente amplio mediante la combinación de los artículos 40 y 47²⁴⁹ en el cual no se hacía ningún tipo de puntualización respecto a las contramedidas aplicables ante la comisión de un crimen internacional.*

En segundo lugar, la acertada restricción del concepto de Estado lesionado, propuesta por Crawford y aprobada por el Comité de redacción en el 2000, hizo necesaria una nueva regulación de las medidas que tenían a su alcance las distintas categorías de Estados para conseguir el cumplimiento de la obligación de cesación y de reparación. En este sentido, si la legitimidad del Estado lesionado para la adopción de contramedidas estaba aceptada con las matizaciones ya señaladas, especialmente delicado era el tema en relación a la categoría de Estados con interés jurídico en el cumplimiento de determinadas obligaciones. Este tema agravaba su dificultad ante la posibilidad de la comisión de violaciones graves en supuestos en los que no era constatable la figura del Estado lesionado. Esta serie de cuestiones fueron analizadas por el Relator especial Crawford en su Tercer informe bajo el título de las denominadas contramedidas colectivas²⁵⁰.

²⁴⁹ Mientras que el artículo 40. 3 del Proyecto aprobado en 1996 lo hemos reproducido en la nota 207, el artículo 47 del mismo texto establecía que:

1. A los efectos de los presentes artículos, por adopción de contramedidas se entiende que el Estado lesionado no cumple con una o varias de sus obligaciones para con el Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito con objeto de inducirle a cumplir sus obligaciones a tenor de los artículos 41 a 46, mientras este último Estado no cumpla esas obligaciones y siempre que ello sea necesario a la luz de su respuesta a las peticiones del Estado lesionado de que cumpla dichas obligaciones.
2. La adopción de contramedidas estará supeditada a las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos 48 a 50.
3. Cuando la contramedida adoptada respecto del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el presente capítulo.

²⁵⁰ CRAWFORD, *Tercer informe...*, doc. A/CN.4/507/Add.4, párr. 413.

²⁵¹ Respecto a otras obligaciones internacionales de carácter multilateral el Relator especial propuso y la Comisión acabó aceptando en su Proyecto definitivo de artículos (artículos 42 y 48) que en el caso de violación

Dos supuestos distintos sirvieron al Relator como punto de partida para el análisis de las «contramedidas colectivas»: 1. cuando un Estado era víctima de la violación; y 2. cuando ningún Estado era víctima de la violación. A su juicio, cuando un Estado tenía por sí mismo derecho a tomar contramedidas de resultas de la violación de una obligación contraída con toda la comunidad internacional²⁵¹, otros Estados partes en la obligación deberían poder asistirle, cuando así lo solicitara, dentro de los límites de las contramedidas que hubiese tomado el propio Estado. Esa era una forma de «contramedidas colectivas» en cuanto podían ser tomadas por cualquiera de los Estados que tuviesen algún interés colectivo, directamente análoga a la legítima defensa colectiva. Los demás Estados resultaban afectados porque se había violado una obligación contraída con ellos como miembros de la comunidad internacional.

La cuestión más difícil que se planteaba era tomar contramedidas cuando no había ningún Estado lesionado ya que, a este respecto, la práctica de los Estados se muestra embrionaria, no claramente universal y controvertida.

Con base a este planteamiento el Relator especial Crawford propuso dos artículos sobre las contramedidas: un nuevo artículo sobre la adopción de contramedidas en nombre de un Estado lesionado²⁵², y un segundo artículo sobre la adopción de contramedidas en caso de violaciones graves de obligaciones contraídas con toda la comunidad internacional²⁵³ en interés de los

de determinadas obligaciones internacionales de carácter multilateral (convencionales o consuetudinarias) no sólo un Estado directa y particularmente afectado por la violación puede invocar la responsabilidad internacional del autor sino que asimismo pueden hacerlo (aunque no con el mismo alcance) otros Estados. En particular, cuando se trate de la violación de una obligación internacional establecida por un grupo de Estados para la protección de un interés colectivo, todos los Estados del grupo.

²⁵² El Relator Crawford propuso un nuevo artículo 50.A titulado «Contramedidas en nombre de un Estado lesionado» en el que se establece: «Cualquier otro Estado facultado para invocar la responsabilidad de un Estado con arreglo al párrafo 2 del artículo 40 bis) podrá tomar contramedidas a petición del Estado lesionado y en nombre de éste, a reserva de las condiciones establecidas por ese Estado y en la medida que ese Estado esté facultado para tomar esas contramedidas», *Tercer informe...*, doc. A/CN.4/507, Add. 4, pp. 26 a 27, párr. 413.

²⁵³ En esta línea, Crawford propuso el artículo 50.B que establecía que,

1. En los casos indicados en el artículo 51, en que ningún Estado resulte lesionado por la violación, todo Estado podrá adoptar contramedidas, a reserva de lo dispuesto en el presente capítulo y con arreglo a él, con objeto de velar por la cesación de la violación y la reparación en beneficio de las víctimas.

beneficiarios de la obligación violada. En este sentido, en el supuesto de existir un Estado lesionado Crawford supeditó las contramedidas de los Estados terceros a la decisión del Estado víctima con lo que el Estado tercero carecería de facultad propia para reaccionar, del modo siempre limitado en que puede hacerlo, frente a la violación de obligaciones en cuyo respeto tiene un interés jurídico. *Por otro lado, ante la ausencia de un Estado lesionado todo Estado podía adoptar contramedidas con objeto de velar por la cesación de la violación y la reparación en beneficio de las víctimas, con la expresa obligación de cooperar cuando estas contramedidas fuesen adoptadas por varios Estados.*

Este planteamiento fue reconducido por el Comité de Redacción en el Proyecto aprobado en el 2000. Los dos textos propuestos fueron refundidos en uno solo que constituía el artículo 54²⁵⁴,

2. Cuando varios Estados tomen contramedidas de conformidad con el párrafo 1, dichos Estados cooperaran con objeto de velar por que se cumplan las condiciones establecidas en el presente capítulo a los efectos de la adopción de contramedidas.

²⁵⁴ Un elemento de grave confusión en el Proyecto del Comité de redacción del 2000 era la mención a diferentes categorías de obligaciones y la diferente respuesta de los Estados terceros; el supuesto del párrafo 1 recogía la posible adopción de contramedidas por Estados terceros condicionada por la posición del Estado lesionado *ante el supuesto de la violación de una obligación colectiva o una violación ordinaria de una norma imperativa* (art. 49.1, Proyecto 2000); por su parte, el párrafo 2 delimitaba que ante el supuesto de *violaciones graves de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales nacidas de obligaciones esenciales para la comunidad internacional* (art. 49.1, Proyecto 2000) los Estados con competencia para invocar la responsabilidad tenían competencia para adoptar contramedidas con independencia de la posición de este último.

²⁵⁵ A pesar de la aparente similitud de los planteamientos establecidos por el Relator y la regulación adoptada en el Proyecto de 2000 es necesario destacar el pronunciamiento del Presidente del Comité de Redacción al señalar que en el caso de violaciones graves de obligaciones encaminadas a proteger intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto, la expresión en interés de los beneficiarios, contenidas en el párrafo 2 del artículo 54 que se refiere, en las intenciones del Relator a los supuestos en los que la violación grave no afectaba directamente a ningún Estado en concreto, está referida implícitamente a los intereses del Estado lesionado. Acta resumida provisional de la 2662.ª sesión de la CDI, 52.º período de sesiones (Segunda Parte). Celebrada en el Palacio de Naciones Unidas, Ginebra el jueves 17 de agosto de 2000, doc. A/CN.4/SR. 2662, pp. 1 a 29, párr. 27; Statement of the Chairman of the Drafting Committee Mr. Giorgio Gaja at the 2662 nd. Meeting of the International Law Commission, held on 17 august 2000, pp. 50 a 51.

²⁵⁶ Especialmente críticas fueron las opiniones de los gobiernos de Estados como Japón o Estados Unidos ante la posibilidad establecida en

dedicando el párrafo 1 al supuesto de las contramedidas de terceros siempre que hubiese un Estado lesionado, y en el párrafo 2 a los casos en los que no hubiese²⁵⁵. De esta forma, en el Proyecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000 se puso de manifiesto *la posibilidad de adoptar contramedidas por Estados terceros ante la comisión de violaciones graves supeditadas a la posición e interés del Estado lesionado, junto a la posibilidad de adopción de contramedidas en interés de los beneficiarios de la obligación violada en los supuestos de ausencia del Estado lesionado.*

En tercer lugar, por último, los recelos y presiones mostrados frente al artículo 54 (Proyecto 2000) tanto por los distintos gobiernos²⁵⁶, como por el propio Relator especial²⁵⁷ e incluso por el Presidente del Comité de redacción²⁵⁸ respecto a la grave ausen-

el párrafo 2 del artículo 54; para dichos Estados la posibilidad establecida, de seguir adelante, podía suponer un importante factor de desestabilización en las relaciones internacionales. Especialmente acertada resulta la crítica formulada por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para quienes la regulación establecida permitiría a cualquier Estado tomar contramedidas, incluso si el propio Estado lesionado optara por no hacerlo; sin duda alguna una posibilidad que debe evitarse en el Derecho internacional actual impregnado de una fuerte tendencia a un *unilateralismo particularista* impregnado de arrogantes referencias a falsos *intereses comunitarios*, (la cursiva es personal).

²⁵⁷ En su Cuarto informe Crawford, tras el debate del Proyecto del Comité de redacción (2000) y en concreto del artículo 54 tanto en el seno del Comité como en la Sexta Comisión, señaló que en relación con las contramedidas por Estados terceros, «el Derecho internacional general (...) todavía está en embrión», y que ante esta situación no pocos Gobiernos rechazan tratarlas en el Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad de los Estados: unos, porque consideran más prudente esperar a ver cómo evoluciona el Derecho internacional y no congelarlo mientras se halla en proceso de desarrollo; otros porque abiertamente rechazan el fondo mismo del artículo 54, que consideran plantea cuestiones muy discutibles y reabre además las cuestiones relativas al vínculo entre las medidas adoptadas por un Estado determinado y las colectivas con arreglo a la Carta o a acuerdos regionales, *Cuarto informe...*, doc. A/CN.4/517, p. 29, párr. 71.

²⁵⁸ Basta señalar las palabras con las que el Sr. Tomka, Presidente en el año 2001 del Comité de redacción, presentara a la Comisión el texto final del artículo 54:

«es una cláusula de salvaguardia que reserva la posición de todas las partes, a saber, la de quienes creen que el derecho a tomar contramedidas debería garantizarse a Estados no directamente lesionados con relación a la violación de obligaciones para la protección de intereses colectivos y, por otra parte, la de los que consideran que sólo los Estados lesionados deberían tener el derecho de tomar contramedidas (...). Con esta cláusula de salvaguardia la Comisión no toma po-

cia institucional presente con especial fuerza en el campo de las violaciones graves, hicieron necesario un nuevo replanteamiento de esta cuestión en torno a la posibilidad determinada por el contenido del actual artículo 54²⁵⁹. En palabras del profesor Gutiérrez Espada, la Comisión optó finalmente por la opción más conservadora de todas. Las propuestas que Crawford hiciera como disposiciones de «*lege ferenda*» razonables y que en esencia el Comité reprodujo en el artículo 54 del Proyecto (2000) han caído, como Troya cayó, finalmente²⁶⁰.

En virtud del artículo 54 finalmente adoptado no se prejuzga el derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 *para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas*²⁶¹ *contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada*²⁶².

De esta forma, la Comisión consolida la universalización del régimen de la responsabilidad internacional y en principio limita los graves abusos a los que puede dar lugar un régimen de contramedidas caracterizado por la ausencia de cualquier rasgo de institucionalización encargado de velar por el eficaz cumplimiento de las mismas.

sición alguna sobre el problema abandonando la materia al (futuro) desarrollo del Derecho internacional», TOMKA, P., *Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, *doc. cit.*, pp. 42, 54 y 63.

²⁵⁹ El artículo 54 de la Resolución 56/83 titulado *Medidas tomadas por Estados distintos del Estado lesionado* establece que,

«Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada».

²⁶⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las contramedidas de Estados “Terceros” por violaciones de ciertas obligaciones internacionales», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XI, 2001-2002, p. 27.

²⁶¹ El Presidente del Comité de redacción, Sr. Tomka explicó que el empleo del término medidas en vez de contramedidas fue deliberado «a fin de no perjudicar ninguna posición», *Statement of the Chairman...*, *doc. cit.*, p. 393.

²⁶² De esta forma, el eventual derecho de Estados terceros habilitados para invocar la responsabilidad, en función del artículo 48, a tomar contramedidas se canaliza en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada; se añade así al artículo (Proyecto 2000) la mención, junto a la de los Estados la de los beneficiarios de la obligación violada.

La regulación actual del artículo 54²⁶³ plantea una serie de interrogantes fundamentales: ¿cuál es el significado concreto de la expresión medidas lícitas?; la regulación del artículo 54 ¿supone la exclusión absoluta de la posibilidad de adoptar contramedidas por terceros Estados?; ¿la comunidad internacional en su conjunto está representada en esos terceros Estados legitimados para la adopción de medidas lícitas?

Respecto a la primera interrogante (¿cuál es el significado concreto de la expresión medidas lícitas²⁶⁴?) la lectura literal del artículo 54 parece evocar la aplicación de medidas de retorsión como una de las modalidades dentro del sistema de autoprotección o auto tutela en Derecho internacional; en este sentido, está aceptado que para garantizar por sí mismo su propio derecho, un Estado puede recurrir a la adopción de medidas que aunque lesionen intereses de otro Estado son, sin embargo, conformes al Derecho internacional. Se trata de las *medidas de retorsión* respecto de las que, por su conformidad con el Derecho internacional, no se plantea el problema de su justificación²⁶⁵.

La confirmación de esta interpretación permite afirmar que han podido salvarse las grandes interrogantes que planteaba la adopción de contramedidas por parte de terceros Estados, tanto a ni-

²⁶³ Esta disposición es objeto de una fuerte crítica por parte del profesor Gutiérrez Espada para quien la Comisión ha sustituido su intento (agosto 2000) por ofrecer de «*lege ferenda*» una regulación razonable que intentara un equilibrio entre la conveniencia de no desarrollar progresivamente el Derecho internacional de la responsabilidad y la necesidad de asumir que las consecuencias de la violación de obligaciones multilaterales, en especial de las debidas a la comunidad internacional en su conjunto, no pueden ser las mismas que las que se derivan de la conculcación de una obligación bilateral, ha sustituido ese intento por una cláusula «sin perjuicio», con lo que la Comisión, como Poncio Pilato hizo, se lava vergonzosamente las manos, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las contramedidas de Estados «terceros» por la violación de ciertas obligaciones internacionales», *op. cit.*, pp. 28 y 29; en la misma línea el profesor DUPUY considera que respecto al artículo 54 «On revient cependant, avec le texte adopté en 2001, à une situation somme tout assez obscurej», DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États...», *op. cit.*, p. 338.

²⁶⁴ La ambigüedad de la expresión «medidas lícitas» es objeto de un análisis particular por el profesor SICILIANOS, A.L., «The classification of obligations and the multilateral dimension...», *op. cit.*, pp. 1141 a 1144.

²⁶⁵ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público...*, *op. cit.*, p. 212; en sentido semejante a la opinión del profesor Carrillo se expresa el resto de la doctrina española entre ella, REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 452; PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 566; RODRIGUEZ CARRIÓN, A., *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 330 a 331.

vel individual como colectivo, quizás por que como dijera el profesor CASADO en relación al papel de la Corte Internacional de Justicia, la Resolución recoge lo que ha podido recoger ante la escasa e incierta práctica de los Estados en esta materia²⁶⁶; quizás de forma más precisa ante el peligro de legitimar la práctica de determinados Estados en orden a su consideración como gendarmes únicos del orden jurídico internacional, *la Resolución regula de forma especialmente estricta las medidas que se pueden adoptar con el gran peligro de que sean los Estados los que procedan a una interpretación extensiva de esas posibilidades sin regulación alguna con base en la Resolución que nos ocupa.*

El peligro de esta posible interpretación extensiva por parte de Estados terceros confirma las palabras del profesor Gutiérrez Espada al señalar que «la decisión de posponer, en una oportunidad crítica como ésta, después de tantos años de trabajo, el paso adelante, tan necesario capaz de arrojar luz sobre el tema de las contramedidas de terceros en caso de las violaciones más graves del Derecho internacional, ya para un Estado ya en relación con víctimas no estatales, como los seres humanos y sus derechos, me parece lamentable y criticable por tanto»²⁶⁷.

Más allá de los distintos argumentos que justifican la actual regulación, distintos autores se muestran partidarios de la regulación de esta zona gris con tintes negros del Derecho internacional. Así, llega a defenderse la oportunidad de la incoherencia de contramedidas descentralizadas a tener que esperar sin seguridad de éxito a que las centralizadas se lleven a cabo. En esta línea, el profesor Tomuschat ha mantenido que las contramedidas descentralizadas en caso de hechos ilícitos graves «representan no obstante un estado intermedio hacia una comunidad internacional mejor organizada. A falta de una autoridad ejecutiva internacional investida con poderes amplios, se elige la segunda mejor solución, a saber conferir a todo Estado el poder de actuar como un guardián de la legalidad internacional con relación a normas particularmente de alto *standing*»²⁶⁸. En nuestra opinión,

los partidarios de la postura señalada pasan por alto un dato de especial relevancia: *los Estados capaces de poner en práctica la adopción de contramedidas de forma unilateral y descentralizada son a la vez los Estados potencialmente capaces de cometer las violaciones graves de obligaciones esenciales de normas imperativas.* Ante ellos, en su doble consideración de sujetos con capacidad para la aplicación de contramedidas y como destinatarios de las mismas ante determinadas violaciones, la única respuesta ciertamente eficaz debe encontrarse en manos del único órgano representativo, en el Derecho internacional actual, de la comunidad internacional: la Organización de las Naciones Unidas.

En otro orden de consideraciones, la referencia a la adopción de medidas lícitas, como derechos de terceros Estados, frente a la comisión de una violación grave, plantea igualmente una cuestión de índole terminológico en torno al concepto de licitud; en este sentido, es necesario señalar que las contramedidas definidas en el artículo 22 de la Resolución 56/83 forman parte del grupo de circunstancias que excluyen la ilicitud²⁶⁹. Esta serie de circunstancias hacen decaer la ilicitud del acto con el cual se responde al ilícito previo: el efecto de la presencia de alguna de esas circunstancias no consiste en excluir la responsabilidad que, de otro modo, se derivaría de un hecho ilícito en sí, sino más bien en impedir que se califique de ilícito el comportamiento del Estado infractor. De acuerdo a este planteamiento podría interpretarse que no existiría variación entre el texto finalmente adoptado y el discutido texto propuesto por el Relator especial en el 2000. La confirmación de esta interpretación por una hipotética conducta de los Estados supondría *la desaparición de uno de los escasos elementos de valoración altamente positiva en relación a la regulación de las violaciones graves.*

Este planteamiento nos lleva a las otras dos interrogantes planteadas, ¿quedan realmente fuera de la Resolución las contramedidas adoptadas por terceros Estados?, ¿está representada la comunidad internacional en su conjunto en los terceros Esta-

²⁶⁶ CASADO RAIGÓN, R., « Nota sobre el *ius cogens* internacional...», *op. cit.*, p. 122.

²⁶⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las contramedidas de Estados terceros por la violación de ciertas obligaciones internacionales», *op. cit.*, pp. 33 y 34.

²⁶⁸ TOMUSCHAT, Ch., «International Law Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century General Course on Public International Law», tomo 281, *RCADI*, 1999, pp. 204 a 207.

²⁶⁹ La Primera parte de la Resolución 56/83 contiene en su Capítulo V titulado *Circunstancias que excluyen la ilicitud* una serie de causas que

excluyen el carácter ilícito de un hecho del Estado que, sin la concurrencia de aquéllas, supondría la violación de una obligación internacional: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito, la fuerza mayor, el peligro extremo, y el estado de necesidad. La regulación de esta serie de circunstancias queda complementada, a diferencia de los anteriores proyectos, de dos disposiciones relativas al cumplimiento de normas imperativas y a las consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud.

dos legitimados para la adopción de medidas lícitas? La respuesta a estas interrogantes tiene un contenido especialmente ambiguo e incierto. En este sentido, el mismo artículo 54 responde a una cláusula de salvaguardia²⁷⁰ que habla de «medidas lícitas» y no de «contramedidas» para no prejuzgar ninguna posición acerca de las medidas adoptadas por Estados distintos del Estado lesionado en respuesta a violaciones de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional en su conjunto; no es apropiado incluir en los artículos una disposición relativa a la cuestión de si se permite a otros Estados, especificados en el artículo 48, adoptar contramedidas para inducir a un Estado responsable a cumplir sus obligaciones. En lugar de ello, el Capítulo II de la Tercera parte incluye una cláusula de salvaguardia que reserva la posición y deja la solución de esta cuestión al ulterior desarrollo del Derecho internacional²⁷¹.

El rechazo a la posible adopción de contramedidas por Estados terceros incluso en el supuesto de violaciones graves queda reforzado ante la posible interpretación conjunta de los artículos 41 y 54. El artículo 41, como hemos señalado en páginas anteriores, después de una cierta polémica establece la obligación de cooperar para los Estados terceros con la *adopción de medidas lícitas*, expresión que vuelve a repetirse en el marco de la posible respuesta por esta categoría de Estados ante la comisión de violaciones graves.

En este sentido, el texto del Proyecto gestado en el seno de la Comisión establece una serie de prohibiciones de especial importancia en el Derecho internacional: *los Estados lesionados no pueden hacer uso de contramedidas armadas en virtud del artículo 50 ni aun en el supuesto de violaciones graves; igualmente quedan prohibidas todo tipo de contramedidas, armadas o no armadas, por parte de Estados terceros en virtud de los artículos 41 y 54.*

²⁷⁰ La inclusión de una cláusula de salvaguardia fue sugerida por el Reino Unido (doc. A/C.6/55/SR.14, p. 32) y respaldada en el Cuarto informe de Crawford al señalar que «la simple supresión del artículo 54 acarrearía la implicancia de que sólo pueden adoptar medidas los Estados lesionados, definidos estrictamente. El estado actual del derecho internacional relativo a las medidas adoptadas en interés general o común es indudablemente incierto. Pero, en opinión del Relator Especial, no puede ocurrir que las contramedidas en ayuda del cumplimiento del derecho internacional estén limitadas a las violaciones que afecten los intereses de algunos Estados poderosos o sus aliados. Las obligaciones para con la comunidad internacional, o el interés colectivo, dicho de otra manera, no obligaciones de “segunda clase” en comparación con las obligaciones en

La valoración positiva de este planteamiento, en la realidad de un Derecho internacional descentralizado y escasamente institucionalizado, queda matizada por la laguna jurídica que nos deja el texto que nos ocupa. Ciertamente si la figura del crimen de agresión aparece unida a la legítima defensa no existe un marco legal de referencia para los supuestos de otros ilícitos de la misma categoría. ¿Cuál es la posible respuesta ante violaciones graves masivas y sistemáticas de Derechos humanos encuadrables dentro del artículo 41?; ¿cuál es la posición de terceros Estados ante el tipo especial del delito de genocidio? Una regulación más realista hubiera sido la regulación de contramedidas por parte de Estados terceros, dando cabida a la aplicación de contramedidas no armadas como elemento de presión de la comunidad internacional frente al Estado responsable. Un paso de perfil más ambiguo y polémico hubiera sido la aceptación de uso de la fuerza armada de una menor gravedad por parte del Estado lesionado y de Estados terceros frente a la comisión de una violación grave.

Esta posible regulación, al margen del trabajo de la Comisión, ha sido objeto de un profundo estudio en el ámbito de la doctrina internacionalista²⁷². Entre otros el profesor Carrillo ha planteado que acaso ese uso de la fuerza pueda ser uno de los «usos menores» que el TIJ no considera contrario a la Carta ni al núcleo imperativo de la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada, si bien esta posibilidad está condicionada para su validez por el requisito *sine quae non* de que Naciones Unidas no pudiese actuar por el bloqueo del Consejo de Seguridad²⁷³.

Ignorar tanto la realidad del Derecho internacional actual, como la opinión de los más destacados internacionalistas, ha supuesto la renuncia absoluta a regular la posibilidad de contramedidas de Estados terceros en el caso de violaciones graves. Quizás éste era un tema que excedía las competencias y papel

virtud de tratados bilaterales. Si bien cabe esperar que las organizaciones internacionales puedan resolver las crisis humanitarias o de otro orden que suelen surgir de las violaciones graves del derecho internacional, los Estados no han abdicado sus atribuciones de tomar medidas individualmente. De esta manera, si se suprimiera el artículo 54 habría al menos necesidad de alguna forma de cláusula de salvaguardia», *Cuarto informe...*, doc. A/CN.4/517, p. 30.

²⁷¹ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, pp. 392 a 393.

²⁷² FROWEIN, J.A., «Reactions by not Directly Affected States to Breaches of Public International Law», tomo 248, *RCADI*, 1994-V, pp. 345 y ss.

²⁷³ CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 124 y 130.

de la Comisión de Derecho Internacional, constituyendo la «asignatura pendiente» del Derecho internacional; tristemente la Comisión ha regulado lo único que podía regular y hasta el punto que se le ha permitido regular. En palabras del profesor Gutiérrez Espada la cuestión de las contramedidas armadas posiblemente sea una cuestión clave y de enorme alcance político y jurídico, que debe, resolverse fuera del marco más concreto y técnico de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional de la responsabilidad para una vez resuelto, ser tenido en cuenta por éste²⁷⁴.

Por su parte, la posible representación de la comunidad internacional en su conjunto en esta serie de medidas adoptadas por terceros Estados resulta igualmente incierta ante el propio pronunciamiento de la Comisión según el cual es fundamental distinguir entre medidas individuales, ya sean tomadas por un Estado o por un grupo de Estados cada uno de los cuales actúe a título individual y por conducto de sus propios órganos, por una parte, y las reacciones institucionales en el marco de organizaciones internacionales, por otra. Esta última situación cuando se produce bajo la autoridad del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas no está comprendida en los artículos²⁷⁵.

²⁷⁴ GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Las contramedidas de Estados terceros por violación de ciertas obligaciones internacionales...», *op. cit.*, pp. 39 a 40.

²⁷⁵ *Informe de la Comisión...*, doc. A/56/10, p. 387.

²⁷⁶ CRAWFORD, *Tercer informe...*, doc. A/CN.4/507, p. 5.

²⁷⁷ La Parte III del Proyecto aprobado en 1996 regulaba los siguientes aspectos en torno al tema del arreglo de controversias: la adopción de contramedidas quedaba vinculada con los procedimientos obligatorios de solución de controversias en virtud del artículo 48. 2. En caso de inexistencia de ese tipo de procedimientos eran aplicables los de la tercera parte. El efecto de ese vínculo era que un Estado que recurriera a tomar contramedidas podía ser obligado por el Estado objeto de las contramedidas (Estado responsable del ilícito internacional) a justificar su acción ante un tribunal arbitral. Concretamente la Tercera parte se ocupaba de la solución de controversias «en relación con la interpretación o la aplicación de los presentes artículos». Las partes en una controversia de este tipo, en primer lugar, tenían que tratar de solucionarla mediante negociaciones (artículo 54). El papel de terceros Estados quedaba limitado a brindar sus buenos oficios u ofrecerse para mediar en la controversia (artículo 55). Si no se solucionaba la controversia dentro del plazo de tres meses cualquiera de las partes en ella podía someterla a conciliación de conformidad con el procedimiento establecido en el anexo I (artículo 56). La Comisión de Conciliación podía si las partes no convenían en una solución presentar un informe definitivo «con su propia evaluación de la controversia y sus recomendaciones para solucionarlas» (párrafo 4 del artículo 57). El texto aprobado contenía además un arbitraje facultativo de conformi-

La ausencia de la deseada institucionalización de la comunidad internacional en su conjunto permite volver a señalar uno de los grandes déficits que ha acompañado desde un primer momento y en sus distintas fases la regulación de las violaciones graves como es el déficit institucional, *especialmente relevante* en la solución definitiva dada en el Proyecto de artículos a la cuestión del arreglo de las controversias.

2. La supresión de la parte dedicada al sistema de arreglo de controversias

La cuestión del establecimiento de un sistema de arreglo de controversias fue el objeto de una modificación de la máxima trascendencia adoptada por el Relator especial Crawford²⁷⁶: la supresión del texto aprobado en 1996 de toda la regulación relativa a la solución de controversias²⁷⁷. Esta modificación fue planteada por el Relator especial en base a dos razones fundamentales de distinta índole: una razón de fondo basada en las fuertes críticas de numerosos Gobiernos al antiguo artículo 58, párrafo 2²⁷⁸ al poner únicamente en manos del Estado autor del ilícito la posibilidad de desencadenar el procedimiento vinculante de solución de controversias²⁷⁹; y

dad con lo dispuesto en el anexo II, ya sea en lugar de la conciliación o después de ella (párrafo 1 del artículo 58). En el caso del arbitraje con arreglo al artículo 58, se daba competencia a la Corte Internacional de Justicia para confirmar o dejar de lado el laudo arbitral (artículo 60). La única forma de solución obligatoria de controversias por terceros prevista en la tercera parte, era el arbitraje a pedido de cualquier Estado objeto de contramedidas (artículo 58.2).

²⁷⁸ El artículo 58.2 aprobado en primera lectura establecía que:

«2. No obstante, cuando la controversia haya surgido entre Estados Partes en los presentes artículos y uno de ellos haya adoptado contramedidas respecto del otro, el Estado respecto del cual se hayan adoptado las contramedidas tendrá derecho a someter unilateralmente en cualquier momento la controversia a un tribunal arbitral que se constituirá de conformidad con el anexo II de los presentes artículos».

²⁷⁹ El Relator especial analizó esta disposición en su Segundo informe; en su opinión, lo esencial es que lo dispuesto en esta disposición habría otorgado un privilegio al Estado que hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito. Por definición, ese Estado, como blanco u objeto de contramedidas habría cometido un hecho internacionalmente ilícito: la esencia de las contramedidas, es que se adopten en respuesta a un hecho de ese tipo. De esta manera el efecto del párrafo 2 del artículo 58 era otorgar un derecho unilateral a solicitar un arbitraje no al Estado lesionado sino al Estado responsable. Esa desigualdad entre los dos Estados

una razón de carácter formal en base a la ausencia de una decisión definitiva, por la Comisión y por los Estados, sobre la forma final del proyecto, ya que sólo si éste era considerado como una convención internacional tendría sentido incluir disposiciones relativas a la solución de controversias.

La postura de los distintos Gobiernos respecto al mantenimiento de una Tercera parte dedicada al arreglo de controversias puede sistematizarse, al igual que sucede con la mayoría de las disposiciones del texto que nos ocupa, en torno a aquellos Estados partidarios del mantenimiento de las disposiciones relativas al arreglo de controversias²⁸⁰ y aquellos Estados especialmente interesados en mostrar las debilidades latentes en el posible mantenimiento de esa serie de disposiciones²⁸¹.

Por su parte, la forma definitiva del Proyecto de artículos giro en torno a dos posibilidades centrales: una convención internacional o la aprobación por la Asamblea General en alguna forma. La adopción de un tratado internacional encontraba como fundamento la influencia estabilizadora que ha tenido la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados y la fuerte y continua influencia que ha ejercido sobre el Derecho internacional consuetudinario, independientemente de si determinados Estados son partes en ella²⁸².

interesados no podía justificarse en principio, e incluso podía dar al Estado lesionado un incentivo para adoptar contramedidas con el objeto de obligar al Estado responsable a recurrir al arbitraje. CRAWFORD, *Segundo informe...*, doc. A/CN.4/498/Add.4, pp. 384 a 387.

²⁸⁰ En este sentido se pronunciaron las delegaciones de los Gobiernos de China y España; así, la delegación China señaló que ante la importancia de la cuestión de la responsabilidad y la posibilidad de surgimiento de controversia en la misma era preciso establecer disposiciones generales que sirvan de principios para la solución de controversias resultantes de la responsabilidad de los Estados, incluido, en particular, el estricto cumplimiento de la obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos prevista en el párrafo 3 del artículo 2 y artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas; en la misma línea, la delegación española señaló la conveniencia de introducir algún tipo de normas de solución de controversias, que ofrecería pautas de comportamiento y orientaciones valiosas en este ámbito para los Estados, incitándolos a recurrir a los medios judiciales de arreglo, siempre respetando la libre elección de medios y la vigencia de regímenes especiales, *Comentarios y Observaciones recibidos de los gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 17 y 18.

²⁸¹ La postura de Estados como Dinamarca, en nombre de los países nórdicos (Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Dinamarca), Eslovaquia y Japón finalmente aceptada, apoyaba que por el momento no se incluyese específicamente una parte que tratase del arreglo pacífico de controversias relacionadas con el Proyecto de artículos; especialmente crítica se mostró la

La aprobación por la Asamblea General del Proyecto de artículos, como segunda posibilidad manejada y finalmente retenida, tiene como fundamento evitar el efecto desestabilizador, que hubiera podido tener una convención que no tuviera éxito. En opinión de sus defensores²⁸³, es mucho más eficaz confiar en que los tribunales internacionales, la práctica de los Estados y la teoría jurídica adopten y apliquen las normas del texto; en este sentido, observaban que la Corte Internacional de Justicia ya ha aplicado disposiciones tomadas del Proyecto de artículos en algunas ocasiones²⁸⁴, aunque éstas sólo habían sido aprobadas provisionalmente por la Comisión.

La importancia por la opción tomada venía acompañada por la cuestión del proceso que debería seguirse para la incorporación de los artículos en una convención o en una declaración; en este sentido, una de la mayores preocupaciones suscitadas por la Comisión fue evitar la repetición de una discusión presumiblemente complicada que amenazaría el equilibrio del texto preparado por ella²⁸⁵. De esta forma, tomando una vez más una solución salomónica, la Comisión recomendó, con base en la propuesta del Relator especial, que los artículos fuesen publicados y transmitidos a los Estados en forma de Anejo a una Resolución de la Asamblea General. Sin embargo, teniendo en cuen-

delegación japonesa al señalar que la creación de un nuevo mecanismo de controversias supondría de hecho una segunda Corte Internacional de justicia, teniendo en cuenta que casi todas las controversias jurídicas internacionales suponen responsabilidad de los Estados. *Comentarios y Observaciones de los gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, pp. 17 a 18.

²⁸² Esta opinión general fue expresada, entre otros, por los Países nórdicos, Eslovaquia y España, *Comentarios y Observaciones de los Gobiernos...*, doc. A/CN.4/515, p. 19.

²⁸³ Partidarios de un texto no vinculante que recogiese el Proyecto de artículos se mostraron, entre otros, Austria, China, Estados Unidos, Japón, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

²⁸⁴ *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, I.C.J., *Reports* 1997, p. 7, párrs. 47, 50 a 53, 58, 79 y 83; *Diferencia relativa a la inmunidad judicial de un Relator especial de la Comisión de Derechos Humanos*, I.C.J., *Reports*, 1999, párr. 62.

²⁸⁵ El principal elemento que llevo a la Comisión a estos recelos fue el antecedente de la elaboración del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este texto finalmente adoptado en el seno de una Conferencia de plenipotenciarios distaba en muchos aspectos del inicialmente preparado en el seno de la Comisión. Hay que señalar que las dudas planteadas en el seno de la Comisión respecto al Estatuto de la Corte Penal Internacional pueden considerarse un exceso de celo en su misión ante las mejoras del texto finalmente adoptado en la Conferencia de Roma frente a las deficiencias del inicialmente propuesto.

ta la opinión de los partidarios de una convención internacional, dejó abierta la posibilidad de que la Asamblea General considere en el futuro la conveniencia de convocar una Conferencia Diplomática para la negociación de un convenio²⁸⁶. Este posible convenio debería contener las normas sobre arreglo de controversias que de momento quedaron suprimidas; sin duda alguna, un método especialmente sutil y menos divisionista²⁸⁷, que está demeritando cierto recelo e insatisfacción en el ámbito doctrinal²⁸⁸.

Una de las razones fundamentales en la solución tomada respecto a la supresión de una parte dedicada al arreglo de controversias, y la decisión finalmente adoptada respecto a la forma del texto, la encontramos en la regulación establecida respecto a las violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas. Basta subrayar la presión de tiempo con la que trabajó la Comisión ante el propósito de terminar, durante el quinquenio que finalizaba en el 2001, el trabajo sobre la responsabilidad internacional de los Estados.

En el Cuarto informe del Relator especial, presentado escasos meses antes de la aprobación por la Asamblea General de la Resolución 56/83, se pusieron de manifiesto las cuestiones aún pendientes de solución respecto al Proyecto aprobado por el Comité de Redacción en el 2000: dos asuntos de carácter general, como son la cuestión de la solución de controversias y, la cuestión de la forma del Proyecto de artículos; dos asuntos de carácter trascendental en el ámbito del Proyecto como son el tema de la violaciones graves y, el tema de las contramedidas.

Sorprendentemente y muestra de la dificultad de los temas pendientes, los párrafos 45 a 67 del Informe anual de la Comi-

sión revelan, como hemos tenido oportunidad de señalar, una revisión sustancial del Proyecto de Crawford en relación con las mencionadas cuestiones pendientes, centrales en la filosofía del proyecto. Cuestiones estrechamente relacionadas cuya solución podía determinar la consolidación del deseado enfoque «comunitarista» de la responsabilidad defendido por los tres primeros Relatores especiales, o, por el contrario, suponer un retroceso respecto incluso de las propuestas de Crawford como lo demuestra la ausencia de un sistema de solución de controversias limitador de la libertad de los Estados al adoptar contramedidas o la práctica desaparición de un régimen agravado de responsabilidad para las violaciones graves del artículo 40. *Desafortunadamente ha prevalecido esta segunda opción, una posición «positivista» cuya realidad quizás obedezca a la situación actual del Derecho internacional caracterizado por grandes dosis de incertidumbres que no podían dejar de tener su reflejo en el ámbito de la responsabilidad internacional.*

Más allá de los argumentos formales para la supresión de la parte dedicada al arreglo de controversias, conforme al Proyecto de 1996, es necesario señalar que difícilmente hubiera podido llegarse a un acuerdo en esta materia con base a la regulación establecida en relación a las contramedidas. Un régimen de arreglo de controversias posiblemente hubiera estado impregnado del mismo carácter de ambigüedad e indeterminación que caracteriza tanto la regulación específica de las contramedidas como la regulación general respecto a las violaciones graves; sin duda alguna, la regulación de esta materia hubiese supuesto una apuesta por el desarrollo progresivo por parte de la Comisión²⁸⁹.

²⁸⁶ La Asamblea General ha aceptado la recomendación de la Comisión de volver sobre el tema a efectos de decidir si se convoca o no la mencionada conferencia; así, decidió incluir provisionalmente en el programa de su quincuagésimo noveno período de sesiones (2004), una nueva discusión sobre el proyecto.

²⁸⁷ CRAWFORD, *Cuarto informe...*, doc. A/CN.4/517, p. 9.

²⁸⁸ Este planteamiento obedece a la filosofía mantenida por el Relator especial a lo largo de sus cuatro informes. Con base en las distintas críticas el Relator especial consideró que el citado artículo y el sistema de solución de controversias constituiría, teniendo en cuenta el carácter general de la responsabilidad internacional, un salto cuantitativo que los Estados no estarían dispuestos a dar; igualmente, al decantarse desde su Primer informe respecto a la forma final del texto por una serie de directrices para la práctica de los Estados adoptada como tal por la Asamblea General inclinaba la balanza no sólo hacia el abandono de la aspiración a obtener un producto de codificación y desarrollo progresivo como norma vinculante, sino

también hacia la supresión de uno de los elementos más avanzados del Proyecto de 1996 como era el condicionamiento de las contramedidas a un sistema de solución de controversias. En opinión del Sr. Pérez Giralda la objeción formal por Crawford al procedimiento obligatorio de supresión de controversias era lógica, aunque al mismo tiempo se convertía en una de esas profecías que acarrear su propio cumplimiento, PÉREZ GIRALDA, A., «Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados...», *op. cit.*, p. 19; en esta misma línea, especialmente partidario de la inclusión de una Parte dedicada al arreglo de controversias se muestra el profesor GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Por una responsabilidad “responsable”. A propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos», *El Derecho internacional en los albores del siglo xx*, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 369 a 393.

²⁸⁹ Este posicionamiento no es óbice para considerar de acuerdo con el profesor Gutiérrez Espada, en otro orden de materias, que si los Pro-

En palabras del Sr. Pérez Giralda, representante de España en la Sexta Comisión:

«La regulación aprobada (...) sólo debe entenderse como medio de obtener una solución provisional y (...) como un compromiso que recoge el mínimo común denominador de las posiciones gubernamentales. Mi Delegación quiere hacer constancia de su voluntad de contribuir al consenso, aún cuando algunas de las preferencias que ha expresado en materia de desarrollo progresivo del Derecho internacional no tiene reflejo en el texto final. Me refiero principalmente a la ausencia de un régimen agravado de responsabilidad para las violaciones más graves del Derecho internacional (...)»²⁹⁰.

Ciertamente, la regulación gestada en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional y finalmente anexada a la Resolución 56/83 debe entenderse como un texto de compromiso²⁹¹ que recoge el mínimo común denominador de las posiciones gubernamentales en materia de violaciones graves de obligaciones nacidas de normas imperativas del Derecho internacional²⁹². Un mínimo común denominador que, como muestra de la gran dificultad de la materia, ha tardado cerca de 50 años en alcanzarse.

Conclusiones

La expresión crimen internacional tuvo su principal manifestación normativa en 1976, al aceptar la CDI la figura del crimen internacional propuesta por el entonces Relator especial Ago, pasando a ser el contenido esencial del artículo 19 de la Primera Parte de su Proyecto y prácticamente la cuestión básica por excelencia en el contexto del ambicioso Proyecto. A partir de entonces tomó cuerpo la idea de que las violaciones graves de normas de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto, reconocidas como tales por ésta, constituían hechos internacionalmente ilícitos que rompían la clásica unidad de la responsabilidad internacional tradicional.

La utilización del concepto crimen internacional planteó desde un primer momento una serie de interrogantes de difícil res-

puesta que originaron el posicionamiento de los distintos Estados en torno a dos ideas distintas: para un primer grupo de Estados, a cuya cabeza se encuentran Estados como Japón, Reino Unido o Estados Unidos, debía descartarse toda posibilidad de consagrar una categoría distinta o propia de responsabilidad; para un segundo grupo, entre ellos Países Bajos y Dinamarca (en nombre de los países Nórdicos, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia) los procesos de cambio operados en el Derecho internacional habían tenido como resultado el haber reconocido la existencia de determinadas normas cuyo incumplimiento genera una responsabilidad distinta a la responsabilidad internacional tradicional por ilícitos de menor gravedad.

Ambas posturas se radicalizaron a partir de la adopción, en primera lectura, por la CDI del Proyecto en 1996, siendo el «gran problema» para el Relator especial Crawford el concepto de crimen internacional. Tres posibilidades fueron analizadas por el Relator especial en torno a la cuestión del crimen internacional: en primer lugar, su eliminación absoluta del Proyecto de artículos; en segundo lugar, la elaboración de un verdadero régimen digno del nombre de responsabilidad «criminal del Estado»; en tercer lugar, por último, aceptar la existencia de hechos ilícitos de distinta gravedad cuyas consecuencias deben ser distintas, pero evitando el concepto «crimen internacional», origen de falsos equívocos ante las connotaciones penales que siguen sin tener cabida en el ámbito de la estructura interestatal del Derecho internacional.

El análisis de la tercera posibilidad pone de manifiesto la relevancia de cuestiones básicas como son la aceptación de la existencia de ilícitos internacionales de especial gravedad cuya comisión genera determinadas consecuencias, más allá de la cuestión de índole terminológica que supuso la expresión de crimen internacional.

El abandono de la expresión crimen internacional no ha supuesto la solución de los problemas que la realidad definida por

yectos de la CDI tuvieran que limitarse siempre a codificar normas ya existentes tan sólo, ¿qué habría sido del progreso del Derecho internacional?, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Por una responsabilidad "responsable"...», *op. cit.*, p. 382.

²⁹⁰ «Intervención del Representante de España, el Señor Pérez Giralda, ante la VI Comisión (XII) de la Asamblea General (56.º período de sesiones), 31 de octubre 2001», *REDI*, 2002, 1 y 2, vol. LIII, pp. 669 a 670.

²⁹¹ DUPUY, P.M., «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États...», *op. cit.*, p. 346.

²⁹² Como señala el profesor Carrillo «...en todo caso, es preciso tener en cuenta que los principios y reglas que rigen este tipo de relación jurídica de responsabilidad no están todavía suficientemente precisados y mucho está todavía en discusión, ya que se trata de difíciles cuestiones no resueltas definitivamente y respecto de las que aún no existe un consenso generalmente aceptado por los Estados», CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, *op. cit.*, p. 164.

esta expresión conllevaba; así, el texto adoptado por el Comité de Redacción en agosto de 2000 regulaba en sus artículos 41 y 42 los hechos internacionalmente ilícitos especialmente graves (el antiguo crimen internacional) denominados como *la violación grave (...) de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales*. Esta formulación no corregía las incertidumbres del controvertido artículo 19 sino que, por el contrario, planteaba distintas interrogantes que podían dar lugar a importantes conflictos de interpretación. La sustitución efectuada fue ampliamente aceptada por los Gobiernos en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas a pesar de la presión del grupo de Estados contrarios, desde un primer momento, a la expresión crimen internacional, para los que la nueva categoría regulada en el artículo 41 del Proyecto (2000) «simplemente era otra expresión para el crimen internacional», considerándola contraria al Derecho internacional consuetudinario e innecesaria. Las fuertes presiones de ese reducido y poderoso grupo de Estados tuvieron como consecuencia una nueva revisión del artículo 41 que pasó a ser el actual artículo 40 con la denominación de *violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho internacional general* (artículo 40.1).

En la definitiva formulación, inspirada directamente en la terminología del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, la Comisión de Derecho Internacional abandonó la utilización de términos abiertos y optó por mantener la esencia de los crímenes internacionales sustituyendo su formulación concreta por otra que consideró como una categoría propia, específica de responsabilidad, las *violaciones graves de obligaciones que emana de normas imperativas de Derecho internacional general*. Por el contrario, a diferencia de lo establecido en el antiguo artículo 19, la Comisión no ha considerado oportuno ofrecer una enumeración de estas normas imperativas; para su identificación hay que acudir al comentario del Proyecto en el que se señala el denominado «*ius cogens reforzado*» (agresión y genocidio) junto a ilícitos como la esclavitud, la discriminación racial o el *apartheid*.

De especial relevancia en la identificación de esta categoría de ilícitos es la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en torno a tres asuntos esenciales en la materia que nos ocupa como son el *asunto de la Barcelona Traction*, el *asunto de Timor Oriental*, y el *asunto de la aplicación del Convenio para la prevención y represión del crimen de genocidio*.

Ciertamente, la fórmula adoptada por la CDI en el 2001 y finalmente aprobada por la Asamblea General para sustituir a la figura del crimen internacional es más clara y concisa que la manejada en el Proyecto de 2000, a pesar de mantener sin respuesta distintas interrogantes comunes a la realidad reflejada con independencia de la terminología utilizada. En este sentido, brilla por su ausencia la regulación de posibles mecanismos institucionales tendentes a dotar de garantía y contenido el procedimiento de creación, alcance y contenido de la categoría de normas recogidas con distinto nombre en el artículo 19 del Proyecto de 1996, el artículo 41 del Proyecto de 2000 o el artículo 40 del Proyecto de 2001.

Más allá de la terminología utilizada, igualmente se pone de manifiesto la dificultad ya planteada por el Relator especial Ago de dotar a esa diferenciación normativa de contenido propio que supere el alcance meramente descriptivo de la diferenciación. De esta forma, se hace necesaria la valoración de un elemento fundamental como es la regulación final del régimen jurídico atribuible a la comisión de una violación grave de una obligación nacida de una norma imperativa. La complejidad y dificultad que entrañan estas consecuencias determina a su vez un análisis de dos ideas básicas: en primer lugar, las posibles diferencias generadas por la comisión de una violación grave frente al resto de ilícitos internacionales; en segundo lugar, la categoría de Estados con competencias para invocar la responsabilidad del autor de la violación grave y la concreción de los derechos y obligaciones de dichos Estados. Ambas ideas resultan aquejadas de una cierta dosis de confusión ante la regulación en un mismo nivel de la violación de obligaciones multilaterales nacidas de normas convencionales y la regulación de violaciones graves de obligaciones esenciales nacidas de normas imperativas. Por un lado, las primeras originan un régimen multilateral entre el Estado infractor y el resto de Estados partes en el tratado internacional; por otro lado, las segundas dan lugar a la universalización de la responsabilidad internacional entre el Estado infractor y el resto de Estados miembros de la comunidad internacional.

En primer lugar, respecto a las consecuencias atribuibles a la comisión de una violación grave de una obligación nacida de una norma imperativa hay que señalar que todo hecho internacionalmente ilícito genera para el Estado que lo ha cometido la obligación de cesar en su conducta, si es que continúa, ofrecer, si las circunstancias lo exigen, garantías y seguridades no repetición y, en todo supuesto, la obligación de reparar el perjuicio

causado al Estado víctima del mismo. La obligación de reparar ha sido objeto de una diferente regulación en el Proyecto aprobado en primera lectura en 1996, el Proyecto aprobado por el Comité de redacción en el 2000, y el texto finalmente adoptado por la Asamblea General; así el Proyecto aprobado en 1996 imponía directamente al Estado autor además de la obligación de reparar, otras consecuencias que hacían la responsabilidad más gravosa.

En este sentido, el artículo 52 del Proyecto de 1996 negaba al Estado autor de un crimen internacional las limitaciones que en el Proyecto se reconocían para el Estado responsable de un delito internacional con respecto a dos de las modalidades concretas de reparación: en primer lugar, el Estado responsable de la comisión de un crimen internacional tenía la obligación de restituir al Estado lesionado aunque ello implicase para él una carga desproporcionada respecto de la ventaja obtenida por el Estado lesionado o, aunque resultase menoscabada su independencia política o estabilidad económica; en segundo lugar, un Estado responsable de un crimen internacional obligado a adoptar medidas de satisfacción se vería compelido a hacerlo aunque esas medidas conllevasen una quiebra a su dignidad soberana.

Ambas medidas —consideradas por el Relator especial Crawford de inadecuadas, poco realistas, de una llamativa severidad e irritantemente provocadoras de la dignidad de Estados soberanos— fueron sustituidas por otra de menor intensidad, como es el pago de dinero (artículo 42.1, Proyecto 00). La reacción por parte de las distintas delegaciones fue inmediata ante las interrogantes formuladas por la propia redacción del artículo 42.1: ¿cuándo procedería el pago económico?, ¿quién tendría competencias para decidirlo?, ¿qué criterios servirían para calcular los daños y perjuicios según la gravedad violada? La ausencia de respuestas, a pesar de la distintas aclaraciones hechas por Crawford, determinó la eliminación de la obligación para el Estado autor de la violación grave de pagar daños y perjuicios que reflejasen la gravedad de la violación. La explicación dada a esta ausencia por parte tanto del Presidente del Comité de Redacción como del Relator fue especialmente rotunda y significativa: *la desaparición del párrafo 1 del artículo 42 del texto de agosto fue el precio que hubo que pagar para poder mantener el capítulo III —actuales artículos 41 y 42— en su conjunto, es decir, «para poder seguir reflejando en el Proyecto de artículos la distinción entre dos categorías distintas de responsabilidad».*

Igualmente en el ámbito de las consecuencias, desde un primer momento se han determinado consecuencias adicionales a las violaciones que nos ocupan al imponer ciertas obligaciones, denominadas «obligaciones de solidaridad», a cargo de todos los demás Estados: obligación de no reconocimiento, obligación de no ayudar ni asistir, y por último obligación de cooperar para poner fin a la violación. El texto definitivo de la Resolución 56/83 recoge una serie de modificaciones de menor importancia respecto a la regulación del Proyecto de 1996 y del Proyecto 2000: en primer lugar, altera el orden apareciendo en primer lugar la obligación de todos los Estados de cooperar para poner fin a la violación, y en segundo lugar la obligación de no reconocer y no ayudar o asistir. La aparición en primer lugar de la obligación de cooperar se ha visto acompañada por una modificación de especial entidad como es la eliminación de la limitación que establecía el Proyecto de 2000 de cooperar «en la medida de lo posible»; esta limitación ha sido sustituida por una limitación nueva como es la obligación de cooperar «por medios lícitos» estrechamente relacionada con la regulación final adoptada en relación a la polémica figura de la adopción de contramedidas por parte de Estados terceros.

Ciertamente, la regulación finalmente adoptada determina que la violación grave de normas imperativas sólo genera como consecuencia adicional a la obligación de reparar que tiene el Estado culpable, el nacimiento para todos los demás Estados de esas obligaciones de solidaridad. La existencia de estas genéricas obligaciones de todos los Estados en caso de la violación grave constituyen, a pesar de su aparente precariedad, uno de los posibles avances obtenidos que no deben ser objeto de infravaloración.

Curiosamente llama la atención que el texto final establezca para las violaciones graves de normas imperativas consecuencias de menor intensidad que las establecidas en el texto adoptado en primera lectura respecto a la figura de los crímenes internacionales; consecuencias que en su momento fueron calificadas de pobres e insuficientes han sido más rebajadas aún respecto a la figura de la violación grave de una norma imperativa. Esta realidad permite confirmar que la cuestión no era sólo un asunto de terminología sino que, por el contrario, había y sigue existiendo algo más profundo en la modestia con que se ha regulado la responsabilidad del Estado por la comisión de violaciones graves.

En segundo lugar, el Estado responsable de la violación grave de una norma imperativa está obligado a soportar consecuencias

referidas al modo y manera de invocar la responsabilidad y a la manifestación de la figura de las contramedidas, es decir, medidas que tanto el Estado lesionado como en ciertos supuestos terceros Estados están legitimados a adoptar ante la continuación del hecho ilícito y ante la negativa a hacer frente a las consecuencias anteriormente mencionadas. En este sentido, resulta determinante establecer qué derechos tienen reconocidos las distintas categorías de Estados ante la comisión de una violación grave.

El Proyecto de 1996 se limitó a establecer una rígida diferenciación normativa sin reflejo en las posibles consecuencias *lato sensu*; así, se regulaba de igual modo la situación del Estado directamente víctima como la de terceros Estados, ambos bajo la categoría de Estado lesionado: todos, sin ningún tipo de distinción, podían invocar la responsabilidad del Estado infractor.

Objeto de severas críticas, este planteamiento ha sido finalmente modificado en orden a la invocación de la responsabilidad distinguiendo entre Estados lesionados y no lesionados, pero habilitados para invocarla: en primer lugar, Estados lesionados son aquellos que resulten *especialmente afectados por la violación* que se tenía para con ellos o respecto de la comunidad internacional en su conjunto; en segundo lugar, los Estados no lesionados, pero legitimados para invocar la responsabilidad son todos los Estados existentes en el supuesto de violación de obligaciones establecidas para la protección de intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. La importancia fundamental de esta acertada distinción radica en la concreción de los derechos y obligaciones de los distintos Estados en función de la categoría a la que pertenezcan.

En este sentido, mientras la situación de los Estados lesionados se enmarca en el régimen de la responsabilidad internacional tradicional, la posición de los Estados terceros se caracteriza por dos ideas básicas: en primer lugar, este grupo de Estados tienen legitimidad para reclamar en su propio nombre el cese del hecho ilícito y exigir al Estado responsable seguridades y garantías de no repetición; en segundo lugar, por el contrario, esta categoría de Estados sólo podrán reclamar al Estado responsable el cumplimiento de la obligación de reparar en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada. La introducción de esta limitación en la posición de los Estados terceros implica que son los Estados lesionados, y en su caso los beneficiarios de la obligación violada, los que respecto de la reparación tendrán siempre la última palabra.

Este reconocimiento de la posibilidad de Estados terceros de demandar al Estado responsable el cese, y en su caso, seguridades y garantías de no repetición, así como que cumpla su obligación de reparar en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada ante la comisión de violaciones graves de normas imperativas, supone uno de los grandes logros conseguidos equiparable, con importantes salvedades, a una *actio popularis embrionaria*. La oportunidad del término *actio popularis* tiene que ser matizada, ante la realidad de la jurisdicción voluntaria de la CIJ, incluso en el supuesto de violaciones graves de normas imperativas; de esta forma, el posible reconocimiento de una *actio popularis* aparece reflejado en la posibilidad de terceros Estados de exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones a Estados responsables de violaciones graves de normas imperativas incluso en la desafortunada ausencia de todo marco institucional.

La gravedad de la ausencia institucional en el marco de la Resolución 56/83 queda reforzada ante la igualmente desafortunada ausencia de un sistema de arreglo de controversias de acceso obligatorio y con una decisión vinculante al que esos Estados habilitados hubieran podido llevar posibles controversias; este planteamiento es consecuencia de la decisión adoptada por el Comité de redacción en el Proyecto de 2000 y finalmente reflejada en el texto de la Resolución 56/83 de «dejar pendiente» toda la Tercera parte del Proyecto de 1996 dedicada a la regulación del arreglo de controversias.

Por su parte, resulta especialmente polémica la regulación adoptada respecto a la manifestación de la figura de las contramedidas en cuanto medidas que el Estado lesionado por la violación grave de una norma imperativa está legitimado a adoptar cuando el autor de la violación continúa con la comisión del ilícito o se niega a reparar las consecuencias del ilícito según las normas secundarias sobre responsabilidad. En este sentido, la regulación finalmente adoptada supone el paso de una situación, Proyecto Comité de redacción 2000, en la cual ante la comisión de violaciones graves de normas imperativas los terceros Estados podían tomar contramedidas en interés del Estado lesionado y de los beneficiarios de la obligación violada sin supeditarse a la decisión de ambos a la situación actual, en la que se ha renunciado a regular la posibilidad de contramedidas de terceros Estados ante la comisión de violaciones graves de normas imperativas; de esta forma, la regulación finalmente aceptada queda reducida a una *cláusula sin perjuicio* aplicable en general a toda hipótesis

de contramedidas por Estados terceros, con independencia de la existencia o no de Estados lesionados, por la cual se pierde una ansiada oportunidad de regular el tema de las contramedidas de terceros Estados en caso de las violaciones más graves del Derecho internacional, tanto respecto a un Estado como respecto a las posibles víctimas no estatales.

En definitiva el texto finalmente adoptado, después de 50 años de arduo trabajo, está caracterizado por un andar en doble dirección; los momentos finales en la elaboración del proyecto, fruto de la situación de incertidumbre reinante en el Derecho internacional, no permitan vaticinar grandes logros. Frente a esta situación, la única puerta de esperanza aparece en la posibilidad de seguir trabajando, en el marco del proyecto, en años futuros que permitan dilucidar las grandes interrogantes planteadas por los hechos ilícitos contra la comunidad internacional.

Bibliografía

- ABELLÁN HONRUBIA, V., «La responsabilité internationale de l'individu», *R.C.A.D.I.*, t. 280, 1999, pp. 137 a 210.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Normas de *Ius Cogens*, efecto *Erga Omnes*, Crimen Internacional y la Teoría de los círculos concéntricos», *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, 1995, pp. 3 a 22.
- AGO, R., «Le délit international», *R.C.A.D.I.*, t. 68, 1939-II, pp. 419 a 554.
—, «Nouvelles réflexions sur la Codification du Droit International», *R.G.D.I.P.*, t. 92/1988/3, pp. 539 a 576.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «El Sistema de las Naciones Unidas y los crímenes internacionales de los Estados», *La ONU 50 años después*, Sevilla, 1996, pp. 151 a 200.
—, «El desarrollo normativo del orden público internacional», *Proyecto docente* (inédito), Sevilla, 2001.
—, «Contre-mesures et règlement des différends», *R.G.D.I.P.*, t. 108/2004/2, pp. 347 a 381.
- ANNACKER, C., «The Legal Régime of *erga omnes* Obligations in International Law», *A.J.P.I.L.*, 1994, pp. 131 a 166.
- BLANC ALTEMR, A., *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona 1990.
- BESNÉ MAÑERO, R., *El crimen internacional. Nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, 1999.
- BODANSKY, D., CROOK, R.J., «The ILC's State Responsibility Articles (symposium)», *A.J.I.L.*, vol. 96, octubre 2002, n.º 4, pp. 773 a 891.
- BOLLO AROCENA, M.ªD., *Derecho internacional penal (Estudio de los crímenes internacional y de las técnicas para su represión)*, Servicio editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- CARDONA LLORENS, J., «La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional», *Anuario de Derecho internacional*, vol. III, 1985, pp. 265 a 336.
—, «Deberes jurídicos y responsabilidad internacional», *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 147 a 166.
—, «Una relectura del artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas a la luz del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados», *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Dranas-Lerner, Argentina, tomo I, pp. 533 a 548.
- CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Madrid, Ed. Tecnos, 2.ª edición, 1976.
—, *La distinción entre crímenes y delitos internacionales. Una posible aportación iberoamericana a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados*. Ante Proyecto de Ponencia al XII Congreso del I.H.L.A.D.I, Mérida, Venezuela, 1980.
—, *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991.
—, «Droit international et souveraineté des Etats», *R.C.A.D.I.*, t. 257, 1996-I, pp. 35 a 222.
—, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, 4.ª reimpresión de 1999.
—, «La Cour Pénale Internationale: l'humanité trouve une place dans le Droit International», *R.G.D.I.P.*, t. 103/1999/1, pp. 24 a 28.
- CASADO RAIGÓN, R., «Nota sobre el *ius cogens* internacional», *Derecho y Opinión, Revista del Departamento de Disciplinas Histórico-jurídicas y Económico Sociales*, octubre, 1992, n.º 0, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1992.
—, «Las obligaciones "erga omnes" en el Derecho internacional contemporáneo», *La Ley*, 1985, pp. 1033 a 1041.
- CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, 2001.
—, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003.
- CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de obligaciones *erga omnes*, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, n.º 4, pp. 1 a 14.
- CONDORELLI, L. y BOISSON DE CHAZOURNES, L., «Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances», en *Etudes et essais de droit international humanitaire et de principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, 1984.
—, «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalmente illicite: solution classiques et nouvelles tendances», *R.C.A.D.I.*, t. 189, 1984-VI, pp. 9 a 22.
- CRAWFORD, J., «Counter-measures as interim measures», *E.J.I.L.*, vol. 5, n.º 1, 1994, pp. 65-76.
—, «El *ius standi* de los Estados: una crítica al artículo 40 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2000, n.º 1, pp. 1 a 25.

- , *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad internacional del Estado (Introducción, textos y comentarios)*, Dykinson S.L., 2004.
- CRAWFORD, J., PEEL, J., OLLESON, S., «The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading», *E.J.I.L.*, 12 (2001), pp. 943 a 962.
- DAILLIER, P., PELLET, A., (QUOC DINH, N., —fallecido—), *Droit international public*, L.G.D.J., 7.ª ed., 2002.
- DECAUX, E., *Droit international public*, 3.ª ed., Ed. Dalloz, 2002.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z., «Las normas imperativas de Derecho internacional general (*ius cogens*), Dimensión sustancial», *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Dranas-Lerner, Argentina, tomo I, pp. 647 a 681.
- DUPUY, P.M., «Action publique et crime international de l'État: a propos de l'article 19 du projet de la Commission du Droit International sur la Responsabilité des États», *A.F.D.I.*, 1979, pp. 538 a 554.
- , «Observations sur le crime international de l'État», *R.G.D.I.P.*, t. 84/1980/2, pp. 450 a 486.
- , «Observations sur la pratique récente des sanctions de l'illicite», *R.G.D.I.P.*, 1983, pp. 505 a 548.
- , «Le fait générateur de la Responsabilité internationale des États», *R.C.A.D.I.*, t. 188, 1984-V, pp. 3 a 182.
- , *Droit International Public*, París, 6.ª ed., Ed. Dalloz, 2002.
- , «International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State», *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, ed. A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES, Ed. Oxford, 2002, vol. I, pp. 1085 a 1101.
- , «Quarante ans de codification du Droit de la responsabilité internationale des États. Un bilan», *R.G.D.I.P.*, t. 107/2003/2, pp. 305 a 347.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, AEPDIR/BOE/Escuela Diplomática, 2000, Colección Escuela Diplomática, n.º 4.
- EUSTATHIADES, C.Th., «Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances», *R.C.A.D.I.*, t. 84, 1953-III, pp. 397 a 672.
- FERNÁNDEZ-PALACIOS GORDON, E., «La distinción entre crímenes y delitos internacionales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 66, 1982, pp. 169 a 197.
- FERRER LLORET, J., *Responsabilidad internacional de los Estados y Derechos humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional*, Ed. Tecnos, Madrid 1998.
- FRÖWEIN, J., «Reactions by not Directly Affected States to Breaches of public International Law», *R.C.A.D.I.*, t. 298, 1994-IV, pp. 344 a 438.
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GOUNELLE, M., «Quelques remarques sur la notion de *crime international* et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État», *Le droit international unité et diversité*, Mélanges offerts a Paul Reuter, Ed. Pedone, 1981, pp. 314 a 327.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El punto final (¿?) de un largo debate: los "crímenes internacionales"», *R.E.D.I.*, 2001, 1 y 2, vol. LIII, pp. 11 a 48.
- , «Las contramedidas de Estados «terceros» por violación de ciertas obligaciones internacionales», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XI, 2001-2002, pp. 15 a 49.
- , «¿Actio popularis en Derecho internacional?» (El Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado de agosto de 2001)», *Estudios de Derecho internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Dranas-Lerner, Argentina, tomo I, pp. 549 a 577.
- , «Por una responsabilidad "responsable". A propósito del Proyecto definitivo de artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos», *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI*, Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Garona, Trotta, Madrid, 2002.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional», *La Responsabilidad Internacional, aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante, 1990, pp. 17 a 94.
- JØRGENSEN, N., *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, 2000.
- JUSTE RUIZ, J., «Las obligaciones "erga omnes" en Derecho internacional público» *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, t. I, Madrid 1979, pp. 397 a 415.
- KELSEN, «Théorie du Droit international public», *R.C.A.D.I.*, t. 84, 1953-III, pp. 4 a 201.
- LEBEN, CH., «Les contre-mesures inter-étatiques et les reactions à l'illicite dans la Société internationale», *A.F.D.I.*, 1982, pp. 9 a 77.
- LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M., *La Corte Penal Internacional, Justicia «versus» impunidad*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., «Responsabilidad e irresponsabilidad de los Estados y Derecho internacional», *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en Homenaje al Profesor. Diez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 473 a 487.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., «Le Droit International à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs», *R.C.A.D.I.*, t. 274, 1998, pp. 9 a 308.
- PEDAUYE, A., «Los crímenes de los Estados (Proyecto de artículo 19 elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional)», *R.E.D.I.*, 30-31, 1977-1978-1979, pp. 24 a 39.
- PÉREZ GIRALDA, A., «El Proyecto de la Comisión de Derecho internacional sobre Responsabilidad de los Estados, al final del camino», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002, n.º 4, pp. 1 a 23.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Los Gobiernos y el "ius cogens": las normas imperativas del Derecho internacional en la Sexta Comisión», *Estudios de Derecho Internacional público y privado, Homenaje al Profesor Luis Sela Sampil*, t. I, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 105 a 145.

- PUEYO LOSA, J., «Represalias, uso de la fuerza y crímenes internacionales en el actual orden jurídico internacional», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 1988, pp. 45 a 147.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., *El Derecho internacional en el umbral del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 1999.
- RÖLING, B.V.A., «Quelques reflexions sur le droit criminel supranational», *Revue Internationale de Droit Penal*, 1964, I y II, pp. 39 a 46.
- ROSENNE, SH., «The perplexities of modern International Law», *R.C.A.D.I.*, t. 291, 2001, pp. 9 a 472.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Los delitos de Derecho internacional, Tipificación y Represión Internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- RUZ COLOMÉ, M.A., «El Tercero indispensable en el asunto del Timor oriental: una noción a la medida de la Corte Internacional de Justicia para la determinación de su propia competencia», *R.E.D.I.*, 1996, pp. 261 a 269.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SIMMA, B., «From Bilateralism to Community Interest in International Law!», *R.C.A.D.I.*, t. 250, 1994-VI, pp. 217 a 384.
- SPINEDI, M., «International Crime of State: The Legislative History», *International Crimes of State (A critical analysis of the ILC's Draft article 19 on state responsibility)*, Firenze, 1989, pp. 7 a 140.
- , «From One Codification to Another: Bilateralism and Multilateralism in the Genesis of the Codification of the Law of Treaties and the Law of State Responsibility», *E.J.I.L.*, vol. 13, 2002, n.º 5, pp. 1027 a 1099.
- TORRES UGENA, N., «Responsabilidad internacional del Estado: Reflexiones sobre algunas cuestiones controvertidas», *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, tomo I, Ed. Dnas-Lerner, pp. 513 a 533.
- VILARIÑO, P., «Consideraciones respecto a la configuración del crimen y delito internacional», *R.E.D.I.*, 1982.
- V.V.A.A., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- WEILER, J.H.H.; CASSESE, A. y SPINEDI, M. (eds.), *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC's Draft Articles 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1989.
- Documentos de la comisión de derecho internacional citados*
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II, 2.ª parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 28.º período de sesiones, Doc. A/31/10.
- Anuario...* 1980, vol. II, 2.ª parte. Aprobación en primera lectura de la primera parte del Proyecto de artículos, relativo al «origen de la responsabilidad internacional», Doc. A/35/10.
- Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinquagésimo primer período de sesiones, Suplemento N.º 10* (A/751/10); la Comisión concluyó la primera lectura de la segunda y tercera parte del Proyecto de artículos dedicadas al contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional y los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional respectivamente.
- Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones, *Documentos oficiales...*, (A/55/10).
- Comisión de Derecho Internacional, *Responsabilidad de los Estados, Comentarios y Observaciones recibidos de los gobiernos*, Doc., A/CN.4/515.
- Tercer Informe del Relator Especial Sr. Roberto Ago sobre el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, Doc. A/CN.4/246.
- Quinto Informe..., Doc. A/CN.4/291 Y Add. 1 y 2.
- Informe preliminar del Relator Especial Sr. Riphagen sobre el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, Doc., A/CN.4/330.
- Segundo informe..., Doc., A/CN.4/344.
- Tercer Informe..., Doc., A/CN.4/354 y add 1 y 2.
- Segundo Informe del Relator Especial Sr. Arangio-Ruiz sobre el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, Doc., A/CN.4/425 y add. 1.
- Quinto informe..., Doc. A/ CN.4/453/Add.3, (¿Responsabilidad internacional de los Estados, de los individuos o de ambos?).
- Primer informe del Relator Especial Sr. James Crawford sobre el Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, Doc. A/CN.4/490.
- Segundo informe..., Doc. A/CN.4/498.
- Tercer informe ..., Doc. A/CN.4/507.
- Cuarto informe ..., Doc. A/CN.4/517.

The UN Special Procedures in the field of human rights. Institutional history, practice and conceptual framework

Ingrid Nifosi*

Introduction

Nowadays it is acknowledged that the UN system of human rights protection is made up of two major components: committees that monitor States' compliance with human rights Conventions, also called treaty-monitoring bodies, and the Special Procedures (SPs) the UN Commission on Human Rights (CHR) has been establishing since the second half of the 1960s. SPs is a technical wording used to mean international experts appointed by the UN CHR and charged with the task of dealing with questions relating to human rights. In the UN jargon, the experts are called Special Rapporteurs (SRs) when a single individual is tackling human right situations, or Working Groups (WGs) when they work in groups of five experts to carry out the human rights activity entrusted by the CHR.

While the pertinent literature on treaty-monitoring bodies is comprehensive and thorough, SPs have received little attention by scholars. Specifically, even though articles have been written on the institution and practice of the SPs¹, a conceptual definition has not yet been elaborated. Moreover, it seems fair to maintain that the UN CHR's practice itself has in part hindered such an

analytical process. In this regard it is noteworthy that the establishment of SPs, especially from the 1980s onwards, has evidenced a serious shortcoming: a lack of methodical and conceptual clarity. In fact, while the creation of the UN human rights mechanisms initially was based on an implicit hierarchy depending on the gravity of the situation and the kind of response by the Commission², since the second half of the 1980s the CHR's «creative boost» has failed to meet the above criteria and has blurred their significance³. The lack of rationale and consistency in the establishment of the Procedures has thus hindered the development of a coherent conceptual definition of SPs by the CHR itself. Indeed, «conceptual neatness and institutional clarity are not necessarily hallmarks of UN action»⁴.

All this considered, this study tries to fill the gap in the analysis of SPs by developing and putting forward a conceptual definition of the UN mechanisms in question. To this aim it will turn on three main questions: Are there some «constitutional elements» of SPs? What are the main features of SPs' human rights activity? What is the significance of such activity in terms of Human Rights Protection and Monitoring?

* Ingrid Nifosi holds a PhD in International Law earned at Scholar Superior Santana of Pisa (Italy). At present she is a researcher at the Center for Development Policy and Management of University of Antwerp.

¹ See for instance, RODLEY, N., «The United Nations Non-Treaty Procedures for Dealing with Human Rights», in HANNUM, H. (eds.), *Guide to International Human Rights Practice*, 1994, at 70; JERNOW, A., «Ad Hoc Extra-Conventional Means for Human Rights Monitoring», in *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 28, 1996, at 97; BOSSUYT, M.,

«The Development of Special Procedures of the United Nations Commission on Human Rights», in *Human Rights Law Journal*, vol. 6, 183-206.

² ALSTON, P., «The Commission on Human Rights», in *The United Nations and Human Rights*, 1992, at 165.

³ *Ibidem*.

⁴ BUERGENTAL, T., «New Customary Law: Taking Human Rights Seriously?», in *American Society of International Law and Procedure*, vol. 87, 1993, at 230-231.

The avenue that will be followed in order to answer the above questions is to attempt to define the SPs in light of a careful and thorough analysis of the CHR's Resolutions creating them (Section I) and their practice (Section II).

Before engaging in the analysis of the UN documents, it is worth providing the main details of the institutional history of the UN Procedures. This exercise will elucidate the reasons that brought about the establishment of the SPs' system and draw up the historical and institutional background with which to begin a study aimed at elaborating a conceptual definition of the UN SPs.

1. *The Establishment of the SPs*

The establishment of the SPs, a tremendous development in UN activity in the field of human rights, is the climax of the legal and political empowerment of the CHR. An empowerment that followed the first twenty years of the Commission's practice (1946-1966), a period of time that may be stigmatized as the *no power to act phase*. In this lapse of time, the UN body, on the basis of a restrictive interpretation of its mandate, decided that it had no power to act with respect to individual communications concerning human rights and confined its activity to a mere promotional ambit⁵. Despite such a self-denial policy, during the twenty years in question the CHR gave a significant contribution to the international Protection of human rights. The UN body played a key role in setting up part of its normative structure by drafting the two pivots of international human rights treaty law. Namely, the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights and the International Covenant of Civil and Political Rights, which, *inter alia*, provided for the creation of the most authoritative human rights treaty monitoring body. That is, the Human Rights Committee.

⁵ *Commission on Human Rights, Report of the First Session, E/259*, para. 22. See also Sir Lauterpacht and Professor Alston's comments: LAUTERPACHT, H., *The International Protection of Human Rights, 70 Recueil des Cours 5*, 1947; «Reports on Human Rights, the Charter of the UN and the International Bill of the Rights of Man», in I.L.A., *Report of the Forty-Third Conference*, Brussels, 1948, at 80, 96-103, 128-129., ALSTON, *supra note 2*, at 142.

⁶ GA Resolution 1514 (XV), 14 December 1960, Y.U.N. 49, and GA Resolution 1654 (XVI), 14 December 1960, Y.U.N.56; ECOSOC Reso-

The legislative pattern that led to the CHR's emancipation may be traced back to the decade 1966-1977, during which there has been a gradual, but significant, attribution of competences to the Commission as enshrined in some ECOSOC and General Assembly (GA)'s Resolutions⁶. Among these documents, ECOSOC Resolution 1235 XLII of 1967⁷ is especially relevant. As a matter of fact, requesting the CHR «to examine information relevant to gross violations of human rights and fundamental freedoms»⁸, carrying out «a thorough study of situations which reveal a consistent pattern of violations of human rights»⁹, the above document constitutes the legal basis for the establishment of the SPs. Actually, the SPs draw their juridical origin from Resolution 1235, since they were to be the tools the CHR singled out and employed to carry out the «thorough study» entrusted by its parent body. Besides, during the eighties the Commission would have broadened the scope of such a «thorough examination» including phenomena of human rights violations occurring on a world-wide scale. Stated differently, the Commission deduced from the wording of ECOSOC Resolution 1235 the implicit authorization to appoint international experts, and to entrust them with the tasks of examining information on human rights violations¹⁰, studying in the light of such information either human rights Country situations or human rights phenomena, and reporting on the result of such studies.

If the adoption of Resolution 1235 lays down the legal foundation for the creation of the SPs, it has also to be borne in mind that two other developments played a crucial role in fostering the establishment of the human rights mechanisms. Indeed, these two developments created the right political climate and *consensus* necessary for using Resolution 1235 to set up human rights monitoring procedures under the auspices of UN, and not provided by any International Covenant.

lution 1102 (XL), 4 March 1966, ESCOR XL, supp. 1, E/4176, at 6; ECOSOC Resolution 1102 (XL), 4 March 1966, ESCOR XL, supp. 1, E/4176, at 6; AG Resolution 2144 A (XXI), 26 October 1966, GAOR XXI, Supp. 16 (A/6316), at 46-47;

⁷ ECOSOC Resolution 1235, ESCOR XLII, Supp. 1, (E/4393), at 17-18.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ ZUIDWIJK, T., *Petitioning the United Nations. A Study on Human Rights*, 1982, at 20.

The first development is the second increase of the CHR's membership in summer 1966¹¹. Such enlargement of the Commission's composition had a strong impact on the political dynamics of the UN body, provoking significant changes in its practice and decision-making process. As a matter of fact, ECOSOC's decision to authorize the increase in the number of the Commission's members from 21 to 32, 20 of which were representatives of the former Asian and African colonies of Western States, marked a significant loss of power of the Western Countries and the rise of a new Afro-Asian majority within the CHR¹². Significantly, the new majority was strongly and truly determined to develop non-treaty based communication type procedures to tackle phenomena of racial discrimination and adopted the UN CHR as the proper international body within which and through which to achieve such an aim¹³.

In this respect it is noteworthy that the rise of the new majority within ECOSOC's subsidiary body was almost to coincide with the second development. That is, the adoption of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (ICERD) by the GA in 1965¹⁴, which provided for a procedure for the examination of complaints, from individuals or groups, against those state parties of the Convention which accepted the procedure in question¹⁵. The adoption of the ICERD strengthened the determination of the new members of the Commission to create extra-conventional monitoring procedures, meant to be additional tools to deal essentially with racial discrimination, the scope of which was to be re-shaped and broadened in the light of the wording of Resolution 1235 to include the examination of any human rights Country situations and phenomena¹⁶.

Before concluding, it should be noted that it took almost twenty years for the SPs to develop, from the beginning of the seventies to the first half of the nineties. In other words, the establishment of the system of the SPs was the result of an incremental process that culminated in the nineties, and that was not foregone during the decade following the adoption of Resolution 1235 (1967-1977).

In the period in question, the CHR reviewed only colonial situations or matters related to racial discrimination¹⁷ although, as seen, Resolution 1235 gave the CHR the mandate to examine any situation. In this respect, the failure of the then Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities' endeavors to include Greece and Haiti in a list of exclusively colonial situations to be brought to the attention of the Commission¹⁸ and the consequent inability of the latter to take any action with respect to the two cases in question are especially symptomatic¹⁹.

Thus, during the decade 1967-1977, the CHR authorized investigations under Resolution 1235 with respect to three special human rights situations: that in South Africa, the one concerning the Arab Territories occupied by Israel in 1967, and the situation in Chile. In each case the Commission established a Working Group.

The Working Group on South Africa (WGSA) was created on 6 March 1967²⁰ with the task of investigating cases of torture and ill-treatment of prisoners and detainees in the state in question.

Two years later, the Working Group on Arab Territories (WGAT) was mandated to investigate breaches of the Fourth Geneva Convention in the territories occupied by Israel after the six days war²¹.

¹¹ It has to be noticed that the CHR composition was enlarged for the first time by ECOSOC in 1961. The Commission members increased from 18 to 21. See with this respect TOLLEY, H., *The United Nations Commission on Human Rights*, 1987.

¹² KENNY, K., «Formal and Informal Innovations in the United Nations Protection of Human Rights: The Special Rapporteur on the Former Yugoslavia», in *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 48, 1995, a at 22.

¹³ ALSTON, *supra* note 2, at 143.

¹⁴ GA Resolution 2106 (XX), 21 December 1965.

¹⁵ *Ibidem*, Article 14.

¹⁶ In addition it is noteworthy that the new Afro-Asian majority was supported by the Socialist states, that, as ALSTON noticed, *supra* note 2, «were happy to encourage attention to what were assumed to be quintessentially

Western sins», and by the then US government that by the mid-sixties committed itself to the implementation of civil and political rights.

¹⁷ ALSTON, *supra* note 2, at 157.

¹⁸ See ZUIDWIJK, *supra* note 10, at 21 and ALSTON, *supra* note 2, at 157. For further details on the discussion concerning the Haitian and Greek cases within the Commission see ZUIDWIJK at 21-23.

¹⁹ *Report on the Twenty-Fourth Session of the Commission on Human Rights*, E/4475, (1968), paragraphs 140-210.

²⁰ CHR Resolution 2 (XXIII), *Commission on Human Rights, Report on the Twenty-Third Session*, ESCOR, XLII, Supp. No. 6, (E/4322), paragraph 186.

²¹ CHR Resolution 8 (XXVI). See also *Commission on Human Rights Report on the Twenty-Sixth Session*, ESCOR XLVIII, Supp. No. 5, E/4816, at 78.

Finally, in 1974, the CHR established a Working Group to inquire into the human rights situation in Chile after the 1973 military *coup*²².

This last case was crucial for the development of the system of SPs for a special reason. The three WGs were established on the «understanding» that they would have not constituted a precedent, as they investigated situations presented as unique by the sponsors of the bodies in question²³.

However, as noticed²⁴, while the South African and Arab cases were *sui generis*, concerning, respectively, the institutionalization of racism at every level of the society and a particular situation brought about by the six days war of 1967, the Chilean case was deeply different. It concerned neither racial discrimination nor colonialism, the main issues dealt with by UN human rights organs in the period 1967-1977²⁵. As Zuijdwijk noticed, the case in question related to a situation that « ... [was] not considered in and of itself a violation of human rights. Condemning a government merely for acquiring power thorough a military *Coup* would not be acceptable at the UN. [The inquiry in Chile] was therefore primarily brought about by humanitarian concern»²⁶.

There were several reasons why the Chilean case had such a relevance: the Country had a long democratic tradition, the *coup* was particularly bloody, the overthrown government was a member of the non-aligned Movement and of the Socialist International, and the US involvement in the events of August-September 1973 were fully documented²⁷.

Therefore, the Chilean case was to be a crucial precedent for the use of Resolution 1235 potentially in *any situation*, «provided that the political will could be mustered»²⁸.

Thus, the case heralded a new phase of the Commission's activity, during which time the procedure under Resolution 1235 was to be employed more effectively and lead to the building up of the current SPs'system.

2. *The Setting up of the System of the Special Procedures*

The years 1978-1991 marked a new phase of the CHR's practice culminating in the establishment of several SPs. In this period, the UN Commission's human rights protection system was structured and built up. Its structure was made up of two main components, Country and Theme SPs²⁹. The main difference between these two SPs was to be the subject-matter of the human rights activity entrusted by the CHR. The former were authorized to study human rights situations occurring within the boundaries of certain states, while the latter were mandated to examine serious phenomena of human rights violations occurring on a world-wide scale.

Besides, SPs were to be international experts with a remarkable reputation in the field of human, and the examination entrusted to them was to be carried out either by a single individual, technically called Special Rapporteur (SR), or by a group, the so-called Working Groups (WGs).

Thus, since 1978 there has been a sort of «creative vein» of the Commission that, at first, led to the appointment of Country SRs such as the SR on Chile³⁰ and the SR on Equatorial Guinea³¹. Then, in the early 1980s the CHR appointed the SR for El Salvador and the expert on Bolivia³². Such appointments were followed by the establishment of the SR on Afghanistan and the SR on Iran in 1984 and 1985³³; the SR on Iraq, the SR on Kuwait Territories occupied by Iraq³⁴, the SR on Cuba³⁵ and the expert on Haiti in 1991³⁶.

²² CHR Resolution 8 (XXXI), 1975.

²³ ALSTON, *supra* note 2, at 158.

²⁴ *Ibidem*. See also ZUIJDWIJK, *supra* note 10, at 304.

²⁵ *Supra* note 24.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ NOWAK, M., «The Promotion and Protection of Human Rights by UN», *SIM Newsletter*, 2/1988, at 15-17; BOSSUYT, M., *supra* note 1.

³⁰ CHR Resolution 11 (XXXV).

³¹ CHR Resolution 15 (XXXV). For further details see RANDALL, F., «The United Nations Commission on Human Rights: the Equatorial Guinea Case», in *Human Rights Quarterly*, vol. 3, 1981, at 34-47.

³² Respectively CHR Resolution 32 (XXXVIII) 11 March 1981, and CHR Resolution 23 (XXXIII) 12 September 1980. See also BOSSUYT, *supra* note 1, at 184-185.

³³ Respectively: CHR Resolution 1984/55, 15 March 1984; CHR Resolution 1984/54, 14 March 1985. See also BOSSUYT, *supra* note 1, at 186-188, and 185-186.

³⁴ Respectively CHR Resolution 1991/74, and CHR Resolution 1991/67.

³⁵ CHR Resolution 1991/68. For further details see WEISSBRODT, D., «Country-Related and Thematic Developments at the 1988 Session of the United Nations Commission on Human Rights», in *Human Rights Quarterly*, vol. 10, 1988, at 550-558.

³⁶ E/CN.4/1991/33.

However, the most significant development a more extensive use of Resolution 1235 has produced has been the creation of Theme SPs. In 1980 the CHR created a Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGD)³⁷ as the UN response to the phenomenon of Enforced Disappearances in Argentina³⁸. Then, in 1981 the Commission appointed a Special Rapporteur on Extra-Legal Summary and Arbitrary Executions (SRESAEs)³⁹ and four years later it established the Special Rapporteur on Torture (SRT)⁴⁰. As will be illustrated in Section II, the above human rights mechanisms played a pivotal role in shaping the system of UN SPs. This is because of the brave interpretation they gave of their terms of reference: it allowed them to single out special work techniques for the implementation of their respective mandates which were, afterwards, endorsed by the CHR, and which, at present, are the procedural standards employed by all the Thematic and Country UN SRs⁴¹. Furthermore, it is especially noteworthy that such a daring reading of their respective terms of reference enabled the WGD and the two SRs to formulate authoritative legal interpretations of those international human rights rules they were mandated to examine, and to contribute to the Progressive Development of International Law⁴².

The establishment of three mentioned thematic SPs was followed by the institution of the SR on Religious Intolerance in 1986⁴³, the SR on Mercenaries in 1988⁴⁴, a SR on the Sale of Children in 1990 and a Working Group on Arbitrary Detention in 1991⁴⁵.

To conclude, at the beginning of the nineties the CHR brought the consolidation of its human rights protection and monitoring system to an end.

The system was to undergo further transformations during the first half of the nineties. It is, then, to an overview of this period that the analysis undertaken in this paper turns.

3. *The Special Sessions of the UN CHR and the 1993 Vienna Conference on Human Rights: Two Crucial Moments for the Introduction of Innovations in the System of the Special Procedures*

The first half of the 1990s was a very important time for the strengthening of the system of SPs. It is in this period that there has been the introduction of several innovative elements in the system of SPs, which have testified a new trend in human rights protection under the auspices of the UN.

Some innovations were formally introduced by the CHR during its first and second special sessions and relate to the mandate of the Special Rapporteur on the Former Yugoslavia (SRFY)⁴⁶.

More specifically, the innovations sanctioned in Resolution S-1/1 adopted during the first special session and appointing the above SR, were the following:

- a) The authorization to monitor human rights within the boundaries of a Group of states⁴⁷ (usually SRs are mandated to study the human rights situation of a single Country);
- b) The request to submit «periodic» reports to the CHR every two or three months (usually Country SRs submit annual reports)⁴⁸;

³⁷ CHR Resolution 20 (XXXVI), 29 February 1980.

³⁸ ALSTON, *supra note 2*, at 160; RODLEY, N., «United Nations Action Procedures against “Disappearances”, Summary or Arbitrary Executions and Torture», in *Human Rights Quarterly*, vol. 8, 1986, at 701-715; WEISSBRODT, D., «The 1980 United Commission on Human Rights on the Disappeared», in *Human Rights Quarterly*, vol. 3, 1980, 19-33; BOSSUYT, *supra note 1*, at 203.

³⁹ CHR Resolution 1982/35, 7 May 1982. See also RODLEY, *supra note 38*, at 715-717; BOSSUYT, *supra note 1*, at 205-206; WEISSBRODT, D., «The Three “Theme” Special Rapporteurs of the United Nations Commission on Human Rights», in *American Journal of International Law*, vol. 8, 1986, at 687-693.

⁴⁰ CHR Resolution 1985/33, 13 March 1985. See also RODLEY, *supra note 38*, at 724-725; BOSSUYT, *supra note 1*, at 205-206; WEISSBRODT, *supra note 39*, at 693-695.

⁴¹ See in this respect the 1995 report of the SR on the Independence of Lawyers where the expert expressly states that in carrying out his mandate he would have employed the same working procedures of the SR on Torture: E/CN.4/1996/37.

⁴² With this respect it is significant the SR on Torture’s view on Corporal Punishment. See RODLEY N., *The Treatment of Prisoners in International Law*, 1999, at 314.

⁴³ CHR Resolution 1986/20.

⁴⁴ CHR Resolution 1987/10.

⁴⁵ Respectively CHR Resolution 1990/68, and CHR Resolution 1991/42.

⁴⁶ CHR Resolution S-1/1.

⁴⁷ The states in question were Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Serbia and Montenegro.

⁴⁸ CHR Resolution S-1/1 paragraph 18.

- c) The authorization to make such reports available to the SC⁴⁹;
- d) The collaboration between the SRFY and other SPs⁵⁰. That is the WGD, the SRT, the SRESAEs, and the Representative of the SG on Internally Displaced People.

A further innovation was introduced during the second special session of the Commission: it concerned the deployment of a Human Rights Field Operation in the states set up following the dissolution of Former Yugoslavia, charged with the task of assisting the SR in gathering information on the gross violations occurred in the States in question⁵¹. In addition, the practice of the SRFY has brought about two other innovations in the UN fact-finding which were subsequently formally endorsed by the CHR. That is: the collaboration between the SRFY and external experts (non UN staff), and the undertaking of visits on the spot by UN Secretariat staff without the SR himself⁵². Although the analysis of the above innovations, especially the informal ones, will be carried out in Section II of this study, it is suffice to notice that they are symptomatic of an endeavor aimed at making the implementation of SPs' mandate more scientific and a true technical exercise⁵³. Moreover, it is noteworthy that the formal innovation concerning the submission of the SRFY periodic reports to the SC constituted a first, albeit small, step towards a true UN strategy that links human rights and the maintenance of international peace and security, a strategy foretold in some very important UN documents such as the Agenda for Peace⁵⁴ and the Vienna Declaration on Human Rights adopted by the Human Rights Conference convened in Vienna in 1993⁵⁵.

Apart from envisaging the mainstreaming of human rights vis-à-vis international peace and security, the 1993 Vienna Declaration has heralded two further innovations in the system of SPs⁵⁶.

The first relates to Economic Social and Cultural Rights (ESCRs).

By putting special emphasis on the implementation of the above rights in the name of a true inter-dependence of all human rights, an inter-dependence neglected during the period of the cold war because of the different and apparently irreconcilable conceptions of human rights of the then two world powers, the Document has stirred the CHR to appoint several Theme SRs for ESCRs, introducing a new kind of theme SP in its human rights protection system. They are the SR on Poverty⁵⁷, the SR on Education⁵⁸, the SR on Development⁵⁹, and the SR on Toxic Waste⁶⁰, the SR on the right to food⁶¹, the SR on adequate housing⁶², and the SR on the right to everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health⁶³.

The second innovation is connected with the effort aimed to rationalize the activity of the CHR' SPs. In this respect, the 1993 Vienna Declaration has underlined the importance of a better coordination among the SPs, and asked the UN SRs and WGs to meet periodically with the aim of improving the effectiveness of their human rights activity⁶⁴. The implication of such request has emerged since the second half of the nineties, when SPs started holding periodic meetings to harmonize the overall functioning of the SPs system⁶⁵.

Finally, it has to be noted that during the nineties the Commission appointed some other theme SRs: the SR on Freedom of Expression⁶⁶, the SR on the Independence of Lawyers⁶⁷, the SR on Racial Discrimination⁶⁸, the SR on Migrant Workers⁶⁹ and the SR on Violence against Women⁷⁰. Yet, from the year 2000 onwards the UN body appointed a SR on the Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People and a Working Group on Problems of Racial Discrimination Faced by People of African Descent⁷¹, and the SR on Trafficking of Persons⁷².

⁴⁹ *Id.*, paragraph 15.

⁵⁰ With this respect see also paragraph 18 of Resolution S-2/1.

⁵¹ CHR Resolution. S-2/1.

⁵² KENNY, *supra* note 12, at 63-73.

⁵³ *Ibidem*, at 21.

⁵⁴ DPI/1623 (95.115).

⁵⁵ A/Conf.157/9.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ CHR Resolution 1998/250.

⁵⁸ CHR Resolution 1998/33.

⁵⁹ CHR Resolution 1998/72.

⁶⁰ CHR Resolution 1993/781.

⁶¹ CHR Resolution 2000/10.

⁶² CHR Resolution 2000/9.

⁶³ CHR Resolution 2002/31

⁶⁴ *Supra* note 55, Part E, paragraph 95.

⁶⁵ See the following reports on SPs' meetings: E/CN.4/1999/3; E/CN.4/2000/5; E/CN.4/2002/14; E/CN.4/2003/6.

⁶⁶ The mandate can be found in E/CN.4/1994/33.

⁶⁷ CHR Resolution 1994/41.

⁶⁸ CHR Resolution 1994/64.

⁶⁹ CHR Resolution 1999/44.

⁷⁰ CHR Resolution 1994/45.

⁷¹ Respectively, CHR Resolution 2001/57, CHR Resolution 2002/68.

⁷² CHR Resolution 2004/11.

On the other hand, during the years in question, the number of the Country SRs also increased following the establishment of six new SRs: the SRFY in 1992⁷³, the SR on Rwanda and the SR on Sudan in 1994⁷⁴, the SR on Myanmar⁷⁵, the SR on Burundi and the SR on former Zaire in 1995⁷⁶. During the early 2000 the Commissions also appointed the SR on Belarus⁷⁷, the SR on Chad⁷⁸ and the SR on the Democratic Republic of Korea⁷⁹.

4. Concluding Remarks

On the eve of the 21st Century, the UN CHR finalized the setting up of its own system of human rights protection. The institutional, political and legal process that resulted in the esta-

blishment and consolidation of the system of SPs has not always been straightforward. During the seventies it has been hindered by the CHR member States, which were against the development of extra-conventional mechanisms that would have addressed human rights situations; it has then gained unpredictable momentum with the creation of Theme SPs at the beginning of the eighties, and induced innovative hints during the nineties.

These are, in sum, the main features of the historical and institutional framework of the establishment of the system of the SPs as sketched out in the previous paragraphs. Such an exercise opens the door to the conceptualization of the Procedures, the main endeavor of this study.

⁷³ See *supra* note 46.

⁷⁴ Respectively, CHR Resolution S-3/1, and CHR Resolution 1994/79.

⁷⁵ CHR Resolution 1992/58.

⁷⁶ Respectively CHR Resolution 1995/90 and CHR Resolution 1995/69.

⁷⁷ CHR Resolution 2003/77.

⁷⁸ CHR Resolution 2004/5.

⁷⁹ CHR Resolution 2004/13.

Section I

As mentioned in the introduction, this section will try to answer the question of whether there are some constitutive elements of SPs. In order to carry out this exercise, the UN CHR's Resolutions establishing the mechanisms will come under examination. The challenge is to work out a conceptual definition of the Commission's Procedures deducing their «constituent elements» from the UN documents in question. Only the status of SPs will be analyzed by relying on documents other than the CHR's Resolution, because, they, usually, do not define it.

It is then to the first constitutive element of the Procedures as enshrined in the UN Resolutions, namely the individual requirements for the appointment, that this section now turns.

1. *The «Individual Requirements» for the Appointment of Special Procedures*

The CHR's Resolutions establishing Theme and Country SPs contain the first constituent requisite for the appointment of a SR or the members of a WG, namely, the relevant individual qualifications necessary for such a designation.

Usually, these Resolutions require the appointment of individuals of «recognized international standing», «expert[s] in human rights»⁸⁰, or persons of «international reputation»⁸¹. The most specific requirement ever applied to a SR was formulated in the Commission's Resolution appointing the SR on Iraq. More specifically, the document states that the SR should have been «an individual of recognized international standing in the field of human rights»⁸².

Some Resolutions designing Theme SRs further specify the skills the experts are expected to have. Thus, for instance, the SR on the Violence against Women should have been «an individual of international standing» with specific experience in addressing women's rights⁸³. The expert on Development was required to have a «high competence in the field of the right to development»⁸⁴.

Sometimes, Resolutions establishing a Special Procedure did not mention any individual requirement for the appointment⁸⁵. However, as testified by the CHR's practice from the second half of the eighties onwards, even in the absence of a *formula* defining the individual skills required for the appointment, the selection process of SRs and WGs usually, privileges individuals with a «legal background». They are usually lawyers by profession or professors of International Human Rights Law or Public International Law. Remarkably, some of them have worked for international NGOs. Thus, Sir Nigel Rodley, former SR on Torture, was formerly Amnesty International's legal advisor⁸⁶, and at present teaches Public International Law at the University of Essex (UK); Mr Bacre Ndiaye, former SR on Extra-Legal Summary and Arbitrary Executions⁸⁷, was Vice-Chair of Amnesty International's Executive Committee. Others were and are members of local NGOs: Mr Diego Garcia-Sayan, former member of the Working Group on Disappearances (WGD), was the head of the Andean Commission of Jurists⁸⁸; Professor Manfred Nowak, a former member of the above Working Group and current SR on Torture, is the head of an Austrian human rights NGO called the Ludwig Boltzman Institute, and teaches Public International Law at the University of Vienna; Mr. Roberto Garreton, former SR on Congo, was the national Legal Director of the Vicariate of Solidarity of the Archdiocese of Santiago, one of Chile's major human rights NGO⁸⁹. The sole SR who was a diplomat, namely,

⁸⁰ See the mandates of the SR on Mercenaries and the SR on Afghanistan. Respectively: CHR Resolution 1987/16, CHR Resolution 1994/55.

⁸¹ See the CHR's Resolution appointing the SR on the Sale of Children: Resolution 1990/68.

⁸² CHR Resolution 1991/74.

⁸³ CHR Resolution 1994/45 paragraph 8.

⁸⁴ CHR Resolution 1998/72, paragraph 10 (b).

⁸⁵ See the CHR's Resolutions establishing the SR on the Former Yugoslavia and the Independent Expert on Haiti. Respectively: Resolution S-1/1, Resolution 1995/70.

⁸⁶ See in this respect LEARY V., «A New Role of Non Governmental Organizations in Human Rights. A Case Study on Non-Governmental Participation in the Development of International Norms on Torture», in CASSESE (ed.), *UN Law/Fundamental Rights*, 1979, at 202. Also, it is worth stressing that Sir Rodley is, at present, a member of the Human Rights Committee.

⁸⁷ CHR Resolution 1982/35.

⁸⁸ JERNOW A., «Ad Hoc Extra-Conventional Means for Human Rights Monitoring», in *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 28, 1996, at 97.

⁸⁹ *Ibidem*.

the SR on the Arab Territories Occupied by Israel, was dismissed in Fall 2000⁹⁰.

Besides, CHR's Resolutions establish an important principle that informs the way SRs and WGs' tasks are to be carried out. It relates to the performance itself of the experts and appears to respond to a sort of «professionalism imperative». In particular the experts are requested to implement their mandate with «discretion», «objectivity», «independence», to serve in their «individual capacity», and to act in an effective and expeditious manner⁹¹. It is submitted that the introduction of an *NGO component* in the system of SPs has to be welcomed as it may dramatically contribute to the fulfillment of the above principle and consequently reduce the negative effects of the political character of their appointment. As affirmed in the Resolutions creating SPs, the selection of the individuals to be appointed as UN experts is carried out by the Chairman of the Commission after having consulted the regional groups of the UN body. If the Procedure to be created is a Working Group, the principle informing the above selection is one of «equitable geographic distribution»⁹².

Such a scheme of designation has been subjected to severe criticism. In the view of some scholars its «quintessentially political nature»⁹³ does not always ensure «the impartiality and independence that might be achieved by an individual appointed by the Secretary General»⁹⁴. Also it is significant that in certain cases the target Country has been involved in the selection process itself⁹⁵, and that there have been appointments as SRs of individuals from the same region of the Country being investigated⁹⁶. Yet, some scholars highlighted that the selection process leading more often than not to the appointment of diplomats has neglected expertise and competence in the field

of human rights, the main requisites for the establishment of a Special Procedure. Hence, the appointment of current or former NGOs members is symptomatic of a new trend in the designation of the CHR's experts which may contribute to preserve UN SRs and WGs' independence and impartiality in two ways. First, by enabling them to implement their mandates both as «outside experts»⁹⁷ closely aligned with the NGOs activists and as UN officials. Second, by making the UN monitoring more public than when it was carried out by career diplomats, and most importantly, by turning it into a *true legal and technical work* through the introduction of new work methods borrowed from NGOs themselves, such as the technique of case by case reporting.

Finally, it is noteworthy that in the UN practice there is nothing to prevent an individual from being appointed at the same time as a Country SR and a Theme expert⁹⁸.

2. The Status of Special Procedures

The second constituent element of SPs concerns their rank within the UN legal system. Usually, Resolutions appointing a SR or a Working Group do not define the status of the experts designated. Arguably, the UN would have never tackled such an issue if the case of the SR on the Independence of Judges and Lawyers (SRIJL) had not occurred. Indeed this case would have clarified the matter and highlighted the tremendous implications of the status of SRs on the independence and integrity of the system of SPs.

Remarkably, the case was so serious as to require an Advisory Opinion of the International Court of Justice (ICJ)⁹⁹ in which the

⁹⁰ He is the Italian Mr. Giacomelli. Apparently, the reasons of his dismissal were due to contrasts between him and the Italian Government.

⁹¹ See the Resolutions appointing the Working Group on Disappearances, the SR on Extra-Legal Summary and Arbitrary Executions, the SR on Torture, the Working Group on Arbitrary Detention. Respectively: Resolution 20 (XXVI), Resolution 1982/35, Resolution 1985/33, Resolution 1991/42.

⁹² See the Resolutions appointing the Working Group on Disappearances and the Working Group on Arbitrary Detention, *supra* note 12.

⁹³ ALSTON P., *The Commission on Human Rights*, 1992, at 165.

⁹⁴ RODLEY N., «United Nations Action Procedures against "Disappearances", Summary of Arbitrary Executions and Torture», in *Human Rights Quarterly*, vol. 8, 1986, at 702. There are two experts appointed by the

SG. They are the Independent Expert on Haiti and the Independent Expert on Somalia. Respectively CHR Resolution 1995/70, and CHR Resolution 1993/86.

⁹⁵ See in this respect Ian Guest's view on the appointment of Lord Colville as SR on Guatemala in *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and United Nations*, 1990.

⁹⁶ ALSTON, *supra* note 14, at 166.

⁹⁷ JERNOW, *supra* note 9.

⁹⁸ It is the case of Mr. Garretton who has been a member of the Working Group on Arbitrary Detention and the former SR on Congo.

⁹⁹ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, 29 April 1999, General List: No. 100.

World Court came to grips with the sensitive issue of the international status of the CHR's SPs and its legal consequences.

The basic tool the Court availed itself of to deal with the issue at stake has been the 1946 Convention on the Immunities and Privileges of the UN (thereafter the 1946 Convention), which provides for immunities and privileges for UN officials, that is to say, individuals employed by the UN accordingly to certain terms and conditions¹⁰⁰. In this respect it has to be noted that SRs and members of WGs are not UN officials in the above sense. Rather, they are individuals who already have their own occupation and who have accepted the appointment as experts of the Commission by virtue of a strong commitment to the cause of human rights, and because of the prestige of the appointment itself. However, such a different position of SRs in respect to other UN officials did not prevent the Court from holding that the status of SPs is defined and regulated by the provision of a specific section of the 1946 Convention.

Before turning to the Court's Opinion, this section will provide a brief account of the facts from which the case arose.

2.1. THE FACTS

In November 1995 the CHR's SRIJL, the Malaysian jurist Dato'param Cumaraswamy¹⁰¹, was interviewed by *International Commercial Litigation*, a magazine published in the UK but circulated also in Malaysia. In the interview the expert commented on certain litigations carried out in Malaysian courts¹⁰². As a result the article «Malaysian Justice on Trial» was published. Following this publication, two Malaysian commercial companies filed a suit against the SRIJL in Malaysian courts, claiming that Mr. Cumaraswamy used defamatory language in the November 1995 interview and sought damages amounting to approximately to \$ 12 million¹⁰³.

On 16 January 1997 the UN Legal Counsel, acting on behalf of the Secretary General (SG), sent a *note verbale* to the Permanent Representative of Malaysia to the UN. In this document the Counsel stated that the article «Malaysian Justice on Trial» clearly referred to Mr. Cumaraswamy in his official capacity as the UN CHR's SRIJL. Consequently, it requested the Country «... to promptly advise the Malaysian courts of the SR's immunity from legal process»¹⁰⁴ with respect to the suit at stake. On 7 March 1997 the SG issued a further *note verbale* re-stating that the observations made by the SR, and on which the lawsuit was based, were spoken by the expert in the course of his mission, and that therefore, Mr. Cumaraswamy was «immune from legal process with respect thereto»¹⁰⁵. However, on 12 March 1997 the Malaysian Minister of Foreign Affairs filed a certificate with the trial court concerned, the Court of Kuala Lumpur, without referring, in any way, to the SG's *note verbal*. Moreover, the certificate invited the Court to determine at its own discretion whether immunity applied, and stated that this was the case «only in respect of words spoken or written and acts done by [the SR] in the course of the performance of his mission»¹⁰⁶.

Thus, on 18 June 1997 the competent Judge of the Court of Kuala Lumpur concluded that she was unable to hold that Mr. Cumaraswamy was completely protected by the claimed immunity, as the SG *note verbale* was merely «an opinion with scant probative value and no binding force upon the court»¹⁰⁷.

Moreover, on 10 July 1997 and 23 October 1997 two further lawsuits were filed against the SR¹⁰⁸. Such legal actions were followed by two other SG's *notes verbales* re-stating the SR's immunity from legal process»¹⁰⁹.

On 7 November 1997 the SG informed the Malaysian Prime Minister that a difference between his government and the UN

¹⁰⁰ See Article V of the Convention.

¹⁰¹ The SR was appointed by CHR Resolution 1994/41 of 21 April, 1994, endorsed by ECOSOC in decision 1994/251 of 22 July, 1994. The expert was entrusted with the tasks of inquiring into substantial allegations concerning threats to the independence of the judiciary, lawyers and court officials; identifying and recording attacks against judges, lawyers and court officials; and reporting to the Commission.

¹⁰² More specifically, he is quoted as having said «complaints are rife that certain highly placed personalities in business and corporate sectors are able to manipulate the Malaysian System of Justice»: *Supra note 20*,

paragraphs 12-14. See also the SR's reports E/CN.4/1995/39, E/CN.4/1996/37, E/CN.4/1997/32, E/CN.4/1998/39.

¹⁰³ *Supra note 20*, at 5, paragraph 5.

¹⁰⁴ *Ibidem*, at 6, paragraph 6.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Supra note 20*, at 6, paragraph 7.

¹⁰⁷ ICJ Press Release 99/16 bis at 3.

¹⁰⁸ *Ibidem*, at 4.

¹⁰⁹ The first was issued on 11 July, 1997, and the second on 27 October, 1997, *supra note 20*, at 7, paragraphs 11-12.

existed¹¹⁰. Nonetheless, on 19 February 1998 the Federal Court of Malaysia denied Mr. Cumaraswamy application for leave to appeal on the ground that he was neither a sovereign nor a full-fledged diplomat but only an «*unpaid, part-time provider of information*»¹¹¹.

Following the failure of the SG' Special Envoy's official mission¹¹² to Kuala Lumpur (26-27 February 1998), during which he endeavored to reach a settlement of the matter, the case was referred to the ECOSOC with the view to request an Advisory Opinion of the ICJ¹¹³.

The request was expressly made on the basis of Article 30 of the 1946 Convention¹¹⁴. Malaysia did not oppose the request¹¹⁵. It, indeed, recognized the UN's right to refer matters to its organs in order to obtain an Advisory Opinion from the ICJ as provided by the above Article¹¹⁶.

The Article sanctions the Court's advisory function provided that a difference between the UN and one of its members arises. It reads as follows:

*all differences arising out of the interpretation or application of the present Convention shall be referred to the International Court of Justice, unless in any case it is agreed by the parties to have recourse to another mode of settlement. If a difference arises between the United Nations on the one hand and a Member on the other hand, a request shall be made for an advisory opinion on any legal question involved in accordance with Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute of the Court. The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties*¹¹⁷.

As observed by the Court, the *expressis verbis* mention of Article 30 in ECOSOC's decision¹¹⁸, conferred to the Advisory Opinion, which by definition has a non-mandatory character, obligatory effects¹¹⁹. Therefore, the ruling of the Court would have been accepted as binding by the parties¹²⁰.

The ECOSOC requested the Advisory Opinion on 5 August 1998¹²¹.

More specifically the Court was requested to rule on the legal question of the applicability of Article VI Section 22 of the

1946 Convention in the case of Mr. Cumaraswamy as the CHR's SRIJLs.

The Opinion was given on 29 April 1999.

2.2. THE ADVISORY OPINION ON «DIFFERENCE RELATING TO IMMUNITY FROM LEGAL PROCESS OF A SPECIAL RAPPORTEUR OF THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS»

For analytical purposes the reasoning of the Court will be split up into three parties which deal respectively with the following legal questions: the applicability of Article VI Section 22 of the 1946 Convention to the SRIJL; the applicability of the Article VI Section 22 of the 1946 Convention in the specific circumstances of the case; the legal obligations of Malaysia¹²².

In dealing with the legal question of the applicability of Article VI Section 22 of the 1946 Convention in the case of Mr. Cumaraswamy, the Court, firstly, analyzed the «threshold question of whether Mr. Cumaraswamy was and is an *expert on mission*»¹²³ in the sense of the above Article.

The Article reads as follows:

(a) Experts (other than officials coming within the scope of Article V) performing missions for the United Nations shall be accorded such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions during the period of their missions, including time spent on journeys in connection with their missions. In particular they shall be accorded:

...

(b) in respect of words spoken or written and acts done by them in the course of the performance of their mission, immunity from legal process of every kind. This immunity from legal process shall continue to be accorded notwithstanding that the persons concerned are no longer employed on missions for the United Nations.

In order to answer the «threshold question», the Court recalled its Advisory Opinion of 14 December 1998, in which it dealt

¹¹⁰ *Ibidem*, paragraph 13.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² He was Mr. Forter from Canada.

¹¹³ *Supra* note 20, at 7, paragraph 7.

¹¹⁴ *Ibidem*, at 10, paragraph 20.

¹¹⁵ For further details see *supra* note 20, at 8, paragraph 15.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Supra* note 20, at 12, paragraph 24.

¹¹⁸ *Ibidem*, paragraph 25.

¹¹⁹ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary, Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports, (1950), at 71.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Decision 1998/297.

¹²² It is the same analytical pattern followed by the Court itself. *Supra* note 20, at 15-20.

¹²³ *Supra* note 20, at 26, paragraph 39.

with the issue of the applicability of Article VI in respect to a SR of the then Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (it was the more notorious Mazilu case)¹²⁴. More specifically in this Opinion the Court analyzed the application of Section 22 *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci*¹²⁵.

It, thus, held that «the purpose of Section 22 is... evident, namely, to enable the UN to entrust missions to persons who do not have the status of an official of the Organization, and to guarantee them such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their function»¹²⁶.

Importantly, the Court stressed that «the essence of the matter lied not in the administrative position of [SRs] but in the nature of their missions»¹²⁷.

In the light of this argument the Court concluded that a SR of the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, who is entrusted with a research mission, must be regarded as an *expert on mission* within the meaning of the Article VI.

The above conclusion applies *a fortiori* to a SR appointed by the CHR, of which the Sub-Commission is a subsidiary body¹²⁸. More specifically, in the view of the Court, what is truly decisive to conclude that Article VI Section 22 applies to the CHR's SRs is the fact that the experts in question are mandated to carry out not only research missions, but also visits on the spot. Stated differently, the CHR's SRs enjoy the immunities and privileges provided for in Article VI Section 22 as they are entrusted with *in situ* visits. As in the case of a SR of the UN Sub-Commission, the application of the Article to SPs is aimed at guaranteeing the independent exercise of their functions. Therefore, the Court concluded that Mr. Cumaraswamy «*must be regarded as an expert on mission within the meaning of Article VI Section 22,*

*as from April 21 1994*¹²⁹, *that by virtue of this capacity the provisions of the Section were applicable to him at the time of the [interview with International Commercial Litigation], and they continue to be applicable*»¹³⁰.

Furthermore, the Court noticed that Malaysia acknowledged since the very moment of Mr. Cumaraswamy's appointment as a SR of the Commission that he had to be considered an *expert on mission*, and that as such he enjoyed the privileges and immunities provided by the 1946 Convention in his relations with the states parties «*including those of which they are nationals or on the territory of which they reside*»¹³¹.

The Court, then, turned to the second issue at stake, namely the applicability of Article VI Section 22 of the 1946 Convention in the specific circumstances of the case. More specifically, the Court dealt with the question of whether the words spoken by the SRIJL during the interview published in the 1995 November issue of International Litigation were used in the course of performing his mission as SR of the UN CHR, and whether he was, therefore, immune from legal process in respect to these words¹³². In this regard the Court conclusively held that Mr. Cumaraswamy, in speaking the words quoted in the interview in question, did act in the course of the performance of his tasks as UN SR¹³³. Consequently, Article VI Section 22 (b) applied to him and afforded him immunity from legal process of any kind¹³⁴. The Court came to these conclusions observing, first, that in the article itself Mr. Cumaraswamy was specifically mentioned as the CHR's SRIJL¹³⁵, and remarking that «it has become standard practice of SRs to have contacts with the media»¹³⁶.

With regard to the Malaysian obligations, the Court pointed out that such a question arose because of the government's failure to promptly inform the competent Malaysian judicial

¹²⁴ ICJ Reports (1989), at 194, paragraph 47.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Supra note 20*, at 17, paragraph 43.

¹²⁹ It is the date of the appointment of the SR.

¹³⁰ *Supra note 20*, at 17, paragraph 45. The Conclusion was adopted by 14 votes to one. See *supra note 20*, at 21, paragraph 67.

¹³¹ *Ibidem*, at 17, paragraph 46.

¹³² *Supra note 20*, at 18, paragraph 47.

¹³³ *Ibidem*, at 9, paragraph 56.

¹³⁴ The Conclusion was adopted by 14 votes against one. *Supra note 20*, at 21-22, paragraph 67.

¹³⁵ The Court also refers to the former High Commissioner for Human Rights' letter dated 20 October 1998 in which Mrs. Robinson maintained that «it is more common than not for Special Rapporteurs to speak to the press about matters pertaining to their investigations, thereby keeping the general public informed of their work». *Supra note 20*, at 19, paragraph 53.

¹³⁶ *Ibidem*.

authorities of the findings of the SG that Mr Cumaraswamy spoke during the fulfillment of his mission as a UN SR and that was, therefore, entitled to immunity from legal process¹³⁷. The Court concluded, then, that «Malaysia [had] the obligation [under Article 105 of the UN Charter and Article 30 of the 1946 UN Convention] to inform the Malaysian Courts of the position taken by the SG¹³⁸».

This further implied that the Malaysian courts had the legal obligation to deal with the question of immunity from legal process as a preliminary issue to be expeditiously decided in *limite litis*¹³⁹. Furthermore, the SR should not have been liable for any costs imposed upon him by Malaysian Courts, in particular taxed costs¹⁴⁰.

Malaysia fulfilled its legal obligation in June 2001¹⁴¹.

2.3. CONCLUSIONS

The Court Advisory Opinion provides decisive elements to define the international status of SPs.

Indeed, it contains a detailed and comprehensive legal analysis of the status of SRs, its legal implication, and the obligations upon UN member states flowing from it.

Thus, as it appears from the reasoning and conclusions of the Court SRs, and consequently, members of WGs must be considered as *Experts on mission for the UN* for they have been entrusted by the Commission with *in situ* visits. By virtue of such a status they enjoy the immunities and privileges contained in Article VI section 22 of the 1946 Convention. Such immunities and privileges are provided for guaranteeing the independent fulfillment of their functions.

Finally, UN member states, who from the very moment of the appointment of SRs and members of WGs acknowledge their status of *Experts on Mission*, are under an obligation to accord them the above immunities and privileges regardless of the fact that the international experts are nationals or residents on their territory.

3. The Mandate

The third integral element of SPs is their mandate, namely, the legal formulation of both the tasks the Procedures are charged with and the authorization to carry them out. Such a formulation is enshrined in the CHR's Resolutions establishing SPs.

In this respect it is important to note that the Commission's competence is not confined to the determination of SP's terms of reference. In fact, the UN body may decide to enlarge the mandate, to change its nature, or to put an end to it¹⁴². Usually, such decisions reflect the evolution of the human rights situations the experts are dealing with. Thus, the enlargement of the mandate, entailing for instance a more comprehensive and broader monitoring activity, will correspond to a worsening of the situation or to the acknowledgement that the situation calls for further action.

Yet, a change in terms of requiring, for instance, the expert to provide states with technical assistance or advisory service will indicate that the Countries have been improving their human rights performance, that the Commission welcomes such development and changes its attitude from conflictive into cooperative.

Finally, the CHR may put an end to SPs when it recognizes that a given phenomenon of human rights violations or a certain Country situation does not require any further monitoring activity. However, the end of a Procedure is not necessarily sanctioned in a CHR's decision¹⁴³.

In order to accomplish a comprehensive examination of SPs' terms of reference the following two paragraphs turn to two separate analyses of the subject-matter of Country and Theme mandates. In particular, following a chronological criteria the section will start examining the mandate of Country SRs as they were the first Procedure created by the Commission. This section will first focus on the subject matter of the mandates and then on the functions to be carried out by the experts, both Country and Theme.

¹³⁷ *Ibidem*, at paragraph 59.

¹³⁸ *Ibidem*, at 13, paragraph 67.

¹³⁹ *Ibidem*, at 14, paragraph 67.

¹⁴⁰ *Ibidem*. Such a conclusion was adopted unanimously.

¹⁴¹ See the 2002 Report of the SR E/CN.4/2002/72, paragraph 122.

¹⁴² BOSSUYT M., «The Development of Special Procedures of the United Nations Commission on Human Rights», in *Human Rights Law Journal*, vol. 6, at 204.

¹⁴³ *Ibidem*, at 205.

3.1. THE SUBJECT MATTER OF COUNTRY MANDATES

The CHR's Resolutions appointing Country procedures show two significant characteristics: they synthesize the several political views of the Commission's member states in respect to a given human rights situation, and more importantly, are fashioned upon the situation under scrutiny.

It follows, then, that the CHR determines the *ratione materiae* of Country mandates according to the circumstances which occurred or are coming about within the boundaries of the target state. The UN body's practice allows the identification of four «categories» of situations within the context of which the human rights violations the experts are mandated to monitor occur.

They are:

- a) illegal occupation. That is, situations amounting to a breach of Article 2.4 of the UN Charter;
- b) internal armed conflicts;
- c) «situation of transition», including post-conflict situations;
- d) «Normal situations», that is, situations in which the root causes of gross human rights violations are to be ascribed to factors which are intrinsic in the policy and culture of a state.

In respect to the situations under item a, SRs are usually requested to investigate allegations made against the party that carried out the occupation. At present there is one Rapporteur that investigates a situations under item a: the SR on the Occupied Arab Territories who is mandated to investigate Israel's breaches of human rights and humanitarian law in the Arab territories occupied in 1968¹⁴⁴.

When Country Rapporteurs are mandated to deal with human rights situations classifiable under items b, c, d, the subject matter of their monitoring activity is quite broad and covers the overall human rights situation in the countries in question. This implies that no specific rights are given priority: the monitoring activity includes civil and political rights, economic social and cultural rights, women's rights. SRs that monitor situations under item b are requested also to deal with breaches of humanitarian Law¹⁴⁵.

SRs dealing with situations under item b are the expert on the Former Zaire¹⁴⁶, and the SR on Sudan¹⁴⁷. On the other hand, the expert on Burundi¹⁴⁸ and the SR on Afghanistan¹⁴⁹ deal with situations classifiable under item c, while the SR on Chad¹⁵⁰, the SR on Myanmar¹⁵¹ the SR on Belarus¹⁵², and the SR on the Democratic Republic of Korea¹⁵³ focus on situations under item d.

In addition, Country mandates do not contain an express *ratione temporis* regarding possible considerations of past events. Generally, Country SRs do refer and go back to past events in order to provide the CHR with a better understanding of the situation they have to examine. They deal with them in the introductory sections of their reports in which they sketch out the political, economic and historical background of the target Country¹⁵⁴. As far as the monitoring activity is concerned, the experts focus on the most recent events which sparked off the perpetration of grave human rights violations¹⁵⁵, and which usually go back to no more than one year prior to their appointment¹⁵⁶. The sole exception is the SR on Arab territories¹⁵⁷.

¹⁴⁴ CHR Resolution 1993/2 A paragraph 3 (a).

¹⁴⁵ See for instance the report of the SR on Sudan, E/CN.4/2004/3 and E/CN.4/2005/6.

¹⁴⁶ CHR Resolution 1994/87.

¹⁴⁷ CHR Resolution 1994/79.

¹⁴⁸ CHR Resolution 1995/90.

¹⁴⁹ CHR Resolution 1994/55.

¹⁵⁰ CHR Resolution 2004/85.

¹⁵¹ See CHR Resolution 1992/58 and E/CN.4/2000/38.

¹⁵² CHR resolution 2003/77.

¹⁵³ CHR Resolution 2004/13.

¹⁵⁴ See for instance the following reports of the SR on Sudan, the SR

on Afghanistan, the SR on former Zaire, and the SR on Burundi: E/CN.4/2001/48, E/CN.4/2001/43, E/CN.4/2001/41, E/CN.4/2001/44.

¹⁵⁵ Significantly, the SR on Rwanda was also mandated to investigate the «root causes and responsibilities for the recent atrocities [occurred in the African state]». See CHR Resolution S-3/3.

¹⁵⁶ See for instance the mandate of the SR on the former Yugoslavia, CHR Resolution S-1/1, and the mandates of the SR on Rwanda, the SR on Burundi, *supra notes* 76 and 69.

¹⁵⁷ The Procedure was created in 1972 as a Working Group. In 1993 the CHR transformed it into a SR. However such change did not affect the mandate of the procedure which is still monitoring a situation going back to 1968.

3.2. THE SUBJECT MATTER OF THEME MANDATES

As seen¹⁵⁸, the subject matter of Theme mandates are phenomena which entail systematic violations of certain fundamental rights, i.e., the practice of enforced or involuntary disappearances¹⁵⁹, extra-legal summary and arbitrary executions¹⁶⁰, torture¹⁶¹, threats to the independence of the judiciary¹⁶², racial discrimination and related intolerance¹⁶³, the use of mercenaries¹⁶⁴, religious intolerance¹⁶⁵, the situation of migrant workers¹⁶⁶, arbitrary detention¹⁶⁷, violence against women¹⁶⁸, sale and prostitution of children¹⁶⁹, extreme poverty¹⁷⁰, the situation of Indigenous People¹⁷¹, and the Protection of People of African descent¹⁷², the trafficking of persons¹⁷³.

Furthermore, since the second half of the nineties the CHR started to appoint SRs on Economic Social and Cultural rights (ESCR). The challenge is to pave the way to the monitoring of states' implementation of these rights. The rights that are subject of the Commission' activity are the following: the right to education¹⁷⁴, the right to food¹⁷⁵, the right to adequate housing and the right to the highest attainable standard of physical and mental health¹⁷⁶.

Generally, Thematic Rapporteurs carry out their monitoring activity focusing on four specific aspects of the phenomena:

- a) the causes and factors which determine the dynamic of the phenomena;

- b) the overall Country situations in which the phenomena occur;
- c) the legal analysis of the breaches of International Human Rights Law occurring within the context of the phenomena;
- d) Individual cases.

The *ratione temporis* of thematic mandates is not mentioned in the CHR's Resolutions: they simply require the examination of a given phenomenon¹⁷⁷. As suggested by the thematic reports, SRs and WGs usually tackle events contemporary to their appointment¹⁷⁸. Only the Working Group on Disappearances (WGD) has considered cases dating back to the 1970s and the early 1980s¹⁷⁹.

However, this is not to say that thematic SRs are prevented from considering older cases and events relating to the phenomena they have to study.

3.3. THE TASKS OF COUNTRY AND THEME SPECIAL PROCEDURES

The main components of Country and Theme mandates are the fact-finding task and the reporting function, that also includes the formulation of recommendations on how to improve Country situations.

As far as the former is concerned it has to be noticed that the CHR has formulated it with different wording and terminology. Thus, Country and Theme Rapporteurs have been authorized «to examine»¹⁸⁰, «to investigate»¹⁸¹, «to monitor»¹⁸², «to stu-

¹⁵⁸ See paragraph 2 of the introductory section of this study.

¹⁵⁹ *Supra* note 12.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Supra* note 22.

¹⁶³ CHR Resolution 1993/20.

¹⁶⁴ CHR Resolution 1987/16.

¹⁶⁵ CHR Resolution 1986/20.

¹⁶⁶ CHR Resolution 1994/42.

¹⁶⁷ CHR Resolution 1991/42.

¹⁶⁸ CHR Resolution 1993/18.

¹⁶⁹ CHR Resolution 1990/68.

¹⁷⁰ CHR Resolution 1998/25.

¹⁷¹ CHR Resolution 2001/57.

¹⁷² CHR Resolution 2002/68.

¹⁷³ CHR Resolution 2004/10.

¹⁷⁴ CHR Resolution 1998/33.

¹⁷⁵ CHR Resolution 2000/10.

¹⁷⁶ Respectively: CHR Resolution 2000/9 and CHR Resolution 2002/31.

¹⁷⁷ See the Resolutions mentioned *supra* notes 80-97.

¹⁷⁸ See the reports of the Working Group on Arbitrary Detention, the SR on the Sale of Children, the Working Group on Disappearances, the SR on Summary and Arbitrary Executions, the SR on Torture, the SR on Education, and the SR on Migrant Workers: E/CN.4/2001/14, E/CN.4/2001/78, E/CN.4/2001/68, E/CN.4/2001/9, E/CN.4/2001/66, E/CN.4.2001/52, E/CN.4/2001/83.

¹⁷⁹ See E/CN.4/1998/43. The cases regarded Disappearances in Chile and Argentina.

¹⁸⁰ See the mandate of the SR on Myanmar, *supra* note 72. See also the terms of reference of the Working Group on Disappearances, the SR on Extra-legal Summary and Arbitrary Executions, the SR on Torture, *supra* note 12.

¹⁸¹ See the mandates of the SR on Arab Territories and the SR on Sudan, respectively, *supra* note 65 and 68. See also the mandate of the Working Group on Arbitrary Detention, *supra* note 12.

¹⁸² See the mandate of the SR on Toxic Waste, CHR Resolution 1995/81.

dy»¹⁸³, or «to evaluate»¹⁸⁴ human rights country situations and phenomena; others «to gather information»¹⁸⁵ or «to draw up reports»¹⁸⁶ on them; others «to focus»¹⁸⁷ or «to report» on the status of a particular right¹⁸⁸. Despite the different terminology such tasks have been primarily meant as fact-finding functions. That is, gathering information relating to particularly worrying human rights Country situations or phenomena in order to identify the alleged breaches of international human rights law norms, and analyze them.

The fact-finding function has been carried out through a basic sub-task: the traditional UN method of receipt of information on human rights violations occurring in a given Country or a human rights phenomenon. The information is submitted by a wide range of sources¹⁸⁹. In fact, SPs receive information by anyone, notwithstanding, CHR's Resolutions, sometimes, restrict potential providers of information¹⁹⁰. The range of sources is, thus, quite wide and includes individuals and groups (the victim/s, the family/ies of the victim/s, eyewitnesses, lawyers), Organizations (International and local NGOs, local human rights associations, IGOs), Governments.

Usually the information on human rights violations is sent to the UN Secretariat which then forwards it to the office of the SR responsible. The latter will analyze it and send it to the government concerned for clarification. The government will submit further information that the expert will examine in light of both the complaints sent by the primary source and the international human rights standards. The results of the analysis of the information (both governmental and non-governmental) received by the SRs are summarized in a report which is submitted to the Commission at its annual session.

The reporting function is the second task provided for in the Resolutions appointing theme procedures: it gives sense and

meaning to the fact-finding activity of Country and Theme Rapporteurs.

Country reports focus on an introductory description of the social, the economical and historical situation of the Country under scrutiny, the analysis of the human rights situation, and the identification of breaches of human rights norms. Theme reports, on the other hand, usually contain an introduction to the mandate and methodology of work of the experts; sketch the features and dynamics of the phenomena; reproduce the number of allegations received, their legal analysis, the cases transmitted to each government, the name of the countries which furnished further information; and make conclusions on the occurrence of human rights violations.

Most importantly, theme and country reports contain recommendations addressed both to the target state and the UN CHR. Recommendations at the national level indicate the measures to be adopted and implemented by the state to appropriately redress human rights violations, while those at the UN level suggest further actions the CHR should undertake *vis-à-vis* human rights Country situations/phenomena under examination. The reporting activity is, then, paramount because of the impact SPs' reports may have on the Commission's future strategy in respect to a given phenomenon of human rights violations or Country situation. Indeed, SPs' reports may actually trigger further action by the Commission, this action being contingent upon the approach adopted by the UN experts in the reports themselves. In fact, as professor Alston noticed, if the reports contain extensive conclusions and recommendations, as is usually the case, the CHR will not be able to tackle human rights Country situations and phenomena in a way that significantly differs from that indicated by the SPs¹⁹¹. In other words, SPs' reporting activity may determine the CHR's approach in dealing with serious and worrying human rights questions.

¹⁸³ See the Resolutions appointing the SR on Mercenaries, *supra* note 85, and the Independent Expert on Development, *supra* note 5.

¹⁸⁴ See the mandate of the SR on Poverty, *supra* note 91.

¹⁸⁵ See the mandate of the SR on Freedom of Expression, CHR Resolution 1995/40, and the Resolution appointing the SR on former Zaire, *supra* note 67, paragraph 8.

¹⁸⁶ *Supra* note 69.

¹⁸⁷ See the mandate of the Independent Expert on Development, *supra* note 5.

¹⁸⁸ See the Resolution appointing the SR on Education, *supra* note 95, paragraph 6 (a).

¹⁸⁹ ZUIDWIJK T., *Petitioning the UN. A Study in Human Rights*, 1982, at xi.

¹⁹⁰ See for instance the Resolution appointing the SR on Sudan, *Supra* note 68, paragraph 3: it does not mention NGOs, but only political leaders, governments, the victims, their families and their lawyers.

¹⁹¹ ALSTON, *supra* note 14, at 171.

Interestingly, in some cases reports are not only submitted to SPs' parent body, but also to the General Assembly. Thus, the SR on Myanmar¹⁹², the SR on Sudan¹⁹³, the SR on Torture, the WGD, the Working Group on Arbitrary Detention, the SR on Religious Intolerance and the SR on Racial Discrimination¹⁹⁴ are requested to present *interim* reports to the GA. On the other hand, the SR on Education, the Expert on Poverty and the SR on Violence against Women report to the Commission on the Status of Women¹⁹⁵.

3.4. THE INTRODUCTION OF *IN SITU* VISITS AND THE URGENT MESSAGES PROCEDURE: A TURNING POINT IN THE SYSTEM OF SPECIAL PROCEDURES

There are two further work techniques which deserve special attention. They were introduced by the Working Group on Disappearance (WGD) and had a big impact on the overall system of SPs. In fact, they were adopted informally by the Theme and Country procedures created right after the WGD and included by the UN CHR in the Resolutions creating theme mechanisms from the early nineties onwards¹⁹⁶.

They are the *in situ* visits and the Urgent Messages Procedure (UMP).

The visits on the spots¹⁹⁷ were developed as a consequence of the WGD's establishment of «direct contacts» with governments during meetings with their representatives in Geneva¹⁹⁸. Actually, the meetings, initially aimed at paving the way to an exchange of information on cases of disappearances with the states concerned, led the experts to explore the possibility to undertake missions within the territory of these states and even to solicit the visits formally¹⁹⁹.

As showed by the WGD's reports on its first visits on the spot, such new work technique enabled the experts to enhance the dialogue between, on the one hand, the government autho-

rities, and the families or the legal representative of the victims, and local groups, on the other hand²⁰⁰.

The state to visit is usually selected in the light of the number and gravity of the allegations, reports of NGOs which clarify the range of the phenomenon, the absence of adequate responses by the government, recurring contradictions between the information received by the sources and that sent by the government.

Typically, visits are carried out by the SRs themselves and their respective assistants, or in the case of Theme Working Groups by two or three members of the Groups accompanied by one or two assistants (Secretariat staff members)²⁰¹. SPs, usually, travel on one or two missions in the target areas every year²⁰².

The primary objective of *in situ* visits is to gather «first-hand» information by interviewing government officials, victims of human rights violations and their families, NGOs members; visiting population centers, detention centers, and refugees camps. The findings resulting from the visits are summarized in special reports called *addendum* reports. In this respect it is noteworthy that SPs have even started to carry out «follow-up» visits, within a reasonable period of time, after the first mission in order to verify whether the government implemented the recommendations made in the *addendum* report.

The WGD invented a further, arguably, more revolutionary and innovative technique. That is, the UMP. It was implicitly deduced from the wording of the Resolution creating the Working Group itself²⁰³, which required the experts to perform their functions in an «effective and expeditious manner» and «to respond effectively to information [coming] before them»²⁰⁴.

Such technique was subsequently adopted by all Theme and Country SRs and sanctioned in most of the CHR's Resolutions on theme mandates. It basically enables SPs to react promptly to

¹⁹² *Supra* note 72.

¹⁹³ *Supra* note 68.

¹⁹⁴ *Supra* notes 12, 86 and 84.

¹⁹⁵ The Expert on Poverty reports also to the Commission on Social Development, *supra* note 91.

¹⁹⁶ RODLEY, *supra* note 15, at 720 and 724.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ See the Resolution appointing the Working Group on Disappearances, *supra* note 12.

¹⁹⁹ E/CN.4/1435, Annex VIII.

²⁰⁰ E/CN.4/1996/3 paragraph 23.

²⁰¹ KENNY K., «Formal and Informal Innovations in the United Nations Protection of Human Rights: The Special Rapporteur on the Former Yugoslavia», in *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 48, 1995, at 44.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Supra* note 12.

²⁰⁴ E/CN.4/1435 paragraph 30.

particularly urgent reports highlighting cases that require immediate action²⁰⁵. More specifically, the procedure is initiated in those cases in which there are sufficiently reliable allegations testifying that:

- a) a person has been subjected to a violation of the rights monitored by the experts;
- b) the continuation of such violation brings about a serious danger to the person's health or life²⁰⁶.

Thus, in these cases the experts fax an urgent appeal to the fastest-moving governmental channel of communication, namely, the Minister of Foreign Affairs of the state concerned, urging the government to take immediately the appropriate measures to ensure to the individual his/her right to life, and/or physical and mental integrity. As stressed by the SR on Torture²⁰⁷ and confirmed in the reports of all Theme SPs' reports²⁰⁸, the urgent messages have a merely humanitarian character: they are not accusatory but preventive in nature and purpose. This implies that it is the SR who has to assess whether there are reasonable grounds to believe that the person's life or health are at risk. Such an evaluation is carried out in light of a precise analysis of the reliability of the sources of information, or a study of the existent legislation of the Country concerned such as, for instance, that which permits «practices» that facilitate violations of the rights monitored by the experts²⁰⁹. The urgent messages technique presents the higher rate of government response and clarification, namely, the 25% against the 7% of the ordinary fact-finding method analyzed at paragraph 3.3. Thus, focusing on individual cases Theme SPs do «the most concrete work of the Commission on Human Rights in protecting human rights in specific cases by saving lives, stopping torture, resolving disappearances...»²¹⁰.

Furthermore, as Professor Rodley pointed out, the UN mechanisms «constitute one of the closest things possible in the present state of international organisation to *Habeas Corpus*»²¹¹.

4. *The Contribution of Special Procedures to the Development of International Human Rights Law*

SPs carry out another significant task. Generally speaking, it concerns their contribution to the development of International Human Rights Law.

Such function is performed in three ways. That is, monitoring the implementation of human rights soft law instruments²¹², advocating for the drafting of new human rights Conventions and participating in such drafting process and providing a decisive contribution²¹³, and enlarging the scope of human rights rules with authoritative interpretations²¹⁴.

In this last respect it is noteworthy that when such interpretations are mentioned and shared by the CHR's member States in their statements, or re-affirmed by the CHR itself in its Resolutions, they coincide to States' *opinio iuris* on the ambit of application of human rights norms. This is especially significant in the case of SRs on ESCRs. In fact, the experts are paving the way to the implementation of ESCRs starting from the interpretation of the scope itself of these rights, given their broad formulation in the Covenant on ESCRs. Therefore, the above SRs are playing a key role in contributing to states's *opinio iuris* concerning the «most sensitive and neglected» human rights.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ See the report of the SR on Torture E/CN.4/ 1992/17, paragraph 14.

²⁰⁷ E/CN.4/1994/31, paragraph 6.

²⁰⁸ *Supra* note 99.

²⁰⁹ It is the case of legislation allowing *Incommunicado* detentions, the origin of systematic torture and arbitrary detention.

²¹⁰ WEISSBRODT D. & BRODY R., «Major Developments at the 1988 Session of the United Nations Commission on Human Rights», in *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1986, at 586.

²¹¹ RODLEY, *supra* note 15, at 700.

²¹² For instance, the WGD was mandated to monitor states' compliance with the Declaration on Enforced Disappearances. See in this respect

CHR Resolution 1993/95, and Resolution 1993/34 and the 1997 report of the experts: E/CN.4/1998/43. Also the SR on Extreme Poverty monitors governments' implementation of the Declaration on Extreme Poverty. See *supra* note 92.

²¹³ It is symptomatic that the WGD has been involved in the drafting of the Convention on Enforced Disappearances: E/CN.4/1998/43.

²¹⁴ See in this respect the SR on Torture' s view on corporal punishment in E/CN.4/1997/3, paragraphs 3-11, and the SR on the Sale of Children's definition of the traffic of children: E/CN.4/1999/7, paragraphs 29-47.

5. *The Role of the State*

The last constituent element of SPs to be analyzed is the role of the target state in respect to the SRs' activity. The appropriateness of such an analysis lies in the fact that the consent of the state is the essential requisite for carrying out missions on the spot, the pivotal fact-finding tool of UN SPs.

In this sense, the state's consent is the corollary of the principle of non-intervention of the UN in the internal affairs of member states as sanctioned in Article 2.7 of the Charter. In fact, given that on-site visits place a significant *intrusion* of the UN within the boundaries of the member state, they would amount to an infringement of state' sovereignty and of Article 2.7 in the case in which the state concerned does not consent to them.

States are not obliged by Public International Law to give their consent to *in situ* visits, and the CHR, in turn, does not have the necessary legal powers to make such missions mandatory. The very least that the UN body can do in this respect is to urge the states to invite SRs²¹⁵. Nevertheless, the CHR's practice testifies that the majority of member states consent to the visits.

The reason behind that can be traced back to political calculation that takes «account of all the relevant circumstances as to the relative costs of the co-operation *v.* non co-operation»²¹⁶. Thus, as the costs of the latter are continuously increasing with a detrimental effect on states' international reputation, the governments tend to allow the visits. Eventually, they lobby behind the scenes to avoid them, or try to defend themselves within the Commission by rebutting negative Country reports based on the visits²¹⁷.

State' consent should also imply governmental co-operation. That is, providing the experts with further information, allowing them to visit detention centers, reacting to Urgent Messages, implementing SPs' recommendations, permitting follow-up visits.

In certain cases such co-operation may be lacking. The implication of such gap is very serious: it strongly limits the scope and effectiveness of SPs' activity.

6. *Conclusions*

It is possible, at this point in the analysis, to give a positive answer to the first question of this study. Indeed, there are some constitutive elements of the SPs: they are contained in the Resolutions appointing the experts and in the ICJ's Advisory Opinion on the «Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights».

The first constitutive element of SPs is enshrined in the CHR's Resolutions. It is given by the *personal qualifications required* of the individuals that will be designated as SRs or members of WGs. These qualifications entail a soundly reputed expertise in the field of human rights and a recognized international standing and are meant to ensure a skillful and unswerving fulfillment of SPs tasks. As seen, it may be safely maintained that, currently, the appointment of international human rights law professors, lawyers and, significantly, former/current members of NGOs (both international and local ones) as SPs lives up to the above professional imperatives and also guarantees a more independent and impartial implementation of the Procedures' mandate.

The second constituent element has been authoritatively elaborated by the ICJ in the above Advisory Opinion. Namely, the international status of SPs as *Experts on Mission for the UN* which bestows to UN SRS and members of WGs all the immunities and privileges sanctioned by Article VI of Section 22 of the 1946 Convention on the privileges and immunities of the UN. Among the immunities an expert on Mission enjoys there is absolute immunity from «...*legal process of any kind*»²¹⁸ vis-à-vis acts done and words spoken or written while performing their mission. Indeed, a powerful tool to avoid dangerous intrusions in SPs' activity by the CHR's member States.

The third structural element of the Procedures is again enshrined in the Resolutions creating them: the mandate.

There are two kinds of mandates: Country mandates, which typically request the SRs to tackle human rights violations occurring within States; and Theme mandates authorizing the experts to focus on human rights phenomena.

²¹⁵ CHR Resolution 1994/44.

²¹⁶ ALSTON, *supra* note 14, at 171.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ Article VI of the 1946 Convention on the Immunities and privileges of the UN.

The tasks envisaged in both Theme and Country mandates are the fact-finding and reporting functions, the on-site visits and the UMP.

As seen, the fact-finding involves the reception and analysis of communications sent by a wide range of sources alleging human rights violations; the transmittal of these communications to the government concerned for further clarification and the undertaking a cross-examination between the new information furnished by the target Country and that forwarded by the primary source. The reporting function, consisting of an accurate summary of the results of the fact-finding activity, holds the true meaning of the fact-finding itself. The reports provide the CHR with fundamental information and data which may determine the UN body's further actions and overall strategy. The on-site visits and the UMP constitute two key work methods that have contributed to enhance, respectively, the mechanisms' fact-finding and approach to very urgent individual cases.

Finally, the limit to SPs' activity represented by the CHR's member states' consent to the experts' visits on the spot should not be forgotten. Such consent is the *conditio sine qua non* for carrying out these visits. In this sense, State consent is a structural element of the Procedures, although not set forth in the Commission's Resolutions.

Section II

Introduction

This section goes a step further than the previous one and provides new elements to infer a conceptual definition of SPs. In fact, while Section I focused on a thorough analysis of the CHR's Resolutions establishing Special Procedures (SPs), this Section will attempt to analyze the practice of some SPs. Such an analysis is, indeed, fundamental to the understanding of how the system of SPs developed, and consequently to answer the second and third question addressed in the introduction of this study. Namely, the questions of the distinguishing features of the activity of SPs and its significance in terms of human rights protection and monitoring.

Thus, in order to tackle the above question this study will deal with the first three Theme Procedures created by the CHR,

that is, the Working Group on Enforced Disappearances (WGD), the Special Rapporteur on Extra-judicial, Summary and Arbitrary Executions (SRESAEs), the Special Rapporteur on Torture (SRT). Indeed, the above procedures played a key role in respect to the setting up of the ECOSOC' subsidiary body's human rights machinery by defining its subject matter and work methods. In particular, it was the way in which the experts interpreted the terms of reference formulated by the CHR to model SPs' way of implementing their mandate and bring about the maturation of the system of SPs as a true *human rights protection and monitoring system*.

The interpretative exercise of the experts raises some crucial questions. How did they actually interpret their mandate? What did such an interpretation bring about in the fulfillment of the tasks the Commission entrusted to them? What are the implications, if any, on the practice of the Theme Procedures subsequently created in the nineties? Were there implications on the practice of Country Special Rapporteurs (SRs)?

In order to answer the above questions this chapter will follow a special analytical pattern. It will deal with the first two questions analyzing the practice of the first three Theme procedures established by the CHR. To tackle the third question, the Working Group on Arbitrary Detention (WGAD) will come under scrutiny. The examination of the practice of the Special Rapporteur on Congo/former Zaire (SRC) and the SR on the former Yugoslavia (SRFY) will be key in answering the fourth question. The SRC, which scholars have not yet analyzed, is especially relevant because it identifies what precedents may or not have been set by the first Theme procedures in the development of Country SRs. On the other hand, the SRFY's practice must, also, be taken into account, although the CHR recently terminated the Procedure's mandate. This is because in certain respects the SR consolidated the innovative practice of the first three Theme procedures, and further, has brought new work techniques to SPs' way of implementing their mandate. Importantly, these novelties can be considered as the latest noteworthy developments in the UN SRs' practice.

From a methodological point of view, the analysis of the practice of the CHR's Procedures will first entail a brief overview of their legislative history followed by an examination of the way the experts interpreted their mandates, and the working methods singled out to implement them. The examination will focus on how the experts meant the scope of their mandates

and the range of sources from which they were authorized to receive information on human rights abuses; the singling out of work methods to deal with such information; the introduction of special working techniques such as on-site visits and the Urgent Messages Procedure (UMP). The analysis of the SRFY will put emphasis on two innovative fact-finding techniques introduced by the expert. Special attention will be also given to the reporting function.

1. *The Working Group on Disappearances (WGD)*

The practice of Disappearances was brought to the attention of the UN General Assembly (GA) at the end of the seventies, in the wake of Amnesty International's denunciations of the human rights situation in Chile after the 1973 *coup*. In 1978, the GA decided to request the CHR to deal with the question of Disappearances²¹⁹. Thus, the CHR, first, authorized a study on the matter by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights in Spring 1979²²⁰, and subsequently established the Working Group on Disappearances as provided by its Resolution 20 (XXXVI)²²¹ in 1980.

The WGD was composed of five experts designated by the Commission's Chairman on the basis of the principle of equitable geographical distribution²²². The UN body gave the experts the authority «to examine questions relevant to enforced or involuntary Disappearances»; to seek and receive information on the matter from governments, inter-governmental organizations (IGOs), NGOs with a consultative status with the ECOSOC,

humanitarian organizations and other reliable sources; to bear in mind the need to be able to respond effectively and expeditiously to information that would have come before them in order to prevent the occurrence of Disappearances, and to carry out their work with discretion²²³. Finally, the Group was required to report to the CHR during its next session²²⁴.

The mandate of the Group was then renewed in 1981: the experts were reminded «to discharge [their] mandate with discretion», and requested «to protect persons providing information»²²⁵.

Then, in 1982 and 1983 the mandate was renewed without significant changes: the Commission expressed «complete confidence» in the Group²²⁶.

A break-through was sanctioned in 1984, when for the first time, the CHR requested the experts to contribute to «eliminate the practice of enforced or involuntary Disappearances» and even encouraged governments to consent to on-site visits by the Group²²⁷. (See paragraph 1.4).

During the nineties and early 2000, the Commission entrusted the experts with the examination of some questions and human rights phenomena that had implications on the mandate of the Group. For instance, the experts were requested to take into account cases of children of disappeared parents, and to cooperate with the governments concerned in order to clarify the fate and whereabouts of these children²²⁸. Also, they were requested to pay particular attention to the situation of persons detained, subjected to violence, ill-treated or discriminated against for having exercised the right to freedom of expression and opinion²²⁹.

²¹⁹ GA Resolution 33/173.

²²⁰ CHR Resolution 1979/38.

²²¹ For the legislative history of the Resolution see RODLEY N., *The Treatment of Prisoners Under International Law*, 1999, at 249-254.

²²² The Group is composed by Mr. Diego Garcia-Sayan (Peru), Mr. Joel Adebayo Adekanye (Nigeria), Mr. Ivan Tosevski (The former Yugoslav Republic of Macedonia), Mr. Tan Sri Dato Anwar Zainal Abidin (Malaysia), Mr. Stephen J. Toope (Canada).

²²³ Resolution 20 (XXXVI), at 180-181.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ See CHR Resolution 10 (XXXVIII), and E/CN.4/1475 at 209-210 (1981).

²²⁶ CHR Resolution 1982/24, CHR Resolution 1983/20.

²²⁷ CHR Resolution 1984/24. See also the most recent CHR Resolutions concerning the Working Group's mandate: Resolution 1994/45, Reso-

lution 1994/46, Resolution 1994/67, Resolution 1994/68, Resolution 1994/69, Resolution 1994/70, Resolution 1995/40, Resolution 1995/43, Resolution 1995/53, Resolution 1995/57, Resolution 1995/75, Resolution 1995/790, Resolution E/CN.4/1999/39, Resolution E/CN.4/1997/26, Resolution E/CN.4/1998/40, Resolution E/CN.4/1999/38, Resolution E/CN.4/2000/37. For further recent details on the mandate of the WGD visit the website www.unhchr.ch.

²²⁸ CHR Resolution 1995/38.

²²⁹ As testified by the communications forwarded to the Group, the exercise of these rights might have been at the origin of cases of disappearances the experts dealt with. See in this respect CHR Resolution 1995/40.

In addition, the Group was requested to address the consequences of the acts, methods and practice of terrorists groups²³⁰, to provide information on situations which might have lead to internal displacement and to report thereon²³¹, to deal with the plight of street children²³², to adopt a gender-related approach to its mandate²³³.

The most noteworthy task entrusted to the Group concerns the monitoring of states' compliance to the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearances²³⁴. Given the relevance of such task and the innovative way in which the Group carried it out, this chapter will deal with it in paragraph 1.6.

1.1. THE SCOPE OF THE MANDATE

The WGD's attitude towards the scope of the subject matter of its mandate is the starting point of the analysis of the practice of the human rights mechanism.

Initially, the Working Group did not put forward a «working» definition of disappearances. This is because the experts came across situations in which they had to make *ad hoc* decisions in order to determine what category of cases fell within the phenomenon of missing persons and what did not²³⁵.

Nevertheless, the practice of the UN experts did bear a clear legal definition of disappeared persons.

In fact, from the very beginning of its analysis of cases of missing persons, the Group was able to deduce the three main elements that make up the phenomenon of Disappearances²³⁶. The first component regards the «sinister position» of the missing person. That is, the person is arrested, detained or abducted against his/her will or otherwise deprived of his/her liberty by officials of different branches or levels of Government. The

second element relates to the government's attitude towards the missing person. In other words, typically, the government refuses to disclose the fate and whereabouts of the person concerned, or to acknowledge the deprivation of his/her liberty. The third element is given by the cumulative effect of the previous ones: the deprivation of liberty of the individual and the government's conduct place the person outside the protection of law. Therefore, on the basis of the above elements the Group acknowledged the hallmark of the phenomenon of disappearances. That is, the fact that the capture and detention of an individual remain unacknowledged by the official authorities whose agents have been directly or indirectly responsible for it²³⁷.

Remarkably, such a working-definition of disappearances has been subsequently mirrored in the UN Declaration on Enforced Disappearances²³⁸.

Significantly, the Group, also, identified the «main human rights» which are infringed by the phenomenon of disappearances: the experts established a sort of hierarchy among such rights according to the degree of seriousness of the consequences brought about by the disappearance of the individual²³⁹. In fact, the Group found out that in certain cases missing persons were detained for a given lapse of time during which they were subjected to torture, while in other cases the individuals were not only tortured but also killed²⁴⁰.

On these premises, the Group identified three fundamental rights infringed by the practice of disappearances:

- a) the right to liberty and security of the person;
- b) the right to human conditions of detention and freedom from torture, cruel or degrading treatment or punishment;
- c) the right to life.

²³⁰ CHR Resolution 1995/43. See, also, *supra* note 9.

²³¹ CHR Resolution 1995/57. See, also, *supra* note 9.

²³² CHR Resolution 1995/79. See, also, *supra* note 9.

²³³ *Supra* note 9.

²³⁴ GA Resolution 47/33, 18 December 1992, Preambular paragraph.

²³⁵ Such a point was clearly made by the experts. See «Interview with Tonie van Dogen, Member of the United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances», *SIM newsletter*, No. 14/15, August 1986.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ E/CN.4/1435 and E/CN.4/1435/Add1. Also, for a thorough legal

analysis of the definition of disappearances see RODLEY, *supra* note 3, Chapter 8, at 243-248.

²³⁸ *Supra* note 16.

²³⁹ E/CN.4/1435 paragraph. 184, and RODLEY, *supra* note 3, at 255-264.

²⁴⁰ *Ibidem*, paragraph 4. As noticed by professor RODLEY, *supra* note 3, cases as such would have also fallen within the SRESAEs's mandate, but his office was not yet established when the Group started to implement its mandate. Following the appointment of the mentioned SR, the Group has transmitted cases, even those clarified, relevant to the new Theme mandate to the expert in question.

Yet, the WGD did not deem necessary to fix a specific lapse of time before someone presumed detained could have been considered disappeared. The reason of this, as remarked by Professor Rodley²⁴¹, lies in the fact that a fixed period of time might have barred the Group to take «expeditious action» to prevent further abuses or death following the detention²⁴².

To sum up, in light of some common features showed by the first cases dealt with, the experts evinced a «working» legal definition of the sinister practice of disappearances which, subsequently, has been enshrined in the Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances. Such an analytical exercise proved to be crucial for the implementation of the WGD's mandate. Indeed, it clarified the legal and operative ambit of the activity of the Group shading light on the main features of the phenomenon of disappearances itself, and allowing the experts to detect the basic rights infringed by it and tackle such violations.

1.2. THE SOURCES OF INFORMATION

Resolution 20 (XXXVI), besides setting the basic mandate of the Group, sketches out, in very general terms, the way in which such mandate is meant to be implemented. More precisely, the experts were requested to analyze the question of disappearances seeking and receiving information on disappeared persons from several sources.

The sources expressly mentioned by the CHR were: governments, special agencies, intergovernmental Organizations (IGOs), NGOs with a consultative status with the ECOSOC, «humanitarian organizations and other reliable sources»²⁴³. In this respect, it is especially noteworthy that the WGD interpreted the possibility of receiving information by several sources broadening the range of providers of information set by the Commission. The terms «humanitarian organizations and other reliable sources»

was key in such an enlargement. In fact, interpreting them in a flexible fashion the Group included in the above list of sources of information individuals, families of disappeared persons and their lawyers, local NGOs and international NGOs without a consultative status with the ECOSOC²⁴⁴. In terms of mandate implementation, such an inclusion meant that the Group was able to receive and examine highly reliable information coming directly from «on-site sources» who, *inter alia*, would have played a crucial role in the analysis of the reliability of the communications provided by the governments. (See next paragraph).

Finally, it is interesting to raise the question of whether a hierarchy among the WGD's sources exists.

Usually, the WGD's reports simply list the relevant information transmitted, together with the sources that submitted it, under the item «communications». This suggests that all sources are considered on equal foot. Nevertheless, this is not to say that the experts are not aware of the special role that local NGOs may play in respect to the implementation of the Group mandate. In fact, as the experts pointed out in their 1996 report, NGOs may act as a channel through which the information is transmitted to the Group, and, at the same time, they may follow up with relatives of disappeared persons on the fate of their loved ones²⁴⁵.

Besides, local NGOs together with international ones have been involved in the Working Group's revision of its working methods. Thus, during the Group's sixty-second session²⁴⁶ the experts met with representatives of local and international NGOs and the latter suggested some changes to be introduced in the implementation of the Group's mandate²⁴⁷. Indeed, this is a token of the valuable NGOs' contribution to the SP's activity and how much the experts trust in such on-governmental actors.

²⁴¹ RODLEY, *supra* note 3, at 278.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ *Supra* note 5.

²⁴⁴ E/CN.4/1986/18.

²⁴⁵ E/CN.4/1996/38, paragraph 2.

²⁴⁶ It was held in Geneva from 15 to 24 August 2000. The Group is used to convene in sessions during which it implements its mandate. See the next paragraph.

²⁴⁷ E/CN.4/2001/68. For instance they proposed that prior to any decision to discontinue or clarify a case, the Working Group should have made every effort to investigate the reasons behind the inaction of the sources or the families concerned. Also, they submitted that there should have been stricter restrictions on decisions to discontinue a case because the source failed to provide information.

1.3. THE WORK METHODS

The WGD implements its mandate during sessions, that are, typically, convened three times a year, and the length of which varies between four and ten days²⁴⁸.

It was during its early sessions that the Group singled out those working methods aimed at discharging the task of *examining questions relevant to Disappearances*, and, which, importantly, resulted in a daring and original way to carry out human rights protection.

The first work technique identified by the Group relates to the screening of the information submitted to it. Resolution 20 (XXXVI) did not set any formal or substantial requirement concerning the communications to be analyzed by the Group.

Nevertheless, some criteria of admissibility of information emerged from the Group's practice²⁴⁹.

As highlighted by Professor Rodley²⁵⁰, the existence of such criteria is, indeed, remarkable. First because the nature of the phenomenon of disappearances itself makes the gathering of evidence very difficult. Second because as the experts are expected to *act effectively*, that is, rapid enough to prevent the practice of missing persons, their action is based on less evidence than that required to come to a formal conclusion²⁵¹.

The Group identified the following criteria of admissibility of the received information.

First, the information must fall within the mandate of the Working Group²⁵². In other words, it has to concern cases of missing persons falling within the definition analyzed in paragraph 1.1.

Second, the Group considers admissible communications originating from the families or friends of the missing persons, as well as from NGOs, IGOs and other reliable sources that «must

be in a position to follow up with the relatives of the disappeared persons concerning [their] fate»²⁵³.

Third, the information must be factual. That is, the communication has to indicate the name of the missing person, the date of the disappearance, the place of arrest or abduction, parties presumed to have carried out the arrest or abduction or to be holding the disappeared person in an unacknowledged detention, steps taken by the family to determine the fate or whereabouts of its loved one or at least indication that efforts to resort to domestic remedies were frustrated or have been inconclusive²⁵⁴. With respect to this last requirement, it has to be pointed out that the Group did not understand it as a formal requisite that domestic remedies are exhausted, for the experts were aware that sometimes such remedies are non-existent or ineffective. Rather, the requirement has been considered a confirmation of the authorities' refusal to acknowledge the detention²⁵⁵.

Once the Group has carried out the screening of information, it implements the second work technique to fulfill its mandate. That is, it sends the communications considered admissible directly to the governments concerned²⁵⁶. Also, the experts usually seek official meetings with the concerned state's Permanent Representative to the UN (in New York or Geneva), during which they request the state official to bring the communications to the attention of his/her national governments²⁵⁷.

The third work technique entails a cross-examination of the governments' replies in light of the sources' comments, and especially of those by the mentioned «on-site» sources²⁵⁸. In other words, the governments' replies are transmitted to the source from whom the communication originated, who is requested to make observations on them. If the source does not reply within six months of the date on which the government's communication was sent, or it contests the governmental information on grounds considered unreasonable by the experts, the case is deemed clarified²⁵⁹. If the source contests the government's information on

²⁴⁸ It is paradigmatic that in the year 2001 the WGD held the first session from 24 to 27 April, the second from 21 to 25 August, the third from 10 to 14 November. See *supra* note 29, paragraph 10. In this respect it is important to note that from 1995, due to the UN financial situation the WGD was requested to reduce the length of its sessions.

²⁴⁹ E/CN.4/1984/21, paragraph 1.

²⁵⁰ RODLEY, *supra* note 3, at 273.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Supra* note 27, Annex paragraph 7.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*, paragraph 8 (a), (b), (c), (d), (e).

²⁵⁵ RODLEY, *supra* note 3, at 273.

²⁵⁶ *Supra* note 27, paragraph 10.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

reasonable grounds the government is asked to comment on the source's point of view²⁶⁰. The aim of such a *cross-examination* is to assess the reliability of the governmental communications and to provide the Group with further elements to conclude whether or not the disappearance occurred and to shed light on the fate of the missing person. The replies of the governments, the sources' comments and the experts' conclusive views are, finally, summarized by the Group in its annual reports to the CHR²⁶¹.

Concluding, the Working Group's practice shows that the experts did not mean the task of *examining* the phenomenon of Disappearances as the undertaking of a theoretical study on the matter. Rather, they, daringly, understood it as a process to assess, through a factual criterion and a cross examination procedure, the reliability of the information received in order to clarify *individual cases* of disappearances submitted to them.

1.4. THE ON-SITE VISITS

Meeting with States' Permanent Representatives at the UN enabled the WGD to introduce, without any previous authorization from the Commission, a work technique that changed the Group's overall approach to the phenomenon of Disappearances. The technique in question is the carrying out of on-site visits²⁶². Basically, during the mentioned meetings with states' representatives the experts explored the possibility of conducting visits in the territories of the states concerned²⁶³. Following the Group's initiative some governments started to formally invite the experts to travel to their Countries, sanctioning the definitive introduction of such working technique within the mandate of the Working Group. In fact, even though, the CHR, initially, did not authorize the experts to carry out the visits, it never expressed a negative view on such a new working technique.

Moreover, it started to receive the reports on such visits, the so-called *Addenda* reports, subsequently endorsed the visits in the Group's mandate, and even strongly encouraged states to consent to on-site visits.

The first visit was carried out in Peru and marked the beginning of the departure of the WGD from its non-judgmental approach to the phenomenon of disappearances²⁶⁴. More specifically in the *Addendum* report on the visit²⁶⁵, the Group started to link cases of missing persons to the behavior of certain governmental agents, without, however, expressly attributing a direct responsibility to the latter.

As seen in the previous section²⁶⁶, the true break-through in the non-judgmental approach occurred after the visit to Sri Lanka²⁶⁷. In fact, in the *Addendum* report on that visit, the Group explicitly mentioned the army and the police as being «involved in disappearances»²⁶⁸.

Such a judgmental approach still characterizes the WGD's practice²⁶⁹ and would have been shared by the Theme SPs created following the Group's institution. Importantly, such an approach would have turned Theme SPs from tools conceived to avoid targeting single Countries into quasi-judicial bodies that started to focus and report on states' compliance to those human rights relevant to their thematic mandates.

Since the second half of the nineties the Group even started to carry out follow up visits in order to verify the extent to which states formerly visited complied with the recommendations formulated in the *Addenda* reports on the previous visits in their territory²⁷⁰.

The most recent visits by the WGD have been carried out in Yemen²⁷¹, Turkey²⁷² and Sri Lanka²⁷³.

²⁶⁰ *Ibidem*, paragraph 18.

²⁶¹ *Ibidem*, paragraph 14.

²⁶² See one of the Group's first report, *supra* note 21, paragraphs 6 and 30.

²⁶³ *Ibidem*, paragraphs 12-15.

²⁶⁴ E/CN.4/1986/18/Add.1, and E/CN.4/1987/15/ Add.1.

²⁶⁵ See Section I, paragraph 3.4.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ E/CN.4/1992/ Add.1, and E/CN.4/1993/Add.1.

²⁶⁸ *Ibidem*. See also the report on the visit to Philippines, which was

prior to that on Sri Lanka: the Group attributed responsibility to the government in question more directly than in the report on its visit to Peru. See E/CN.4/1991/20/Add.1 paragraph 159.

²⁶⁹ The *Addendum* reports of the WGD can be found on the web-site of the UN High Commissioner for Human Rights: www.unhchr.ch.

²⁷⁰ See the follow-up visit to Sri Lanka: E/CN.4/2000/64/Add.1.

²⁷¹ E/CN.4/1999/62/Add.1.

²⁷² E/CN.4/1999/62/Add.2.

²⁷³ E/CN.4/2000/64/Add.1.

1.5. THE URGENT MESSAGES PROCEDURE

The most remarkable working technique «invented» by the Group is the Urgent Messages Procedure (UMP). The experts implicitly inferred it from the authority to «respond effectively» to the information coming before them. It became an integral part of the work methods of the experts from their very first session: its aim was to deal with particularly serious and urgent cases of disappearances that required immediate action. That is cases in which there were reasonable grounds to believe that the life or physical and mental integrity of the disappeared person was seriously threatened²⁷⁴. More specifically, the experts decided that with regard to cases that occurred three months preceding receipt of communications, the Chairman was authorized to transmit the cases in question to the Ministers of Foreign Affairs of the Countries concerned with the most direct and rapid means, such as faxes or telexes²⁷⁵. In such faxes or telexes the Chairman would have asked the authorities to clarify the fate and whereabouts of the individual and to release him/her immediately.

As specified by the experts such transmission of urgent cases can be entrusted to the Chairman «on the basis of special delegation of power given to him by the Group»²⁷⁶.

1.6. MONITORING THE DECLARATION ON THE PROTECTION OF ALL PERSONS FROM ENFORCED DISAPPEARANCES

The monitoring of the Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearances was entrusted to the Group at the beginning of the nineties, when the CHR invited the experts to consider in their reports any obstacle to the proper application of the Declaration and to recommend means to overcome them²⁷⁷.

Initially the Group limited itself to request all states to provide it with all the relevant information on the measures taken to implement the provisions of the Declaration, and the eventual obstacles that they might have encountered²⁷⁸. However,

despite such a request the experts noticed that very little progress had been made in practice. With few exceptions, states did not even begin to take consistent steps to incorporate in their national legislation the principles set forth in the UN Declaration²⁷⁹. Thus, with the aim to more effectively focus the attention of governments on the relevant provisions of the Declaration, the Working Group decided, at its forty-seventh session, to adopt General Comments on those provisions of the Declaration that might have needed further explanation²⁸⁰.

The decision of the experts has to be strongly welcomed: it is a further token of their daring way of interpreting the tasks entrusted by the CHR. Indeed, it is another significant step towards a more accurate way of implementing their mandate through the elaboration of some «legal guidelines», the principal aim of which is to clarify states' conduct with regard to the phenomenon of Disappearances. More specifically, the adoption of General Comments has two direct effects on the Group implementation of its mandate.

Firstly, they augment the authority of the experts constituting a sort of «jurisprudence» which substantiates the Group's monitoring of the Declaration; secondly they define precisely the scope and the ambit of the broad principles set by the UN Declaration limiting states' discretion in complying with such principles²⁸¹.

Interestingly, the formulation of general comments makes the WGD very similar to treaty monitoring bodies. In fact, it is a very well settled practice of the Human Rights Committee, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, the Committee on Economic Social and Cultural Rights to work out general comments on some provisions of the Conventions the implementation of which they are mandated to monitor²⁸².

Yet, the WGD's General Comments contribute to the development and clarification of International Human Rights Law norms and to the application of soft law human rights instruments.

At present, the Group formulated General Comments on Articles 3, 4, 19 10 and 17 of the Declaration²⁸³.

²⁷⁴ E/CN.4/1999/62, paragraph 19.

²⁷⁵ *Supra note* 27, paragraph 11.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ CHR Resolutions 1993/35 and Resolution 1994/34.

²⁷⁸ *Supra note* 27 paragraph 49.

²⁷⁹ *Ibidem*, paragraph 46.

²⁸⁰ *Ibidem*, paragraph 47.

²⁸¹ See for instance the definition of «continuing offence» set in the General Comment on Article 17. *Supra note* 29 section E.

²⁸² Treaty Bodies' general comments are available at www.unhcr.ch.

²⁸³ *Supra note* 29, paragraphs 25-32.

1.7. TECHNICAL ASSISTANCE AND THE WORKING GROUP'S ROLE WITH REGARD TO THE FUTURE CONVENTION ON DISAPPEARANCES

In the nineties the WGD has undertaken a task that was not provided in any CHR's Resolution on its mandate. The task in question relates to the clarification of «old cases» of disappearances dating back to the seventies or early eighties, and which became a real challenge for the Group because of the high degree of difficulty in establishing the fate and whereabouts of the victims²⁸⁴.

Such task has not only led to intensified efforts by the Group to mediate between the families of the missing persons and the respective governments in order to find a solution to such «old cases», but also to an additional role of the WGD itself. That is, to provide technical assistance in solving such «old cases» through two means: judicial declarations of presumption of death, and gathering information on compensation of the victims²⁸⁵. With this regard it is noteworthy that in June 1997 the WGD wrote to those Countries with more than twenty «old cases» and asked about the following: the legal basis for compensation in the Country in question and the amount of compensation, the legal requirements and the procedures leading to a presumption of death²⁸⁶.

The last noteworthy development concerning the WGD's practice is its formulation of comments on the draft of the future Convention on Enforced Disappearances as worked out by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights' Sessional Working Group on the Administration of Justice upon request of the CHR²⁸⁷. Interestingly, since 1997 the WGD has been invited to the meetings of the Sessional Working Group and played an active role in the drawing up of the Convention. Indeed, the experts have been carefully analyzing and commenting on the above draft and proposed that the monitoring body of states' conformity to the new Convention should have been an already existing supervising organ: the Human Rights Committee or the WGD itself²⁸⁸.

1.8. THE REPORTING TASK

Notwithstanding that the reporting function was expressly provided by the CHR, and did not entail any interpretative exercise by the experts, this section deals with it by virtue of two fundamental reasons.

Firstly, because the WGD's reports constitute the record of the innovations introduced by the experts' practice. In other words, they are the synthesis of the break-through brought about by the daring endeavors the experts. Secondly, because consequently the innovations introduced by WGD in their mandate, the reports' rationale itself underwent some significant changes. In other words, the experts drew such reports up not in the form of an abstract examination of disappearances, but they worked them out with the view to sanction the analytical pattern and high methodical rigor of their human rights activity, and to influence and even determine the CHR's strategy with regard to the practice of disappearances. In this sense the reports are the climax of the break-through practice of the WGD.

Typically the WGDs' reports are outlined into four main sections:

1. the first one summarizes the experts' activity carried out during the year prior to the Commission session; it also includes a synthesis of the work methods adopted by the Group to implement its mandate;
2. the second one contains three Country-Chapters dealing respectively with:
 - a) Countries with new cases of Disappearances or clarified cases;
 - b) Countries with regard to which the Group received comments from governments and NGOs;
 - c) Countries from which the WGD received no information or comment.

²⁸⁴ E/CN.4/1998/43.

²⁸⁵ See the case of Brazil reported in E/CN.4/1997/34, paragraph 413.

²⁸⁶ *Ibidem*, paragraphs 23-65.

²⁸⁷ *Ibidem*, paragraph 3. See also the note of the Secretary General on that matter: E/CN.4/1999/11.

²⁸⁸ *Supra note* 66 paragraphs 18-20. In case the WGD will be charged with the monitoring of States' compliance with the Convention on Disappearances, its functions will be very similar to those of the Inter-American Commission on Human Rights. For details see SHELTON D., «The Inter-American Human Rights System», in *Guide to International Human Rights Practice*, 1992, at 119-132.

3. the third one sets the Conclusions and recommendations of the experts;
4. the fourth is a series of annexes containing statistics on the cases reported by the Group since its establishment, decisions on individual cases taken during the year in respect of which the experts are reporting; comments on the draft Convention on Enforced Disappearances.

1.9. FINAL REMARKS

The WGD's practice is a remarkable departure from the wording of Resolution 20 (XXXVI). In accomplishing such departure the Group, sometimes, availed itself of some terms in the above Resolution to deduce a daring interpretation of its mandate and to introduce innovative tools to implement it. The enlargement of the range of sources through a flexible interpretation of the terms «humanitarian organizations and other reliable sources» which allowed the Group to introduce the *cross-examination* procedure; the interpretation of the task of *examining* questions relevant to Disappearances as a «technical process» aimed to assessing the reliability of the information received and clarifying individual cases of Disappearances, and the «invention» of the UMP relying on the task of responding rapidly and effectively to especially urgent information, are very paradigmatic in this sense.

On the other hand, the experts deduced the on-site visits, the technical assistance activity, and the formulation of comments on the Convention on Disappearances without relying explicitly on the text of Resolution 20 (XXXVI). They, basically, understood them as implied in the overall rationale of their mandate, and informally, introduced them in their practice. The same is true for the adoption of the General comments on the Declaration on Enforced Disappearances. Indeed, the experts' resort to the General Comments is a very welcomed development which may lead to a more effective and punctual implementation of the Declaration, and which may further strengthen international human rights protection against disappearances: in fact, the WGD's practice in this respect already constitutes the model to

be followed by the future monitoring body of the Convention on Disappearances, be this the WGD or another body provided by the Convention itself.

2. *The Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary and Arbitrary Executions (SRESAEs)**

The SRESAEs was created in 1982 by CHR's Resolution 1982/35.

In the above Resolution the Commission decided to appoint an individual of recognized international standing as a SR in order to examine the occurrence and extension of the practice of summary and arbitrary executions, and to report on this phenomenon with recommendations and observations to the CHR itself.

From 1982 onwards the mandate has been regularly renewed and broadened by the Commission.

Thus, in 1985 the Commission gave the SR the authority to «respond effectively» to communications forwarded to him indicating that a summary or arbitrary execution was threatened or imminent or it has occurred²⁸⁹, while in 1993 the subject matter of the mandate of the SR was broadened to include extra-judicial executions²⁹⁰.

During the second half of the nineties and the early 2000, the CHR requested the SR to pay special attention to summary, arbitrary and extra-legal executions of children, women and human rights defenders; to violations of the right to life of participants in demonstrations or other peaceful manifestations; to violations of the right to life of persons belonging to minorities²⁹¹; to keep monitoring the implementation of international standards on guarantees and restrictions related to the imposition of capital punishment bearing in mind the General Comment on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) by the Human Rights Committee²⁹² as well as the Second Optional Protocol of the Covenant; to apply a gender perspective to his work²⁹³.

* This section deals with the practice of the first SRESAEs, Mr. Ndiaye by virtue of his pioneer and crucial role in building up and strengthening the system of SPs.

²⁸⁹ CHR Resolution 1985/37.

²⁹⁰ CHR Resolution 1992/42.

²⁹¹ CHR Resolution 1996/7 paragraph (d).

²⁹² *Ibidem*, (f).

²⁹³ *Ibidem*, (g). See also the following reports: E/CN.4/1997/61, E/CN.4/1998/68, E/CN.4/1999/35, E/CN.4/2001/30, E/CN.4/2001/35 and E/CN.4/2004/7.

2.1. THE SCOPE OF THE MANDATE

As the analysis of the WGD, the examination of the practice of the SREASEs starts dealing with the expert's attitude toward the scope of his mandate. In this respect it has to be noticed that the CHR's Resolutions on the SR's mandate refer to «extra-judicial, summary and arbitrary executions» without clarifying the meaning of these terms.

Nevertheless, the SRESAEs did evince a «working» definition of the above terms²⁹⁴.

Thus, in the light of the SR's reports, summary and arbitrary executions are impositions of the death penalty without observance of some legal safeguards such as the right to fair trial, to right to seek pardon or commute of sentence²⁹⁵. It follows, then, that the SR will have to verify whether all the legal safeguards and guarantees which are provided in Articles 9, 14 and 15 of the ICCPR and ECOSOC Resolution 1989/65²⁹⁶ are fully respected in every case examined.

The SR, also, intervenes if the convicted person is a minor, a mentally ill person, a pregnant woman or recent mother, a person expelled to a Country where he/she is likely to be sent to death.

On the other hand, as Professor Rodley put it, extra-legal executions are «officially sanctioned deprivations of life without trial and without the justifications of either a legitimate law enforcement response to protect life or limb, or a use of force compatible with the rules of international humanitarian law applicable in armed conflicts»²⁹⁷.

More specifically, the SR singled out five categories of extra-legal executions²⁹⁸:

- a) death threats and fear of imminent extra-judicial executions by state officials, paramilitary groups, private individuals

or groups cooperating with or tolerated by the Government, as well as unidentified persons who may be linked to the categories mentioned above²⁹⁹;

- b) deaths in custody due to torture, neglect or the use of force, or life-threatening conditions of detention³⁰⁰;
- c) deaths due to the use of force by law enforcement officials, or persons acting in direct or indirect compliance with the State, when the use of force is inconsistent with the criteria of absolute necessity and proportionality³⁰¹;
- d) deaths due to attacks by security forces of the State, by paramilitary groups, death squads or other private forces cooperating with or tolerated by the Government³⁰²;
- e) violations of the right to life during armed conflicts, especially of the civilian population, contrary to humanitarian law³⁰³.

Also, the SR is concerned with the most egregious violation of the right to life, that is, Genocide³⁰⁴, and with the criminal law consequences arising from violations of the right to life. That is, breaches of the obligation to investigate alleged violations of the right to life and to bring those responsible to justice, and breaches of the obligation to provide adequate compensation to victims of violations of the right to life³⁰⁵.

Such a thorough definition of Summary Arbitrary and Extra-Legal Executions led the expert to set up the legal framework of his activity, and to identify the international human rights standards in light of which to ascertain cases of violations of the right to life coming before his attention.

2.2. THE SOURCES OF INFORMATION

The SRESAEs had a special attitude towards the sources of information that initially was not consistent with Resolution 1982/35.

²⁹⁴ See the 1993 and 1994 reports: respectively E/CN.4/1993/46 paragraphs 42-68, and E/CN.4/1994/7 paragraphs 9-10.

²⁹⁵ See Article 6 of the ICCPR, GA Resolution 2200 A (XX7), December 1966, ECOSOC Resolution 1984/50, GA Resolution 35/72, E/CN.4/1984/84. On the definition of summary and arbitrary executions see RODLEY, *supra note 3*, Chapter 6.

²⁹⁶ The Resolution requests States to publish, if possible on an annual basis and for each category of offence for which death penalty is imposed information on the use of capital punishment: for instance the number of persons condemned, the number of executions carried out.

²⁹⁷ RODLEY, *supra note 3*, at 182-190.

²⁹⁸ See E/CN.4/1996/4.

²⁹⁹ *Ibidem*, paragraph 10 (b).

³⁰⁰ *Ibidem*, (c).

³⁰¹ *Ibidem*, (d).

³⁰² *Ibidem*, (e).

³⁰³ *Ibidem*, (f).

³⁰⁴ *Ibidem*, (h).

³⁰⁵ *Ibidem*, (i), (j).

The range of sources singled out by the above CHR's Resolution was more restrictive than that one the Commission provided for the WGD. The SR was requested to seek information from governments, specialized agencies, IGOs, NGOs in consultative status with the ECOSOC. Resolution 1982/35 did not mention «humanitarian organizations and other reliable sources», that is, those terms contained in Resolution 20 (XXXVI) that allowed the WGD to enlarge the range of providers of information.

Nevertheless, the SR sought and received information under no explicit limitation in respect to the sources he could rely on³⁰⁶. Thus, the expert considered information received by local NGOs, NGOs without a consultative status with the ECOSOC, families of the victims, eyewitnesses, lawyers³⁰⁷. Indeed, the SR was perfectly aware of the fundamental role such sources might have played in corroborating governmental information.

Moreover, in 1986 the Resolution renewing the SR's mandate did not contain any limit concerning the sources of information³⁰⁸.

2.3. THE WORK METHODS

Resolution 1982/35 did not contain the work methods to be implemented in fulfilling the *examination* of the phenomenon of extra-legal, summary and arbitrary executions.

Their setting up was left to the discretion of the SR, who, *inter alia*, was also able to follow the steps of the WGD³⁰⁹.

Thus, as the Working Group, the first work method adopted by the SRESAEs is the verification of the admissibility of the information.

Indeed, the SR set a basic factual criterion to assess the reliability of communications³¹⁰. That is, the communications must contain very accurate details concerning the victim and the precise circumstances of the violation. Such details are:

information regarding the date, place, time, and nature of the incident; information regarding the alleged perpetrator; information regarding the victim (name, surname, nationality); information regarding the source of the allegation; information regarding steps taken by the victim and their families and steps taken by the authorities to redress the case³¹¹.

If the SR is doubtful about a given communication he continues to seek corroboration from other sources of «unmistakable credibility» sending them the communications and requesting to comment on them³¹². These sources are NGOs and individuals whose reputation, advocacy and commitment in the field of human rights are well-known in the international arena.

Following such a corroboration from these «trustworthy sources», the SR implements the second work method to carry out his mandate, that is, he transmits the communications considered reliable to the governments concerned³¹³. More specifically, such communications are sent to the governments concerned together with a letter from the SR requesting the authorities to make the expert acquainted with the progress and the results of the investigations conducted with regard to the case submitted, the criminal or disciplinary sanctions imposed on the perpetrators, the compensation provided to the family of the victim and any other pertinent comments or observation³¹⁴. The SR also sends allegations of more general nature and asks the governments to provide specific information on, for instance, persistent impunity or legislation alleged not to be conform to the restrictions on the application of the death penalty contained in the relevant international instruments³¹⁵. The third method adopted by the SR lies in corroborating the governmental information asking the sources to examine it.

In other words, as the WGD, the SR is used to request the sources to comment on the governments' replies, and, then, to

³⁰⁶ See the 1993 report, *supra note 76*, paragraphs 17-20. See also RODLEY N., «United Nations Action Procedures against "Disappearances", Summary or Arbitrary Executions, and Torture», *Human Rights Quarterly*, vol. 8, 1986, at 701 and 728.

³⁰⁷ See the 1993 report, *Supra note 76*, paragraph 17.

³⁰⁸ ECOSOC Resolution 1986/36, 23 May 1986.

³⁰⁹ The Work methods of the SR are set in his 1993 report, *supra note 76*. See also E/CN.4/1995/61 paragraphs 9-12, E/CN.4/1996/4, paragraphs 11-12, E/CN.4/2000/3, paragraphs 6-20.

³¹⁰ See the 1993 report, *supra note 76*, paragraph 17.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*, paragraphs 16-17.

³¹³ *Ibidem*, paragraphs 19-22.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*. paragraph 30.

send to the authorities concerned a follow-up comment requesting additional information if the sources' observations contradict the governmental replies³¹⁶.

The aim of this request for additional information and cross examination by the sources is to enable the SR to draw up conclusions on the alleged violations of the right to life and to submit them in the annual reports to the CHR³¹⁷.

The above overview of the expert's working methods allows the conclusion that, like the WGD, the SR meant the «examination of his phenomenon» as a screening process of communications the primary aim of which is the legal verification of the violations of the right to life perpetrated against individuals alleged in the communications in question.

2.4. THE ON-SITE VISITS

Like the WGD, the SR interpreted his mandate to include the possibility of soliciting and conducting visits to some Countries in which the situation of the right to life was especially worrying, even in the absence of an express mention of such visits in his terms of reference.

The first visit carried out without a previous authorization by the Commission was in Suriname in 1982³¹⁸. Since then, the missions have become an essential component of the SR's mandate: they allow the SR to obtain first-hand information on the situation of the right to life in the Country which will be visited, to report on such findings, and to co-operate and assist the state in improving situations conducive to violations of the right to life³¹⁹. The state to be visited is selected in the light of the number and gravity of allegations, and on the basis of reports from the «trustworthy sources» concerning summary and

extra-legal executions which occurred or that are occurring within the territory of certain Countries³²⁰.

Also, the absence of an adequate response from the governments, or recurring contradictions between the information received from the sources and the government response, may lead the SR to explore the possibility of conducting an *in situ* visit in a given Country³²¹. Besides, from the second half of the nineties onwards the SR started to maintain close contacts with governments of Countries visited in order to carry out follow-up missions and assist such governments in implementing the recommendations worked out after his previous visits³²². In the second half of the nineties and early 2000, the SR visited Burundi³²³, Papua Guinea³²⁴, Sri Lanka³²⁵, the U.S.³²⁶, Macedonia and Albania³²⁷, Mexico³²⁸, Turkey, Afghanistan, the Democratic Republic of Congo and Brasil³²⁹.

Usually, like the WGD's reports, the SR's reports on the visits are published in *addenda* to the annual reports³³⁰.

2.5. THE URGENT MESSAGES PROCEDURE

The most significant development of the SR's practice regards the UMP.

Initially the SR was not authorized «to respond effectively»³³¹ to the communications brought to his attention. Remarkably, despite such a lack in his terms of reference, the SR developed, since the first year of his appointment, a system of UMP³³²: he identified thirty-seven countries allegedly responsible for imminent summary and arbitrary executions and sent to the Ministers of Foreign Affairs of such Countries telexes in order to prevent the carrying out of these executions³³³. Even though the SR was criticized by the members of the CHR, he continued

³¹⁶ This is because the replies are too general, or the government tries to refute the correctness of the allegation, or it states that the investigation are not yet finalized. See E/CN.4/1995/61 paragraph 21.

³¹⁷ *Supra* notes 91- 97.

³¹⁸ E/CN.4/1983/16.

³¹⁹ See E/CN.4/1986/21 paragraph 56, and especially E/CN.4/1993/46 paragraphs 35-37 in which the SR explains the rationale of the visits.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ *Ibidem*.

³²² CHR Resolution 1993/47.

³²³ E/CN.4/1996/4 Add.2.

³²⁴ E/CN.4/1998/68/Add.1.

³²⁵ E/CN.4/1998/68/Add.2.

³²⁶ E/CN.4/1998/68/Add.3.

³²⁷ E/CN.4/12000/3/Add.2.

³²⁸ E/CN.4/2000/3/Add.3.

³²⁹ E/CN.4/2002/74/Add.1, E/CN.4/2003/3/Add.4, E/CN.4/20003/3/Add.3, E/CN.4/2004/71/add.3.

³³⁰ *Supra* notes 105-11.

³³¹ See the Resolution appointing the SR: CHR Resolution 1982/35.

³³² See the first report of the expert, *supra* note 100.

³³³ *Ibidem*.

to send telexes to the certain governments with the aim to avert specific summary or arbitrary executions³³⁴.

Finally, in 1984 the ECOSOC asked the SR «to pay special attention to cases in which a summary or arbitrary execution is imminent or threatened» and «to respond effectively to information that comes before him»³³⁵.

The SR's urgent appeals concern death threats and fear of imminent execution of death sentences in contravention of the limitations on capital punishment set forth in the pertinent international instruments³³⁶. In addition the SR may also send urgent appeals to governments after having been informed of the imminent expulsion of persons to a Country where they are at risk of summary or arbitrary executions³³⁷.

Since the basic aim of urgent appeals is the prevention of loss of lives, the SR transmits the allegations of imminent extra-judicial, summary or arbitrary executions to the government, regardless of whether the domestic remedies have been exhausted³³⁸. Usually, in such urgent appeals the SR asks the government concerned to ensure effective protection of those under threat or risk of execution.

States are also requested to inform the SR on every step taken in this regard³³⁹.

Yet, it has to be stressed that, most of the urgent messages have dealt with threatened executions in cases where a formally pronounced death sentence seemed in danger of being carried out³⁴⁰. Few cases concerned threatened extra-legal executions. As noticed³⁴¹, the reasons of that lies in the fact that only in rare circumstances extra-legal executions are known in advance. That is, in cases in which a «death list» has been made known, where someone survived the extra-legal execution, or where, generally speaking, there is a sort of legal procedure³⁴².

2.6. THE REPORTS

The points made with regard to the reporting function of the WGD apply to that of the SRESAEs. Indeed, the SR's reports are emblematic of his innovative practice and give sense to it³⁴³. In fact, they summarize the analytical activity of the SR and suggest means to tackle summary, arbitrary and extra-legal executions. More specifically, in his reports the expert, first sketches out the legal and operative framework of his mandate; he, then, describes the activities carried out in the year prior to the Commission' session; he lists the Country situations dealt with, and draws up conclusions and recommendations on how to address the question of extra-legal, summary and arbitrary executions.

2.7. CONCLUSIONS

The SRESAEs departed from Resolution 1982/35 and consolidated the WGD's practice. It is significant that in certain ways his daring interpretative endeavors went even further those of the Working Group.

As seen, the expert broadened the range of sources of information even if the above CHR's Resolution did not contain terms which might have allowed for interpretative devices to enlarge the number of providers of information; furthermore, he started to send urgent messages without being authorized to act expeditiously. Also, the accurate legal definition of summary and arbitrary and extra-legal executions, the identification of the procedural pattern to screen the information on individual cases of violations of the right to life, and the introduction of on-site visits highlight further the expert's steady determination to fulfill true human rights protection and monitoring tasks.

³³⁴ See the second and third reports of the experts. Respectively: E/CN.4/1984/29, E/CN.4/1985/17.

³³⁵ ECOSOC Resolution 1984/35. See also GA Resolution 39/110.

³³⁶ RODLEY, *supra* note 88, at 200.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ E/CN.4/1985/17, E/CN.4/1986/21 and the 1993 report, *supra* note 76. See also the most recent reports of the SR: E/CN.4/2001/9, E/CN.4/2000/3.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ RODLEY, *supra* note 88, at 722.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ SR's reports are available at www.unhchr.ch.

3. *The Special Rapporteur on Torture (SRT)*

The UN commitment to struggle against the practice of torture dates back to the second half of the seventies. In this period of time the GA, spurred by the developments in post 1973 Chile and Amnesty International's campaign on those events, played a leading role in the standards setting on the prohibition of torture. Thus, in 1975 and 1984 the GA adopted respectively the Declaration on Torture³⁴⁴ and the Convention against Torture³⁴⁵. Within this context the appointment, in 1985, of the SRT by the CHR is the uttermost sign of the UN advocacy in the struggle against torture.

The experts' tasks set in Resolution 1985/33 were the following: to examine questions relevant to torture; to respond effectively to information concerning torture that would have come before him; to act discretely and to report annually to the CHR on the occurrence and extension of the practice of torture. The mandate was constantly renewed³⁴⁶.

In addition, the SR, has been, recently, requested to pay attention to special torture related issues: impartiality and independence of the judiciary, jurors and assessors, and the independence of lawyers³⁴⁷; the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms³⁴⁸; impunity³⁴⁹; extra-judicial, summary and arbitrary executions³⁵⁰; disappearances³⁵¹; arbitrary detentions³⁵²; the integration of the rights of women in the human rights mechanisms of the UN³⁵³; the plight of street children³⁵⁴.

Also, as pointed out in the 2001 report³⁵⁵, the SR addressed the question of racism and related intolerance in view of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance held in Durban from 31 August to 7 September 2001³⁵⁶.

Finally, it is important to highlight that the SRT is mandated to submit *interim* reports to the GA: in particular, during the year 1999 and early 2000 the GA asked the expert to present two *interim* reports on overall trends and developments regarding torture³⁵⁷. The main issues tackled with in these reports relates to gender-specific form of torture, torture and children, torture and human rights defenders, torture and poverty, compensation for the victims of torture³⁵⁸.

3.1. THE SCOPE OF THE MANDATE

Resolution 1985/33 has raised some interpretative problems relating to the scope of the mandate of the SRT. In fact, while the preambular paragraph refers both to «torture» and «cruel, inhuman and degrading treatment or punishment», the operative paragraphs mention only torture. Arguably, such a wording would seem to imply that the expert should have focused only on torture.

Nevertheless, the SR never adopted an overly narrow interpretation of the scope of the phenomenon he was to examine³⁵⁹.

More precisely, the SR not only analyzed practices inflicted on detainees under interrogation³⁶⁰, but he also identified and

³⁴⁴ AG Resolution 3452 (XXX), 9 December 1975.

³⁴⁵ Resolution 1984/21, 6 March 1984, Commission on Human Rights, Report 40th session, ESCOR, 1984, Supplement No. 4, Chapter II A.

³⁴⁶ See for instance CHR's Resolutions 1993/40, 1993/37 and 1998/38.

³⁴⁷ CHR Resolution 1999/33, and 2000/45.

³⁴⁸ CHR Resolution 1999/34, and 2000/42.

³⁴⁹ CHR Resolution 1999/35.

³⁵⁰ CHR Resolution 1999/36, and 2000/32.

³⁵¹ CHR Resolution 2000/38.

³⁵² CHR Resolutions 1999/38, and 2000/37.

³⁵³ CHR Resolution 1994/45, and 2000/53.

³⁵⁴ CHR Resolution 1994/83. See also the introduction of the year 2000 report E/CN.4/2001/9.

³⁵⁵ E/CN.4/2001/66, in particular see the executive summary. See also E/CN.4/2004/56 and E/CN.4/2005/62.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ GA Resolution 53/139 paragraph 24, and Resolution 54/156 paragraph 29. See also CHR Resolution 1999/32 paragraph 29, and Resolution 2000/43 paragraph 33.

³⁵⁸ A/54/426; A/55/290.

³⁵⁹ «Interview with Professor Koojijmans Special Rapporteur on Torture for the United Nations Commission on Human Rights», *SIM Newsletter*, No. 16, November 1986, at 4. See also RODELY, *supra note 88*, at 726. See also the first and the 1997 reports in which both the former SR and his incumbent explain this point. Respectively E/CN.4/1986/15 paragraphs 61 and 95, and E/CN.4/1997/7 paragraph 7.

³⁶⁰ Indeed, torture is perpetrated especially in this circumstance. See in this respect the European Court of Human Rights jurisprudence, with particular reference to: *Northern Ireland case*, 19 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 512, 750, (1076); *Greek Case*; 12 *Yearbook of the European Convention on Human Rights case 504*, (1966). See also the Human Rights Committee's practice: *Sindic v. Uruguay*,

dealt with some «gray areas»³⁶¹ between «torture» and «other cruel and inhumane and degrading treatment and punishment». That is, practices that are on the borderline of torture and other ill treatments, such as prisons and cells conditions. As noticed³⁶², the SR expressed concern about «sleep deprivation and threats against detainees», as well as «beatings» in the Republic of Korea³⁶³; «beating, kicking and punching of asylum seekers or members of ethnic minorities» in Germany³⁶⁴.

Yet, it is significant that in his visit to the Russian Federation in 1994, the SR remarked that the conditions in general cells measuring some six by twelve meters and holding from 80 to 130 prisoners amounted to cruel and inhuman and degrading treatment³⁶⁵. Furthermore, in his *addendum* report on this visit, he also specified that «to the extent that suspects are confined [in the general cells] to facilitate the investigation by breaking their wills with a view to eliciting confessions of information, they can be properly described as being subjected to torture»³⁶⁶. He, also, described the prison conditions in Caracas as inhuman, cruel and degrading³⁶⁷, and used the same terms to depict the situation in some detention centers in Burundi³⁶⁸.

Importantly, the SR included in the «gray areas» issues of medical care³⁶⁹, non segregation of juveniles from adults³⁷⁰, cases of corporal punishment³⁷¹, and rape³⁷².

Like the WGD and the SREASEs, the SRT clearly defined the ambit of his activity and identified those practices to be addressed in tackling the phenomenon of torture.

Moreover, the clarification of the scope of the broad international norm on the prohibition of torture by the expert

constitutes a very significant contribution to the development of international human rights law.

3.2. THE SOURCES OF INFORMATION

Resolution 1985/33 listed as sources from which the SR was mandated to receive information on torture governments, specialized agencies, IGOs, NGOs. Regrettably, it did not make clear whether the SR might have resorted to sources other than those mentioned.

As pointed out³⁷³, a restrictive interpretation of the sources as set in the CHR's Resolution, would have deprived the expert of the most direct evidence available concerning his mandate such as the communications from families of victims of torture, lawyers, eyewitnesses. In this respect, it is noteworthy that the SRT, as well as the WGD and the SRESAEs, interpreted his mandate flexibly and since his appointment has been receiving information on torture from any kind of source³⁷⁴. As mentioned, such an approach towards the sources of information would have led to a more accurate and punctual verification of the reliability of the governmental information.

3.3. THE WORK METHODS

The SRT set his work methods down in his reports³⁷⁵. They are the same adopted by the WGD and the SRESAEs. That is, several tools to process the communications submitted to him, and to determine whether or not the violations falling within his mandate were perpetrated.

(63/979), Report of the Human Rights Committee, GAOR 37th session, supplement No. 40, (1982), Annex VIII; *Bleir v. Uruguay*, *ivi* Annex X; *Quinteros v. Uruguay* (107/1988), Report of the Human Rights Committee, GAOR 37th session, Supplement No. 40 (1983), Annex III.

³⁶¹ E/CN.4/1986/15.

³⁶² RODLEY, *supra* note 3, at 98.

³⁶³ E/CN.4/1998/38, paragraph 158.

³⁶⁴ *Ibidem*, paragraph 102.

³⁶⁵ E/CN.4/1995/34/Add.1, paragraphs 42 and 53, and E/CN.4/1995/34/Add.1/Corr.1, paragraphs 43-45 and 71.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ E/CN.4/1997/7/Add.2, paragraphs 58-73 and 81: the SR describes the situation at the Sabenata Prison in Maracaibo, which was not only overcrowded but anarchic because of the lack of control exercised by the national authorities.

³⁶⁸ E/CN.4/2000/19 paragraph 160: the situation in these detention centers were depicted as cruel, inhuman and degrading treatment because of the overcrowding, malnutrition, lack of hygiene. See also paragraph 182 of the same reports: it deals with the use of electric rods on prisoners in some Chilean prisons.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ E/CN.4/1997/7/Add.2, paragraphs 58-73, and 80.

³⁷¹ See the report on the SR's visit to Saudi Arabia, E/CN.4/1997/7/Add.1. The government challenged the report.

³⁷² *Supra* note 143, paragraph 119, E/CN.4/1995/34 paragraph 19, E/CN.4/2000/19 paragraph 323.

³⁷³ RODLEY, *supra* note 88, at 726.

³⁷⁴ *Supra* note 143, paragraphs 61 and 95, see also E/CN.4/1994/31.

³⁷⁵ See the paragraphs on his mandate and work methods in his first report, *supra* note 143, and the most recent report *supra* note 150.

First, the expert identified some criteria of admissibility of the information that comes before him.

Thus, the information to be «credible and reliable»³⁷⁶ must contain as many details as possible, though, as stated in the model questionnaire to allege acts of torture prepared by the expert³⁷⁷, «the lack of a comprehensive accounting should not necessarily preclude the submission of [the allegations]»³⁷⁸.

The elements of minimum information to be forwarded to the SR in order to enable him to deal with communications alleging the occurrence of torture are the following³⁷⁹: full name of the victim, date on which the incident(s) of torture occurred, place where the person was seized, indication of the forces responsible for acts of torture, description of the form of torture carried out and any injury suffered as a result, identification of the person or organization submitting the report³⁸⁰.

Second, the credible and reliable information analyzed by the SR is transmitted to the government. Importantly, like the SREASEs³⁸¹, the SR is used to send to governments communications alleging individual cases as well as a generalized pattern of torture. More precisely, in these communications the SR urges governments to adopt measures in order to investigate into the allegations; to prosecute and impose appropriate sanctions on any person guilty of torture regardless of the rank, office or position he may hold; to prevent the recurrence of such acts; to compensate victims or their relatives in accordance with the relevant standards on torture.

Third, the SR analyses the governments' responses and transmits them to the sources, as appropriate, for comment. The expert carries, then, out a cross-analysis of both the governments' replies and the sources' remarks and draws up concluding observations on the cases sent to him.

Finally, he summarizes the communications, the governments' replies, and the sources' comments in his reports and submits them annually at the Commission's sessions.

3.4. THE ON-SITE VISITS

As the WGD and the SRESAEs, the SRT meant his terms of reference as to include the undertaking of visits to certain Countries with a significant incidence of torture even if Resolution 1985/33 did not expressly contain any authorization in this respect.

The visits are either solicited by the SR or a result of governments' invitations which are usually, extended through a formal letter from the authorities concerned³⁸².

The visits allow the SR to carry out true fact-finding tasks gathering information on cases of torture from the authorities, the victims, their families and their representatives, and NGOs. Also, the visits enabled the SR to formulate more precise recommendations to the states, that is recommendations shaped upon the reality of the state concerned. Yet, the implementation of such recommendations is followed up by the SR, who is used to request information from the authorities of states visited on the steps undertaken to implement such recommendations and the obstacles encountered in this respect³⁸³.

The first on-site visit took place in Indonesia (including East Timor)³⁸⁴. By the end of 1997 the SR visited the Russian Federation³⁸⁵, Ceylon³⁸⁶, Chile³⁸⁷, Pakistan³⁸⁸, Venezuela³⁸⁹, Mexico³⁹⁰, Turkey³⁹¹, Cameroon³⁹², Romania³⁹³, Kenya³⁹⁴, Azerbaijan³⁹⁵, Brazil and Uzbekistan³⁹⁶.

As it emerges from the report on the visit to Azerbaijan, during his missions on the spot the expert is also used to hold

³⁷⁶ CHR Resolution 1985/33 paragraphs 3 and 6.

³⁷⁷ E/CN.4/1997/7 Annex.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ See paragraph 2.3 of this Section.

³⁸² See the report mentioned *supra* note 150, paragraph 6, where the SRT mentions a letter dated 15 February, 1998, with which the government of China invited him, or the formal invitation by Brazil.

³⁸³ See the report on follow-up to recommendations made by the SR during his visits to Chile, Colombia, and Mexico E/CN.4/2000/9/Add.1.

³⁸⁴ E/CN.4/1992/17/Add.1.

³⁸⁵ E/CN.4/1995/34/Add.1.

³⁸⁶ It was a joint mission with the SRESAEs. See E/CN.4/1995/111.

³⁸⁷ E/CN.4/1996/35/Add.1.

³⁸⁸ E/CN.4/1997/7/Add.1.

³⁸⁹ E/CN.4/1997/7/Add.3.

³⁹⁰ E/CN.4/1998/38/Add.2.

³⁹¹ E/CN.4/1999/61/Add.1.

³⁹² E/CN.4/2000/9/Add.2.

³⁹³ E/CN.4/2000//Add.3.

³⁹⁴ E/CN.4/2000/9/Add.4.

³⁹⁵ E/CN.4/2001/66/Add.1.

³⁹⁶ E/CN.4/2001/66/Add.2, E/CN.4/2003/68/Add.2.

talks with high-ranking state officials such as Ministers of Internal Affairs, Ministers of Justice, Presidents of national Supreme Court, and even heads of the state of the Countries visited³⁹⁷.

Extremely important are the visits to detention centers, which enable the expert « to pierce» into the places in which torture is typically perpetrated.

Indeed, within the context of such visits he has the possibility to meet with detainees, policemen and detention facilities staff³⁹⁸.

Finally, it is noteworthy that as a rule, the SRT does not seek to visit a state within the mandate of a Country SR³⁹⁹. In respect to Countries to which other Theme SPs might, also, travel, the SR seeks consultations with them in order to solicit either a visit in parallel to that of the other experts or a joint visit with them⁴⁰⁰. Also, when the Committee against Torture is considering to visit a Country under Article 20 of the UN Convention against Torture, and such consideration may lead to a visit by the Committee, the SRT does not seek to solicit a mission in the Country in question⁴⁰¹.

3.5. THE URGENT MESSAGES PROCEDURE

Following the practice of the WGD and the SRESAEs, and relying at the same time on his authority to «respond effectively to information that come before him», the SRT implemented the UMPs. As noticed by the expert, the procedure aims «to clarify the situations of individuals whose circumstances give grounds to fear that treatment falling within the Special Rapporteur's mandate might occur or be occurring»⁴⁰².

The SR made clear that the UMP is basically different from the transmittal of information as a Urgent Message (UM) is made in the light of information indicating the fact that a person is at risk of being subjected to torture⁴⁰³. As specified by the expert,

the UMP may be implemented on the basis of «...accounts by witnesses of the person's physical conditions while in detention, or the fact that the person is kept *incommunicado*, a situation which may be conducive to torture»⁴⁰⁴.

Other factors taken into account by the SRT in determining whether or not there are reasonable grounds to conclude that «an identifiable risk of torture» exists are the following: the previous reliability of the sources of information, the findings of other international bodies, the existence of national legislation such as that permitting prolonged incommunicado detention which, as said, can facilitate torture⁴⁰⁵.

Any one of the above factors may be decisive for sending a UM, even though, as it emerges from the SR's practice, more than one are generally present⁴⁰⁶.

The SRT defined more accurately than the other two Theme procedures analyzed in the previous paragraphs, the nature of UM procedure. It is, essentially a humanitarian procedure with a preventive and not, *per se*, accusatory purpose⁴⁰⁷.

The government is just requested to look into the matter and take the necessary steps to protect the right to physical and mental integrity of the person concerned, in conformity with the relevant international human rights standards⁴⁰⁸. Importantly, given the *extreme time sensitiveness* of the information contained in the UM, the appeal is sent directly by fax to the Ministry of Foreign Affairs of the Country concerned⁴⁰⁹.

When appropriate the SR sends UMs jointly with other SPs⁴¹⁰. Moreover, as noticed in the 1994 report, the Urgent Messages procedure gives the government concerned the opportunity to look into matters related to torture and to comply with its obligations under International Law by instructing the detaining authorities to respect the individual's right to physical and mental integrity⁴¹¹.

³⁹⁷ *Supra* note 177, paragraph 2.

³⁹⁸ *Ibidem*, paragraph 3.

³⁹⁹ *Supra* note 150, paragraph 11. It is noteworthy that the SR visited Rwanda at the request of the SR on Rwanda from 10-20 June 1994. See 1994 report E/CN.4/1995/34, paragraph 7.

⁴⁰⁰ *Supra* note 150.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² *Ibidem*, paragraph 13.

⁴⁰³ E/CN.4/1992/17 paragraph 14.

⁴⁰⁴ *Supra* note 159, paragraphs 2 (b) and 3.

⁴⁰⁵ *Ibidem*. See also E/CN.4/1994/31 paragraphs 6-7.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, paragraph 4.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, paragraph 5.

⁴¹⁰ *Ibidem*, paragraph 6.

⁴¹¹ *Ibidem*.

3.6. THE REPORTS

The reporting activity is the crowning achievement of the UN expert's fulfillment of his tasks. The SRT is used to submit analytical and thorough reports divided up into four sections: one related to his mandate and work methods, one regarding the activities carried out in the year prior to the annual session of the Commission, one summarizing the information reviewed with respect to several countries, one containing conclusions and recommendations.

Also, in his reports he includes some annexes on the revision of his methods of work, principles of effective investigation, and some documents on torture⁴¹².

3.7. CONCLUSIONS

In implementing his mandate the SRT followed the steps of the WGD and the SRESAEs: he adopted a flexible approach to the scope of his mandate; he enlarged the range of sources of information in respect to that set in Resolution 1985/33; he identified a procedure to ascertain the reliability of the information on torture; he carried out on-site visits, and sent UMs.

All this considered, it is safe to conclude that by consolidating the WGD and the SRESAEs's practices the SRT became one of the three pillars of the system of UN SPs.

4. The Working Group on Arbitrary Detention (WGAD)

The WGAD was established by the CHR in 1991, in pursuance of the recommendations made by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights with regard to ar-

bitrary detention⁴¹³. More precisely, in its Resolution 1991/42 the Commission entrusted the Group with the following mandate:

- a) to *investigate cases* of detention imposed arbitrarily or otherwise inconsistently with the relevant international standards set forth in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) or in the other relevant international legal instruments accepted by the states concerned;
- b) to report annually to the Commission⁴¹⁴.

Remarkably, The Group is the only non-treaty based procedure mandated to consider individual cases. In other words, its action is based on the right of petition of individuals anywhere in the world⁴¹⁵. The Group was, also, requested to carry out its tasks with discretion, objectiveness and independence⁴¹⁶.

Its mandate was renewed in 1994⁴¹⁷, in 1997⁴¹⁸ and in the years 2000 and 2003⁴¹⁹, each time for a period of three years.

The Group is composed of five members appointed by the Chairman of the Commission according to the criteria of equitable geographical distribution⁴²⁰ that applies to the UN.

4.1. THE SCOPE OF THE MANDATE

As the Commission's documents creating the first three Theme procedures, Resolution 1991/42 did not exactly define the scope of the mandate of the WGAD. It was subsequently defined in Resolution 1997/50, which renewed for the second time the Group's mandate. In particular, the UN document refers to «deprivation of liberty imposed arbitrarily» and qualified it as deprivation of freedom before, during or after the trial⁴²¹, and deprivation of freedom in absence of any kind of trial⁴²². Interestingly, the Group has included in such definition forms of detention such as measures of house arrest and rehabilitation

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ See the Sub-Commission' study on this subject E/CN.4/Sub.2/1990/29 and Add.1.

⁴¹⁴ CHR Resolution 1991/42.

⁴¹⁵ ZUIDWIJK T., *Petitioning the United Nations*, 1982.

⁴¹⁶ Following such a request the Group had adopted the following rule: when a case under consideration concerns a Country of which one of the members of the Group is a national, that person shall not take part in the discussion.

⁴¹⁷ CHR Resolution 1994/32.

⁴¹⁸ CHR Resolution 1997/50.

⁴¹⁹ See E/CN.4/2001/4 and CHR Resolution 2003/31.

⁴²⁰ The members of the WGAD are: Mr. Louis Joinet (France), Chairman-Rapporteur Ms Leila Zerrougui (Algeria), Ms Soledad Villagra de Biedermann (Paraguay), Mr Tamás Ban (Hungary), Mr Seyed Mohammad Hachemi (Islamic Republic of Iran).

⁴²¹ More precisely it is a term of imprisonment imposed following conviction.

⁴²² It is the so-called administrative detention.

through labor in those cases in which they are accompanied by serious restrictions of liberty of movement⁴²³.

Moreover, Resolution 1997/50 provided the experts with some legal guidelines to establish whether or not a detention is arbitrary. More specifically, it points out that an arbitrary detention must result from a final decision taken by a domestic judicial authority inconsistently with domestic law or with the human rights standards enshrined in the UDHR and any other relevant international instrument accepted by the state concerned.

On these premises, the experts deduced very accurate criteria to be applied to cases coming before them. They were drawn from Article 9 of the UDHR⁴²⁴, and Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)⁴²⁵, the Body of Principles for the Protection of all Persons under any Form of Detention or Imprisonment⁴²⁶.

According to such criteria a detention is arbitrary:

«a) when it is clearly impossible to invoke any legal basis justifying the deprivation of liberty (as when a person is kept in detention after the completion of his sentence or despite an amnesty law applicable to him) (Category I)⁴²⁷;

b) when the deprivation of liberty results from the exercise of the rights or freedoms guaranteed by Articles 7, 13, 14, 18, 19, 10 and 21 of the UDHR and, insofar as States parties are concerned, by Articles 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 and 27 of the ICCPR (Category II)⁴²⁸;

c) when the total or partial non-observance of the international norms relating to the right to a fair trial spelled out in the UDHR and in the relevant international instruments accepted by the States concerned, is of such gravity as to give the deprivation of liberty an arbitrary character (Category III)⁴²⁹».

Sometimes, the experts received communications requesting them to declare the unfairness of a deprivation of liberty; to

examine the value of the evidence produced during a trial; to deal with cases of disappeared prisoners or cases of torture or inhuman conditions in detention centers. As noticed by the experts⁴³⁰, these kind of allegations are not within the mandate of the Group. In particular, in respect to the latter kind of allegations it has to be noticed that the experts are used to submit the information on cases of torture or disappearances to the pertinent Theme mechanisms⁴³¹.

Yet, it is noteworthy that in 1996, the CHR requested the Group to deal with the situation of immigrants and asylum seekers who are allegedly being held in prolonged administrative detention without the possibility of administrative judicial remedy, and to include observations on this question in its annual report. With regard to such a new question the Group has identified some critical issues to be addressed and set up fourteen criteria to determine whether or not the custody is arbitrary⁴³².

Finally, it is worth noticing that the situation of the prisoners held in Guantanamo Bay by the U.S.A following the war in Afghanistan has been one of the most sensitive questions the experts tackled during the early 2000⁴³³.

4.2. THE SOURCES OF INFORMATION

In contrast with the Resolutions appointing the WGD, the SRESAEs, and the SRT, the CHR's document creating the WGAD provided for quite a wide range of sources of information. In fact, it expressly mentioned not only governments and IGOs, but also NGOs, (both international ones regardless of their consultative status with the ECOSOC and local ones), the individuals concerned, their families or their representatives⁴³⁴.

⁴²³ *Supra* note 201.

⁴²⁴ The Article states that «no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile» (GA Resolution 167/A (III), 10 December 1948).

⁴²⁵ This provision is more precise: «Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds in accordance with such procedures as are established by law».

⁴²⁶ GA Resolution 43/73, 9 December 1988.

⁴²⁷ E/CN.4/1998/44 paragraph 8 (a).

⁴²⁸ *Ibidem*, (b).

⁴²⁹ *Ibidem*, (c).

⁴³⁰ *Ibidem*, paragraph 25 (a), (b), (c), (d), (i), (ii).

⁴³¹ Interestingly, in the year 2000 the Group received allegations contesting the pre-trial detention of General Talic by the International Criminal Tribunal of the former Yugoslavia. For further details see *supra* note 201, paragraphs 12-24.

⁴³² CHR Resolution 1997/50 and E/CN.4/1999/63. For further details on how the Group tackled the question of asylum seekers and immigrants see *supra* note 201.

⁴³³ For new issues dealt with at the end of the nineties and early 2000 see E/2001/4 Annex, E/CN.4/2004/3, and E/CN.4/2005/6.

⁴³⁴ *Supra* note 196.

4.3. THE WORK METHODS

The work methods of the WGAD are similar to those set up by the first three Theme Procedures⁴³⁵.

The first working method concerns the way in which the experts assess the reliability of the communications sent to them. In particular, the experts analyze communications containing any kind of information that might be relevant to identify the person detained and his /her legal status. That is, the date and place of the arrest or detention or of any form of deprivation of liberty; the identity of those presumed to be responsible for such deprivation of liberty; any other relevant information that clarifies the circumstances in which the person was deprived of liberty; the reasons given by the authorities for the arrest and/or the deprivation of liberty; the legislation applied in the case in question; the action taken to ascertain the measures of deprivation of liberty at both a national or international/regional level; the results of such action or the reasons why it was ineffective or not taken; an account on why the deprivation of liberty is deemed arbitrary⁴³⁶.

In order to facilitate its work, the Group has prepared a model questionnaire to be filled in order to submit a case before it. Importantly, the use of such questionnaire is not compulsory and the failure to submit cases using it will not result in the inadmissibility of the communication⁴³⁷.

The second working method lies in the transmission of the communications considered admissible to the Government concerned. More precisely, it is the Chairman or Vice-Chairman of the Group that, usually, sends the communications by letter to the state concerned' s Permanent Representative to the UN, who, in his turn, will forward the cases to his/her government⁴³⁸. The Government is asked to reply within 90 days⁴³⁹. Sometimes, upon request of the authorities concerned the Group may grant a further period of no more than two months within which to reply⁴⁴⁰.

Once the government replied submitting further information to clarify the cases dealt with by the experts, the Group may take one of the following measures:

1. file a case if the person has been released, for whatever reason, following the reference of the case to the Working Group. Importantly, the Group will, also, give an opinion on whether or not the detention was arbitrary notwithstanding the release of the person concerned⁴⁴¹;
2. declare an opinion if it concludes that a case is not one of arbitrary detention⁴⁴²;
3. keep a case pending if it maintains that further information is required⁴⁴³;
4. file a case provisionally or definitely if it considers that it is unable to obtain sufficient information on such case⁴⁴⁴;
5. formulate an opinion with recommendations addressed to the Government if the arbitrary nature of a detention is ascertained⁴⁴⁵.

The basic aims of the opinions are essentially two. The former is to determine a consistent set of precedents in order to establish the criteria on the basis of which deprivations of freedom linked with certain situations may result arbitrary⁴⁴⁶. The latter is to assist states for purposes of prevention and eradication of the practice of arbitrary detentions⁴⁴⁷.

The Opinions of the Group are, usually, brought to the attention of the CHR during its annual sessions when the experts submit their periodic reports to the UN body.

Also, the Group forwards these opinions to the governments and to the sources⁴⁴⁸.

Finally it is noteworthy that the experts have also set up a procedure to review their opinions which can be started up either by the government or the sources⁴⁴⁹.

⁴³⁵ *Supra* note 209, paragraph 9-19.

⁴³⁶ *Ibidem*, paragraph 9 (a), (b), (c), (d), (e).

⁴³⁷ *Ibidem*, paragraphs 11-12. The same approach is shared by the SRT, see paragraph 3.3 of this Section.

⁴³⁸ *Ibidem*, paragraph 15.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, paragraph 16.

⁴⁴¹ *Ibidem*, paragraph 17, (a).

⁴⁴² *Ibidem*, (b).

⁴⁴³ *Ibidem*, (c).

⁴⁴⁴ *Ibidem*, (d).

⁴⁴⁵ *Ibidem*, (e).

⁴⁴⁶ It is the case, for instance, of rehabilitation through labor or house arrest.

⁴⁴⁷ See also the WGAD web-site: www.unhchr.ch/html/menu6/2.

⁴⁴⁸ The Group sends the opinion to the sources three week after its transmittal to the government. *Supra* note 209, paragraph 19.

⁴⁴⁹ The sources and the governments can request the opinion under special circumstances: See *supra* note 209, paragraph 21 (a), (b), (c).

4.4. THE ON-SITE VISITS

Following the lead of the WGD, the SRESAEs and the SRT, the WGAD has interpreted its mandate as to include on-site visits. During such visits the experts usually meet with judicial and penitentiary officials, detainees, and their families, representatives of the governments concerned and members of the civil society. As mentioned, such visits are a unique opportunity to pave the way to a fruitful co-operation between the authorities of the Country visited and the Working Group, and to better understand the reality of the Country.

In the second half of the nineties and early 2000 the Group visited the following Countries: Nepal⁴⁵⁰, Bhutan⁴⁵¹, China⁴⁵², Peru⁴⁵³, UK⁴⁵⁴, Romania⁴⁵⁵, Indonesia, Australia, Iran, China and Latvia⁴⁵⁶.

4.5. THE URGENT MESSAGES PROCEDURE

The WGAD resorted to the UMP without being expressly mandated by the Commission .

More specifically, the Group singled out two circumstances in which such a procedure may be started up: when there are sufficiently reliable allegations that a person is being arbitrarily deprived of his/her liberty and that the continuation of such deprivation of liberty constitutes a serious threat to the person's life or health; when there are other particular circumstances that require urgent action⁴⁵⁷.

Typically, the UM is sent to the Minister of Foreign Affairs of the Country concerned through the most rapid means.

As stressed by the experts, the procedure has a mere humanitarian feature and it does not prevent the Group from later rendering an opinion assessing the arbitrary character of the detention in respect of which the UM was sent⁴⁵⁸.

Importantly, the introduction of the UMP shows that even in dealing with very urgent cases the Working Group drew its «inspiration» from its three predecessors.

4.6. THE REPORTS

The WGAD reports testify the extent to which it followed the lead of the first three Theme procedures created by the CHR. In such reports the Group, basically, indicates the way it carried out his task: how it handled the communications received, and how many communications were transmitted to the government. Yet, it summarizes its opinions, the UMs sent, and lists the visits undertaken including follow-up visits. Finally, it makes critical remarks and suggests strategies to defeat the practice of arbitrary detention.

4.7. CONCLUSION

The examination of the WGAD is especially interesting. In fact, it, first, allows the conclusion that the Group is the «*direct heir*» of the WGD, the SRESAEs and the SRT.

Indeed, the Group sanctions the precedential significance of the practice of the above Theme procedures. In this respect it is noteworthy that in the Resolutions on the mandate of the Group the CHR formalized the interpretative endeavors introduced by the WGD's practice and consolidated by the two Theme SRs.

In fact, in such Resolutions the CHR defined the scope of the WGAD's mandate, and enable it to receive information from all kinds of sources. Most importantly, the Commission expressly mandated the Group to deal with individual cases, while, the other three Theme procedures tackled communications on individual cases without any prior authorization to do so by their parent body.

Yet, the methods adopted to assess the credibility of the information, the procedure of transmittal of such information to the governments, the introduction of on-site visits, and the adoption of the UMP are further significant evidence of how the

Group followed the lead of the first three Theme procedures.

⁴⁵⁰ E/CN.4/1997/4/Add.2.

⁴⁵¹ E/CN.4/1997/4/Add.3. It was a follow-up visit to a previous mission undertaken in 1994 See E/CN.4/1995/31/Add.3.

⁴⁵² E/CN.4/1998/44/Add.2.

⁴⁵³ E/CN.4/1999/63/Add.2.

⁴⁵⁴ E/CN.4/1999/63/Add.3. The WGD investigated on cases of detentions of asylum seekers and immigrants.

⁴⁵⁵ E/CN.4/1999/63/Add.4.

⁴⁵⁶ E/CN.4/2000/4/Add.2, E/CN.4/2003/8/Add.2, E/CN.4/2004/3/Add.2, E/CN.4/2005/6/Add.4, E/CN.4/2005/6/Add.2.

⁴⁵⁷ *Supra* note 209, paragraph 22 (a) and paragraphs 55-59.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, paragraph 23.

Finally, the analysis carried out in this section highlights the innovative strain of the WGAD. Actually, the most noteworthy innovation is the formulation of opinions which enabled the Group to develop a set of precedents on the basis of which to verify and analyze communications coming before it. They may be considered, as the WGD's general comments, a sort of «jurisprudence» of the experts, *alias*, the legal framework against which to measure out the arbitrary nature of cases of deprivation of liberty or detention.

5. The Special Rapporteur on Congo/former Zaire (SRC)

The SRC was appointed by the CHR in 1994 as one of the main UN human rights monitoring bridge-head in the Great Lakes region⁴⁵⁹.

The mandate of the SR was clearly formulated in Resolution 1994/87. According to its literal wording the expert was requested to establish direct contacts with the authorities and people of the former Zaire⁴⁶⁰, and to report on the human rights situation in the state in question in light of the information submitted by NGOs.

5.1. THE SCOPE OF THE MANDATE

The SR was entrusted with a very vague mandate. Reporting on the human rights situation in the former Zaire might have meant everything and nothing at the same time. Therefore, Resolution 1994/87 entailed an interpretative effort on the part of the expert in order to properly discharge his reporting task. In this respect, the reports of the expert are especially meaningful and definitely indicative of how the SR understood the words «*the human rights situation in the former Zaire*».

Generally, such reports contains a detailed introduction on the current political situation in the African state followed by a thorough analysis of the various conflicts⁴⁶¹ in which the Country is involved and the violations of Humanitarian Law perpetrated in these contexts⁴⁶². Also, the SR is concerned with basic civil and political rights such as liberty of person⁴⁶³, freedom of expression⁴⁶⁴, torture⁴⁶⁵, right to due process⁴⁶⁶, freedom of movement⁴⁶⁷, freedom of conscience⁴⁶⁸, right to democracy⁴⁶⁹, the imposition of death penalty⁴⁷⁰, the protection of persons at risks such as human rights defenders⁴⁷¹, women and children⁴⁷².

All this considered, it is safe to conclude that the SRC has interpreted the task of reporting on the human rights situation in the former Zaire as monitoring breaches of Humanitarian Law and violations of civil and political rights, with special attention to the violations of basic rights of groups of persons that are usually the easiest targets in warfare and emergency situations.

5.2. THE SOURCES OF INFORMATION

Resolution 1994/87 besides formulating the SR's task in a very broad fashion, is, also, ambiguous about the sources. It only mentions the NGOs as providers of information. Therefore, a literal interpretation of the Resolution would seem to allow the inference that the SR is not mandated to receive communications from sources other than NGOs.

Nevertheless, it may be argued that, as the UN document requests the expert to establish contacts with the authorities and people of the former Zaire, it also implies that such «contacts» are primarily aimed at collecting information on the human rights situation in the African state. The SR's practice confirms such an interpretation and shows that the expert shares the same flexible approach to the sources of information as that of the WGD, the SRESAEs, the SRT⁴⁷³.

⁴⁵⁹ The CHR appointed also a SR on Rwanda and a Human Right Field Operation in Rwanda. See Resolution S-3/3.

⁴⁶⁰ The Resolution and other UN documents on the African State referred to it as Zaire up to 1996. From 1997 onward following the political developments in the Country the UN documents mention it as Democratic Republic of Congo. Such documents available on the High Commissioner for Human Rights' web-site, *supra* note 51.

⁴⁶¹ They are nine. See the 2000 report of the expert E/CN.4/2001/40 paragraph 154.

⁴⁶² *Ibidem*, paragraphs 153-162.

⁴⁶³ *Ibidem*, paragraph 167.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, paragraph 168.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, paragraph 169.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, paragraph 170.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, paragraph 171.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, paragraph 172.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, paragraph 164.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, paragraph 166.

⁴⁷¹ *Ibidem*, paragraph 165.

⁴⁷² *Ibidem*, paragraph 174.

⁴⁷³ See the following reports of the SR: E/CN.4/1997/6, E/CN.4/1998/64, E/CN.4/1999/64, E/CN.4/1999/31, E/CN.4/2000/42, E/CN.4/2003/43.

5.3. THE WORK METHODS

The working methods of the SRC are the same as those of the WGD, the SRESAEs, and the SRT⁴⁷⁴.

Such methods include the following stages.

First, the SR receives communications on the violations of human rights in the African state and assess their reliability in the light of the «factual» criterion developed through the practice of the mentioned Theme SPs.

Secondly, the expert sends the communications that he considers as reliable and credible to the authorities of the African state⁴⁷⁵.

Third, once the government replies submitting information on the violations alleged in these communications, the SR forwards the governmental information to the sources asking them to comment on it.

Finally, in light of the reply of the government and the sources' comments the SR draws up his conclusions in regard to the violations brought to his attention, and summarizes them in his annual reports to the CHR.

5.4. THE ONE-SITE VISITS

As every Country mandate, the original SRC's terms of reference did not provide for Country visits.

Nevertheless, since 1994 the SRC started to carry them out without being expressly mandated by the Commission⁴⁷⁶. The UN body, subsequently, endorsed such a practice which at present is an integral part of the mandate of the expert. All this considered, it is safe to conclude that introducing *in situ* visits in his mandate the SRC was just following the lead of the WGD, the SRESAEs, and the SRT.

5.5. THE URGENT MESSAGES

Remarkably, even though Country SRs are not authorized to deal with urgent individual cases, the SRC is used to send Urgent Messages when he receives information testifying that violations of basic rights of an individual are likely to threaten his/her life or health, or more in general his/her mental or physical integrity⁴⁷⁷. Indeed, this feature of the SR's practice testifies, once again, the «transversal» consolidation of the first three Theme procedures' working methods.

5.6. THE REPORTS

The reports of the SRC synthesizes all his activity and show how the expert followed the steps of the WGD, the SRESAEs, the SRT.

In fact, the expert' reports give a very detailed and rigorous description of the work methods analyzed in this section⁴⁷⁸.

Moreover, they, clearly depict of the human rights situation in the African states giving a thorough account of all the rights violated, and recommending ways and means, both political and legal ones, to improve this situation.

5.7. CONCLUSIONS

The WGD, the SRESAEs, and the SRT's bold performance set the crucial precedent for the development of the human rights activity of the Country expert analyzed in this section.

Moreover, the fact that also the other Country SRs followed the same pattern of the of the first three Theme Procedures' practice⁴⁷⁹, shows that such Procedures set up the human rights protection and monitoring tools currently employed by all UN Theme and Country SRs in discharging their mandates.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ In the year 2000 the SR transmitted 60 communications. *Supra* note 243, paragraph 11.

⁴⁷⁶ See the first report of the SR in which he refers to his first attempt to solicit a visit to the African Country. E/CN.4/1995/67 paragraph 4.

⁴⁷⁷ In the year 2000 the SR sent 196 Urgent Messages: see *supra* note 243.

⁴⁷⁸ See the introductory section of the reports mentioned *supra* note 255.

⁴⁷⁹ See the reports of Country Rapporteurs on the web-site of the UN High Commissioner for Human Rights, *supra* note 51.

6. The SR on the former Yugoslavia (SRFY)*

6.1. THE MANDATE AND ITS SCOPE

The SRFY was appointed by the CHR to cope with the extremely grave and serious human rights situation occurred during the armed conflict that involved the states arisen from the crumbling of Yugoslavia. The exceptional character of the situation in the former Socialist state is testified by the convening of the first special session of the ECOSOC' subsidiary body⁴⁸⁰. Thus, it was during this special meeting that the UN human rights body appointed the SRFY. The mandate of the expert was enshrined in Resolution S-1/1. More specifically, the CHR charged the expert with the task of «investigating first-hand the human rights situation in the territory of the former Yugoslavia, in particular within Bosnia and Herzegovina»⁴⁸¹.

The most evident difference between the SRFY's terms of reference and other Country mandates lies in the fact that the expert in question was entrusted with the human rights situation in four states: Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and the Federal Republic of Yugoslavia⁴⁸². Slovenia was excluded from the SR's mandate at the CHR's fiftieth session⁴⁸³.

On the other hand, as far as the *ratione materiae* of the expert's mandate is concerned, it is noteworthy that the CHR did not give any priority to the rights to be monitored. It was left to the discretion of the expert to determine it. Thus, from 1992 up to 1995 the SR dealt with the gross violations which occurred in the above four states during the armed conflict⁴⁸⁴, while from 1995 onwards the expert has even started to deal with the situations of returnees and their right to property, migration issues, war crimes prosecutions⁴⁸⁵.

* This section essentially deals with the practice of Mr Mazowiecki, the first individual appointed by the CHR as SRFY, because of the high significance of the innovations he introduced in his terms of reference. Mr Mazowiecki resigned in 1996. Mrs Rehn and Mr Diensbier have been the two experts who, in different lapses of time, succeeded to him in the post of SRFY. It is noteworthy that in the year 2001 the CHR decided to turn the SR into a Special Representative and recently put an end to the Country Procedure for former Yugoslavia.

⁴⁸⁰ On the CHR's special sessions, their significance and impact see KENNY K., «Formal and Informal Innovations in the United Nations Protection of Human Rights: the Special Rapporteur on the former Yugoslavia», in *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 48, 1995, at 26-36.

⁴⁸¹ S-2/1 paragraph 12.

6.2. THE SOURCES OF INFORMATION

Resolution S-1/1 did provide for a wide range of sources from which the SR was authorized to receive information: governments, individuals, IGOs, NGOs⁴⁸⁶.

6.3. THE WORK METHODS

The SRFY' s work methods are alike those of the first three Theme Procedures examined in this chapter⁴⁸⁷. He adopted the same criteria for assessing the admissibility of the communications on human rights violations; he is used to send the communications to the governments concerned asking for clarification, to forward the governments' replies to the sources requesting them to comment on them, and finally to report to the Commission on the violations analyzed.

6.4. THE ON-SITE VISITS

Resolution S-1/1 expressly provided for *in situ* missions by the SR. This is a quite novel component in Country mandates, because, as mentioned in the case of the SRC, none of the original Resolutions appointing Country experts authorized them to undertake Country visits. The SRs, actually, started to carry them out following the practice of the WGD⁴⁸⁸.

Nevertheless, in the view of the present author, the inclusion of on-site visits in the mandate of the SRFY can be considered as a result of seriousness of the human rights violations occurring in the former Yugoslavia rather than a formalization of the above Theme Procedure's practice⁴⁸⁹.

⁴⁸² For an evaluation of such an approach to the crisis in the former Yugoslavia see KENNY, *supra note* 262, at 38.

⁴⁸³ CHR Resolution 1994/72.

⁴⁸⁴ See the first ten reports submitted by Mr Mazowiecki: E/CN.4/1992/S-1/9, E/CN.4/1992/S-1/10, E/CN.4/1993/50, E/CN.4/1994/3, E/CN.4/1994/4, E/CN.4/1994/626, E/CN.4/1998/4, E/CN.4/1994/47, E/CN.4/1994/110.

⁴⁸⁵ See for instance the report E/CN.4/2001/47/Add.1, and compare it with the reports above mentioned.

⁴⁸⁶ *Supra note* 263.

⁴⁸⁷ See A/47/66 paragraph 5, E/CN.4/1993/50 paragraph 9.

⁴⁸⁸ KENNY, *supra note* 262, at 44.

⁴⁸⁹ See also the initial mandate of the SR on Rwanda: CHR Resolution S-3/3.

6.5. THE URGENT MESSAGES

Like every Country mechanism, the SRFY was not authorized to consider especially urgent cases⁴⁹⁰.

He just had to investigate and to report on the human rights situation in the territory of the former Yugoslavia without being mandated «to respond effectively»⁴⁹¹.

However, the SR, actually, intervened with the authorities of the states of the former Yugoslavia in order to draw their attention on particular instances or allegations of human rights abuses against individuals or groups. In each case the expert urged that the situation would have been investigated, and where necessary, remedied without delay⁴⁹². In this respect it is emblematic that, several times, the expert brought to the attention of the Croatian authorities the alleged massacre carried out by the Bosnian Croat forces in the Medak Pocket, the so called *pink zone* in Croatia⁴⁹³.

Moreover, the text of a letter of the SR dated 1 October 1993 faxed to the Minister of Foreign Affairs of Croatia, concerning the above mentioned case was published in a SR's press release⁴⁹⁴.

As noticed, such publication further testifies the endorsement by the SR of the UMP introduced by the WGD⁴⁹⁵.

Yet, it is noteworthy that the SRFY's adoption of the above procedure constituted a precedent which was followed by his two successors Mrs Rhen and Mr Diebnstbier, and the SR on Iraq⁴⁹⁶.

6.6. EXPERTS EXTERNAL TO THE UN SECRETARIAT AS CONSULTANTS OF THE MANDATE

The first especially innovative work technique the SRFY introduced dates back to October 1992, when he carried out on-site visits with experts external to the UN Secretariat.

It was the first time that external experts collaborated with a UN SR within the framework of his mandate⁴⁹⁷.

More specifically the SR availed himself of the expertise of a forensic anthropologist, Dr. Snow, who «located a site near Vukovar which appeared to be a mass grave of victims of war crimes»⁴⁹⁸.

The forensic expert also provided information concerning severe mistreatment of pre-trial detainees in Pristhina⁴⁹⁹, the dismissal of Albanian doctors from the Hospital in Pristhina, and discrimination against Albanian patients⁵⁰⁰.

In addition, a reasoned assessment of allegations received by the SRT, who accompanied the SRFY during his second mission to the Countries of the former socialist state⁵⁰¹, was facilitated by the expertise of a forensic expert who traveled with the Rapporteur on Torture himself to Kosovo⁵⁰².

The SRESAEs was, also, assisted by a forensic doctor when he visited Croatia from 15 to 20 December 1992 at the request of the SRFY⁵⁰³, in order to carry out preliminary investigations into allegations that victims of war crimes were buried in various mass graves and to assess whether these allegations were *prima facie* reliable⁵⁰⁴.

The collaboration of forensic experts was welcomed and endorsed by the CHR during its second special session⁵⁰⁵. In particular, the Commission urged the Commission of Experts established by the Security Council⁵⁰⁶ to set up an immediate and urgent investigation by qualified experts of a mass grave near Vukovar and other mass grave sites and places where mass killings were reported to have taken place⁵⁰⁷.

Then, such collaboration paved the way to a further significant development. In January 1993 an unaccompanied team of medi-

⁴⁹⁰ KENNY, *supra* note 262, at 63.

⁴⁹¹ *Supra* note 263.

⁴⁹² E/CN.4/1994/47 paragraph 6, E/CN.4/1994/110, paragraph 3.

⁴⁹³ A/C.3/48/L.74/Rev.1.

⁴⁹⁴ Press Release Human Rights/3532, 6 October, 1993. See also E/CN.4/1994/47 paragraphs 100-105, E/CN.4/1994/110 paragraph 83, and KENNY, *supra* note 262, at 65 footnote 213.

⁴⁹⁵ *Supra* note 262 at 65.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, at 64. It is symptomatic that Mr. Diebnstbier asked the Croatian Authorities to take all the necessary measures to ensure the safety of Mr. Jaksic, a human rights lawyer who was shot and injured by unidentified assailant in December 2000.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, at 66.

⁴⁹⁸ E/CN.4/1992/S-1/10, paragraph 18 and annex II.

⁴⁹⁹ A/47/666, paragraph 111.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, paragraph 113.

⁵⁰¹ Such collaboration was expressly requested by the CHR in Resolution S-1/1 at paragraph 13.

⁵⁰² E/CN.4/1992/S-1/10, paragraph 3.

⁵⁰³ E/CN.4/1993/50 paragraph 6.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, Annex I.

⁵⁰⁵ CHR Resolution S-2/2.

⁵⁰⁶ SC Resolution 780, (1992).

⁵⁰⁷ *Supra* note 262. See also E/CN.4/1993/50 Annex I paragraph II.

cal experts investigated allegations of the widespread occurrence of rape in Bosnia and Herzegovina⁵⁰⁸.

The team was made up of four medical and psychiatric experts⁵⁰⁹, the Director of the UN Divisions for the Advancement of Women and other staff of the UN Center for Human Rights. Their mandate was to report to the SRFY, who strongly endorsed the team observations, conclusions, recommendations in his reports⁵¹⁰.

The mission was carried out *in parallel* to the visits the SR was undertaking in the territory of the former Yugoslavia⁵¹¹.

Never before a team of experts provided assistance to a UN SR undertaking an on-site visit to which the Rapporteur himself did not take part⁵¹².

Such informal innovation in human rights fact—finding was definitively endorsed by the CHR in Resolution 1993/33 concerning human rights and forensic science⁵¹³.

6.7. UNACCOMPANIED VISITS

In gathering information on the human rights situation in the former Yugoslavia, the SR relied also on the UN Secretariat staff's findings concerning gross human rights violations occurred in the *enclave* of Cerska (eastern Bosnia and Herzegovina) in 1993⁵¹⁴.

More specifically two professional members staff from Geneva traveled to the above area spending two weeks in interviewing witnesses, victims and gathering information on the human rights abuses perpetrated in the *enclave*⁵¹⁵.

The advantage of unaccompanied visits is that they allow the UN SR to gather information timely and very rapidly⁵¹⁶.

The new fact-finding tool was also employed by the SR on Iraq, who availed himself of the findings resulting from two unaccompanied visits carried out by a team of two staff members of the UN Center for Human Rights. The first was undertaken to the Iran/Iraq border from 27 August-2 September 1993, while the second one was carried out on the Turkey/Iraq border from 18-24 December 1993⁵¹⁷.

6.8. FINAL REMARKS

The analysis undertaken in the previous paragraphs shows that the SRFY not only adopted the same work methods of the first three Theme procedures, but also introduced significant informal innovations in human rights fact-finding.

In this last respect, it has to be highlighted that the two innovations examined at paragraphs 6.6 and 6.7 are emblematic of the recognition of the need for the UN human rights machinery to employ available technology and expertise⁵¹⁸.

In other words, these two informal innovations are two significant steps, albeit small ones, towards the improvement of the professionalism of UN human rights fact-finding⁵¹⁹, which, in many respects, is still *ad hoc* and lacking of formal procedures which should inform the carrying out of the task of each UN SR.

Most importantly, such developments show that the role of a SR, both thematic and Country, has changed. «SRs are not only expected to receive information from other sources, but rather to gather first hand information in accordance with international standards of due process»⁵²⁰.

This evolution represents a shift away from NGOs submission to a direct UN on-site investigation⁵²¹, and the setting up of more scientific techniques of fact-finding.

⁵⁰⁸ *Supra* note 285, paragraph 7 and Annex II.

⁵⁰⁹ *Supra* note 262 at 67 footnote 224.

⁵¹⁰ *Supra* note 285, paragraph 83.

⁵¹¹ *Ibidem*, paragraph 7.

⁵¹² It has to be noticed that actually the SR briefly met some members of the team in Sarajevo. With this respect see *supra* note 262 at 68.

⁵¹³ See also CHR Resolution 1992/24 which already raised this issues, and the Secretary General's report pursuant to this Resolution E/CN.4/1993/20.

⁵¹⁴ See Press Release Human Rights/3354, 4 March 1993.

⁵¹⁵ *Supra* note 262 at 70, footnote 232.

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ See the SR's report to the General Assembly, A/48/600, and his report to the CHR at its fiftieth session: E/CN.4/1994/58.

⁵¹⁸ *Supra* note 262 at 69.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ *Supra* note 262 at 74.

⁵²¹ *Id.*, footnote 249. Also the establishment of human rights missions are a further symptomatic of UN efforts to gather information on human rights directly on the spot. For details on human rights field operations see MARTIN I., «The Early Experience of International Human

Moreover, it is hoped that such a development will be enhanced especially in the light of the increasing emphasis on individual responsibility and prosecution in the UN Resolutions establishing the two *ad hoc* Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda⁵²², and in the Statute of the International Criminal Court⁵²³. Indeed, UN SPs may play a very significant role in gathering evidence concerning the most heinous crimes falling within the jurisdiction of the above Tribunals and the International Criminal Court.

Finally a last remark. The experts who succeeded to the post of SRFY from 1996 onwards did not avail themselves of the innovations analyzed in this section. This is due to the fact that the situation in the former Yugoslavia has been evolving since 1992, and at present it is not as serious as during the years in which the first SRFY was carrying out his tasks.

This is not to say that the practice of the first SRFY has no precedential value, as the unaccompanied visits have been introduced in the activity of the SR on Iraq.

Rather, it means that it will depend on the willingness of other SRs, both thematic and Country, to follow the first SRFY's steps whenever they will have to confront themselves with situations involving massive violations of basic human rights.

7. Main Features of SPs' Activity and Its Significance in terms of Human Rights Protection and Monitoring: Concluding Observations

In light of the analysis contained in this section, it is safe to conclude that the WGD, the SREASEs and the SRT's interpretative exercises brought about a true transformation of the human rights activity entrusted to them by the CHR, a transformation which, remarkably, was crucial for the building up of the system of SPs as a true human rights protection and mo-

onitoring system. Such a break-through in the practice of the human rights experts was characterized by six stages which are indicative of the main features of SPs' activity and its overall significance.

The first stage concerns the deduction of a legal-working definition of the phenomena the experts had to deal with. In terms of human rights protection, such a deduction meant a clarification of the ambit within which the experts were to carry out their task, and the identification of the fundamental rights infringed by the phenomena themselves. Also, it is noteworthy that the experts' definition proved to be highly authoritative. As seen, the WGD's definition of missing persons is enshrined in the Declaration on Enforced Disappearances, while the interpretative exercises of the SREASEs and the SRT have been crucial in specifying the ambit of application and scope of the two fundamental human rights norms on the right to life and the prohibition of torture. This means that a construction and analysis of the customary significance of the above rights will include the views of the two experts among the sources of Public International Law⁵²⁴.

The second stage regards the experts' attitude towards the sources of information.

The inclusion of local NGOs and individuals in the range of sources envisaged by the CHR has been decisive in paving the way to a more professional and incisive fulfillment of the experts' tasks. On the one hand, such an enlargement entailed the introduction of the cross-examination technique as a tool to verify the credibility and reliability of the governmental information coming before the attention of the experts, and on the other hand, it proved to be key in respect to the follow-up of the cases taken up by the three theme SPs.

At the third stage there is the singling out of the criteria of admissibility of the information and the procedure of receipt and transmission of it. The former would have been fundamen-

Rights Field Operations», *Papers in Theory and Practice of Human Rights*, No. 19, Human Rights Center, University of Essex; O'NEILL W., «Human Rights Monitoring versus Political Expediency: the Experience of the OAS/UN Mission in Haiti», in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 8, 1995, 101-127.

⁵²² See with this respect the Statutes of the International Criminal

Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda enshrined respectively in UNDOC S/25704 and SC Resolution 955 (1994).

⁵²³ A/Conf.183/9.

⁵²⁴ See the analysis of the status of the right to life and the prohibition of torture under International Law by professor **RODLEY**, *supra note 3*, Chapter 2, 6, 7, 8.

tal for the verification of the reliability of the communications submitted to the experts, and the speeding-up of such a verification process, while the latter would have become the basic procedural pattern of the verification of individual cases of human rights abuses followed by all UN SPs.

The fourth stage regards the introduction of on-site visits. Indeed, the visits would have been crucial to gather first-hand information directly on the ground and to really understand the features of the human rights phenomena examined by the experts. Moreover, they, radically, changed the perspective of the Theme procedures in respect to their mandates by leading the experts to expressly attribute responsibility for the cases coming before them directly to the authorities of the Countries visited. In other words, the visits turned the three SPs into quasi-judicial bodies.

The fifth stage concerns the UMs. They are the hallmark of the three Theme SPs' activity. They bear three fundamental meanings: a moral one as they enabled the experts to save lives, a political one by virtue of their high intrusiveness in the treatment accorded by states to their citizens, a procedural one as they turned the Theme procedures in quite an effective mechanism to tackle urgent individual cases extremely rapidly. Indeed, such rapidity if compared with the overall «UN times» is really an achievement.

The sixth stage is constituted by the reporting activity, the «official record» of all the changes brought about by the Theme experts and the crucial tools through which they may determine the CHR's decisions concerning especially serious human rights phenomena.

All this considered, the WGD, the SREASEs and the SRT's practice has been a turning point with respect to the CHR's original conception of Theme mechanisms. In fact, even though the UN Body meant the ultimate achievement of Theme mandates as a mere a theoretical study of certain human rights phenomena, the experts developed true human rights protection and monitoring tools in order to discharge their tasks. The key of such a break-through process has been the courage and determination of the experts to go beyond the terms of the Reso-

lutions appointing them, and their flexible attitude towards the fulfillment of their tasks.

It is, then, safe to assert that first three Theme Procedures built up the Ecosoc's subsidiary body's human rights protection system. Their practice was subsequently endorsed by the CHR in the Resolutions renewing their mandates and in formulating new thematic mandates such as that of the WGAD, arguably, the best synthesis of the achievements of the three Theme procedures' practice in terms of human rights protection and monitoring⁵²⁵. Importantly, even SRs on Economic Social and Cultural Rights are implementing their mandates in a way, which is consistent with the first three Theme SPs' practice⁵²⁶.

Furthermore, the interpretative endeavors of the three procedures had «transversal» effects: they became integral parts of the mandate of Country Procedures, as the examination of the practice of the SRC and the SRFY highlighted.

The conceptualization of SPs

By answering the three questions addressed in the introduction this study has drawn a vivid picture of SPs and allows a conceptualization.

Thus, an accurate definition of the SPs flows from the combination of their constituent elements and the break-through practice of the first three Theme procedures. *That is to say that the SPs are human rights specialists regularly appointed by the UN CHR and who play the role of fact-finders and watch-dogs of an international Habeas Corpus.*

The human rights expertise of UN SRs and members of WGs stems from their occupation as professors of International Law and, remarkably, as human rights NGOs' activists, whereas the fact-finding nature of their appointment results from the wording of their mandates and the way they interpreted it. Namely, a strict verification of human rights violations through the analysis of relevant information and the carrying out of one-site visits.

⁵²⁵ See the mandates and reports of Theme Procedures on the High Commissioner for Human Rights web-site *supra* note 51.

⁵²⁶ See the practice of the SR on Education: E/CN.4/2001/52.

Besides, the role of watch-dogs of an international Habeas Corpus arising from the implementation of the UMP is, in the view of this author, the most remarkable feature that characterizes the SPs and distinguishes them from other human rights monitoring bodies, and make their activity especially meaningful and substantial.

Concluding, the above conceptualization of the SPs lays out the true meaning of the ECOSOC' subsidiary body' human rights protection system. It tells that the challenge implied in the setting

up of the SPs was to make human rights protection and monitoring under the auspices of the UN a proper technical and effective endeavor. Indeed, SRs succeeded in such an attempt as the significance of their practice showed. The key of such a success has been the pioneer approach the experts applied to their human rights assignment, and which, remarkably, may still bring about further innovations in the UN human rights protection system. Indeed, the constant determination to develop new ways and means of human rights protection and monitoring places SPs at the front line of the «international struggle to extend the rule of law».

Las leyes no escritas del Islam. La Shari'ah en el marco internacional de los derechos humanos

Roberto Vila Sexto*

«Porque ese cielo azul que todos vemos,
ni es cielo, ni es azul.
¡Lástima grande que no sea verdad tanta belleza!

Leonardo Lupercio de Argenzola

1. Introducción: El Mensaje

El año 610 de la era cristiana, en el Monte Hira de la Meca, un hombre recibe un mensaje de Dios. Un mensaje para entregar al mundo.

Allí se lo entregó el arcángel San Gabriel al elegido, Muhammad ibn Abdullah, a lo largo de los veintidós años que le restaban de vida, sura a sura, versículo a versículo hasta completar el Libro, hoy en día sagrado para cientos de millones de personas.

Mahoma, que tenía ya cuarenta años cuando recibió la primera revelación, había prosperado en Arabia (actual Arabia Saudí) como líder de una caravana de comerciantes. En ese momento de la historia de Arabia, la sociedad estaba segregada en tribus. La propia tribu del Profeta, los quraysíes, se habían enriquecido comerciando con los países vecinos. La Meca se había convertido en una floreciente ciudad mercantil, pero en aquella agresiva lucha por la riqueza se habían perdido algunos de los antiguos valores tribales. Los quraysíes se concentraban ahora en ganar dinero a expensas de los grupos familiares más débiles de la tribu (Amstrong, 2002: 44-45).

En este contexto surge el islam. Mahoma había percibido los grandes problemas que enfrentaba su pueblo y como persona atenta a los acontecimientos hubo de ahondar profunda y dolo-

rosamente en su ser interior para encontrar una solución que fuera no sólo políticamente viable, sino también espiritualmente reveladora (2002: 46).

A la realidad social de Arabia, sumida en un ciclo fraticida de venganzas y contra-venganzas entre tribus, se unía la adoración politeísta a los dioses paganos, principalmente a las tres hijas de Alá.: al-Lat, al-Uzza y Manat**. Un nuevo partido religioso tenía que deshacerse del lastre de adoración pagana y centrarse en un único Dios si quería convertirse en una alternativa convincente a su competidor más directo. La adoración a Alá, como único Dios, se presentó como la mejor opción, no sólo para demostrar la debilidad del cristianismo, sino también para romper definitivamente con las prácticas culturales dominantes de la península arábiga (Alí, 2003: 27), e instaurar un sentimiento de unidad en la umma (la comunidad).

La páginas que siguen tratan de analizar sucintamente en qué consiste la Ley Islámica, esto es, la *Shari'ah* o camino de Dios, a la vez que las causas que hacen del islam el mosaico de comportamientos que es y la importancia que ha de tener hoy en día el esfuerzo por la desestigmatización de la cultura musulmana como primer paso hacia la mejora de las relaciones entre Oriente y Occidente. Para ello será necesario definir en qué momento de su historia se sitúa el Islam, con el propósito de enten-

* Roberto Vila es Máster en Acción Internacional Humanitaria.

** Las tres diosas paganas aparecían en el Corán en los que, posteriormente, fueron llamados versos satánicos. En un primer momento, la opción politeísta no es descartada por el Profeta, quizá estratégicamente

para que el cambio no fuese tan brusco y poder ganar, de este modo, mayor número de adeptos. Más tarde renegaría de las tres diosas y estos versos, para muchos inspirados por el demonio, serían sustituidos por los definitivos tal y como se recogen en la Sura 53: 19-53 (*El Corán*, 2003: 496).

der los procesos legales que se siguen en los distintos países que conforman el universo musulmán.

Todos los ordenamientos jurídicos sufren grandes carencias y el análisis comparativo de todas ellas es fundamental para lograr reformas cualitativas que mejoren la vida de los sujetos de derecho. Aquí, el estudio se centrará en las carencias del Islam desde el punto de vista de los derechos humanos, sin dejar de lado la responsabilidad de Occidente en el análisis de las mismas, así como el papel que ocupa la *Shari'ah* y los que la definen en el marco del derecho internacional público. Cómo y quién interpreta la ley de Dios es fundamental en un análisis de la ley islámica. Una sección de este estudio tratará de comparar las escuelas de pensamiento moderado reformista musulmán con las más tradicionalistas, esto es, las que inciden en el respeto a unos fundamentos inmutables.

Por último, la vista se orientará hacia el papel que juegan las mujeres por y para el islam. Una de las preguntas que habrá que responder es si lo que dispone inmutablemente el Corán es el detonante de la situación de la mujer en los países musulmanes y, en cierto modo, su justificación, o si las raíces son otras, más profundas, en las que Dios no está involucrado. En este sentido, el origen de las discriminaciones que sufren es vital para entender qué las motiva y cómo se pueden abordar los cambios allí donde se precisen.

En definitiva, se tratará de ver si las leyes que ha dictado Dios tienen un espíritu impuesto por algo que trasciende las necesidades humanas cotidianas y que coarta cualquier posibilidad de reforma, o si Mahoma pretendió crear un sistema que, lejos de ser monolítico, pudiese ser adaptado a la realidad social de cada época.

2. Dar Al-Islam

En contraposición al *dar al-Harb*, tierra de refugio de los infieles o tierra de la guerra, el *Dar al-Islam* es el espacio geográfico gobernado por los fieles seguidores de Alá. Esta división del mundo es una creación doctrinal de los juristas islámicos clásicos

que, en un principio, pretendía justificar o permitir la guerra continua contra los no creyentes. En esta sección, el término se emplea a modo de metáfora de lo que, hoy por hoy, conforma el atlas musulmán.

La expansión del islam hasta el siglo VIII de nuestra era cristiana dejó un legado que se extiende desde Marruecos a Indonesia y que puede dividirse en cinco grandes subconjuntos: África, Oriente Medio, subcontinente indio, Cáucaso y Asia Central y, por último, el sur y sureste asiáticos (Thoraval, 2003: 10).

El Dar al islam cuenta con aproximadamente 1.200 millones de musulmanes en todo el mundo de los que 650 millones se sitúan únicamente en el subcontinente indio y en el sur de Asia (2003: 23-25). Es decir, el Islam, hoy por hoy, es un fenómeno esencialmente asiático a pesar del error recurrente que nos lleva, a menudo, a confundir lo árabe y lo musulmán. De hecho, en la India, donde los musulmanes son minoría (15% de los 1.000 millones de habitantes), su peso demográfico es casi tan importante como el del conjunto de los países árabes (2003: 10-11). Indonesia, con 215 millones, sigue siendo, en número de fieles, el primer país musulmán (2003: 25).

En todos los estados musulmanes, el islam ha ido evolucionando de forma dispar. El paso del tiempo ha producido corrientes de interpretación que han ido añadiendo nuevos colores al caleidoscopio musulmán.

En todo caso, los adeptos del islam se encuadran fundamentalmente, casi desde su génesis, en dos grupos: sunníes y chiítas¹. Los primeros se guían por el Corán y la Suna (el ejemplo de Mahoma) de forma más o menos ortodoxa. Para los segundos, la mejor manera de entender la verdad proclamada por el Profeta es a través de los líderes religiosos o imames, a los se considera los únicos legitimados para interpretar la ley de Dios (Akaddaf, 2001: 5).

Como relata Tarik Alí, la escisión entre los dos grupos se produjo por la falta de entendimiento de dos hombres: el Tercer Califa Uzmán y el aspirante al puesto Alí ibn Abu Talib, yerno del Profeta. Cansados de esperar a que Alí se coronara califa al frente del Imperio, sus seguidores acorralaron a Uzmán y lo ase-

¹ Los sunníes ortodoxos (el 90% de los musulmanes) no han considerado nunca a los chiítas (el 10% de los musulmanes) como herejes merecedores de la excomunión.

sinaron. Los chiítas de hoy aseguran que Alí no tuvo nada que ver con la muerte del Califa (Alí, 2003).

Cuenta la leyenda que Alí no podía ser asesinado porque la increíble longitud de su espada podía alcanzar a cualquier adversario. El único momento en que su vida podía correr peligro era en la Mezquita, mientras rezaba, porque su alma inmortal y todopoderosa abandonaba su cuerpo. Durante un rezo lo mataron y los chiítas no han vuelto a entrar en las mezquitas.

De ambos grupos derivaron corrientes de pensamiento y creación jurisprudencial en las grandes ciudades del islam: Medina, Meca, Damasco, Bagdad y Kufa (Espósito, 1999: 33). Cinco de aquellas escuelas consiguieron sobrevivir hasta nuestros días. Las cuatro sunnites: la escuela Hanafi, la Maliki, la Shafi'i y la Hanbali; y una chiíta: la Jafaafi (Akaddaf, 2001)².

Hasta el siglo x de nuestra era cristiana, la ley islámica reflejaba la diversidad de los contextos geográficos y de sus costumbres. No era un conjunto cerrado sino que manifestaba una gran flexibilidad y dinamismo, que permitía su adaptación a los distintos marcos sociales hasta los que había alcanzado a llegar el mensaje de Mahoma. A partir de ese siglo, se volvió más rígida cuando los juristas decidieron que la palabra de Dios había sido ya apropiadamente delineada en los textos jurídicos. Toda interpretación no autorizada de las normas establecidas empezó a considerarse, desde entonces, herejía (Espósito, 1999: 34).

3. La Shari'ah: Orden de Prelación de fuentes y Usul Al-fiqh

3.1. Orden de Prelación de fuentes y Usul Al-Fiqh

La ley islámica no es el Corán o, mejor dicho, no es sólo el Corán, sino una parte de él y de otras fuentes que la han ido

nutriendo a lo largo de sus casi catorce siglos de historia y que han dado lugar a un complejo entramado de normas.

Es preciso matizar que el término *Shari'ah* es empleado indistintamente por muchos autores para referirse al conjunto de disposiciones que rigen en el universo musulmán, independientemente de su origen. Lo más acertado sería utilizar esta palabra para referirse únicamente a Corán y Suna, las dos fuentes fundamentales, en contraposición al *Fiqh*, el derecho derivado de la razón y la interpretación. *Shari'ah* y *Fiqh* conforman, por tanto, la ley islámica (Botiveau, 1998: 56).

En todo caso, la *Shari'ah* es la médula espinal que sienta los principios fundamentales de donde la razón habrá de nutrirse. Y no es del todo erróneo, en este caso, nombrar al todo por la parte cuando de la parte deriva todo lo demás.

La *Shari'ah* es la Ley de Dios entregada a los hombres a modo de guía para alcanzar la justicia en la Tierra y en el más allá a través de la igualdad y el respeto a la dignidad humana (Tyus, 2004: 1).

Es importante tener siempre presente que en el Islam la totalidad de la vida es potencialmente sagrada. No existe dicotomía entre lo sagrado y lo profano, lo religioso y lo político, la sexualidad y el culto. Todo forma uno, el *Tawhid*, la divina unidad que los musulmanes tratan de imitar en sus vidas personales y sociales integrando sus instituciones y prioridades, y reconociendo la total soberanía de Dios (Amstrong, 2002: 285). No hay, como señala Reisman, ningún aspecto de la vida que no sea importante para la veneración de Alá. Por tanto, el islam no puede dejar fuera el componente especialmente importante de la organización social, los asuntos de Estado y el ejercicio del poder (Reisman, 1991: 110).

En general, en el islam, las acciones humanas se clasifican en cinco categorías: lo que es obligatorio, lo que es recomendable,

² Todo musulmán, sunní o chiíta, asienta su fe en los cinco pilares o cinco obligaciones fundamentales del creyente:

- La Profesión de la Fe (*shahada*), que marca la entrada en la comunidad musulmana. Para convertirse al islam no hay ceremonias. Este es el único requisito. La *shahada* consiste en declarar: «No hay más Dios que el único Dios y Mahoma es su Profeta».
- Orar cinco veces al día, a las horas señaladas, y asistir a la congregación de los viernes.

- Entregar un 2,5% de la riqueza acumulada a los pobres, no como obra de caridad, sino como obligación religiosa hacia los hermanos y hermanas menos afortunados de la comunidad.
- Ayunar (*sawn*) desde el amanecer hasta la puesta de sol durante el mes de Ramadan.
- Peregrinar a la Meca (*hajj*) al menos una vez en la vida. Esta obligación es interpretada de forma muy flexible. Sólo los que tienen recursos suficientes para permitirse el viaje y buena salud no tendrían, en principio, excusa suficiente (Espósito, 1999: 33).

lo que resulta legalmente indiferente, lo que no se debería hacer y, por último, lo prohibido por Dios. En principio, sería únicamente la tercera categoría la que dejaría algún margen a los procesos legislativos (Khan, 2002: 11).

En definitiva, dos tipos de fuentes abastecen a la ley islámica: unas primarias, Corán y Suna, y otras secundarias que en ningún caso pueden contradecir a las primeras y que están supeditadas a ellas.

3.1.1. FUENTES PRIMARIAS

1. *Al Qur'an*, «la Lectura»

El Corán se organiza en 114 capítulos o suras, divididos a su vez en un número variable de versos (aleyas) que suman un total de 6.239, de los cuales sólo 500 tienen contenido legal. Este dato no sorprende si tenemos en cuenta que el libro sagrado es ante todo una guía espiritual y no un código de leyes (Bassiouni, 2002: 6).

Lo que diferencia al Corán de otros corpus legales o religiosos es que, precisamente, integra la legalidad en el mundo inflexible de Dios (Khan, 2002: 8).

La autenticidad del texto y su conformidad con las revelaciones recibidas por el Profeta están casi fuera de toda duda histórica. La prueba que aportan muchos como definitiva es el analfabetismo del propio Mahoma que dictó y supervisó personalmente la recopilación de la primera y última versión del libro. Una copia fue entregada a su viuda Hafsa y otras cinco fueron repartidas por el tercer Califa Uzmán (Uthman) a cada uno de los centros del mundo islámico en expansión. El Corán de hoy es idéntico a aquellas cinco copias que circulaban en el año 650 de nuestra era cristiana (Bassiouni, 2002: 6).

Algunos académicos «infieles» cuestionan este dato y sitúan la primera copia del Libro Sagrado en los últimos años del siglo VII, esto es, varias décadas después de la muerte del Profeta. Según ellos, no hay prueba material que avale la existencia del Corán antes de la última década de ese siglo (Alí, 2003: 49).

Los versos con contenido legal se solapan entre sí en tema y sustancia y regulan las siguientes áreas de lo que nosotros consideramos derecho privado: familia y sucesiones, obligaciones contractuales, derecho penal y derecho procesal (El Corán, 2003).

2. *Sunnah*, «la Tradición»

La segunda de las fuentes primarias, supeditada a la primera, es la práctica del Profeta durante su vida, que materializó en acciones y pronunciamientos.

Los hábitos, prácticas religiosas y, sobre todo, los pronunciamientos o hadices (*hadith*) de Mahoma fueron registrados tras su muerte por sus compañeros y familiares, y se consideran la norma islámica ideal. Se incorporaron a la ley islámica con el propósito de que los musulmanes pudieran acercarse a la figura arquetípica del Profeta, en su perfecta entrega [Islam] a Dios (Amstrong, 2002: 46).

Los *hadith* han de cumplir una serie de requisitos con el fin de asegurar su autenticidad e impedir la filtración de normas que no puedan ser directamente relacionadas con Mahoma. Por un lado, su contenido ha de ser lógico y libre de toda contradicción con sí mismo, con el Corán y cualquier otro *hadith* cuya autenticidad haya quedado demostrada. Además, en la cadena de transmisión, dos narradores sucesivos han de haber sido contemporáneos y haber vivido en el mismo lugar o debe existir prueba fehaciente de que se conocieron. A los narradores se les requiere, asimismo, ser personas de elevado valor moral y, por tanto, fuentes fiables de conocimiento (Bassiouni, 2002: 7).

Dupret denomina a esta prueba de autenticidad el tamiz profético (Dupret, 1998: 25). Los *hadith* que atraviesan el filtro se dividen, a su vez, entre aquellos sobre los que coinciden un gran número de narradores en cada eslabón de la cadena de transmisión y que están a salvo de toda duda, y aquellos que encuentran algunas pero pocas voces coincidentes en cada estadio generacional y que son sometidos a un escrutinio menos transigente.

3.1.2. FUENTES SECUNDARIAS

Como se deriva del análisis de sus fuentes, la Ley Islámica es una ley religiosa únicamente en el sentido de que sus preceptos generales parten del Corán y de las predicaciones de Mahoma. Más allá de esa frontera que marca la muerte del Profeta, el corpus de la *Shari'ah* ha sido el resultado de los esfuerzos de los juristas de las distintas escuelas de derecho a lo largo de la historia.

Como indica Gamal M. Badr, si el sistema de derecho civil se puede definir como el nacido de la tarea del legislador, y el de

derecho común anglosajón como el producto de la jurisprudencia, la ley islámica no es otra cosa que la ley creada por los expertos. En este sentido, poco hay de rígido e inmutable en la Ley Islámica (Badr, 1999: 95). El hecho de que el Corán sea poco normativo y la aleatoriedad de la Suna obligaron a la razón humana a intervenir para definir el derecho e interpretar la *Shari'ah*. Aquí reside la finalidad del *fiqh*, de la razón que guía a los juristas islámicos en el proceso de calificación jurídica de los actos humanos, sobre una pauta dada que va de lo lícito a lo prohibido (Botiveau, 1998: 45).

Este segundo grupo de fuentes entra en juego en el momento en que las fuentes primarias no regulan una determinada situación o son incapaces de hacerlo de forma suficiente. Todos estos métodos son pre-islámicos, derivan de la ley tribal que regía en Arabia antes del 610 y fueron adoptadas por Mahoma y sus seguidores para adaptar las nuevas leyes a los dictados del Corán (Bassiouni, 2002: 1).

1. Ichma (*Ijma*) o «consenso»

En un primer momento, tras la muerte de Mahoma en el 632, sus seguidores y especialmente los ulemas, los más instruidos, se erigieron en los guardianes de las tradiciones jurídicas y religiosas del islam (Amstrong, 2002: 285). Ellos representan a la umma y acuerdan lo que ella precisa, allí donde el Corán y la Suna guardan silencio.

La ichma es la convergencia de opiniones que otorga legitimidad a una decisión jurídica (Amstrong, 2002: 283). Parte de la premisa de Mahoma: «Mi comunidad nunca se pondría de acuerdo en un error», y es el resultado de la *ijtihad* o interpretación llevada a cabo por los juristas o mujtahidin (Akaddaf, 2001: 4).

Por citar un ejemplo de la aplicación de esta figura legislativa, en lo que se refiere al botín de guerra, el Corán establece que ha de repartirse a partes iguales entre los soldados una vez apartado un quinto del total para el Tesoro Público (Corán VIII:14). Cuando los musulmanes conquistaron los territorios de Siria y Mesopotamia, los conquistadores reclamaron las granjas y los campos como parte de su recompensa. A falta de disposición expresa en el Corán, los ulemas decidieron por consenso que la propiedad inmobiliaria debía permanecer en manos de sus dueños infieles a cambio de un impuesto anual (Bassiouni, 2002: 8).

2. Quiyas, «el precedente o razonamiento por analogía»

Si la ichma también falla, el juez musulmán está, entonces, autorizado para echar mano del razonamiento por analogía y aplicar a la situación en tela de juicio un principio aceptado o una presunción que encaje con la necesidad planteada por la ausencia de regulación (Akaddaf, 2001: 5). Si se equivoca, Dios le recompensará, de todos modos, por haber tratado de resolver la controversia de buena fe (Al-Hibri, 1997: 3).

Un silogismo bien formado cuenta con dos premisas: una principal, de la que parte la norma conocida, y una secundaria o nueva situación pendiente de regulación. Ambas premisas han de compartir un elemento común con la conclusión (Badr, 2002: 10).

En este sentido, cuando las sustancias psicotrópicas hicieron su aparición en el mundo musulmán, los juristas llegaron a la conclusión de que si el alcohol había sido prohibido por la Suna por su toxicidad (premisa principal), aquéllas debían correr la misma suerte por su efecto también tóxico (premisa secundaria) (2002: 11).

3. Urf, «la costumbre»

Para los ulemas musulmanes, las costumbres locales están reconocidas en sí mismas, pero la ley islámica las ha ido filtrando para incorporar únicamente las compatibles con el islam (Botiveau, 1998: 50).

El *urf* deriva de las prácticas establecidas por la comunidad en sus relaciones cotidianas. Lo que ha quedado establecido por la costumbre tiene la misma fuerza de ley que la norma estipulada por los mujtahidin a través de la ichma (Badr, 2002: 11).

4. Maslaha, «el interés público»

En cierto modo, la maslaha es el equivalente a la equidad del derecho común anglosajón, aunque mucho más amplio en tanto en cuanto trasciende los intereses de las partes en disputa para producir una norma que resulte beneficiosa para el interés público. Cuando quiyas, ichma y urf fallan, los juristas miran hacia los cinco valores básicos del individuo que ha de salvaguardar la *Shari'ah* (su familia, su progenie, su fe, su inteligencia y su riqueza). Cualquier norma que proteja y promocióne cualquiera de estos valores es una norma válida de derecho musulmán (Badr, 2002: 12).

3.1.3. USUL-AL-FIQH

Con esta disciplina, nacida en el siglo VIII, los autores clásicos quisieron vincular todas las soluciones, alcanzadas y por alcanzar, al texto del Corán, lo que, como indica Dupret, permitió proyectar hacia el pasado todas las construcciones elaboradas por las escuelas de derecho y revestirlas de la autoridad de Mahoma. En este sentido, el *usul al-fiqh* ha sido el modo de sistematizar el derecho ya constituido bajo el efecto de las necesidades y las contingencias locales (Dupret, 1998: 24).

Se podría decir que esta figura en una especie de mapa de carreteras empleado por los juristas para identificar, interpretar y aplicar principios, normas y estándares y, en su ausencia, identificar las técnicas que permitan enfrentarse a las lagunas legales que generan las nuevas situaciones (Bassiouni, 2002: 2).

Estas leyes no escritas las encuentra la razón, el *fiqh*, y las tiñe de islam.

El problema que plantea es que no existe un mecanismo de control, extrínseco al sistema de creación jurisprudencial, que evite la inclusión en la ley islámica de normas que nada tienen que ver con el espíritu de esta religión y que suelen favorecer a los que sujetan los hilos del poder político y legislativo.

3.2. Hudud y la Ley del Talió

El derecho penal musulmán clasifica los tipos y las penas en varios sistemas o categorías. Aunque resulta complicado establecer una clasificación común a todos los estados musulmanes suele haber casi total coincidencia en lo referente a los crímenes más graves, y no tanto en cuanto al castigo aplicable en cada caso.

En primer lugar, se encuentran los delitos u ofensas más graves, denominadas Haad o Hudud (*Houdoud*). Aquí se encuentran definidos aquellos crímenes que amenazan la misma existencia del islam y son castigados con penas previstas en el Corán o la Suna. Los juristas islámicos tradicionalistas conside-

ran estas sanciones como designios inmutables y concluyen que ni jueces de legisladores tienen discreción para atenuarlas.

Los Hudud son: el adulterio, la difamación, el robo, la rebelión, la embriaguez y la apostasía. Algunos de ellos son merecedores de la pena capital, en particular: el robo, el adulterio y la apostasía. Aunque, en el caso del robo, el castigo más extendido, puesto que así lo recoge el Corán, es la amputación de una mano [El Corán V: 42: «Cortad las manos del ladrón y de la ladrona³, en recompensa de lo que adquirieron y por castigo de Dios».] y de un miembro adicional por cada ocasión en que el acusado reincida en su conducta. Existen otras variantes por país. En Pakistán, por ejemplo, a estos crímenes se suman otros que, como la violación de una mujer, también reciben el máximo castigo de la horca.

La apostasía es quizás el considerado más grave. A pesar de que en islam no cabe coacción en religión, el que reniega de su fe puede ser condenado a muerte. Una serie de elementos se han de cumplir previa aplicación de la pena capital: a) ser musulmán, b) renegar de la fe y atacar abiertamente al islam y, por último, c) la ausencia de arrepentimiento y negativa a volver a la fe (Boyle-Lewicki, 2000: 3).

La apostasía suele ser la mejor excusa en regímenes como el de Arabia Saudí, Irán⁴ o Sudán para librarse de disidentes políticos y todo aquel que ose criticar las violaciones de derechos humanos cometidas por su gobierno.

En la segunda categoría o Quissas se recogen los delitos dolosos contra la persona. La premisa que guía su castigo es la *lex talionis* del «ojo por ojo y diente por diente» (Corán 5: 32 y 17:33). Según el Corán, la víctima o sus herederos están legitimados para infligir el castigo bajo la supervisión de las autoridades públicas. La víctima puede otorgar el perdón, en cuyo caso la pena no se aplica.

En último lugar están el Dijat o Dinero de Sangre y el Tazir. Más que dos nuevas categorías, estas dos figuras jurídicas conforman sendos métodos alternativos de la resolución de disputas. Los jueces penalizan las conductas constitutivas de delito

³ Una de las pocas ocasiones en que el Corán distingue tan claramente entre ambos sexos.

⁴ El affair Salman Rushdie ha sido el que mayor cobertura mediática ha recibido. El 14 de febrero de 1989 el Ayatolá Jomeini promulgó una

fatwa (decreto) que lo condenaba a muerte por la descripción supuestamente blasfema que Rushdie daba de Mahoma en su libro *Los Versos Satánicos*.

antes descritas estableciendo la posibilidad de condonar la pena de muerte a cambio de una compensación económica a las víctimas o a sus familiares, el Dijat (Schabas, 2000: 5).

Por otro lado, el Tazir permite al estado legislar crímenes y castigos adicionales. Estos crímenes tienen un origen secular y derivan de las prácticas culturales en cada comunidad.

Para los que defienden este sistema, la aplicación de medidas tan draconianas constituyen la única forma de disuasión eficaz contra el crimen. El problema que plantea la instauración de la *Shari'ah* en ciertos lugares, como en los estados del norte de Nigeria, es el total desconocimiento por la población, no sólo de las penas aplicables sino también, de qué es o qué no es constitutivo de delito.

4. Fundamentalismo Islamico vs Fundamentalismo Occidental

El fundamentalismo es un fenómeno relativamente reciente que ha aflorado en todas y cada una de las principales religiones. En realidad, de las tres religiones monoteístas, el islam fue la última en desarrollar una rama fundamentalista. Este tipo de fe, que se manifestó por primera vez en Estados Unidos a comienzos del siglo xx⁵, no surge repentinamente sino como último recurso contra el *establishment secular* (Amstrong, 2002: 233).

Es una tarea muy difícil borrar de nuestras retinas las imágenes que asociamos con el mundo musulmán. Y es muy fácil juzgar a 1.100 millones de personas por los males causados por unos cuantos, para concluir en una sentencia firme sin posibilidad de apelación: fanáticos. El otro se nos ha vuelto del todo salvaje y ya no hay forma de detenerlo salvo persiguiéndolo y aislándolo.

La violencia de base o excusa islámica la ejercen una minoría y a pesar de que los números reflejan una realidad más transigente, los medios de comunicación no hacen si no contribuir a que el muro que nos separa sea, aparentemente, cada vez más infranqueable.

La distancia y la falta de conocimiento operan en contra del entendimiento y a favor del recelo. Evidentemente, las noticias que venden son aquellas que transmiten diferencia cultural y que inciden en la memoria de Occidente para convencernos de que como en esta parte del mundo no se está en ningún sitio. Insistimos en formar a ese Oriente en nuestros valores, haciendo caso omiso a la falta de educación que padecemos. Los medios deberían formar, educar el ojo y el oído del receptor para evitar la lacra del estereotipo.

Todos los fundamentalismos comparten una serie de características que encuentran su base en la profunda decepción y desencanto con el experimento de la modernidad (Amstrong, 2002: 234). Los fundamentalistas se sienten atacados por el laicismo coercitivo del *establishment secular* al que consideran decidido a erradicar la religión. Como resultado, sus puntos de vista y su comportamiento se vuelven más extremos, no sin antes haber tratado de reformar sus tradiciones y de efectuar una fusión entre ellas y la cultura moderna (2002: 233). El fundamentalismo es, en este sentido, la última fase de un proceso de gestación lento.

El Islam, en palabras de Dupret, no puede quedar, sin embargo, irremediabilmente asociado a una teocracia cualquiera que, bajo la forma de su último avatar, el islamismo, parece incapaz de abrirse al universo pluralista y a su corolario democrático (Dupret, 1998: 21)

Hoy en día el reto consiste en apreciar la diversidad de los actores y movimientos del Islam, dilucidar las causas y las razones de las confrontaciones, y responder a los acontecimientos con claves razonadas e informadas en lugar de presunciones y reacciones predeterminadas.(Espósito, 1997: 215).

La violencia de los que perpetran la yihad, por otro lado, no se combate mediante una declaración de guerra. Este término alimenta la propia concepción que ellos tienen de su lucha, a la vez que exalta el enfrentamiento cósmico entre el Islam y todo lo demás. Es imprescindible comprender qué es lo que atrae a la gente joven a los grupos que eligen esas formas de acción tan drásticas y nihilistas (Kaldor,2004: 17).

⁵ Tras el juicio Scopes (1925), celebrado en Tennessee a raíz de que los protestantes trataran de impedir la enseñanza de la evolución en las escuelas públicas, la prensa laicista los ridiculizó de tal forma que su ideo-

logía se hizo cada vez más reaccionaria y literal, pasando de la izquierda a la extrema derecha del espectro político (Amstrong, 2002: 235).

Se trata de que, en definitiva, el esfuerzo, la yihad por el entendimiento, sea mutuo. De nada sirven los procesos de paz si no somos capaces de comprender porqué el Corán y la Suna son importantes para millones de personas, porqué Alá es grande desde el Atlántico al Indico.

Además, si todos los judíos, cristianos, ateos y musulmanes buscamos o negamos al mismo Dios puede que, en definitiva, como señala Heracleitos, la justicia y la injusticia sean obra del hombre y a Dios no le interesen ninguna de las dos (Douzinas, 2000: 25).

4.1. *El presunto Choque de Civilizaciones*

Los fundamentalistas de varias religiones enseñan que hubo un momento histórico perfecto y guían sus esfuerzos hacia la recuperación de ese momento (Khan, 2002:14). El fundamentalismo de corte islámico no consiste tanto en un viaje de retorno a los fundamentos de la religión, como en una regresión total a un período concreto de la historia en el que la identidad musulmana no se sentía amenazada.

En este sentido, los fundamentalistas declaran el Corán y la Suna como inmutables y exhortan a la aplicación estricta de sus dictados (Bassiouni, 2002: 16). Para ellos, estas dos fuentes constituyen la única y última palabra válida de Dios. En este sistema, la autoridad constitucional deriva de Alá y no del pueblo. Esto confiere un gran poder a los líderes al ser los únicos autorizados para interpretar el mensaje de Alá y que, por lo tanto, pueden decidir qué es o no herejía, esto es, quién es un kafir y condenarlo a muerte a través de decreto (fatwa). En este panorama, un sistema democrático es impensable (Macfarquhar, 2004: 4).

Pero, en todo caso, y como señala Reisman, el Islam no potencia o crea y alimenta el fundamentalismo. Son las coyunturas económicas, sociales y políticas las que fomentan la generación de fuerzas de cambio, unas veces de forma tenue y otras de forma más feroz. El fundamentalismo islámico es el resultado de una de esas fuerzas, como lo son el capitalismo, el comunismo, el socialismo, y algunas otras doctrinas políticas. En este sentido, cualquier forma de religión, ya sea mística o secular, puede ser

empleada como una fuerza para la movilización del pueblo y como un instrumento de cambio socio-económico y político. Así pues, no es acertado observar el fundamentalismo como inherentemente anti-moderno, como una expresión de desdén hacia los avances de la ciencia o como la quintaesencia del fanatismo o el misticismo. El islamismo y otros fundamentalismos se deben analizar como parte de una revolución política, de un movimiento organizado por las élites (Reisman, 1991: 109). Lo demás es propaganda de buenos y malos.

En *Las Raíces de la Ira Musulmana* Bernard Lewis hablaba ya, en 1990, de un choque entre nuestra civilización occidental y el Islam. Y aunque reconoce que no todos los musulmanes odian a occidente, todo un alivio por otra parte, su planteamiento resulta peligroso porque mezcla, conscientemente⁶, lo musulmán con lo fundamentalista musulmán (Lewis, 1990).

Lewis nos exhorta a todos a prevenir la exacerbación de las diferencias y la revitalización de los viejos prejuicios con el fin de evitar la guerra de religión de nuestra era. Pero, al mismo tiempo, declara que el Islam nunca estuvo preparado, ni en la teoría ni en la práctica, para garantizar la igualdad de aquellos que profesan otras creencias o adoran a otros dioses, a diferencia de los Estados Unidos, donde el *no religious establishment by law* asegura la libertad de credo (Lewis, 1990).

Sin embargo, el Corán señala constantemente que Mahoma no había venido a eliminar las antiguas religiones, a contradecir a sus profetas o a dar comienzo a una nueva fe. Su mensaje era el mismo que el de Abraham, Moisés, David, Salomón o Jesús. Aunque el Corán menciona únicamente a aquellos profetas que los árabes conocían, los eruditos musulmanes actuales afirman que, si Mahoma hubiera sabido de los budistas o los hindúes, de los aborígenes australianos o de los indios americanos, el Corán habría respaldado también a sus sabios (Amstrong, 2002: 50). El Corán insiste en que no cabe coacción en religión y manda a los musulmanes a que respeten las creencias de judíos y cristianos (Boyle-Lewicki, 2000: 3).

Samuel P. Huntington hizo famosa la presunta profecía en un artículo publicado por la revista *Foreign Affairs* en 1993. Huntington divide el mundo en ocho civilizaciones: la Occidental, el Confucianismo, la Japonesa, la Musulmana, la Hindú, la

⁶ Si hay algo que no se le puede negar a Bernard Lewis es su extenso conocimiento del islam.

Eslava-ortodoxa, la Latinoamericana y, quizás, la Africana (y es «quizás» porque no estaba muy seguro de que estuviera realmente civilizada) (Huntington: 1993).

Aunque, en el caso del Islam, las diferencias sociales y culturales entre los musulmanes de Senegal, China, Indonesia, los países árabes y los países sudasiáticos son mayores que las similitudes que comparten con los no musulmanes de su misma nacionalidad (Alí, 2003: 300).

A Huntington le han jugado una mala pasada los viejos estereotipos para concluir que el mundo musulmán y Occidente son enemigos desde hace 1300 años y que el Islam es hostil a los modelos seculares occidentales que promulgan derechos humanos y progreso (Espósito, 2002: 127).

Nada menos cierto si partimos de la base de que el Islam no tiene nada en sus fundamentos que se oponga al capitalismo. El Corán y los hadices no prohíben sino reafirman el derecho a la propiedad privada y al comercio. Para Espósito, la mejor respuesta a los que se preguntan sobre la compatibilidad del capitalismo y el Islam consiste en tornar la mirada hacia los millones de musulmanes que viven y trabajan en América y Europa. Muchos han venido a disfrutar de las oportunidades que ofrecen nuestros sistemas políticos y económicos, y, como otras minorías llegadas antes, ellos también luchan por mantener su identidad pero no contra el deseo de disfrutar de lo mejor que nuestra cultura representa (Espósito, 2002: 129).

La manía persecutoria de la que sufrimos muchos en Occidente queda claramente descrita en ambos artículos, que no dejan de ser dos ejemplos más del proceso de estigmatización. Tanto Lewis como Huntington, evidentemente, no son responsables de que los medios de comunicación se ensañen en el fatalismo, como tampoco lo son de los males que aquejan a los países que ven a Estados Unidos y a Occidente como el Gran Satán. Pero, en definitiva, de lo que se trata es de apagar las llamas, no de contribuir a que nos quemem a todos. Y, en ningún caso, un fundamentalismo se consigue aplacar con otro.

⁷ Al reconocer solamente el Corán y la Suna, el wahhabismo niega cualquier interpretación y condena algunas de las prácticas del islam, como el culto a los santos o el sufismo. Iconoclasta a ultranza, rechaza toda forma de adoración de las creaciones del hombre y de sus representaciones (imágenes, fotografías, televisión,... etc.) y, sobre todo, las relacionadas con el Profeta. Los wahhabíes sienten una gran hostilidad por

4.2. De Wahab a Qutb

En la península arábiga, Muhammad ibn Abd al-Wahab (1703-1792) trató de crear un enclave de fe pura, basada en su visión de la primera umma del siglo VII. El creía que la crisis de su época podía afrontarse mediante el retorno fundamentalista al Corán y la Sunna, y el rechazo militante de todos los añadidos posteriores que la mayoría de los musulmanes consideraban ya parte de su normativa (Amstrong, 2002: 198).

El wahhabismo constituye una de las oleadas de *revivalismo* (traducción libre del inglés «revivalism») islámico que influyeron a la aparición de regímenes tan violentos, en su puesta en práctica de la *Shari'ah*, como el recientemente depuesto movimiento talibán de Afganistán⁷.

A Sayid Qutb (Egipto, 1906-1966) se le considera el verdadero fundador del fundamentalismo islámico. En un principio, se había erigido como un reformador, entusiasta, incluso, de la cultura occidental y la política secular. Confiaba en dotar a la democracia occidental de una dimensión islámica que evitara los excesos de una ideología íntegramente laicista. En su libro «*Guidposts on the Road*» declara que la Shari'ah sólo se puede aplicar a los musulmanes. Para Qutb, juzgar a la sociedad pagana con los dictados de su religión era una incongruencia y una burla inconsistente con el verdadero espíritu del Islam. Primero, dice, han de convertirse voluntariamente y entender que «no hay otro Dios que Alá» y, sólo entonces, la aplicación de la ley islámica tendría sentido (Rishawi, 1998).

Nasser⁸ decide, entonces, relegar la religión a un papel marginal en Egipto y encarcela a Qutb. En ese momento su ideología se distorsiona y con ella su interpretación del Corán y del mensaje de Mahoma para concluir que la tolerancia sólo se podrá dar después de la victoria de la política del islam y del establecimiento de un auténtico estado musulmán (Amstrong, 2002: 240).

La violencia ha dado mayor divulgación a las voces musulmanas que defienden la existencia del «choque» que a las que pro-

los chiítas, a los que acusan de divinizar a Alí. En Arabia Saudí rige desde 1918 (Thoraval, 2003: 15).

⁸ Gamal Abdel Nasser había instaurado la república en Egipto en 1953. Pero la experiencia democrática se vio muy pronto contrarrestada por su régimen autoritario que él autocalificaba de socialismo árabe (Thoraval, 2003: 73).

pugnan la revolución pacífica y el diálogo. Entre ellas, por equilibrar un poco la balanza, está Anwar Ibrahim, ministro de finanzas malayo en la década de los 80. Para Ibrahim, las fuerzas que malgastan los musulmanes conservadores en volver a los fundamentos de la ley islámica podría ser empleada para mejorar el bienestar de las mujeres y los niños. No se es menos musulmán, dice Ibrahim, por promover el crecimiento económico y la era de la información y por pedir justicia para las mujeres (Espósito, 2002: 135).

Hoy, Anwar Ibrahim vive en prisión.

5. El islam y el Derecho internacional

Cuando Mahoma empezó a predicar el *Tawhid* y la veneración a un único Dios en la Península Arábiga, no faltaron opositores y detractores que consiguieron que él y su mensaje fueran expulsados de la Meca el 16 de junio del año 622⁹.

En el exilio de Medina, Mahoma se reorganizó para lanzar la ofensiva contra los asociadores, primero sobre la Meca y, desde allí, a la totalidad del *dar al-harb*. En su avance hacia la Meca, Mahoma tropezó con el ejército coraxí y para evitar el derramamiento de sangre firmó el que sería el primer tratado de paz entre creyentes e incrédulos, el tratado de Hudaibiyya, que estipulaba un armisticio de diez años. Este límite temporal sería aplicado con posterioridad a otras treguas (Vernet, 2003: 20).

De este modo empezó la primera de las etapas en que los historiadores dividen la relación del Islam con el resto del mundo a lo largo de los siglos. Esa etapa de expansión duró poco más de un siglo al cabo de la cual quedó claro que el objetivo de llevar el Islam a las cuatro esquinas del planeta era, sencillamente, inalcanzable.

En Oriente Medio, los juristas islámicos desarrollaron una doctrina que permitiese el conflicto continuo con los infieles. Como quedó dicho anteriormente, esta teoría divide el mundo

en dos: lo que es del Islam y lo que no. Esta dicotómica ficción impulsó el desarrollo de un corpus jurídico dedicado a la yihad. En este sentido, la base legal de la yihad, por un lado, y la división del mundo entre fieles e infieles conforman el origen del derecho islámico internacional o Al-siyar.

Cuando la realidad histórica demostró la imposibilidad de mantener una guerra permanente contra los infieles, los pensadores reinterpretaron la obligación de la yihad como mero mecanismo de defensa contra los no creyentes siempre y cuando amenazasen el Reino del Islam.

La división «*dar al-harb/ dar al-islam*» fue entonces reemplazada por una nueva, ahora tripartita, división del mundo a la que se añadió el «*dar al-sulh*», o territorio de la paz¹⁰. Este comprendía todos aquellos estados que no reconocían la autoridad del estado musulmán, pero que tampoco se declaraban manifiestamente hostiles y amenazantes. Con ellos cabía la posibilidad de firmar treguas, tratados de paz e incluso acuerdos de colaboración (Badr, 1999: 96). Los líderes de algunos grupos violentos actuales se han servido de esta doctrina para justificar sus acciones clasificando la violencia en dos categorías: reprochable y recomendable. Para ellos «aterrorizar al inocente es injusto, pero aterrorizar a los opresores es necesario» (Espósito, 2002: 25).

Los musulmanes que se oponen a la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos creen que el derecho internacional excede los límites de los derechos y libertades permitidos por el Islam, puesto que el individuo es ante todo miembro de la *umma* y, por tanto, sus derechos no son absolutos sino que están supeditados al cumplimiento de sus obligaciones para con la comunidad.

Sin embargo, es, precisamente, la particular visión del individuo, como sujeto de derechos y obligaciones, una de las principales contribuciones del Islam al excesivo tribalismo que dominaba Arabia en el siglo VII de nuestra era cristiana. En aquel momento, la tribu, y no el individuo, era el elemento básico de la estructura social. Esa dosis de individualismo saludable que

⁹ La Hégira o huida de Mahoma y sus seguidores de La Meca a Medina marca el principio de la era musulmana. El calendario musulmán es un calendario lunar y se calcula a través de la siguiente fórmula: $H = G - 622 + (G - 622/32)$ Para pasar del año cristiano al musulmán $G = H + 622 - (H/33)$ Donde: $G =$ año cristiano (gregoriano) $H =$ año musulmán (hégira). Cada 33 años musulmanes equivalen a 32 años cristianos.

¹⁰ Esta «tierra de tratado» o *dar al-suhl* es una innovación de la escuela sunní Shafí'i (Espósito, 2002: 35), creada por al-Shafí'i, al que se considera el padre de la jurisprudencia islámica (Bassiouni, 2002: 20).

trajo el Islam, bien interpretada, podría tener mucha relevancia en la protección de los derechos humanos actualmente en los países musulmanes y en la aplicación de los instrumentos internacionales de los que son parte (Badr, 1999: 98).

El ataque a la universalidad de los instrumentos internacionales de derechos y libertades no encuentra argumentos ni en el Corán, ni en el ejemplo del Profeta. El islam recoge, desde sus inicios, los mismos principios que han guiado la formulación del derecho internacional moderno, tanto a nivel consuetudinario como convencional, y que constituyen la base del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados en sus relaciones. Dos de esos principios nos los da, también, el Corán: el del carácter sagrado de los pactos y el del trato de reciprocidad (1999: 98).

El principio de reciprocidad, dada la estructura actual de la comunidad internacional, se puede decir, es el origen del derecho internacional. Cada estado quiere ser tratado como trata a los otros y no merece mejor trato que el que otorga. En la novena sura, el Corán exhorta a los creyentes, en su trato con los otros, al siguiente comportamiento: «Mientras cumplan con vosotros cumplid con ellos» (El Corán, 2003: 200).

El principio de que los pactos están para ser cumplidos, atribuido a Cicerón en la época del Imperio Romano, aparece regulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados bajo la rúbrica «Observancia de los tratados. *Pacta sunt servanda*»: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (Enciclopedia de Derecho Internacional Público, 1997: 847-853).

El *pacta sunt servanda* fue elevado por el libro sagrado del Islam a la categoría de obligación religiosa para los creyentes¹¹ dando, incluso, prioridad al cumplimiento de acuerdos o contratos entablados con terceros no musulmanes (Sura IX: 4, «Observad el pacto hasta que caduque») (El Corán, 2003). Poco difiere esta norma de la recogida en la Convención de Viena.

Partiendo de la base de que la totalidad de los estados de mayoría musulmana son parte de Naciones Unidas y del hecho de que muchos de ellos han ratificado *la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación de la Mujer* (CEDAW,

en sus siglas en inglés) y *la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles e inhumanos*, si interpretamos literalmente el Corán, el incumplimiento de esos tratados a través de normas que permiten la imposición de penas como las vistas para los actos constitutivos de *hudud*, por no citar la obligación de garantizar el derecho a la vida, son incumplimientos flagrantes de lo que Alá decidió contarle a Mahoma.

Para el mundo musulmán, *La Declaración del Cairo de Derechos Humanos del Islam* de 1990 podría haberse convertido en una herramienta de valor incalculable para poner fin a esas prácticas. En cambio, el producto final no es otra cosa que una justificación de las mismas, entre otras, la pena de muerte para los delitos de adulterio y apostasía, que son y han de ser internacionalmente inaceptables en cualquier esfuerzo de elaboración de una carta de derechos y libertades que pretenda ser universal (Al-Hibri, 1997).

6. El Islam y la mujer

La igualdad de género es uno de los principales dilemas de los fundamentalistas. La mujer y el hombre simbolizan diferentes aspectos de la vida y tienen distintos derechos y obligaciones. Las mujeres son vistas como un complemento del hombre, no como un igual. Esta visión no es exclusiva del Islam y los fundamentalistas musulmanes, sino también una constante en los estados no musulmanes menos desarrollados y con una estratificación social claramente patriarcal. El problema es que los fundamentalistas encuentran su justificación en el designio divino de la creación.

Es preciso tener claro que no es por casualidad que las mujeres constituyan el principal blanco de los fundamentalismos. Son ellas las primeras que se integran y sacan más partido a los sistemas democráticos, tanto para defender su religión como para defenderse de ella (Badinter, 2003: 143). Sirva, como ejemplo, la movilización de miles de mujeres en Francia por su derecho a llevar el chador o el movimiento «*Ni putes ni soumises*» que reivindica, para las mujeres dominadas por la familia y el suburbio árabe de las ciudades francesas, el derecho a la libertad, es de-

¹¹ Sura V: 1, «¡Oh, los que creéis!, ¡Cumplid los contratos!» (El Corán, 2003: 137).

cir, a la libertad de movimientos, a poder maquillarse, a llevar falda o pantalón en lugar de chándal o chilaba, a no ser tratadas como seres de segunda categoría en manos de los jefes del barrio, que sólo pueden imaginárselas como futuras esposas fieles o como prostitutas (Martí, 2004: 4). Para Shirín Ebadí, la palabra libertad significa «vivir donde quieras, escribir lo que pienses, vestir como desees, amar a quien ames y que te dejen elegir la religión que te ilumina. La libertad sólo tiene una frontera, la del respeto de los otros» (Higueras, 2004: 14)¹².

La familia es, también, el último reducto de control que le queda a los fundamentalistas contra la injerencia internacional en sus vidas. Las decepciones sufridas en el siglo xx tras la desmembración del Imperio Otomano a principios del siglo y la derrota en la guerra de los seis días¹³, que supuso la estocada definitiva al que había sido un gran imperio en el siglo xv, han puesto las conciencias de los fundamentalistas musulmanes contra la pared de sus hogares, que ven en la familia el último territorio donde lo occidental no podrá hacer entrar su influencia. Ellos son los que confunden lo universal con lo internacional, lo internacional con lo occidental.

Se pueden hacer diferentes lecturas del Corán y encontrar distintas bases jurídicas según el argumento que se pretenda defender, el de la igualdad de oportunidades para ambos sexos, o el contrario. El mensaje es confuso y da la impresión de estar dirigido únicamente al hombre. La mujer no aparece como protagonista salvo tangencialmente cuando Dios trata de explicar al hombre cómo se ha de comportar con ella. Algunos versículos son especialmente desoladores. El versículo 38 de la cuarta sura reza del siguiente modo: «Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios a favorecido a unos respecto de otros y porque ellos gastan parte de sus riquezas a favor de las mujeres. A aquellas de quienes temáis desobediencia, amonestadlas, mantenedlas separadas en sus habitaciones, golpeadlas. Si os obedecen, no busquéis procedimiento para mal-

tratarlas» (El Corán, 2003: 120). Aunque antes, en la misma sura, también recoge: «Tratad a vuestras esposas como está establecido. Si las odiáis, es posible que estéis odiando algo en lo que Dios pone un gran bien» (2003: 118).

En la era pre-islámica las mujeres eran las esclavas de sus padres, sus hermanos y sus maridos. Eran compradas y vendidas como una mercancía más y el nacimiento de una niña no traía más que vergüenza a su familia. En muchas ocasiones, las niñas eran enterradas vivas al nacer. En su génesis, el Islam reaccionó con vigor contra esas prácticas crueles y primitivas y elevó el estatus social de la mujer para hacerla merecedora de los mismos derechos que los hombres y de una identidad propia (Akaddaf, 2001: 3).

El Islam surgió desde un mensaje de paz y de igualdad entre los fieles al único Dios, tanto hombres como mujeres. El Corán supuso un avance importante respecto de esas prácticas pre-islámicas a las que condenaba con rotundidad: «Dan hijas a Dios y no las quieren para sí, pues cuando se albricia a uno de ellos el nacimiento de una hembra su rostro se endurece y se sofoca, se oculta de las gentes a causa de la desgracia que le fue albriciada. ¿Cogerá la criatura a pesar del deshonor o la ocultará en el polvo? ¡Cuán malo es lo que juzgan! (Corán, 16: 60-62).

Para Fatima Akaddaf, lo que sucede hoy en día en muchos países musulmanes no es más que el resultado de los intereses políticos y económicos de las élites de hombres (Akaddaf, 2001: 3). Es impactante, en este sentido, el contraste que ofrece la comparación de la situación de la mujer musulmana de hoy, en muchos lugares, con la que disfrutaba en la Arabia de Mahoma. Las primeras mujeres de la umma estaban involucradas en todos los aspectos de la vida social y política de la recién nacida sociedad musulmana. Había empresarias, poetisas, juristas, líderes religiosas e incluso guerreras (Al-Hibri, 1997: 3). El desarrollo jurisprudencial de corte patriarcal, que fue diezmando la presencia de la mujer en la arena pública, es posterior. Las costumbres pre-is-

¹² Hablar de los derechos de la mujer musulmana es hablar de Shirín Ebadí. Ella ha sido la primera mujer musulmana que obtiene el Premio Nobel de la Paz por su labor en la lucha por la igualdad entre el hombre y la mujer frente a la sociedad patriarcal y el clero iraníes. Creyente fervorosa, sostiene que la religión no puede ser impuesta y que tanto el despotismo como la represión de la mujer proceden únicamente de la interpretación y el uso que los dirigentes religiosos o políticos quieren hacer del islam (Higueras, 2004: 14).

¹³ A través de los acuerdos Sykes-Picot de 1916, Gran Bretaña y Francia pactan en secreto, con el consentimiento de Rusia, el reparto del imperio Otomano.

En 1967, Israel aplastó en tan sólo seis días a los ejércitos de Egipto, Siria y Jordania. El resultado fue la ocupación por Israel de la franja de Gaza, los altos del Golan, la Península del Sinaí y Cisjordania.

lámicas influyeron de manera determinante en el proceso de *ijtihad*, o ciencia de la interpretación, que se fue convirtiendo, poco a poco, en la barricada de los hombres y en territorio vedado a la mujer.

6.1. En nombre del honor

Lo puramente tribal se ha fundido con la *Shari'ah* y ya no se divisan claramente los límites. En muchos países del universo musulmán la mujer sufre la persecución depredadora de sus derechos. El régimen talibán no hizo sino saltar la alarma de lo que se repite en muchos lugares. La publicidad de la que fueron objeto las prácticas talibanes sirvió, por un lado, para concienciar y acercar a la opinión pública a algo que resultaba muy lejano, y contribuyó a que brotasen numerosas iniciativas de defensa de los derechos de la mujer afgana pero, por otro lado, demonizó a la *Shari'ah*, que es ahora, sinónimo de opresión e injusticia.

En nombre del honor del hombre, muchas mujeres viven bajo una constante amenaza a su integridad física y psíquica.

En Pakistán, en los casos de adulterio, el honor mancillado de un hombre sólo puede ser restaurado con la muerte de la adúltera, *kari*, y del hombre con el que perpetró el delito, *karo*. La mujer ha de morir, pero el *karo* puede escapar a la pena capital previo pago por su vida, por el honor del hombre a quien pertenecía la mujer *kari*, y por la muerte de la mujer que obliga al marido a pagar por una nueva. Este método de retribución alternativo a la muerte se denomina *faislo*. Una de las nefastas consecuencias que ha producido este sistema, sobre todo entre las comunidades más empobrecidas, ha sido la proliferación de acusaciones de adulterio infundadas para obtener indemnización. Ha llegado hasta tal punto la multiplicación de acusaciones de este tipo que ya se habla de la industria de los asesinatos por honor. Asimismo, el hombre que mata a su mujer, sin más motivo que un ataque de violencia, suele alegar adulterio en su defensa para escapar a la justicia, que lo condenaría, de otro modo, a pagar una indemnización a la familia de la víctima (el *diyat* o dinero de sangre) (Ruane, 2000:2).

En Nigeria, por citar un ejemplo del otro confín musulmán, el hombre acusado de haber mantenido relaciones sexuales con una mujer casada, sólo ha de jurar por el Corán que no lo ha incurrido en la conducta para escapar a la condena. La mujer

adúltera, en cambio, es presuntamente culpable hasta que demuestre su inocencia. Y la pena aplicable es la lapidación hasta la muerte (Thagiris, 2003: 5).

En el Corán, el castigo para el adulterio es un tanto incierto. Por un lado, parece que la cadena perpetua es lo que más se acercaría a lo dispuesto en la cuarta sura que, en su versículo 10, reza: «Contra aquellas de vuestras mujeres que cometen fornicación, buscad cuatro testigos de entre vosotros. Si dan fe contra ellas, mantenedlas cautivas en las habitaciones hasta que las llame la muerte o Dios les dé un procedimiento». Un poco más adelante, en el versículo 22, de la misma sura, se dice: «no hay perdón para quienes cometen malas acciones hasta el momento en que se presenta a uno de ellos la muerte y se arrepiente». Queda abierta, por lo menos en el Corán, la posibilidad del arrepentimiento para ambos, hombre y mujer (El Corán, 2003).

En Jordania, la pena por asesinato es la cadena perpetua. Sin embargo, a los condenados por asesinatos por honor se les suele condonar y no llegan a cumplir más diez años en ningún caso. En estos lugares, la riqueza y las propiedades del hombre cuantifican el valor de su honor. La mujer es un objeto más de valor y, por lo tanto, parte integral del honor del hombre y de la tribu (Ruane, 2000: 2).

En Arabia Saudí las organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres están estrictamente prohibidas y no se ha producido, desde la ratificación de la CEDAW en el año 2000, ninguna reforma cualitativa que mejore su situación de absoluta sumisión al hombre (HRW, diciembre 2001).

El Comité de Promoción de la Virtud y Prevención del Vicio intervino en marzo del 2002 para retrasar la evacuación de 14 niñas de un colegio en Ilemos por no estar apropiadamente vestidas para salir a la calle. Las niñas no consiguieron salvar la vida (HRW, agosto 2002). Aunque los reformistas han logrado algunas victorias en la reconfiguración de la ley islámica a través de la dialéctica del derecho internacional, la auténtica victoria no se logrará hasta que las mujeres no puedan implicarse directamente en la remodelación de las consideraciones legales y éticas necesarias para situar su denostado estatus al mismo nivel que el de los hombres (Khan, 2002: 26). En este sentido, los Comités de Mujeres del norte de Cisjordania, constituidos con el apoyo de organizaciones no gubernamentales locales e internacionales en uno de los enclaves más conservadores de los Territorios Ocupados, proponen una alternativa para la autogestión y la

participación en la toma de decisiones en sus comunidades. En el extremo opuesto están las mujeres de los campos de refugiados de Gaza. En los años 80, las gazanas llevaban el pelo descubierto y maquillaje, como en el Kabul de principios de los 70. Dos Intifadas después, la que no lleva velo en Gaza es la excepción, y las que lo llevan hasta los ojos cada día más. La iniciativa de cubrirse partió de ellas mismas en señal de duelo por sus mártires, y de resistencia contra la fuerza ocupante. Por un lado es, sin duda, religión, pero todos los símbolos recuperados hasta el extremo de identidad musulmana tienen más que ver con el miedo a perderla. Y en Gaza están a punto de hacerlo.

Un problema que plantea cualquier posibilidad de reforma de las leyes que permiten que estas prácticas se sigan produciendo es la profunda fe que profesan muchas mujeres musulmanas. Por un lado, querían que sus derechos se equiparasen a los de los hombres pero, por otro, lo que desean es, ante todo, ser buenas creyentes y no ofender en modo alguno los dictados de su religión. La herejía está perseguida y el castigo para los apóstatas es grave. Pero, en todo caso, no hay escapatoria al miedo cuando no hay protección.

7. Conclusión. El cielo podría ser azul

Sí se ha producido, como indica Salima Mernisi, una desviación del curso del diálogo entre el mundo arabo-musulmán y Occidente. Asistimos a la desconfianza de Occidente frente a la cultura arabo-musulmana con la que colinda en su propio espacio geográfico, y a un rechazo de Occidente por unas poblaciones carentes de desarrollo, desengañadas del modelo occidental y en busca de su propia identidad (Mernisi, 1998: 17).

La paz entre Palestina e Israel o, más bien, de Israel con Palestina, marcaría un hito fundamental en la reestructuración de las relaciones entre Oriente Medio y Occidente. Desafortunadamente, el conflicto se sigue nutriendo de la construcción de nuevos asentamientos judíos en Cisjordania y de la negativa a abandonar los ya existentes de la Franja de Gaza. A pesar de la promesa de retirada anunciada por el Presidente Sharon para el 2005, Israel sigue poblando y usurpando tierras que no le perte-

necen, controlando el acceso al agua, cortando carreteras y lastimando la economía Palestina cuya tasa de paro supera ya el 50%. Las fronteras fueron acordadas y trazadas en 1949, tras la Guerra de Independencia, y están ahora siendo reinventadas bajo un muro de separación que parte al pueblo palestino por la mitad¹⁴ y que imposibilita el acceso a sus ciudades. Por otro lado, los brazos armados de Hamás, de la Yihad Islámica o de las Brigadas de Al Aqsa no cejarán en su empeño utópico de destruir Israel y de seguir su lucha hasta que todo lo conquistado les haya sido devuelto. Esa reacción drástica y nihilista de los jóvenes palestinos se alimenta de la ocupación israelí, ante la ausencia de alternativas y de futuro, y la ocupación israelí continua sembrando odio para justificar ante la CNN los porqués del sitio y la conquista.

Por otro lado, como analicemos en Occidente lo que pasa en esos escenarios es igual de imperioso. La combinación de ignorancia, estereotipos y chovinismo religioso-cultural ciegan, incluso, a los bien intencionados. Y declarar al Islam antidemocrático o a la cultura musulmana como mala conductora de procesos democratizadores y de modernidad sigue siendo la excusa más sencilla para mirar hacia otro lado y continuar apoyando a los regímenes autocráticos del Oriente musulmán. (Espósito, 1997: 215).

Y aunque la CEDAW representa un poderoso instrumento de cómo la influencia internacional puede presionar a los estados musulmanes a reevaluar algunos de sus principios y de sus legislaciones nacionales, la forma más eficaz para cambiar los diseños de las leyes islámicas que lastran la balanza hacia el lado de la desigualdad ha de partir del Islam y sus estándares. Al derecho internacional de los derechos humanos no le queda más remedio que introducir, entre otras, una dimensión islámica si los derechos y libertades que propugna quieren ser realmente universales.

Las mujeres tienen que participar en los procesos legislativos y se tienen que seguir creando foros donde se pueda discutir el papel que ha de cumplir la religión islámica en los procesos de producción de instrumentos y organismos de protección de sus derechos.

La mayoría de las mujeres musulmanas, muy unidas a su religión, no serán liberadas a través de un acercamiento secular im-

¹⁴ El muro de separación no respeta la Línea Verde de armisticio, trazada en 1949, en casi ninguno de sus puntos. Una vez terminadas las

obras, aproximadamente un 50% del territorio de Cisjordania habrá sido anexionado al Estado de Israel.

puesto desde fuera por organismos internacionales o desde arriba por gobiernos antidemocráticos. La única manera de resolver los conflictos de estas mujeres, para que venzan el miedo a llevar una vida provechosa y libre, se producirá a través de una base jurisprudencial islámica feminista que muestre que el Islam, no sólo no les resta derechos sino que los pide para ellas (Al-Hibri, 1997:2).

El Islam puede operar contribuciones muy importantes al desarrollo progresivo del derecho internacional en este nuevo orden universal, tanto a través de tratados como de la costumbre, puesto que su libro sagrado no sólo no lo persigue, sino que lo fomenta. Los juristas islámicos, como señala Badr, tienen la responsabilidad de dar a conocer su sistema legal al resto del mundo (Badr, 1999: 100), y de enseñar el Islam, en las madrasas de sus países desde la igualdad de derechos, para devolver la justicia a quienes se le niega sin motivo. Porque, en definitiva, una ley sin justicia es como un cuerpo sin alma y una educación jurídica que enseña leyes sin espíritu es intelectualmente estéril y moralmente corrupta (Douzinas Costas, 2000: 1).

Pero, el esfuerzo por entender qué intereses económicos y políticos motivan los procesos violentos en el mundo musulmán es labor de todos. Y tendremos que seguir haciéndolo, en todo caso, desde el respeto hacia una religión que, en sus bases jurídicas y el espíritu de la mayoría de sus fieles, enfatiza el deber de consecución y mantenimiento de la paz.

Que corran, cuando menos, ríos de tinta no de sangre. Porque, a pesar de todo, el cielo puede que sea azul y nos lo estaremos perdiendo.

Bibliografía

- AKKADAF, Fátima (2001), «Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the CISG compatible with Islamic Law Principles?», *Pace International Law Review*, en Westlaw.
- AL-HIBRI, Azizah (1997), «Islam, law and Custom: Redefining Muslim Women's Rights», *American University Journal of International Law and Policy*, en Westlaw.
- ALI, Tarik (2003), *The Clash of Fundamentalisms*, Verso, Londres.
- AMSTRONG, Karen (2002), *Islam*, Grupo Editorial Random House Mondadori, Barcelona.
- BADINTER, Elizabeth (2003), «La Razón Velada», en SCHWARZER, Alice (coord.), *Los Soldados de Alá. Sobre la Falsa Tolerancia*, Flor del Viento Ed., Barcelona.
- BADR, Gamal M. (1999), «A survey of Islamic International Law», en Mark W. JANIS & Carolyn EVANS (ed.), *Religion and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Cambridge, EE.UU.
- BASSIOUNI, Cherif & BADR, Gamal M. (2002), «The Shari'ah: sources, interpretation and rule-making», *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, en Westlaw.
- BOTIVEAU, Bernard (1998), «Derecho Islámico: De lo Político a lo Antropológico», en Alegría BORRÁS y Salima MERNISI (eds.), *El Islam Jurídico y Europa*, Icaria-Antrazyt, Barcelona.
- BOYLE-LEWICKI, Edna (2000), «Need's World Collide: the Hudud Crimes of Islamic Law and International Human Rights», *New York International Law Review*, en Westlaw.
- COLLINS (1999), *Mini Atlas of the World*, Collins, Londres.
- DOUZINAS, Costas (2000), *The End of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford.
- DUPRET, Baudouin (1998), «Política, religión y derecho en el mundo árabe», en Alegría BORRÁS y Salima MERNISI (eds.), *El Islam Jurídico y Europa*, Icaria-Antrazyt, Barcelona.
- ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (1997), Elsevier, Amsterdam.
- ESPÓSITO, John L. (1999), *The Islamic Threat. Myth or Reality?*, Oxford University Press, Nueva York.
- ESPÓSITO, John L. (2002), *Unholy War. Terror in the Name of Islam*, Oxford University Press, Nueva York.
- HUNTINGTON, Samuel L. (1993), «The Clash of Civilizations», *Foreign Affairs*, vol. 72, Nueva York.
- HIGUERAS, Georgina (2004), «Shirín Evadí. Una premio Nobel en defensa de la mujer en el islam», *El País Semanal*, Diario El País Ed., 21 de marzo, Madrid.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2001), «Human Rights in Saudi Arabia: A Deafening Silence», *HRW*, diciembre, Nueva York.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2002), «The War on Women», *HRW*, agosto, Nueva York.
- KALDOR, Mary (2004), «Primeras Lecciones de España», *El País*, Diario El País ed., 18 de marzo, Madrid.
- KHAN, Hamid M. (2002), «Nothing is Written: Fundamentalism, Revivalism, Reformism and the Fate of Islamic Law», *Michigan Journal of International Law*, en Westlaw.
- LEWIS, BERNARD (1990), «The Roots of Muslim Rage», *The Atlantic Online*, vol. 266, septiembre.
- MACFARQUHAR, Neil (2004), «Un frágil equilibrio, los saudíes desean libertades pero temen el caos», *The New York Times*, Diario El País ed., 13 de mayo, Madrid.
- MARTÍ, Octavi (2004), «Los guetos se multiplican», *Domingo*, Diario El País ed., 28 de marzo, Madrid.
- REISMAN, M.H.A. (1991), «Islamic fundamentalism and its impact on International Law and Politics», en Mark JANIS (ed.), *The Influence of Religion on the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Londres.
- RISHAWI, Emir (1998), *A Struggle that Led to Conversion*, Light of Life ed., Villach, Austria.

- RUANE, Rachel A. (2000), «Murder in the Name of Honor: Violence against Women in Jordan and Pakistan», *Emory International Law Review*, en Westlaw.
- THORAVAL, Yves & ULUBEYAN, Gari (2003), *El Islam. Un mosaico de culturas*, Larousse.
- TYUS, Jennifer (2004), «Going too far: extending Shari'ah law in Nigeria from personal to Public Law», *Washington University Global Studies Law Review*, en Westlaw.
- SCHABAS, William A. (2000), «Islam and the Death Penalty», *William and Mary Bill Rights Journal*, en Westlaw.
- SCHWARZER, Alice (coord.), *Los Soldados de Alá. Sobre la Falsa Tolerancia*, Flor del Viento Ed., Barcelona.
- VERNET, Juan (2003), *El Corán*, Ediciones Debolsillo, Barcelona.

La Educación y la infancia: motores para el futuro de Angola

Silvia Crespo Expósito*

Allí donde los combates se prolongan desde hace décadas (como en Angola o Sudán), la mayoría de adultos ha muerto hace ya tiempo, por el hambre, o las epidemias; quedan los niños, y son ellos los que continúan las guerras.

En el sangriento caos que arrasa diferentes países de África, han aparecido decenas de miles de huérfanos, hambrientos y sin techo.

Buscan quien los alimente y acoja. Allá donde hay ejército es donde resulta más fácil encontrar comida, pues los soldados son los que más oportunidades tienen para conseguirla: en estos países, las armas no sólo sirven para combatir, también son un medio de supervivencia, a veces el único que existe.

Ryszard Kapuscinski, *Ebano*¹

1. Introducción: la educación y la infancia, motores para el futuro de Angola

El objetivo de este trabajo es presentar y analizar la situación actual de Angola en materia de Infancia y Educación. Para ello necesitaremos, primero, aproximarnos al conflicto armado y apuntar hacia sus consecuencias, dándole especial atención a aquellas que directamente afectaron a los niños y niñas angoleños². De aquí se desprenderán algunas de las violaciones que se cometieron de los Derechos del Niño: violación del derecho a la vida, del derecho a la alimentación y del derecho a la integridad física y una de las consecuencias directas de estas violaciones, la privación del Derecho a la Educación. Seguidamente presentaremos las propuestas de inserción y desmovilización de menores que propuso el Gobierno y finalmente trataremos de averiguar cuál es el papel de la Educación en la agenda gubernamental y la voluntad del Gobierno de cumplir con esta agenda.

El interés en centrar el análisis del conflicto armado angoleño y sus consecuencias en materia de Educación e Infancia viene dado por algunos datos actuales sobre Angola que hablan por sí

solos: el 60% de la población actual angoleña son niños y niñas menores de 18 años, todos ellos han nacido y crecido en un ambiente de violencia casi permanente, la mayoría nunca tuvieron la oportunidad de ir a la escuela y en los peores casos (no siendo estos una minoría) se vieron obligados a luchar en el frente, realizar trabajos forzados y fueron víctimas de abusos sexuales.

El futuro de Angola depende en gran parte del potencial de sus niños y niñas, de la formación que estos reciban y de las oportunidades que se les brinde. El gobierno se enfrenta a una serie de retos para reconstruir el país. Y la educación de los niños y el cuidado de la infancia es una premisa por la que se debe apostar si realmente se desea emprender el camino hacia una nueva Angola.

2. Estado de la infancia en Angola: armas de guerra en el pasado, hoy clave de futuro

Angola es uno de los peores sitios del mundo para un niño³, declara UNICEF. Casi la mitad de los niños angoleños no va a la escuela y cerca del 34% con edad inferior a los 11 años, nunca

* Silvia Crespo es Máster en Acción Internacional Humanitaria.

¹ KAPUSCINSKI, Ryszard (2000), *Ebano*, Anagrama, Barcelona. p. 160.

² Según el Art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989): «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo en virtud

de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Así los términos niño y joven o adolescente serán utilizados de manera intercambiable.

³ A lo largo de este estudio utilizaremos la palabra «niño» refiriéndonos tanto a niños como a niñas.

asistió al colegio. Estos datos son mucho más elevados en el medio rural, ascendiendo a un 42% la cifra de absentismo escolar. Muchos tienen que ayudar en la economía familiar —en la región de Luanda, por ejemplo, (ver Anexo 1) un quinto de los niños entre 5 y 14 años trabaja. Unos 42 de cada 100 niños de las clases sociales más pobres se ven obligados a trabajar como vendedores ambulantes o vigilando y limpiando coches en zonas urbanas.

Uno de cada cuatro niños muere antes de los 5 años: la tasa de mortalidad infantil angoleña es la cuarta más elevada del mundo, 150 entre 1.000 nacimientos, y la mortalidad infantil-juvenil es de 250 por cada 1.000 nacimientos⁴. Las causas principales de mortalidad son la malnutrición, la malaria, las infecciones respiratorias agudas, las enfermedades provocadas por las diarreas agudas, el sarampión y el tétano neonatal. El 45% sufre desnutrición crónica. Cerca de 4,5 millones de niños no están inscritos en los registros de nacimientos, lo que les está comportando serios problemas a la hora de inscribirse en colegios y beneficiarse de ayudas estatales. El SIDA, verdadera arma de exterminio, afecta casi al 6% de la población angoleña, siendo los jóvenes entre 15 y 35 años los más afectados, especialmente las mujeres. Según fuentes oficiales angoleñas cerca de 200.000 niños podrán quedarse huérfanos hasta el 2005, debido a la proliferación de esta enfermedad, pudiendo este número aumentar a 331.000 niños, en el 2010, si el SIDA no se consigue controlar⁵.

Angola tiene la misma cantidad de minas terrestres que de niños⁶. Estos comprenden casi la mitad de la población refugiada del país. Jamás han conocido la paz. Unos 100.000 niños fueron separados de sus familias durante la guerra⁷. Sus pers-

pectivas de futuro son, muchas veces, poco alentadoras y sin esperanza. Unos 11.000 niños participaron tanto directa como indirectamente en el conflicto armado. La guerra les causó severas repercusiones psico-sociales. Seis de cada diez niños han asistido a asesinatos y siete de cada diez han sido testigos de torturas, malos tratos e incluso se han visto forzados a participar en estas agresiones. Muchos de ellos muestran síntomas traumáticos: miedo e inseguridad, recuerdos constantes sobre la guerra, y alteraciones del sueño⁸.

Los niños soldados además están habituados a consumir drogas, más por imposición que por propia opción, ya que los estupefacientes son dosificados como raciones de combate, supuestamente para aumentar el coraje de los soldados. Es muy complicado, por no decir imposible, llevar a cabo programas de desintoxicación de estos niños, cuando apenas reciben otras necesidades básicas más urgentes. Las secuelas del consumo de drogas agravan las repercusiones psíquicas y físicas provocadas por la propia guerra.

El Informe sobre Desarrollo Humano del PNUD del 2003 contiene escasa información sobre Angola. Sí ofrece la tasa de desnutrición, del 50% entre 1998-2000, y de un 61%, entre 1990-1992. Angola además cuenta con uno de los índices de desarrollo humano más bajos del mundo, ocupando el puesto 164 entre los 175 países censados.

Estos datos deben ser enmarcados en un país que cuenta con una población estimada de 14 millones de habitantes⁹, en el 2002, con una tasa de crecimiento media anual, estimada en 3,1%, entre 1975 y 2000, y una esperanza de vida de 46 años (según la CIA, *Central Intelligence Agency*, la esperanza de vida en el 2003 es de 36,96 años), pero tan sólo de 40 años en el

⁴ La Agencia Informativa Latinoamericana Prensa Latina S.L. (www.prensalatina.com.mx) informó el 15 de junio que al menos 176 niños murieron víctimas de la malaria en los últimos tres meses en la ciudad de Lubango, provincia de Huíla, donde el número de infectados llega a los 1.453. En ese período murieron 58 menores a causa de diarreas agudas y 44 por dolencias respiratorias. También indicó que el mayor número de las muertes fueron niños de 0 a 5 años y mujeres en estado de gestación.

⁵ Noticia del 02/06/2004 por la Agencia de noticias Panapress. Sitio en internet: www.panapress.com

⁶ Datos extraídos el 12 mayo 2004 en la web: www.unicef.com.

⁷ Estos datos sólo son orientativos, unas fuentes discrepan algo de otras. Pero son útiles para hacernos una idea general sobre la situación de la infancia. Tampoco existen datos del año 2004.

⁸ La psicóloga angoleña, Margarida VENTURA, publicó, en abril del 2004, un libro de ensayo, *O stress traumático e suas sequelas nos adolescentes do Sul de Angola*. El libro de Ventura tiene como principal enfoque el estrés de la guerra y sus secuelas psicosociales en los adolescentes del sur de Angola. Palabras de la autora: «los niños angoleños fueron las víctimas más traumatizadas del conflicto: cerca de 1,5 millones de niños fueron desplazados, un 50% perdieron a uno o ambos padres, el 90% pasó hambre, el 91% vieron personas morir y un 10% participaron en los combates». Sitio en Internet: www.jornaldeangola.com (02/04/2004).

⁹ Datos del Ministerio de Planeamiento de la República de Angola. Según la CIA (<http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/ao.html>) la población estimada en julio del 2003 es de 10.766.471 habitantes.

momento del nacimiento. La tasa de fertilidad es la más elevada del mundo, 7,2 hijos por mujer.

Como ya dijimos, Angola tiene una población extremadamente joven, el 50% tiene menos de 15 años y el 40% menos de 10 años. Solamente el 2% de la población tiene 65 años o más. Este grupo generacional determina una elevada dependencia de la población activa y, a medio plazo, una oferta de mano de obra creciente.

El día 1 de junio, Día Mundial del Niño, la *Comissão Episcopal para os Meios de Comunicação Social* de Angola declararon al *Jornal Apostolado*¹⁰ su visión sobre la situación del niño en Angola. Recordaron que en las calles de cualquier ciudad angoleña se encuentran niños abandonados o bajo el control de bandas criminales¹¹, marginados, maltratados, fuera del sistema de enseñanza, dependientes a su corta edad de las drogas, al servicio de la violencia y del sexo. También llamaron la atención sobre el fenómeno de los niños acusados de brujería y por ello brutalmente golpeados, asesinados o abandonados a su suerte.

3. Contexto histórico

3.1. El conflicto armado

La firma, el 4 de abril del 2002, del Memorando de Entendimiento entre el Gobierno de Angola y la UNITA (*União Nacional para a Independência Total de Angola*) cerró décadas de combate en el país. La lucha por la Independencia de Portugal, iniciada en los años 60, hizo que tres grupos nacionalistas se enfrentasen por el control de Angola. Con la salida de Portugal en

1975, uno de estos grupos, el *Movimento Popular para a Libertação de Angola* (MPLA)¹², ocupó la capital. Los otros dos grupos (la UNITA y el FNLA, *Frente Nacional de Libertação de Angola*, dirigido por Holden Roberto) se aliaron para luchar por el gobierno del MPLA y el conflicto siguió entre el MPLA y la UNITA durante 27 años. El apoyo al MPLA venía de Cuba y la Unión Soviética, mientras que el gobierno del *apartheid* de África del Sur, los antiguos colonos portugueses y el gobierno de EUA dieron asistencia a la UNITA. Esta fue creada en el 1966 por Jonas Savimbi¹³. La UNITA fue fundada con ideología anti-criolla y anti-marxista. Era una organización tribal, mayoritariamente formada por los ovimbundu¹⁴.

Entre 1975 y 2002 fueron emprendidas varias negociaciones con el fin del cese de las hostilidades, pero resultaron infructíferas. Después de una primera tentativa, fracasada en 1989, los Acuerdos de Bicesse, firmados en mayo de 1991, trajeron la paz durante un año. En este período se realizaron elecciones generales, en las que venció el Presidente José Eduardo dos Santos, del MPLA, contra el candidato Jonas Savimbi, de la UNITA. Con el rechazo por parte de la UNITA de los resultados electorales, el país volvió a entrar en guerra en octubre del 1992. Las derrotas territoriales de la UNITA en el interior, durante 1994, llevaron a negociaciones posteriores entre los dos adversarios, que condujeron a la firma del Protocolo de Lusaka en ese mismo año.

Este protocolo, que permitió una tregua precaria durante cuatro años, se vio perjudicado por esporádicos combates y violaciones de los derechos humanos por ambas partes. Tanto el Gobierno como la UNITA continuaron preparándose para la guerra durante este período, adquiriendo armas mediante la venta de petróleo y diamantes¹⁵, respectivamente.

¹⁰ Diario *O apostolado*. Sitio en internet: www.apostolado.info (16/06/2004)

¹¹ Treinta y seis niños de la calle fueron recogidos y llevados a diferentes hogares de acogida en Luanda durante el fin de semana del 12-13 de junio 2004 dentro de la campaña de «ayuda a niños de la calle» de la organización juvenil del MPLA; según informó la agencia Angop de noticias. www.angonoticias.com (14/06/2004).

¹² Movimiento fundado en 1956 por Agostinho Neto. Está formado principalmente por la elite urbana, de ideología marxista.

¹³ Nació en 1934 en la provincia de Bié, era hijo de un empleado de ferrocarril. Estudió en Europa y recibió instrucción militar en Pekín, entre 1964-1965.

¹⁴ La población africana angoleña pertenece en su mayoría al grupo bantú y se divide en más de cien tribus, de las cuales las más importantes

son: ovimbundu, mbundu, bakongo, Luanda-quioco y nganguela. Estas cinco tribus constituyen un 80% de la población angoleña. Las demás son tribus pequeñas.

¹⁵ Los diamantes, llamados «diamantes de sangre», le han servido a la UNITA no sólo como moneda de cambio para la compra de armas, sino que además han hecho crecer las arcas personales del ya desaparecido Savimbi y las de sus amigos más cercanos, así como las del personal de las fuerzas armadas angoleñas. De hecho se dice que el poco interés del Gobierno angoleño a la hora de establecer medidas efectivas que regulen y controlen la exportación de diamantes se debe a esta razón. El MPLA por su parte ha conseguido abastecerse de armas gracias a los beneficios poco transparentes generados por el petróleo y suministradas entre otros, por Portugal y Rusia.

A pesar de que las Naciones Unidas establecieron una División de Derechos Humanos inmediatamente después del Protocolo de Lusaka, la MONUA¹⁶, la falta de transparencia y de denuncia pública de los infractores del Acuerdo perjudicó la eficacia de la división. Raramente las partes eran responsabilizadas por las violaciones de los Derechos Humanos que cometían. En 1998 se reinició la guerra declarada entre el Gobierno y la UNITA. La guerra se recrudeció violentamente y alcanzó su fase más mortífera.

El período final de la lucha, entre 1998 y 2002, se vio marcado por constantes y graves violaciones de los derechos humanos, tanto por parte del Gobierno como de la UNITA. El MPLA gobernaba las ciudades, la UNITA ejercía el control en el campo. Los combates entre el Gobierno y la UNITA provocaron el desplazamiento de civiles, en una tentativa de impedir cualquier apoyo a la oposición. Ambos grupos atacaron a la población civil, bombardeando áreas civiles y distribuyendo minas por el campo. El gobierno estima que el número de civiles desplazados se duplicó en ese período, llegando a 4 millones de personas, además de los 435.000 refugiados en los países vecinos. Durante estos últimos años de la guerra, la UNITA invadió aldeas raptando a niños y adultos forzándoles a muchos de ellos a luchar como soldados¹⁷.

El 22 de febrero del 2002 muere Jonas Savimbi. Su muerte provoca el cese inmediato de los enfrentamientos armados y la firma de la paz. Muerto el líder de los guerrilleros, acabado el conflicto. El 2 de abril del 2002 se firma el Memorando de Entendimiento. Los representantes de la UNITA fueron incorporados en el Gobierno, ocupando cargos ministeriales y diplomáticos. La Guerra no ha vuelto a abrirse, pero las condiciones de vida de los angoleños y angoleñas no han mejorado.

¹⁶ La MONUA se estableció por la resolución 1118 (1997) de 30 de junio de 1997 del Consejo de Seguridad con un mandato general para ayudar a las partes en Angola a consolidar la paz y lograr la reconciliación nacional, favorecer la generación de confianza y crear un ambiente conducente a garantizar una estabilidad duradera, un desarrollo democrático y la rehabilitación del país. Los componentes de derechos humanos de la MONUA contribuirían a fomentar los derechos humanos e impedirían la violación de los mismos en el país; ayudarían a desarrollar la capacidad

3.2. Angola hoy

Angola es sin lugar a dudas el sitio más prometedor en el mundo para la explotación de petróleo.

Unidad de Inteligencia Económica
Angola

Angola es uno de los peores lugares del mundo para un niño.

UNICEF

Angola presenta una terrible y sorprendente paradoja. Uno de los lugares con mayores recursos naturales de toda África es hoy asociado no con desarrollo y relativa prosperidad, sino con años de guerra civil, declive económico y miseria humana a gran escala. El contraste entre su potencial económico y el estado de su población es desolador.

Angola posee todas las materias primas para una economía moderna. Muchas de ellas se han empezado a extraer tan sólo en los últimos años y además a una escala relativamente pequeña. Exporta principalmente petróleo, café, diamantes y mineral de hierro. Angola es el tercer productor de petróleo de África (su región de Cabinda es conocida como el Kuwait de África), es la cuarta fuente mundial de diamantes, además tiene madera, pesca, tierra fértil y un clima generalmente favorable. Sin embargo, su infraestructura es mínima, y a penas hay producción agrícola e industria. El 85% del país está destruido, más de la mitad de la población depende de la economía informal y apenas el 30% de la población tiene agua. El 60% de las escuelas fueron destruidas durante el conflicto militar.

La población africana de Angola fue sometida durante siglos a vejaciones y exterminio. El poder colonial la mantuvo en el nivel más bajo de nutrición y cultura. Los angoleños constituyen una de las comunidades más pobres de todo el continente africano. Sólo un diez por ciento de negros vive en ciudades¹⁸. *Ango-*

de las instituciones nacionales y las organizaciones no gubernamentales en la esfera de los derechos humanos e investigarían adecuadamente las acusaciones de violación de los mismos y emprenderían las acciones pertinentes.

¹⁷ HUMAN RIGHT WATCH (2003), «Angola. O contingente esquecido. Crianzas soldados de Angola», vol. 15, No. (A), abril. Sitio en internet: www.hrw.org

¹⁸ Ver nota 14.

*la es un país de campesinos míseros y hambrientos. Gran parte de esta gente vive aún en condiciones de economía autosuficiente, que más bien es insuficiente, de una pobreza extrema*¹⁹.

Durante varios siglos, Portugal fue dirigiendo lo mejor de su capital humano hacia Brasil y lo peor hacia Angola. Angola era una colonia penitenciaria, un lugar de destierro al que se deportaba a delincuentes, a todo marginado social. En la vieja Lisboa se hablaba de Angola llamándola «o país dos degredados», de los forajidos, de la gente expulsada de la sociedad. Esta Angola que Portugal fue creando es la Angola que siempre se consideró como uno de los países más atrasados de África. Y así es como aún hoy la encontramos.

4. Violaciones de los derechos del niño

*La guerra es la más brutal violación de los derechos de los niños. No sólo amenaza el derecho a la vida, sino que además viola el derecho a la infancia, a estar con la familia, a la educación, a la salud, al desarrollo de la personalidad, a ser formado y protegido, a un nivel adecuado de vida y de protección de los abusos, la explotación, el abandono, la opresión, la discriminación, y el reclutamiento por parte de los ejércitos*²⁰.

No existen datos oficiales sobre el número de niños que combatieron con la Unita o con el Gobierno durante el conflicto armado (dado el difícil acceso a la población durante la guerra). *The Coalition to Stop the Use of Child Soldiers* estimó que en el 2002 unos 7.000 niños participaron activamente en el conflicto como soldados, durante el período 1998-2002. Pero especialistas en derechos del niño en Angola estiman que puede llegar

hasta 11.000 el número de menores que posiblemente vivieron y trabajaron en condiciones de combate.

4.1. Violaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Principio del Interés Superior del Niño, derecho a la vida, derecho a la alimentación, derecho a la integridad física: niños soldados²¹, abusos sexuales y trabajos forzados

«Los niños de la guerra son civiles o soldados, refugiados, desplazados y prisioneros de guerra. Todos los niños de la guerra tienen derechos especiales para protegerles de las atrocidades y brutalidades de la guerra. Esos derechos provienen del hecho de ser, precisamente, niños»²².

En Angola, durante el conflicto armado, miles de niños y niñas vieron como eran violados muchos de sus derechos fundamentales. La participación directa e indirecta de estos en el conflicto armado, como soldados, cocineros, cargadores, mensajeros o compañeros sexuales, es una seria y clara violación de la Convención sobre los Derechos del Niño²³. Graça Machel²⁴ escribió en el *Informe-recomendación para la protección de los niños en situación de guerra*²⁵: «La guerra viola todos los derechos del niño: el derecho a la vida, el derecho a crecer en un ambiente familiar, el derecho a la salud, el derecho a la educación, (...)».

La mayoría de los niños que participaron en el conflicto armado de forma involuntaria²⁶, no veían otra salida para la situación que estaba viviendo. Como Cohn y Goodwin-Gill afirman, las razones que mueven a los niños a participar en las guerras «descansan en las mismas raíces de los conflictos, en las condiciones sociales, económicas y políticas que definen sus vidas»²⁷.

¹⁹ KAPUSCÍNSKI, R. (2003) *Un día más con vida*, Ed. Anagrama, Barcelona, p. 168.

²⁰ SEDKY-LAVANDERO, Jéhane (1999), *Ni un solo niño en la guerra*. Icaria, Barcelona.

²¹ «Niños soldado son personas menores de 18 años enroladas en un ejército regular o en cualquier tipo de organización armada irregular, incluyendo no sólo a los que portan armas sino también a los que realizan otro tipo de funciones (intendencia, porteadores, esclavas sexuales, etc.)» PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos (dir.) (2002), *Diccionario de Acción humanitaria y cooperación al desarrollo*.

²² *Ibid.*, 19, p. 56.

²³ La Convención de los derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

²⁴ Graça Machel (Mozambique, 1945) es la fundadora y presidenta de la «Fundación por el desarrollo de la infancia» y presidenta de la Comisión de Estudio de Naciones Unidas sobre el Impacto de los Conflictos

Armados en la Infancia. Ha sido ministra de Educación de Mozambique. La señora Machel ha centrado su actividad en la protección de los niños que han sido víctimas de la guerra civil que ha azotado su país.

²⁵ MACHEL, Graça (1996), *Informe-recomendación para la protección de los niños en situación de guerra*, Tercer Comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York. Sitio en Internet: www.ibacom.es/Unicef/pguerra.html

²⁶ Hablar de participación voluntaria o forzada es difícil en un contexto de alternativas muy limitadas. La guerra en sí es muchas veces la única opción en medio de una situación de conflicto armado, de profunda crisis económica, etc. Y el tomar las armas quizás sería la única solución posible, la única opción que al niño le queda, lejos de si éstas le atraen o no.

²⁷ COHN, Ilene y GOODWIN-GILL, Guy (1997), *Los niños soldados: un estudio para el Instituto Henry Dunant*, Ginebra. Ed. Fundamentos-Cruz Roja, Madrid.

Y es obligación de los Estados, en este caso del Gobierno de Angola, asegurar que ningún niño menor de 18 años participe en los conflictos armados. Angola, como signataria de la Convención de los derechos del niño y de otros instrumentos que seguidamente serán mencionados, asumió la obligación general de cuidar, proteger, recuperar y reintegrar a los niños afectados por los conflictos armados.

La Constitución de Angola, del 11 de noviembre de 1975, prohíbe el reclutamiento de soldados menores de 18 años de edad. Angola además firmó la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, aprobada por la Organización de la Unidad Africana (OUA) en 1990, la cual prohíbe también el reclutamiento de niños y niñas menores de 18 años y junto a la Convención de los Derechos del Niño obliga a los gobiernos a tomar medidas para la protección, cuidado y recuperación de los niños víctimas de conflictos, incluso de niños soldados. El Decreto de Angola de 1996 sobre la aplicación del servicio militar establece que la edad para el reclutamiento voluntario es de 18 años para los hombres y de 20 para las mujeres.

El establecimiento de los 18 años como edad mínima de reclutamiento es reforzado por la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del niño. El artículo 22 establece que las partes interesadas deben tomar todas las medidas para garantizar que ningún niño participe en las hostilidades, además de comprometerse a no reclutar a ningún niño. Establece también que:

Los estados partícipes... tomarán todas las medidas viables para garantizar el cuidado y la protección de los niños afectados por los conflictos armados.

La protección de los niños afectados por conflicto armado es ya abordada en la Convención de los Derechos del Niño, que Angola ratificó en 1990. Aún no ha presentado los informes atrasados al Comité de los Derechos del Niño, que fue establecido para examinar el progreso y las acciones tomadas por los estados para cumplir con las obligaciones sobre la Convención.

Es importante destacar primero de todo el principio «rector-guía» de la Convención, el del Interés Superior del Niño. Este principio se considera norma fundamental de la Convención y se refiere a la plena satisfacción de los Derechos del Niño. Siem-

pre se velará por lo que más convenga al niño en cada situación, por su interés superior:

«En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño» (Artículo 3, párrafo 1).

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), cuenta con dos artículos específicos, el 38 y el 39, para situaciones de conflictos armados y concretamente los párrafos 2 y 3 del Art. 38 hacen referencia a la participación y el reclutamiento de los niños en los conflictos armados:

2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen en las hostilidades.

4. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18 años, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

Tal y como señala Gómez Isa²⁸ entre los aspectos más críticos de los párrafos 2 y 3 de este artículo 38 cabe destacar, en primer lugar, que la obligación establecida no es una obligación absoluta, sino que se sitúa en el marco de las obligaciones de comportamiento. En el artículo 38.2 además sólo se refiere a la participación directa en las hostilidades, dejando fuera las formas indirectas de participación, que suelen ser las más comunes. Pero en el punto que más presión se hizo, en las sesiones para la creación del protocolo, fue en el tema de la edad mínima de participación y reclutamiento. Se abogó por aumentar ésta de 15 a 18 años, pero no se consiguió con la Convención, hubo que esperar a la aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, del 2000, para conseguir elevar la edad mínima de participación en un conflicto armado hasta los 18 años.

El Artículo 39 de la Convención alude al derecho del niño a la recuperación y reintegración social. La obligación del Estado de tomar las medidas apropiadas para que los niños, en este

²⁸ GÓMEZ ISA, Felipe, *La participación de los niños en los conflictos armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del*

Niño. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n.º 10. Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, p. 45.

caso, víctimas de los conflictos armados reciban un tratamiento apropiado y se asegure su recuperación y reintegración social también está siendo violada en Angola, ya que los programas de desmovilización y reinserción de soldados no contemplan a los niños como grupo vulnerable específico, simplemente siguen permaneciendo invisibles ante el Estado.

De algunos testimonios de niños que lucharon con la UNITA o con las FAA se desprenden muchas de las violaciones que aquí nos interesa tratar.

«Me llevaron en 1999, cuando yo tenía 13 años. Al inicio, me utilizaron para el transporte de armas, munición y otros materiales. Más tarde me enseñaron a luchar. Aprendimos a tirar con los fusiles AK-47 y otras armas. Yo era el más joven de una tropa de cerca de 70 niños y adultos. Estábamos en la línea de frente, tuve brotes de malaria y a veces no tuve nada para comer. Sólo permanecí en la tropa porque fue allí donde me colocaron después de capturarme. No fui yo quién tomé esa decisión». Manoel P. exniño soldado de la UNITA, 3 de diciembre de 2002²⁹.

Siguiendo el orden de los Artículos de la Convención de los derechos del Niño, el primer artículo que se violó con Manoel fue el Art. 6, en el que «los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida». Es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño. Manoel se vio obligado a permanecer durante 3 años en un campamento de soldados viviendo y luchando como un soldado adulto, abandonando su hogar, su familia, su vida como niño. Este artículo englobaría todas las violaciones que los niños soldados como tal vivieron y viven aún hoy.

El Derecho a la Alimentación y a una dieta adecuada para el crecimiento y desarrollo del niño también fue un derecho violado, aunque no siempre. Muchos niños vieron en las FAA y en la UNITA una opción para conseguir comida, a su juicio «los que tienen armas comen». Los soldados muchas veces engañaban a los niños prometiéndoles comida, pero no siempre cumplían con estas promesas. Manoel comenta que no siempre tuvo acceso a la comida, en cambio Felipe, un joven de 14 años soldado de las FAA en la provincia de Zwanza Sul, declara que siempre recibió alimentación, pero no adecuada para un niño de su edad, que necesitaría una dieta variada y rica en proteínas, minerales, vitaminas, ... etc. Felipe fue reclutado por las FAA y llevado a un centro de entrenamiento militar:

«Recibí entrenamiento con otros 180 niños más. Los que recibieron entrenamiento sobre armas conmigo tenían entre 14-18 años, pero también trabajé más tarde con algún niño de 10 años. Fuimos entrenados en el uso de las armas automáticas como los fusiles AK-47 y nos enseñaron a usar granadas. Algunos jóvenes también recibieron entrenamiento sobre el uso de misiles y armas antitanques. También recibimos entrenamiento técnico sobre reparación de vehículos, mecánica y limpieza y reparación de armas. Durante la guerra trabajé principalmente como mecánico, reparando armas y asistiendo a los soldados. Nunca vi ninguna niña trabajando con las FAA, sólo niños. Fui bien tratado por los militares y recibí alimentación, generalmente arroz con frijoles»³⁰.

La separación del niño de su familia, de su hogar, viola el Art. 9.1. de la Convención:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos, excepto cuando, (...).

Marcos M. explica cómo fue secuestrado de su casa:

«yo tenía 13 años cuando los soldados aparecieron y me llevaron. Estaba solo en casa porque mis padres habían tenido que salir al centro de la ciudad y por alguna razón no estaban presentes cuando los soldados llegaron. Los hombres armados me dijeron que tenía el deber de ayudarles y entonces me dieron materiales robados para que los cargara. No tuve opción. No me trataron mal, al inicio. Más tarde, me dieron armas, munición y granadas»³¹

Ninguno de estos testimonios habla explícitamente de que no tuvieran acceso a servicios médicos, pero las condiciones sanitarias e higiénicas en los campamentos de la UNITA sobretodo y de las FAA probablemente no cumplirían con el más alto nivel posible de acceso a servicios médicos ni de salud, derecho recogido en el Artículo 24 de la Convención. Estos niños estaban realizando trabajos nocivos y peligrosos para su salud y desarrollo. El Artículo 32, párrafo 1, de la Convención alude a esto en los siguientes términos:

«Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que puede ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social».

Carlos B. y João F. recuerdan cuando trabajaban de cargador y de mensajero, con 16 y 17 años respectivamente:

«Nuestro trabajo era cargar cosas pesadas., como por ejemplo, los proyectiles, (...) era un trabajo difícil porque las cargas eran pesa-

²⁹ *Ibid.*, 17, p. 2.

³⁰ *Ibid.*, 17, p. 16.

³¹ *Ibid.*, 17, p. 16.

das. Pasábamos hambre, no teníamos ropas adecuadas y a veces las personas simplemente *desaparecían* (morían)» Carlos

«(...) Yo era el responsable de cargar el fardo de mi tío, sus materiales, arma y municiones. De noche yo entraba en el bosque en busca de comida. Esta era una actividad peligrosa, podrían aparecer de repente un grupo de combatientes de las FAA. Además de esto tenía que llevar y traer mensajes de las líneas de frente, a veces durante el propio combate. Esto era muy peligroso porque estábamos muy cerca de la línea de frente, de combate. Si no teníamos suerte podíamos ser capturados o golpeados. En otras ocasiones también nos mandaban a espiar a las tropas del Gobierno, para ver lo que hacían en sus bases». João³²

Las secuelas físicas más comunes debido a estas violaciones a la integridad física del niño son: malformaciones —por el continuado transporte de armas y otras cargas pesadas (el niño se encuentra aún en etapa de crecimiento y formación)—, deformaciones y dolores de espalda, pérdida de la visión, de audición, mutilación de alguno de sus miembros (causada por minas antipersona, en un enfrentamiento o como castigo). También padecen graves enfermedades venéreas, como consecuencia de los abusos sexuales. Las secuelas psíquicas se manifiestan de diversas formas: gritos, hiperactividad, espasmos, rabia, violencia, ansiedad, miedo, confusión, etc.

No hay que olvidar el Artículo 34 de la Convención, que a pesar de ser uno de los últimos tiene una gran importancia, referente a la explotación sexual. Muchos niños soldados, especialmente las niñas y jóvenes sufrieron todo tipo de abusos sexuales por parte de los soldados, tanto en el bando de la UNITA como de las FAA. Y por último el Artículo 19 que recoge la protección contra los malos tratos (estos dos puntos, los abusos sexuales y los malos tratos, son tratados en el punto 4.3). La mayoría de los niños reclutados por la UNITA coinciden en sus testimonios recordando la disciplina rígida de los soldados de la UNITA:

«Los que no cumplían las órdenes eran castigados y podían llegar a ser asesinados. Yo mismo fui azotado dos veces por haber desobedecido órdenes. Otros niños fueron golpeados con bastones pesados» João

«La disciplina era rígida, la persona podía ser castigada con el látigo por hacer algo equivocado. En otras ocasiones, la persona podía ser atada y no recibir ningún alimento. O podían ser enviadas a buscar alimentos a zonas minadas o a áreas donde podían encontrarse

con tropas enemigas. (...) Sufrí mucho en el bosque, yo a penas tenía 11 años cuando me cogieron» Miguel³³

4.2. Principales perpetradores de las violaciones de los Derechos del Niño: la UNITA y las FAA

4.2.1. NIÑOS Y NIÑAS EN LA UNITA

El número exacto de niños utilizados por la UNITA desde el 1998 no se conoce, pero se estima que fueron unos 6.000 los que lucharon junto a este grupo guerrillero. Bajo esta cifra sólo se contabilizarían los niños soldados que participaron directamente en las hostilidades, pero si retomamos la definición de niño soldado a la que apuntábamos en el punto 4.1 o la conocida como la definición de Ciudad del Cabo este número aumentaría considerablemente:

«cualquier persona menor de 18 años que participe de cualquier fuerza o grupo armado, regular o irregular, en cualesquiera funciones, a las que se incluyen pero no se limitan, las de cocinero, cargadores y mensajeros, o bien como las que acompañan a tales grupos, excepto si lo hicieran como familiares»³⁴.

Si encajamos esta definición al caso de Angola, otros miles de menores se añadirían a los 6.000 que ya mencionamos. Los soldados de la UNITA al pasar por ciudades y pueblos forzaban a los niños a seguirles hasta el campamento. También exigían las *sobas* en las comunidades, un sistema de impuesto, que los líderes comunitarios estaban obligados a pagar y consistía en ofrecer niños u otros miembros de la comunidad a la UNITA. A pesar de que algunos niños trabajaron de forma voluntaria para ellos, la mayoría fueron raptados mientras caminaban hacia la escuela, mercados o de vuelta a casa. Estos eran los soldados «aprendices» o «auxiliares», que al principio realizaban trabajos secundarios, pero que más tarde recibían armas y entrenamiento, convirtiéndose así en combatientes.

Los chicos eran capturados, principalmente, para luchar. Pero realizaban otras tareas, que les eran asignadas dependiendo de su tamaño: los más pequeños cocinaban, hacían los trabajos domésticos, recogían alimentos, realizaban misiones de mensajeros, mientras que los mayores cargaban armas y participaban directamente en los combates.

³² *Ibid.*, 17, p. 16.

³³ *Ibid.*, 17, pp. 10 y 14.

³⁴ *Ibid.*, 17, p. 9.

Muchas chicas menores de 18 años también sirvieron con la UNITA. Algunas fueron raptadas individualmente, otras fueron agrupadas y llevadas a los campamentos de los guerrilleros, a veces junto con otros familiares, cuando las tropas pasaban por las aldeas. Las chicas se las utilizaba principalmente como cocineras, amas de casa, trabajadoras del campo, como esclavas sexuales, «esposas» de los soldados y como bailarinas para entretener a las tropas. Incluso eran trasladadas a otras bases para enseñar a otras chicas a bailar y cantar. En estos desplazamientos también eran obligadas a cargar equipajes pesados. Cuando se realizaban ataques y las tropas de la UNITA resultaban victoriosas las chicas tenían que bailar y gritar para ofrecer y proclamar la victoria. Estas danzas eran el preludio a las relaciones sexuales con los soldados. Las niñas se veían forzadas a bailar, así como a responder a demandas sexuales y mantener al hombre en un alto estado de excitación veinticuatro horas al día. Si éstas caían rendidas se les arrojaba agua fría para que no se durmieran:

«Las niñas cantaban hasta la media noche. Bailando cada día, no se podían dormir: ... aunque estuvieras cansada, si intentabas sentarte, ellos te levantaban o te lanzaban agua encima»³⁵.

Después de estas conmemoraciones solían ser sexualmente agredidas u ofrecidas a varios comandantes como trofeos por sus hazañas de valentía. Cada comandante de la UNITA tenía una chica asignada y ésta no sólo realizaba lo anteriormente descrito sino que también acompañaba al comandante a línea de frente, transportando materiales y auxiliándolo. Si las chicas intentaban huir el castigo podía llegar a ser la muerte y sus quejas eran contestadas con palizas. Estos testimonios de niñas angoleñas también cuentan como existía toda una jerarquía entre los soldados a la hora de escoger a quién querían para bailar y con quién querían tener relaciones sexuales. Así, tal como las niñas entrevistadas contaban:

«las mujeres de 30 bailaban con los de 70/80, las de 20/25 con aquellos que a los que se les iba poniendo el pelo blanco; las de 17/18 con los más viejos; (...); los chicos más jóvenes con las chicas más jóvenes»³⁶.

Tanto niños como niñas hablaban de los severos castigos aplicados en caso de desobediencia a las reglas. Los soldados azotaban a los menores por no cumplir órdenes y les obligaban

a llevar cargas pesadas o a recoger leña y alimentos en áreas dominadas por las FAA.

Muchas de las niñas soldados acababan quedando embarazadas y casándose con estos hombres. Una especialista en derechos de los niños que trabaja en Luanda estimó que el número de jóvenes, menores de edad, casadas con soldados de la UNITA está entre 5.000 y 8.000. Debido al difícil acceso a estas chicas no se sabe con seguridad cuántas aún estarían vivas y serían menores de edad y cuántas desearían huir de su actual situación. La dificultad de aproximarse a estas jóvenes en los campamentos debido a los controles ejercidos por los altos cargos guerrilleros impide el acceso a estas chicas, además es difícil identificarlas como un grupo separado dentro del campamento. Viven con sus familias u otras y cuidan de los niños y de otros miembros de la familia. Pueden ser visitadas de vez en cuando por sus maridos y no se identifican como madres solteras.

No todas estas jóvenes desean separarse de sus maridos o compañeros, a pesar de haber sufrido abusos sexuales durante la relación. Existen muy pocas opciones para ellas, y muchas podrán ver esta condición de mujer casada y madre, preferible a vivir como madre soltera, debido al estigma social que acompaña a ésta última. Una mujer que vive sola también puede ser vista como una amenaza por otras mujeres que viven cerca, que la pueden considerar una tentación para sus maridos. La chica podrá ver entonces a su marido como una carga económica pero también como una ventaja social.

4.2.2. NIÑOS EN LAS FUERZAS ARMADAS GUBERNAMENTALES

Las FAA también utilizaron niños en el combate, pero en menor medida que la UNITA. Se estima que unos 3.000 niños menores de 18 años podían haber servido con las FAA durante los últimos años del combate. El reclutamiento por parte del gobierno solía darse en los barrios más pobres, en los lugares más periféricos de las zonas urbanas. Los menores secuestrados eran generalmente liberados cuando eran demasiado jóvenes o cuando podían pagar para conseguir su libertad.

Un problema con el que se encontraban estos menores secuestrados era la imposibilidad, muchas veces, de probar su ver-

³⁵ Yvonne E. KEAIRNS, PhD (2002), *The Voices of Girl Child Soldiers*, p. 15
Sitio en Internet: <http://www.geneva.quino.info/pdf/QUNO%20Child%20soldiers%20report.pdf>

³⁶ *Ibid.*, 35, p. 15.

dadera edad, por falta de identificación adecuada. Y aunque la legislación nacional prohíbe este tipo de reclutamiento, el personal militar liberaba sólo a los más pequeños, los que parecían aptos y fuertes eran reclutados. La falta de personal en las FAA en los últimos años de la guerra llevó al gobierno a reclutar a cualquier persona. La mayoría de los niños de las FAA tenían entre 15 y 17 años y eran entrenados durante la guerra en mecánica, operaciones de radio, trabajos de reparación y también en el manejo de las armas.

Los niños que combatieron con las FAA recibieron aún menos atenciones que los que combatieron con la UNITA, en parte debido a ser un número más reducido. A pesar de que las niñas también fueron víctimas de abusos sexuales por parte de los soldados de las FAA y forzadas a prestarles servicios ocasionales, no se tiene información documentada del uso de niños del sexo femenino como soldados de las FAA.

4.3. *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (2000)*

El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño, del 2000, fue creado con el objetivo de elevar la edad mínima de participación en un conflicto armado hasta los 18 años, evitando así que menores de esa edad pudieran verse involucrados en las hostilidades. (El argumento sobre el que descansa este intento de elevar la edad mínima de participación es el principio del Interés superior del niño).

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en las hostilidades». (Art. 1 del Protocolo).

Se elevó así la edad mínima de participación de los 15 a los 18 años. Pero el carácter del artículo sigue siendo no absoluto, sólo se pide a los estados que adopten todas las medidas posibles, no se les prohíbe que no recluten a los menores de 18 años. También se sigue hablando de la participación directa y no de todo tipo de participación como la mayoría de defensores de este protocolo apoyaba. Como Gómez Isa apunta, «por experiencia práctica sabían que era muy difícil separar estas dos for-

mas de participación. Además, lo que inicialmente podría exigir una participación sólo indirecta, más tarde podía convertirse, intencionalmente o por necesidad, en participación directa»³⁷. En el texto final del Protocolo no se recoge la prohibición de las participaciones indirectas.

Importante y altamente criticado es el Artículo 4 de este Protocolo:

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas.

Con este artículo se establece un régimen mucho más severo para los grupos armados no gubernamentales, tanto en cuestión de participación como de reclutamiento, que el relativo a las fuerzas armadas estatales. La prohibición de reclutar y utilizar menores de 18 años, incluyendo todo tipo de participación es absoluta; mientras que a las FAA se les permite por ejemplo reclutar de forma voluntaria a menores de 18 años.

4.4. *Privación del Derecho a la Educación: una de las consecuencias directas de las violaciones de los derechos del niño*

En las guerras contemporáneas la población civil se ha convertido en grupo blanco y en arma de guerra. Los sistemas educativos, sanitarios y productivos son los principales objetivos de destrucción para contribuir al debilitamiento que el país ya viene sufriendo. La capacidad de gobernar se pierde en medio del caos y el desorden. Angola vivió este debilitamiento y abandono a cambio de su Independencia.

La destrucción del sistema educativo angoleño fue una estrategia de guerra para atemorizar a la población y destruir así una de sus estructuras civiles más fuertes e importantes del país. Los profesores fueron también objetivo de guerra, ya que eran miembros importantes de las comunidades y muchas veces entes políticos. Además, el destruir las infraestructuras educativas implica-

³⁷ *Ibid.*, 28, p. 61.

ba un retroceso del desarrollo del país, la población permanecía así vulnerable hasta que consiguiera recuperarse, y es esto exactamente lo que ocurre hoy en Angola. Muchas veces el sistema educativo simplemente se paralizaba por falta de recursos públicos, que podían verse reducidos, en época de conflictos armados, a nada. En 1996 el porcentaje del gasto público dirigido a la educación era del 4,4%, mientras que la inversión en defensa y orden público era del 33,5%. Esta cifra aumentó ligeramente en los años 1997 y 1998, hasta llegar a un 6,2%. En 1999 la educación tan sólo recibía un 4,8% del total del gasto público a la vez que lo destinado a defensa aumentaba hasta llegar a un 41% del total³⁸. En el punto 6 de este estudio se analiza más detalladamente la situación actual de la educación y las propuestas e intervenciones del gobierno para su mejora.

Angola reconoció el Derecho de todo niño a recibir los más altos niveles de educación y salud, ratificando la Convención sobre los Derechos del Niño y firmando la Carta Africana sobre los Derechos y el Bien Estar del Niño. El artículo 28 de la Convención enfatiza el Derecho del Niño a la Educación y la obligación del Estado de asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. El artículo 29 establece los objetivos de esta educación, que debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcando el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollando el respeto de los valores culturales y nacionales propios y de las civilizaciones distintas a la suya.

La educación es particularmente importante en época de conflicto armado porque representa un estado de normalidad para el niño, en medio del caos de la guerra. El niño tiene la oportunidad de continuar con su vida más o menos normal asistiendo a la escuela, jugando con sus amigos y manteniendo contacto con sus profesores. Estos además pueden ayudar a los niños a desarrollar otras capacidades que estén necesitando para afrontar nuevas experiencias, pueden hacerles un seguimiento de salud, etc. Los profesores y las escuelas se convierten, en

época de hostilidades, en pilares importantes para las comunidades y especialmente para el niño.

Un denominador común de niños y niñas soldados una vez fuera de los campamentos, y hablando de sus esperanzas en cuanto al futuro, era el deseo de retomar sus estudios. Querían recibir clases, regresar a la escuela, recuperar el tiempo perdido, para así poder convertirse en profesores, enfermeras, médicos.

5. Los niños soldados después del conflicto

*Los chavales menores de edad también eran soldados, pero no están en las listas de desmovilización. Fueron reclutados y sirvieron para la UNITA, pero no recibieron ningún beneficio del Estado (...)*³⁹

5.1. Propuestas del Gobierno para la Prevención, Desmovilización y Reintegración de los niños soldados: deficiencias de su aplicación e incidencias en la Agenda Gubernamental de Angola

El Protocolo de Lusaka del 1994 dio el primer paso para que por primera vez los niños soldados fueran incluidos específicamente en programas de desmovilización y reintegración. Dio pie a que las necesidades y los derechos de estos niños fueran una prioridad en el programa de paz. En el 1994 aproximadamente unos 9.100 adolescentes combatientes chicos, tanto de la UNITA como de las FAA, fueron inscritos en un programa de desmovilización. A pesar del éxito parcial de este programa y de que no incluyó a excombatientes del sexo femenino, es un contraste evidente a la falta de asistencia formal actual, hacia los jóvenes que sirvieron en los últimos años de la guerra⁴⁰. A finales de 1997 el total de menores desmovilizados era de unos 5.200 niños (ver anexo 3).

El Programa formal de desmovilización propuesto por el gobierno en el 2002 para los excombatientes adultos (18 años o

tuvieron un papel indiscutible. (...) Angola oferece um exemplo positivo de como o movimento de defesa pode incluir a questão das crianças-soldados nos planos de desmobilização. Apesar das crianças-soldados de Angola terem sido excluídas do acordo de paz [Lusaka, 1994], a primeira resolução da Comissão de Desmobilização deu prioridade às crianças-soldados e adotou procedimentos com vistas à sua desmobilização e reintegração (...). *Ibid.*, 17, p. 18.

³⁸ HODGES, Tony (2001), *Angola. From Afro-Stalinism to Petro-Diamond Capitalism*. African Issues Series, Indiana University Press, Bloomington.

³⁹ *Ibid.*, 17, p. 16.

⁴⁰ «En el proceso de desmovilización, surgido con la firma del Protocolo de Lusaka de 1994, los movimientos nacionales que luchaban por el reconocimiento de la necesidad de ofrecer asistencia a los niños soldados

más) de la UNITA consistía en la entrega de documentos de desmovilización y de identificación, con foto, una paga de cinco meses de salario base, en relación a la posición o graduación militar, y un subsidio de alimentos. También se les entregaría, en cuanto llegaran a sus comunidades de origen, un subsidio de transporte y materiales para reinstalarse. Los combatientes jóvenes, tanto chicos como chicas de 17 años o menos, no fueron incluidos en el programa de desmovilización y tan sólo recibieron documentos de identificación y la ayuda alimentaria distribuida por la comunidad internacional a las unidades familiares de los combatientes. Algunas familias recogieron niños huérfanos o no-acompañados (aparentemente por caridad o solidaridad) pero en muchos casos era para beneficiarse de estas ayudas y así recibir más alimentos. Al niño «recogido» no se le repartía la misma porción que a los miembros de la familia, no eran considerados como un miembro más de la familia, eran utilizados por éstas sólo para conseguir más recursos.

El programa de desmovilización discrimina a los niños y adolescentes, muchos de los cuales realizaron los mismos trabajos que los adultos durante el conflicto. La falta de asistencia directa a los menores excombatientes y el fracaso de su inclusión en los programas de desmovilización actuales perjudican los derechos de los jóvenes de ambos sexos que sirvieron durante la guerra.

La mayoría de niños que combatieron con la UNITA (en el último período de la guerra 1998-2002) vivían en áreas familiares anexas a las áreas de alojamiento temporal de ex-soldados. Algunos menores soldados, con el fin de la guerra, regresaron a sus regiones de origen espontáneamente, dado el ambiente de confusión y de movimientos de población existentes, o fueron enviados a campamentos de civiles desplazados, evitando así permanecer al lado de los guerrilleros. Estas áreas de alojamiento eran temporales y servían para registrar e identificar a los soldados de la UNITA, desmovilizarlos y llevarlos a centros de transferencia, esperando un lugar de destino, y finalmente a sus provincias de origen o a áreas de reasentamiento.

Durante el año 2002 y hasta abril del 2003 algunos de estos niños permanecieron aún en las áreas familiares, otros fueron

llevados a centros de transferencia donde esperaban su reasentamiento y algunos otros volvieron ya a sus comunidades. El Gobierno estableció ya varias veces diferentes plazos para cerrar estos campamentos, comprometiéndose así a reasentar a todos estos niños, y por fin en abril del 2003 anunció que ya habían sido cerrados oficialmente la mayoría de ellos. Pero en muchos de estos campamentos, después de estas declaraciones del gobierno, seguía habiendo excombatientes viviendo.

El programa de desmovilización propuesto por el Gobierno después del memorando de Entendimiento del 2002 exigía que los soldados de la UNITA fuesen primero de todo incorporados al ejército nacional. Este proceso comenzó en septiembre del 2002 y desde entonces los beneficiarios empezaron a recibir los subsidios que ya hemos comentado. Con este programa los soldados menores de 18 años que sirvieron para la UNITA no pudieron ser incluidos en las FAA⁴¹ y por tanto no fueron desmovilizados por el Gobierno.

Este programa fue creado así para que el Gobierno pudiera ahorrarse los subsidios de más de 7.000 excombatientes y a la vez evitar atraer la atención sobre el tema potencialmente escandaloso del uso generalizado de niños soldados, particularmente por las FAA. Ninguna autoridad del Gobierno niega que se hayan utilizado niños soldados durante la guerra, pero sí afirman que los menores no se incluyeron en los programas existentes. Durante las negociaciones entre el Gobierno y la UNITA no se discutió sobre la desmovilización de los niños, y esto podría interpretarse de dos maneras: que la UNITA no ejerció presión al Gobierno o que éste no estaba dispuesto a ofrecer ninguna solución concreta.

A pesar de que el Gobierno, las agencias de la ONU y las ONG han conseguido algunos progresos desde el 2002 en relación al tema de la protección de los niños soldados⁴², éstos aún no han adquirido la prioridad que tuvieron con el Protocolo de Lusaka. Hasta que no se les considere como grupo vulnerable específico para la rehabilitación no podrán recibir la atención que necesitan.

⁴¹ La legislación nacional de Angola sobre el reclutamiento de niños atiende a las leyes y tratados internacionales. Sólo personas mayores de 18 años pueden presentarse como voluntarios para servir en las FAA. Al cumplir los 18 años están obligados a inscribirse en el servicio militar y a los 20 años pueden ser llamados si existiese la necesidad.

⁴² El 15 de enero del 2003, se publicaba una noticia en *Irinnews* en la que el Gobierno declaraba que había suspendido el reclutamiento para sus FAA durante el 2003. Pero las ONG exigían además que las autoridades debían eximir a los niños exsoldados de la obligación del servicio militar. www.irinnews.org, 5 abril 2004.

El 11 del junio de 2004 fue presentado el nuevo Programa de Desarrollo y Reintegración de los 138 mil exmilitares (105 mil de la UNITA y 33 mil de las FAA), que recibirá 260 millones de dólares para los próximos 3 años, de los cuales 157 millones saldrán del gobierno angoleño, 33 millones del Banco Mundial y los 70 restantes de otros donantes internacionales. El programa, que se ejecutará en dos etapas (una primera de desmovilización y la segunda de reintegración), tiene como principios asegurar la igualdad de derechos, oportunidades y asistencia al grupo beneficiario y a sus familiares de las comunidades de destino⁴³.

El problema que presenta este proyecto es que no especifica cuál es el grupo albo y cuáles son las comunidades beneficiarias. Al Gobierno angoleño le ha interesado más presentar, en titulares de todos los diarios angoleños, la cifra de 260 millones de dólares que especificar los beneficiarios y los plazos que deberá cumplir el programa para que sea exitoso. Quizás la respuesta a esto sea que no existe un nuevo plan de desmovilización, que considere los errores anteriormente cometidos, o simplemente que no hay voluntad política de llevar a cabo la desmovilización y reintegración.

5.2. Actores de la desmovilización: Iglesia (catequistas), líderes comunitarios, Agencias internacionales, ONG

Los principales actores de la desmovilización de los niños soldados en Angola no están siendo los órganos del gobierno, a pesar de ser obligación del Estado asegurar la desmovilización y reintegración de éstos. El papel más importante lo están protagonizando la Iglesia, concretamente los *catequistas*, los líderes comunitarios, las agencias internacionales como UNICEF y ONG como *Christian Children's Fund*.

En Angola, recuperar la armonía espiritual mediante curaciones tradicionales es un paso esencial para ayudar a los niños soldados a desmovilizarse y reintegrarse en sus comunidades. En muchas culturas bantúes⁴⁴ la gente creía que cuando uno mataba, uno era capturado por el espíritu del asesinado. Los niños soldados que en alguna ocasión habían cometido asesinatos, los

espiritualmente contaminados, ponían en peligro a toda la comunidad si antes de reintegrarse no habían sido purificados.

En estas comunidades, el líder comunitario es el encargado de acompañar a estos niños en la purificación de su cuerpo y alma. Primero, el líder vive con el niño durante un mes, preparándole una dieta especial de purgación. Durante este mes, además el líder instruye al niño en el comportamiento adecuado que debe llevar y sobre lo que el poblado espera de él. A final de mes el líder llama a la comunidad a un ritual. Como parte de la ceremonia, el líder entierra algunas armas usadas, un machete o una AK-47, y anuncia que la vida del niño como soldado ha finalizado ese mismo día y empieza así su vida como ciudadano.

Este tipo de ceremonias de purificación ayudan sobretudo a disminuir el estrés y el miedo que suelen sufrir los niños soldados al regresar a sus comunidades y ayudan positivamente a que ésta acepte el retorno del niño. En Angola se ha trabajado con programas de formación para adultos de algunas comunidades que eran capacitados para ayudar a los niños soldados a afrontar el retorno a la comunidad, con una mezcla de métodos tradicionales y otros occidentales.

Los *Catequistas*, trabajadores sociales de la iglesia, juegan un rol importante en este proceso de purificación de los niños soldados. Estos reciben ésta formación por parte de agencias internacionales u ONG que trabajan en Angola como UNICEF o *Christian Children's Fund*, para ayudar a padres, profesores y líderes de la comunidad a que comprendan y manejen los diferentes problemas que los niños soldados enfrentan al retornar a la comunidad. También ayudan a preparar las ceremonias tradicionales y otras actividades.

Las catequistas, son en su mayoría hombres, ya que la mayor parte de los jóvenes trabajadores sociales de la Iglesia son varones y tan sólo los que trabajan con los grupos de niños más pequeños son mujeres. Este hecho se ha valorado positivamente ya que los catequistas chicos suponían una figura modelo masculina y una autoridad para los menores desmovilizados, pero a la vez se ha comprobado que el trabajar con grupos de catequistas mujeres ha ayudado a que algunos desmovilizados se casaran y tuvieran niños.

⁴³ Angonoticias, 11 de junio 2004. Sitio en Internet: www.angonoticias.com

⁴⁴ Bantú, según el Diccionario de la Real Academia española: *Se dice de un grupo de lenguas afines habladas en África ecuatorial y meridional por pueblos de caracteres étnicos diversos.*

Los roles principales de los catequistas en el proceso de desmovilización y de reintegración de los niños y jóvenes soldados que regresan a sus comunidades son:

- Hacer un seguimiento de los niños ofrecidos como *sobas*, buscar alternativas y ayudas para aquellos que no han podido ser reunificados con sus familias.
- Ofrecer apoyo a las familias con necesidades.
- Ayudar a superar problemas psicológicos, incluyendo las ya mencionadas ceremonias con los líderes tradicionales.
- Animar a la comunidad y a la Iglesia a celebrar «ceremonias de bienvenida» y concienciar sobre los derechos y las necesidades de los niños desmovilizados.
- Ayudar en las colectas benéficas.
- Trabajar en red con personas relevantes de la comunidad, para propiciar acceso a la educación y al trabajo.
- Y servir como enlaces con el Gobierno y las Agencias internacionales implementando proyectos para dichos jóvenes.

6. Incidencias de la educación en la agenda gubernamental

«O investimento no ensino é prioritário, se quisermos na verdade erradicar a pobreza em Angola e contribuir para o desenvolvimento nós temos de apostar devidamente no ensino, na educação, de uma forma clara e com objectivos bem definidos». Dom Damião Franklin, Reitor da Universidade Católica.

El Gobierno de Angola, tras la Independencia de Portugal, definió como una de sus principales prioridades el derecho de todo niño a la educación y la reducción del analfabetismo, estimado en un 85% de la población en 1978. Adoptó también una nueva Política Educativa, en este año, con el resultado del aumento significativo de los niños escolarizados, 1.8 millones en 1980, significando esto un aumento anual del 10%. Pero este aumento no significó una mejora del sistema educativo tal y como señaló ya en los años 90 la viceministra de educación:

«The education explosion, in terms of hugely increased numbers at all levels of regular education, was not matched by expansion of

*the educational infrastructure, nor by improvements in teacher training. The result was a sharp decline in quality»*⁴⁵.

En la década de los 80 la enseñanza en general se enfrentó a una serie de dificultades originadas fundamentalmente por la inestabilidad político-militar y la recesión económica. Centenares de infraestructuras escolares fueron destruidas o abandonadas en las zonas rurales. La población empezó a abandonar el campo y se vivieron importantes éxodos hacia las ciudades, lo que supuso un colapso de niños en los colegios urbanos.

Para afrontar esta situación el Ministro de Educación de la época introdujo un triple sistema de turnos, mediante el cual cada clase era utilizada por 3 grupos diferentes de estudiantes cada día. Con este sistema los tres niveles de la enseñanza básica⁴⁶ disminuyeron radicalmente: de 1,52 millones en 1980 a 1,03 en 1995-96. La población fue creciendo mientras que las oportunidades de acceso escolar cada vez eran menores, así se produjo un aumento del absentismo escolar que llega hasta el día de hoy.

Es cuestionable cuántos estudiantes en Angola realmente aprenden. La calidad es tan importante como las oportunidades de acceso. Dado que el cuerpo docente cualificado empezó a abandonar el sector de la educación, buscando mejores condiciones salariales y sociales, la calidad en el sector educativo disminuyó radicalmente, paralelamente a las oportunidades de acceso. El número de profesores se redujo desde principios de los años 80, que contaba con 43.899 docentes, y 38.896 en 1994-95. La viceministra de educación también se refirió a estos datos declarando:

*«It would be no exaggeration to say that if present trends continue, Angolan youth will be condemned to illiteracy, with all the implications this will have for the nation's future»*⁴⁷.

La guerra postelectoral de 1992 vio agravar aún más esta situación, con la destrucción masiva de las infraestructuras, los desplazamientos de grandes masas de población en busca de seguridad o el aumento de la pobreza, además de todas las

añadirán 2 cursos y pasará a constar de 6 cursos). El segundo nivel (*ensino secundário*) está formado por 2 ciclos, el primer ciclo va de la 7.ª clase a la 9.ª y el segundo ciclo empieza en la 10.ª hasta la 14.ª clase.

⁴⁷ *Ibid.*, 38, p. 36.

⁴⁵ *Ibid.*, 38, p. 34.

⁴⁶ El sistema educativo básico angoleño se divide en tres niveles. El primero es la primaria (*Ensino primário*) que va de la 1.ª (el niño empieza la escuela con 6 años) a la 4.ª clase (con la nueva reforma educativa se

consecuencias psicológicas y traumáticas que envolvieron el conflicto. Las consecuencias de esta situación son sentidas aún hoy:

- Insuficiencia en la red escolar para las necesidades educativas fundamentales.
- Clases con una elevada concentración de niños en los colegios de los centros urbanos.
- Escasez de material didáctico y pedagógico.
- Baja calidad de los docentes en todos los niveles y modalidades de la enseñanza.
- Número insuficiente de docentes, particularmente en el medio rural.
- Elevados índices de pobreza con todas las consecuencias sociales y obviamente académicas.
- Aumento de los índices de analfabetismo, particularmente de las mujeres.
- Débil fluidez del sistema, consubstanciado en elevadas tasas de deserción escolar, repetición y reprobación.

Los mayores problemas que enfrenta la Educación actualmente son el acceso y la calidad educativa. De los alumnos que empiezan la primaria, apenas un 40% finaliza la 4.^a clase. La capacidad de absorción de los alumnos en el sistema es manifiestamente insuficiente. De clase a clase el número de alumnos baja abruptamente. La situación es aún más grave cuando se transita de un nivel a otro: estadísticas escolares del 2000/01 muestran que 1.159.746 (81%) de los alumnos de la enseñanza general están inscritos en el primer nivel; 152.929 (13%) en el segundo nivel y 75.335 (6%) en el tercero, lo que es bien revelador de la distorsión del sistema en términos de capacidad de absorción de alumnos.

Las tasas de promoción raramente ultrapasan el 50%. Las asimetrías regionales son evidentes: una fuerte concentración de alumnos en las provincias del Litoral —Luanda, Benguela y Huíla— encuadran cerca del 51% de la población escolar. Y por sexo se verifica que de cada 100 alumnos, 54 son niños y 46 niñas. Estos datos muestran que las niñas están en desventaja de los niños, con mayor incidencia en las provincias del interior y particularmente en las zonas rurales.

6.1. *Forum Mundial de Educación: Marco de Acción de Dakar 2000*

El Forum Mundial de Educación, reunido en Dakar los días 26-28 de abril del 2000 tenía como propósito presentar los resultados globales de la evaluación de la década de «Educación para Todos» —lanzada en Jomtien, Tailandia, en marzo de 1990⁴⁸— y aprobar un nuevo Marco de Acción, fundamentalmente para continuar con este reto.

El Marco es un compromiso colectivo para la acción, organizado por la UNESCO, y con el objetivo principal de reafirmar la visión y las metas acordadas en Jomtien en 1990, pero con el nuevo plazo de otros 15 años más, hasta el 2015, ya que no se alcanzaron las seis metas que se fijaron en Jomtien para el año 2000. Los gobiernos miembros de la UNESCO (Angola entre ellos) se comprometieron fundamentalmente a hacer todo lo posible para que todos los niños del mundo puedan beneficiarse de una educación básica hasta el 2015.

Los objetivos principales del Forum de Dakar son:

- desarrollar la protección y la educación para la infancia
- garantizar el acceso al sistema educativo básico gratuito, obligatorio y de calidad a todos los niños
- asegurar este acceso a la educación básica para el 2015
- mejorar los niveles de alfabetización de adultos
- eliminar las desigualdades de género
- y mejorar la calidad global de la educación.

Los países se comprometieron a elaborar, o reforzar, para el 2002, los Planes Nacionales de Educación Para Todos en torno a las seis metas acordadas. Y se insistió en la necesidad de crear mecanismos y procesos participativos en el interior de cada país para la definición, ejecución y seguimiento de dichos planes.

6.2. *«Plan Nacional de Educación para Todos» ¿Se aplica uniformemente a todo el territorio?*

El Plan Nacional de Educación para Todos fue inaugurado en Angola el 11 de junio del 2004 (con dos años de retraso debido

⁴⁸ El Anexo 3 es un cuadro comparativo de las metas de Jomtien y de Dakar.

al conflicto armado) por el presidente de la UNESCO, Koichiro Matsuura. Este Plan de Acción Nacional de Educación para Todos, PAN/EPT, del Gobierno angoleño es un documento donde el gobierno asume el compromiso de garantizar a todos los niños angoleños el acceso al sistema de enseñanza primaria de calidad y gratuito para el 2015, siguiendo los compromisos de Dakar.

Según Burity da Silva, Ministro de Educación del Gobierno de Angola, el plan prevé una inversión global de 4.7 millones de dólares para la próxima década, el 10% de esta cantidad será destinado a la construcción y al equipamiento de escuelas de todo el país y las 16.528 aulas existentes deberán pasar a ser cerca de 47.000 en el 2015. Las principales metas son asegurar el acceso de todos los niños a la enseñanza primaria, alcanzar la igualdad entre sexos en la educación y duplicar el número de adultos alfabetizados. El Plan también contempla el sistema de enseñanza preescolar, apuntando como objetivo aumentar la tasa de cobertura de los actuales 21% en 50% en el 2010, de manera que en el 2015 se alcance el 90%.

Este Plan surge en un momento en el que el país pasa por una etapa de transición entre el sistema en vigor desde el 1978 y el nuevo sistema de educación que deberá estar totalmente generalizado en el 2011. La principal diferencia en la escuela primaria es el aumento de los actuales 4 para 6 años de escolaridad, que es obligatorio para todos los niños y unificado en todo el territorio nacional.

Junto al PAN/EPT, el Gobierno está realizando otras propuestas de inversión en la educación, como son las surgidas del *Fórum Nacional sobre Cuidados e Desenvolvimento da Primeira Infância*, realizado en Luanda los días 13-16 de junio del 2004. El Ministerio de Asistencia y Reinserción Social (MINARS) es el promotor del Fórum en coordinación con UNICEF y lo inauguraron bajo el lema «*Tudo se decide antes dos cinco anos de idade*», teniendo en cuenta que la mayor parte del desarrollo del cerebro ocurre hasta antes de los 5 años, influenciando así la vida futura del niño. Se pretendía llamar la atención a los órganos de decisión política y a toda la sociedad sobre las necesidades específicas de los niños de 0 a 5 años de edad.

Con la clausura del Fórum, el 16 de junio, el Gobierno angoleño asumió junto a agencias internacionales, asociaciones locales y la sociedad angoleña, 10 compromisos dirigidos a cuidar y asegurar las necesidades y derechos de los niños en la primera infancia. La salud, la educación, la seguridad alimentaria y la reforma de las leyes para la protección del niño figuran como la base de estos compromisos, fundamentales para la garantía de su crecimiento y desarrollo saludable.

Los compromisos con la educación aluden a la necesidad de «extender y mejorar en todos los aspectos la educación preescolar, para garantizar que en el 2008 sean atendidos a nivel nacional, como mínimo, el 30% de los niños.»⁴⁹ Las acciones previstas van desde la ampliación de los programas infantiles comunitarios, programas de educación comunitaria, centros infantiles y guarderías a la movilización de las familias, autoridades locales y sociedad con el fin de asegurar el desarrollo físico, cognitivo y emocional del niño. Estas acciones pasan también por el aumento de las clases de iniciación para atender al 30% de los niños de 5 años hasta el 2008, mejorando la calidad de la educación y la extensión de los programas destinados a la educación de las madres jóvenes.

Estos compromisos del Gobierno para con la Educación, tal y como el propio Ministro de Educación, Burity da Silva, declaró necesitarán tiempo y no serán implantados uniformemente a todo el territorio: «la dimensión del territorio, la movilidad demográfica, la especificidad socio-cultural y la complejidad de la situación socio-económica conducirán a ritmos de progresos no homogéneos en todas las regiones (...) la implementación integral del PAN/EPT es realizable aunque pueda llevar algún tiempo»⁵⁰. El Gobierno no ha concretado plazos más específicos que el año 2015 para cumplir con el Plan de Educación para Todos. Y la realidad aún está muy lejos de los objetivos, ya que los últimos datos disponibles, referentes al 2001, indican que cerca del 30% de los niños en edad escolar están fuera del sistema de enseñanza. Y con demasiada frecuencia se publican noticias referentes a la precariedad actual de la Educación en Angola.

En el municipio de Chinguar por ejemplo, a 75 km. al oeste de Kuito, en Bié, se necesitan 200 profesores para cubrir las ne-

⁴⁹ Noticia del 17/06/2004 del Diario *O Apostolado*. Sitio en Internet: www.oapostolado.info

⁵⁰ Noticia del 24/04/2004 de la Agencia Angola Press. Sitio en Internet: www.angolapress-angop.ao

cesidades educativas. Estos docentes son necesarios urgentemente para reducir el alto índice de analfabetismo de la población. Debido a esta situación los cerca de 541 profesores existentes en esta localidad son obligados, cada uno de ellos, a dar clases a grupos de 100 alumnos. Durante este año lectivo, 2004-2005, fueron matriculados más de 28.756 alumnos del primer nivel al nivel medio en las 98 escuelas que existen en Chinguar. Pero ésta no es la única dificultad que encuentran estos centros de enseñanza, también enfrentan diversas dificultades de aprendizaje debido a la falta de pupitres, pizarras y tizas entre otros materiales. Otros municipios del interior del país también necesitan profesores para los más pequeños⁵¹.

En el municipio de Soyo, en la provincia de Zaire, cerca de mil alumnos del nivel medio, están fuera del sistema educativo por insuficiencia de salas. Según el director de la Escuela, el municipio de Soyo tiene 1.890 alumnos matriculados en este nivel medio y cuenta con 70 profesores⁵².

En la comunidad de Tombo, situada a 60 Km. de Viana, cerca de 321 menores no pueden asistir a la escuela por falta de documentos de identidad. Pero no sólo estos niños carecen de documento de identidad, sino que muchos jóvenes y personas mayores nunca fueron registrados y por lo tanto no tienen derechos ni deberes como ciudadanos. El Gobierno tiene en marcha una campaña de registro de menores, pero aún no llegó a la comunidad de Tombo, ni se sabe cuándo llegará⁵³.

Una de las últimas noticias publicadas por el diario *O Apostolado* es sobre el cierre de una escuela en un campo de tránsito de desplazados en Viana, Luana, por rehabilitación de la misma. El problema aquí es doble, ya que los niños no sólo viven en situación de desplazados (con la inestabilidad e inseguridad que ello conlleva) sino que ahora van a encontrarse sin ese estado de normalidad que el ir a la escuela representa para ellos. Por lo menos un centenar de niños desplazados y muchos otros niños que viven en las proximidades podrían quedarse fuera del sistema educativo⁵⁴.

Las regiones más desfavorecidas son las rurales y las del interior. Benguela, Huíla y Luanda son por el contrario las más mi-

mas por el Gobierno. Huíla por ejemplo ocupa el primer puesto en rehabilitación y construcción de aulas escolares, el Gobierno de Benguela va a invertir 350 mil dólares para la construcción de 30 aulas, en el municipio de Balombo y cuenta con un proyecto de construcción de un centro pre-universitario⁵⁵. Luanda por su parte inauguró el año universitario 2004-2005 en la Universidad Pública Agostinho Neto con un récord de 17 mil estudiantes⁵⁶.

7. Conclusiones

Ya han pasado dos años desde que se firmó la Paz en Angola. La guerra parece haber desaparecido, pero su destrucción está más presente que nunca. No hay escuelas, no hay centros médicos, no hay producción. Todo está por hacer. El país clama al cielo, y a quién haga falta, para conseguir condiciones de vida mínimamente dignas.

Los síntomas de recuperación parecen buenos, las intenciones también. Pero Angola necesita algo más que una reconstrucción: Angola tiene que ser *re-pensada*, creada de nuevo. Generaciones enteras nunca han conocido la paz, han vivido inmersas durante tres décadas en una «cultura de violencia» y ahora es la oportunidad para que la sociedad angoleña, con la ayuda del Gobierno y de la Comunidad Internacional, camine hacia una nueva Angola.

Son numerosos los retos que el país debe afrontar, y entre ellos destaca el de la Educación de los niños y niñas angoleños. El gobierno cuenta con los recursos humanos, los recursos naturales, los instrumentos jurídicos, la voluntad y participación de su sociedad, la ayuda de agencias internacionales y de múltiples ONG, necesarios para llevar a cabo reformas e inversiones educativas y para cuidar a los protagonistas clave de su futuro, los niños y niñas de la nueva Angola que empieza a gestarse. Son muchos además los errores que ya se han cometido y muchas las lecciones aprendidas. Los medios son favorables para empezar a *re-pensar* el nuevo país que se desea tener.

⁵¹ Noticia del 14/06/2004 extraída del Jornal de Angola. www.jornal-deangola.com

⁵² Noticia del 31/03/2004, diario *Jornal de Angola*.

⁵³ Noticia del 02/04/2004, *Jornal de Angola*.

⁵⁴ Noticia del 16/06/2004, diario *O Apostolado*.

⁵⁵ Noticia del 13/06/2004, *Angola Press*.

⁵⁶ Noticia del 20/04/2004, *Jornal de Angola*.

3. Jomtien y Dakar: las metas⁵⁹

1990-2000: Jomtien	200-2015: Dakar
1. Expansión de la asistencia y las actividades de desarrollo de la primera infancia, incluidas intervenciones de la familia y la comunidad, especialmente para los niños pobres, desasistidos e impedidos.	1. Expandir y mejorar el cuidado infantil y la educación inicial integrales, especialmente para los niños y niñas más vulnerables y en desventaja.
2. Acceso universal a la educación primaria (o a cualquier nivel más alto considerado «básico») y terminación de la misma, para el año 2000.	2. Asegurar que para el 2015 todos los niños y niñas, especialmente en circunstancias difíciles, accedan y completen una educación primaria gratuita, obligatoria y de buena calidad.
3. Mejoramiento de los resultados del aprendizaje de modo que un porcentaje convenido de una muestra de edad determinada (por ejemplo, 80% de los mayores de 14 años) alcance o sobrepase un nivel dado de logros de aprendizaje considerados necesarios.	3. Asegurar la satisfacción de las necesidades de aprendizaje de jóvenes y adultos a través del acceso equitativo a programas apropiados de aprendizaje de habilidades para la vida y para la ciudadanía.
4. Reducción de la tasa de analfabetismo adulto a la mitad del nivel de 1990 para el 2000. El grupo de edad adecuado debe determinarse en cada país y hacerse suficiente hincapié en la alfabetización femenina a fin de modificar la desigualdad entre índices de alfabetización de los hombres y de las mujeres.	4. Mejorar en un 50% los niveles de alfabetización de adultos para el 2015, especialmente entre las mujeres, y lograr acceso equitativo a la educación básica y permanente para todas las personas adultas.
5. Ampliación de los servicios de educación básica y de capacitación de otras competencias esenciales necesarias para los jóvenes y los adultos, evaluando la eficacia de los programas en función de la modificación de la conducta y del impacto en la salud, el empleo y la productividad.	5. Eliminar las disparidades de género en educación primaria y secundaria para el 2005, y lograr la equidad de géneros para el 2015, en particular asegurando a las niñas acceso a una educación básica de calidad y rendimientos plenos e igualitarios.
6. Aumento de la adquisición por parte de los individuos y las familias de los conocimientos, capacidades y valores necesarios para vivir mejor y conseguir un desarrollo racional y sostenido por medio de todos los canales de la educación —incluidos los medios de información modernos, otras formas de comunicación tradicionales y modernas, y la acción social— evaluándose la eficacia de estas intervenciones en función de la modificación de la conducta.	6. Mejorar todos los aspectos de la calidad de la educación y asegurar la excelencia de todos, de modo que todos logren resultados de aprendizaje reconocidos y medibles, especialmente en torno a la alfabetización, el cálculo y las habilidades esenciales para la vida.

⁵⁹ TORRES, Rosa maría (2000), *¿Qué pasó en el foro mundial de la educación?*, 26-28 abril, Dakar. Sitio en internet: http://www.schwartzman.org.br/simon/delphi/rosa_dakar_esp.pdf

9. Bibliografía

- ADAUTA DE SOUSA, Mário; ADDISON, Tony; EKMAN, Björn; STENMAN, Asa (2001), «From Humanitarian Assistance to Poverty Reduction in Angola», *UNU/WIDER*, junio.
- COHN, S. y G. GOODWIN-GILL (1997), *Los niños soldados*, Cruz Roja de la Juventud, Madrid.
- ESPIRITU SANTO, Francisca (2002), *Género no contexto do sistema educativo em Angola (2.º Forum Lusófono de Mulheres em Postos de Decisão)*, 15 de Julho 2002. Sitio en Internet: www.angola.fes-international.de/public/francisc.pdf
- FERNÁNDEZ MARTOS, José María y otros (coords.) (2001), *Adiós a las armas: ni un solo niño en la guerra*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- GÓMEZ ISA, Felipe (2000) *La participación de los niños en los conflictos armados*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- HODGES, Tony (2001) *Angola. From Afro-Stalinism to Petro-Diamond Capitalism* African Issues Series, Indiana University Press, Bloomington.
- HUMAN RIGHT WATCH (2003) «Angola. O contingente esquecido. Crianzas soldados de Angola», vol. 15, No. (A), abril. Sitio en Internet: www.hrw.org
- HUMAN RIGHT WATCH (2004), «Some transparency, No Accountability: the use of oil revenue in Angola and its impact on human rights», vol. 16, No. 1(A), enero.
- INTERMÓN OXFAM (2000), *Por unos diamantes libres de conflict*. Documento general basado en la campaña *Fatal Transactions*, diciembre. Sitio en Internet: www.intermon.org
- INTERMÓN OXFAM (2001), *La Riqueza de Angola: Historias de Guerra y Negligencia*, septiembre.
- KAPUSCINSKI, Ryszard (2000), *Ebano*, Anagrama, Barcelona.
- KAPUSCINSKI, Ryszard (2003), *Un día más con vida*, Anagrama, Barcelona.
- MACHEL, G. (1996), Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, presentado en virtud de la resolución 48/157. Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños, A/51/306, 26 de agosto de 1996.
- MATEOS MARTÍN, Oscar (2004), «Angola Construyendo la Paz. Retos y perspectivas tras dos años sin guerra», *Escola de Cultura de Pau*, Barcelona. Sitio en Internet: www.pangea.org/unescopau
- MÉDICOS SIN FRONTERAS (2002), *Angola. Sacrifice of a people*, octubre. Sitio en Internet: www.msf.fr
- MÉDICOS SIN FRONTERAS (2002), *Angola, after the war abandonment*, agosto. Sitio en Internet: www.msf.ch
- MINISTERIO DO PLANEAMENTO/DIRECÇÃO DE ESTUDOS E PLANEAMENTO DE ANGOLA (2003), *Estratégia de Combate à Pobreza. Reinserção Social, Reabilitação e Reconstrução e Estabilização Económica*, septiembre, Luanda.
- MIRANDA, Félix (2000), *Angola. O futuro é possível*, Ed. Vega, Alpiarça.
- PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos (dir.) (2002), *Diccionario de Acción humanitaria y cooperación al desarrollo*, Icaria, Barcelona.
- PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2003*, Mundi-Prensa.
- SEDKY-LAVANDERO, Jéhane (1999), *Ni un solo niño en la guerra. Infancia y conflictos armados*, Icaria, Barcelona.
- TORRES, Rosa María (2000), *¿Qué pasó en el foro mundial de la educación?*, 26-28 abril, Dakar. Sitio en Internet: http://www.schwartzman.org.br/simon/delphi/rosa_dakar_esp.pdf
- UNDP (2004), *Special Project to support the Reintegration of Ex-combatants in the framework of the Peace Process in Angola*, Quarterly Report, octubre-diciembre. Sitio en Internet: www.undp.org
- UNESCO (2000), *Foro Mundial sobre la Educación*, 26-28 abril, Dakar (Senegal) Sitio en Internet: http://www.unesco.cl/pdf/actyeven/ppe/informe_final_uno.pdf
- VERHEY, Beth (2001), *The prevention, demobilization and reintegration of child soldiers. Angola case study*, noviembre. Sitio en internet: <http://www.worldbank.org/afr/wps/wp23.pdf>
- WATCH LIST ON CHILDREN AND ARMED CONFLICT (2002), *Angola*, Nueva York, abril 2002. Sitio en Internet: www.watchlist.org
- WESSEL, Mike (1997), «Child soldiers», en *The Bulletin of the Atomic Scientists*, November/December, vol. 53, No. 7
- THE WORLD BANK, *African Development Indicators 2003*, Drawn from the World Bank Africa Database.
- Yvonne E. KEAIRNS, PhD (2002), *The Voices of Girl Child Soldiers*, Quaker United Nations Office. Octubre 2002, Ginebra y Nueva York. Sitio en Internet: <http://www.geneva.quno.info/pdf/QUNO%20Child%20soldiers%20report.pdf>

Otros sitios en Internet consultados

- www.unicef.org
www.jornaldeangola.com
www.angolapress-angop.ao
www.ebonet.net
www.irinnews.com
www.angonoticias.com/
www.apostolado.info/
http://iarnoticias.com/secciones/afrika/0001_indice.html
www.panapress.com
www.un.org

Un análisis de las condiciones de vida y preferencias políticas de los palestinos de Cisjordania, Gaza y Jerusalén

Vicente Terán Gómez*

1. Introducción

El objetivo principal de esta tesina es analizar como el conflicto árabe-palestino esta afectando las condiciones de vida de los palestinos que viven en la franja de Gaza, en Cisjordania y en Jerusalén, así como comprobar como tales condiciones están afectando a las preferencias políticas de los palestinos.

Como datos de base para el trabajo se ha utilizado la encuesta realizada por el IUED (Graduate Institute of Development Studies de la Universidad de Ginebra) durante el mes de febrero del 2004. La base de datos con las respuestas a las entrevistas fue facilitado por el profesor de la Universidad de Lovaina Frederic Lapeyre, sin la ayuda del cual este documento no hubiera sido posible. La totalidad de los análisis presentados durante todo el documento son de realización propia a partir del fichero en SPSS (Statistical Package for Social Sciences) facilitado por el IUED, siendo yo el único responsable de los datos y los análisis presentados¹.

Para analizar las condiciones de vida de los habitantes de Gaza, Cisjordania y Jerusalén el documento se ha estructurado en cuatro grandes bloques:

- En primer lugar se ha realizado un **análisis socioeconómico** de la situación de los hogares palestinos en febrero 2004. En dicho análisis se ha prestado especial atención a la for-

ma en que se reparte la pobreza en función de la zona de Palestina habitada (Gaza, Cisjordania o Jerusalén), el tipo de hábitat (pueblo, ciudad o campo de refugiado) o la situación laboral del entrevistado y/ o del jefe de familia. También se ha realizado un análisis de la evolución de los niveles de pobreza desde la pasada encuesta realizada en julio 2003. Para acabar con el bloque socioeconómico se ha realizado un análisis de los ingresos del hogar. Dicho análisis consta de la realización de una segmentación en 3 grupos en función de cuales son las fuentes de ingresos del hogar, junto a un análisis del desfase existente entre los ingresos considerados «necesarios» para vivir y los ingresos reales «declarados» que entran en el hogar. Este desfase se analiza según el nivel de pobreza y la zona en que viven.

- Se ha realizado también un análisis de la **movilidad y las condiciones de seguridad de la población en Palestina**. Respecto a la seguridad se ha prestado especial atención a la variación del sentimiento de seguridad según la zona, el tipo de hábitat y los ingresos. También se analiza como el conflicto está afectando en el sufrimiento de los niños de los hogares palestinos. Sobre la movilidad, el análisis se ha focalizado en los problemas que la construcción del Muro de Separación por parte de Israel está generando en las familias palestinas.
- En tercer lugar, se ha analizado **la Ayuda recibida por las familias palestinas**. Con este análisis se pretende

* Vicente Terán es Máster en Acción Internacional Humanitaria.

¹ Los resultados y los informes realizados por el IUED se encuentran en la página web: www.dartindicators.org

comprobar si la ayuda prestada a nivel nacional e internacional está siendo focalizada correctamente hacia los más necesitados de la sociedad Palestina.

—Por último, en el cuarto punto se analiza como diferentes aspectos cómo pueden ser las condiciones socioeconómicas de los hogares, las condiciones de movilidad y de seguridad o la asistencia prestada a las familias están afectando a las **preferencias políticas de los palestinos**, en términos de confianza hacia organizaciones políticas islámicas u organizaciones no religiosas. Al analizar la preferencia declarada de forma espontánea se constata que hay un alto grado de No respuesta (sólo la mitad de los entrevistados se decanta por un partido cuando se les pregunta su preferencia de forma espontánea). Para evitar este sesgo por la «no respuesta», se ha realizado un análisis que nos permite asignar las preferencias a aquellos que no han respondido su preferencia política de una forma directa, utilizando para ello patrones comunes respecto a un conjunto de variables explicativas. El objetivo final es conocer qué tipo de partidos tiene más seguidores entre los habitantes de Palestina: los partidos no religiosos o los partidos islámicos. A su vez, también se ha prestado especial intención en conocer cuáles son las variables que generan mayores diferencias en cuanto a la preferencia por una u otra facción.

Los datos utilizados fueron obtenidos a partir de una encuesta de aproximadamente media hora aplicada sobre una muestra representativa de 1.499 personas de más de 18 años, a través de entrevistas face-to-face. A continuación se presentan los tamaños muestrales y los errores para el cálculo de proporciones de las principales variables analizadas².

Tamaños muestrales y errores asociados

	Muestra	Error Muestral
Cisjordania	910	+3,3%
Gaza	439	+4,8%
Jerusalén	336	+8,2%

Ciudad	729	+3,7%
Campo de Refugiados	190	+7,3%
Pueblo	580	+4,2%

Encima umbral de la pobreza	620	+4,0%
Bajo el umbral de la pobreza	511	+4,4%
Pobreza severa	336	+5,5%

Pro Partidos Islámicos	688	+3,8%
Pro partidos no religiosos	698	+3,8%

Total entrevistados	1500	+2,6%

Según las cifras del Palestinian Central Bureau of Statistics aproximadamente hay en el mundo 9.575.385 de palestinos, de los cuales un 60% viven en un tercer país: un 11% viven en Israel, un 28% en Jordania, un 4% en Siria, un 5% en el Líbano y un 12% en otros países³. De los palestinos en el exterior hay muchos que viven bajo la condición de refugiados en un tercer país. Según las cifras «oficiales» del UNRWA hay registrados 1.740.170 refugiados en Jordania, 394.532 en el Líbano, y 413.827 en Siria⁴. Del conjunto de refugiados reconocidos por el UNRWA en un tercer país, el 26% vive en Campos de refugiados (proporción que alcanza el 57% en el Líbano pero que desciende a 29% y 18% en Siria y Jordania respectivamente).

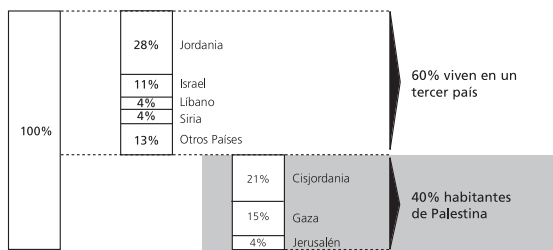
² El error ha sido calculado para una proporción considerando la situación más desfavorable, es decir la de máxima incertidud ($P = Q = 50\%$) y para un margen de confianza del 95% ($k = 2$).

³ Ver la población palestina en la diáspora estimada por lugar de residencia (finales del año 2002) en www.pcbs.org/abs_pal4/tab_01.htm

⁴ Datos a 31 de diciembre 2003 (ver www.unrwa.org).

Cuantificación del Universo Objeto de Estudio

Estimación⁵ Población Palestina
9.575.385 individuos



De acuerdo con la estimación de la Oficina Central de Estadísticas (PCBS), a mediados del 2004 Cisjordania y Jerusalén contaba con 2.421.491 palestinos, mientras que en Gaza vivían 1.406.423. En términos porcentuales la población en Palestina se reparte de la siguiente forma: un 53% viven en Cisjordania, un 10% en Jerusalén y un 37% en Gaza⁵. Como se observa en la figura 2, si analizamos la composición de estas tres zonas geográficas en función de la presencia de refugiados nos topamos con que en Cisjordania sólo un tercio de la población tiene estatus de refugiado, proporción que aumenta ligeramente en Jerusalén (41%) y que se duplica en la franja de Gaza, donde los refugiados representan dos terceras partes del total de la población.

Entre los palestinos habitantes de lo que hoy conocemos por Palestina, nos encontramos con un 54% que son refugiados o son descendientes de familias de refugiados, aunque a día de hoy sólo el 33% de estos refugiados viven en un Campo de Refugiados. El número de refugiados residiendo en campos se estima en aproximadamente medio millón de los cuales alrededor de 130.000 viven en 19 campos de refugiados en Cisjordania y unos 370.000 viven en 8 campos en la franja de Gaza. Por otro lado, la encuesta nos revela que más de la mitad de los palestinos en los territorios ocupados viven en una ciudad y algo menos de un tercio viven en pueblos.

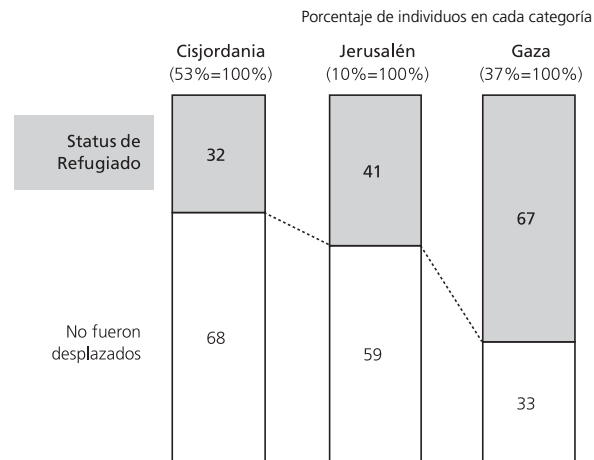


Fig. 2

Condición de refugiado según la zona donde viven

2. Análisis socio-económico

Análisis de los niveles de pobreza y su evolución

Con el objetivo de poder cuantificar la situación económica de los hogares palestinos en los territorios de Gaza, Cisjordania y Jerusalén, el Graduate Institute of Development Studies de la Universidad de Ginebra (IUED) ha calculado para cada individuo entrevistado el nivel de pobreza de su hogar.

De acuerdo con el Palestinian Central Bureau of Statistics (PCBS), el umbral de la pobreza para el promedio de hogares palestinos con 2 adultos y 4 niños es alrededor de 1.700 Sheckels Israelíes (NIS). Para cada hogar, se calcula su umbral de pobreza en función del número de adultos y niños, junto a los ingresos mensuales del hogar. Los hogares son divididos entre aquellos que están por encima o por debajo del umbral. De acuerdo con la definición del Banco Mundial, se clasifica como pobreza severa a aquellos hogares que no llegan al dólar diario.

⁵ Ver estimaciones de Población en la Palestinian Central Bureau of Statistics en <http://www.pcbs.org/>

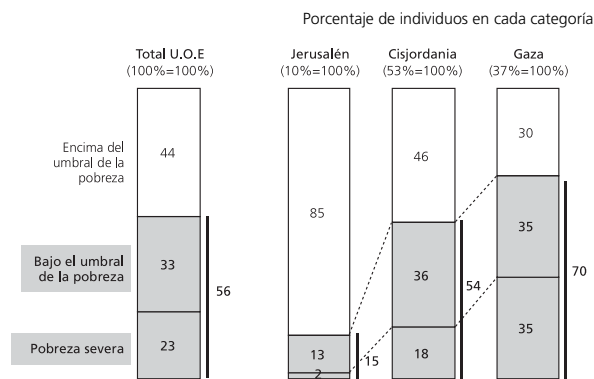


Fig. 3

Nivel de pobreza del hogar según la zona donde viven

Tal y como se puede observar en la figura 3, un 56% de los palestinos se encuentran viviendo por debajo del umbral de la pobreza y prácticamente un cuarto de los palestinos se encuentran a día de hoy viviendo en condiciones de pobreza severa.

En dicha figura, queda bien patente que hay unas fuertes diferencias territoriales en el reparto de la pobreza entre las diferentes zonas geográficas. De esta forma, constatamos que el porcentaje de personas que están bajo dicho umbral aumenta espectacularmente del 15% de Jerusalén, al 54% de los habitantes de Cisjordania y, por último, hasta el alarmante dato de Gaza donde 7 de cada diez habitantes viven bajo el umbral de la pobreza y algo más de un tercio viven en condiciones de pobreza severa.

Al comparar los resultados de la encuesta actual con la encuesta realizada en julio de 2003 (ver figura 4) se observa un fuerte empeoramiento de la situación de la población de la franja de Gaza que vive en campos de refugiados, aumentando la proporción de los más pobres del 36% al 52% actual (lo que implica que la tasa de pobreza severa en los campos de Gaza es hoy en día dos veces superior a la proporción del conjunto de los territorios ocupados (un 23%). La razón principal de esta tendencia parece deberse a la continuación de las operaciones del ejército israelí tras la ruptura del alto al fuego en agosto del 2003, que afectan en mayor medida a la población de los campos, ya que se observa que entre los habitantes de Gaza

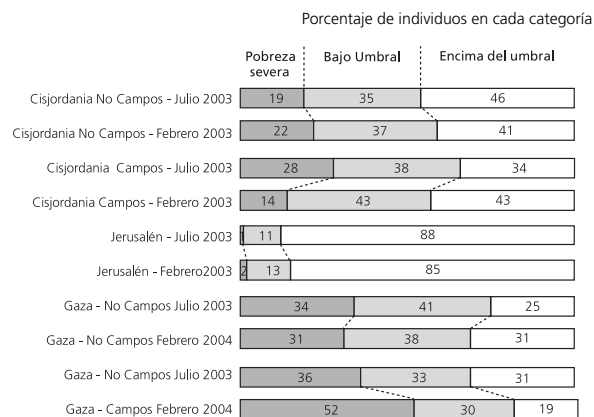


Fig. 4

Evolución del nivel de pobreza del hogar según la zona donde viven

fuera de los campos el nivel de pobreza ha disminuido del 69% al 61%. Esta tendencia se explica por el hecho que las fuerzas de seguridad de Israel han llevado a cabo repetidas incursiones en la franja de Gaza, sobre todo en los campos de refugiados del Sur, provocando grandes restricciones de movimiento, destrucción de propiedades civiles y dificultando la correcta entrega de la ayuda humanitaria.

En los campos de refugiados de Cisjordania, en cambio, constatamos un importante descenso en los niveles de pobreza, aprovechando el descenso de la actividad militar y el relajamiento en el número de toques de queda comparados con el año 2002. En cambio, en Jerusalén apenas se experimentan cambios reseñables respecto a los niveles de pobreza entre ambos períodos.

Un factor con gran incidencia en la pobreza de los palestinos es su situación laboral. De acuerdo con la encuesta sobre población activa realizada por el PBCS durante el segundo cuarto del 2004, el 29% de los palestinos se encuentran desempleados. Se constata por lo tanto un empeoramiento, ya que en el primer cuarto del 2004 los desempleados eran un 26% según la misma fuente. Por otra parte, el desempleo es uno de los indicadores donde más se deja notar los efectos de la Segunda Intifada, ya que durante el tercer cuarto del 2000 sólo había un 10% de desempleados. Por otra parte, y siguiendo con la misma encuesta del PBCS, se observa que el desempleo también se reparte de

forma desigual; en Gaza alcanza casi el 40%, mientras que en Cisjordania es de un 24%⁶.

Según nuestra encuesta, en febrero del 2004 menos de la mitad de los trabajadores tenían acceso a un empleo a tiempo completo. Como queda patente en la figura 5, el hecho de ser trabajador a tiempo completo hace al hogar menos vulnerable a la pobreza, mientras que en el caso de los desempleados (un 37% de la población activa), ocho de cada diez están por debajo del umbral de la pobreza y algo más de 4 de cada 10 viven en la pobreza severa⁷.

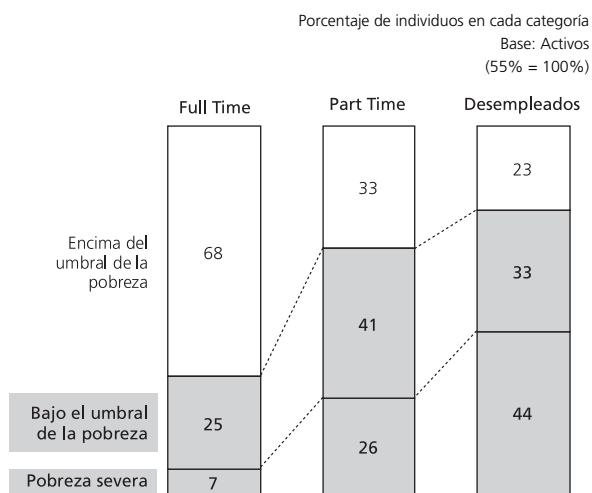


Fig. 5

Nivel de pobreza según situación laboral

De hecho a la hora de estar por encima o por debajo del umbral de la pobreza tiene una fuerte incidencia el hecho de que el jefe de familia (es decir, aquel que aporta más ingresos al hogar) haya estado en paro el menor tiempo posible. Como demuestra claramente la figura 6, entre aquellos que están sobre el Umbral de la pobreza hay muy poca incidencia del desempleo

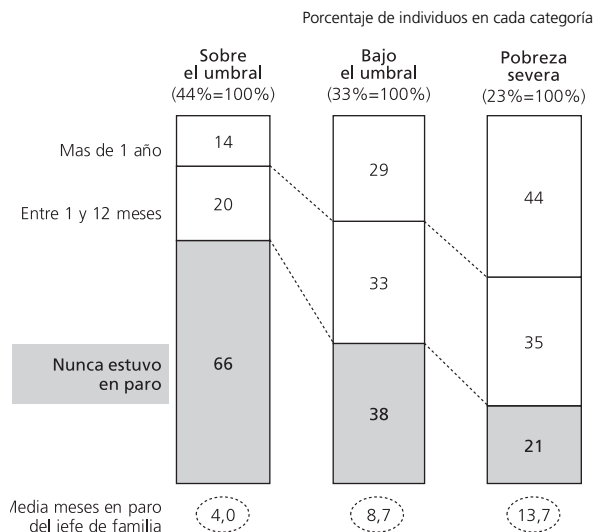


Fig. 6

Desempleo del jefe de familia según nivel de pobreza durante la segunda intifada (septiembre 2000)

desde el inicio de la Intifada (dos terceras partes de los jefes de familia nunca estuvieron en paro). En cambio entre aquellos que no sobrepasan el umbral de la pobreza la media de meses en paro del jefe de familia alcanza casi los nueve meses entre los que están bajo el umbral de la pobreza y el año y dos meses entre los que viven en la pobreza severa.

Al analizar el nivel de pobreza por estatuto de refugiado observamos que hay más familias bajo el umbral de la pobreza entre los refugiados (un 60% por frente al 53% de los no refugiados), aunque el nivel de extrema pobreza es prácticamente similar en ambos colectivos (24% entre los refugiados y 22% entre los no refugiados).

Otro resultado importante nos muestra que menos de la mitad de los entrevistados declaran que tienen medios disponibles

bién es desigual entre los empleados. Siendo muy inferior el grado de pobreza de los empleados de agencias o organizaciones internacionales o del propio gobierno, que entre los trabajadores autónomos.

⁶ PALESTINIAN CENTRAL BUREAU OF STATISTICS, *Labour Force Survey* (April-June 2004), 29 de julio 2004.

⁷ En el Anexo 1 se puede constatar que el reparto de la pobreza tam-

para hacer frente a las dificultades, mientras que un 43% afirman estar próximos a agotar sus recursos y un 14% declararan ya no tener suficiente para vivir. Además, los resultados nos indican que sólo un 32% de los pobres y un 13% de los extremadamente pobres dicen tener medios para sobrevivir, lo que es una muestra de que la situación actual puede llevar a una importante presión sobre el sistema de asistencia humanitaria para compensar el agotamiento progresivo de las estrategias de afrontamiento a la crisis de muchos de los hogares en los territorios ocupados.

En la figura 7, se puede observar la evolución de los niveles de pobreza a nivel de toda Palestina desde la encuesta realizada en noviembre del 2002 a la encuesta de febrero de 2004. A día de hoy, la pobreza alcanza al 56% de la población de los territorios ocupados, proporción algo inferior al 58% que representaba en julio del 2003 o al 62% de noviembre del 2002, cuando la situación era todavía más crítica. De todas formas, la situación no nos permite ser optimista, ya que nos se debe perder de vista que menos de la mitad de la población afirma no contar con medios a largo plazo para hacer frente a la pobreza.

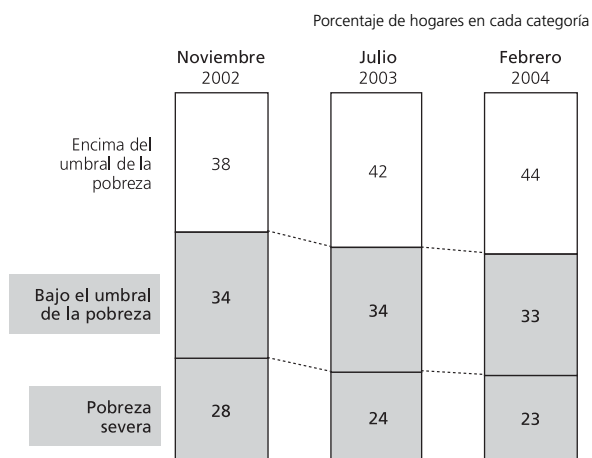


Fig. 7

Evolución nivel de pobreza del hogar

Segmentación en base a la estructura de ingresos del hogar

Los hogares en Palestina cuentan con múltiples fuentes de ingresos (salarios de empleos fijos, salarios de empleos temporales, ingresos por negocios, ayuda de familiares o organizaciones nacionales o internacionales, etc...). En media, cada hogar cuenta con 1,7 fuentes de ingresos sin diferencias significativas en función de la pobreza del hogar.

Con el objetivo de analizar las diferentes estructuras de ingresos en los hogares palestinos, se ha realizado un Análisis Tipológico No Jerárquico a partir del algoritmo de clasificación K-means del programa estadístico SPSS⁸. Dicho análisis tiene como finalidad buscar en base a una serie de variables (en nuestro caso las distintas fuentes de ingresos) grupos o segmentos lo más homogéneos posibles en su interior, es decir, que los sujetos que configuran un grupo sean lo más similares posible respecto a sus características, a la vez que los grupos sean lo más heterogéneos posibles los unos respecto a los otros. Por lo tanto, en nuestro caso el output del análisis será la obtención de diferentes segmentos con la máxima homogeneidad intragrupo y la máxima heterogeneidad intergrupos, en función de la estructura de ingresos del hogar.

Con el objetivo de buscar la segmentación más estable y con un mayor poder explicativo se realizaron varias segmentaciones (de 2 a 6 grupos). Finalmente, la segmentación en tres grupos se demostró como la más operativa en términos de comprensión y utilización. Según esta segmentación podemos decir que existen tres grandes grupos de hogares según las diversas fuentes de ingresos.

En la figura 8 podemos analizar cuales son las fuentes de ingresos de estos tres grupos. En primer lugar, tenemos un 47% de los entrevistados cuyos ingresos dependen sobre todo de los salarios fijos (todos cuentan con un salario fijo en el hogar), proviniendo el resto de fuentes muy secundarias y esporádicas. A continuación hay un segundo grupo (un 25% de los entrevistados) para los que su principal fuente de ingreso son las actividades independientes o los pequeños negocios, aunque este gru-

⁸ Se trata de un análisis de reasignación, en varias etapas: Generación de una configuración inicial aleatoria, asignación de los individuos al grupo más próximo, cálculo de los nuevos centros de los grupos y reasignación

de los grupos hasta alcanzar una estabilidad en los resultados o bien hasta realizar el número de iteraciones fijado previamente. Para más información: SPSS, User's guide SPSS 11.0, Chicago 2003.

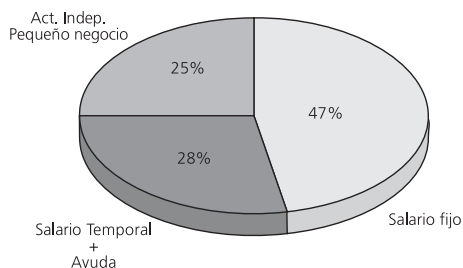


Fig. 8

Segmentación libre por fuente de ingresos del hogar

po ya cuentan con un número de fuentes secundarias bastante más significativo (el 24% de este grupo reciben dinero por algún alquiler, el 19% recibe ayuda financiera del extranjero, el 14% de la Autoridad Palestina u otras organizaciones, el 16% de salarios fijos...). Por último, hay un tercer grupo que representa el 28% de los entrevistados para los que la fuente de ingresos depende o bien de los empleos temporales (un 47%) o bien de la ayuda financiera que reciben o bien de la familia ya sea en Palestina (un 27%) o del extranjero (un 19%) o de la Autoridad Palestina u organizaciones locales internacionales.

Una vez obtenida esta segmentación podemos observar y cuantificar como la presencia de empleo fijo en el hogar es un factor fundamental a la hora de encontrarnos con familias por encima o por debajo del umbral de la pobreza. En la figura 9, vemos como entre los Hogares que cuentan con la entrada en el hogar de salarios fijos la pobreza se encuentra menos generalizada que en el resto de grupos (sólo un 41% se encuentran bajo el umbral de la pobreza, respecto al 59% del segmento Actividades Independientes y pequeño negocio y el 79% de aquellos que dependen de salarios temporales y de la ayuda financiera recibida).

	Grupo 1: Salarios de empleos fijos (47%=100%)	Grupo 2: Actividades ind. & pequeño negocio (25%=100%)	Grupo 3: Salario Temporal+ Ayuda (28%=100%)
Salarios de empleos fijos	100%	14%	2%
Salarios de empleos temporales	14%	16%	47%
Ingresos de actividades independientes o pequeño negocio	17%	100%	1%
Alquiler de una propiedad	6%	24%	9%
Ayuda financiera de parte de la familia residente en Palestina	3%	8%	27%
Ayuda financiera de la familia en el extranjero	7%	19%	19%
Dividendos	3%	9%	3%
Ayuda financiera de la ANP o organizaciones locales o internacionales	7%	14%	30%

Fig. 9

Caracterización de la segmentación libre por fuente de ingresos del hogar

Porcentaje de individuos en cada categoría

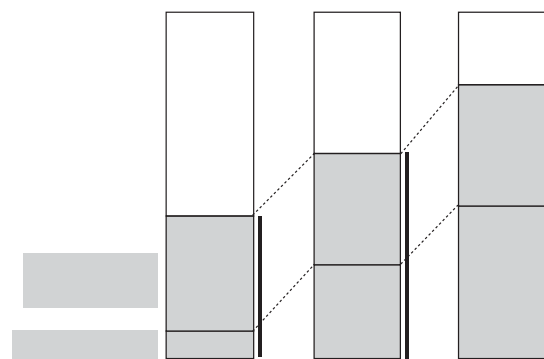


Fig. 10

Nivel de pobreza del hogar según segmentación por ingresos

Desfase entre los ingresos considerados «necesarios» para vivir y los ingresos reales

El ingreso medio mensual «estimado» por miembro del hogar en el conjunto de los territorios ocupados es de 398 NIS⁹, aproximadamente unos 100 NIS por debajo del ingreso por miembro del hogar considerado necesario por los entrevistados (503NIS), lo que significa que en media los palestinos consideran que para poder cubrir sus necesidades básicas deberían aumentar sus ingresos en un 26%.

Como se puede observar en la figura 11 los ingresos «reales» estimados y los ingresos necesarios difieren mucho en función del nivel de pobreza y de la zona donde se habita. Así, por ejemplo, constatamos que los entrevistados por encima del umbral de la pobreza tienen más de siete veces más ingresos que aquellos que viven en la pobreza severa (682 NIS frente 92 NIS). También se observa que a mayores ingresos se tiene la percepción de que son precisos unos ingresos más elevados para cubrir las necesidades mínimas (728NIS de aquellos que están por en-

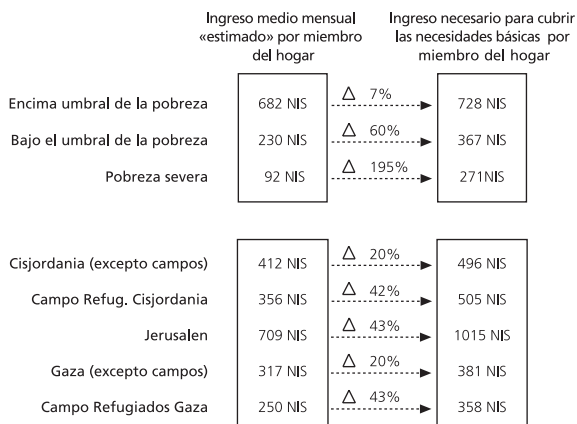


Fig. 11

Desfase entre ingresos «reales» e ingresos «necesarios»

cima de la pobreza frente a los 271NIS de los más desfavorecidos). Se observa que es general la percepción de que son necesarios más ingresos, aunque dicha necesidad es mucho más acuciante entre los más desfavorecidos. Según ellos, necesitarían incrementar un 195% sus ingresos para poder satisfacer sus necesidades, mientras que los más ricos creen que sólo se necesitaría aumentar la media de sus ingresos en un 7%.

Por lo que respecta a la diferencia de ingresos según la zona donde se vive, destaca mucho la diferencia de ingresos entre Jerusalén y el resto (prácticamente dobla al resto), aunque también destaca el ingreso considerado necesario. Se observa también que hay la media del ingreso es mayor en Cisjordania que en Gaza (tanto en los campos de refugiados como fuera de los campos). Por último, señalar que es en Jerusalén, en los campos de Cisjordania y en los campos de Gaza donde hay más desfase entre los ingresos reales y los «necesarios» (alrededor del 40%), mientras que fuera de los campos de Gaza y Cisjordania el desfase es sólo del 20%.

3. Análisis de la movilidad y condiciones de seguridad

El período al que hace referencia la encuesta se encuentra marcado por el fracaso (o las dificultades en la implementación) de la Hoja de Ruta, la iniciativa internacional para la paz presentada por el cuarteto de mediadores (EE.UU., Rusia, UE y las Naciones Unidas), aprobado por los primeros ministros de Palestina e Israel así como los principales partidos palestinos en junio 2003. Tras una serie de incidentes en agosto 2003, la violencia regresó dejando aparcada la Hoja de Ruta, sustituida por lo que ha sido llamado como la retirada unilateral israelí. Oficialmente presentada por el gobierno de Sharon como un paso necesario para la seguridad de la sociedad israelí, dicha política tiene su punto culminante en la construcción del muro de separación entre Cisjordania y Jerusalén.

Junto a la violencia intrínseca del conflicto israelí-palestino debe añadirse el sentimiento creciente entre los palestinos de que la Autoridad Nacional Palestina no puede garantizar el cumplimiento de la ley.

⁹ Se trata del ingreso medio mensual estimado, ya que la pregunta de ingresos del hogar del cuestionario aplicado fue recogida en una escala ordinal con 11 categorías. Para transformar dicha variable en métrica se asignó la media del intervalo respondido (es decir aquellos con unos

ingresos entre 4.500 y 5.000, se le asigna un ingreso de 4.750. Para calcular el ingreso medio mensual por miembro del hogar se consideró cada miembro como una unidad (sin ponderar su peso en función de si niño o adulto).

En dicho contexto, no es raro que en el conjunto de los territorios exista un sentimiento de inseguridad muy amplio. Como se observa en la figura 12, es en Cisjordania donde hay una mayor proporción de personas que se sienten inseguras (81%), seguido por Gaza (72%) y a bastante distancia por Jerusalén (67%). Se debe tener en cuenta que a fecha de la entrevista los raids del Ejército israelí en la franja de Gaza no habían alcanzado el nivel de violencia y destrucción al que llegaron durante los meses de abril y mayo.

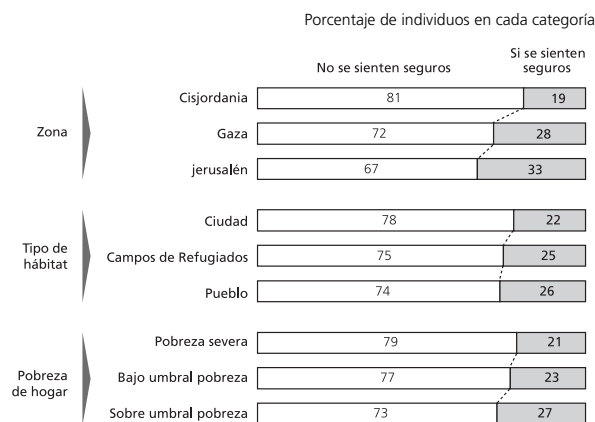


Fig. 12
Sentimiento de seguridad

En la figura 12, también se puede destacar que el sentimiento de seguridad es prácticamente similar según el tipo de hábitat (ligeramente se siente más seguros en la ciudad que en los pueblos, pero sin grandes diferencias) y que los palestinos que viene en hogares más pobres son los que tienen un mayor sentimiento de inseguridad.

Un conflicto de tales características genera un gran sufrimiento. Como indicador de dicho sufrimiento puede tomarse el grado en que el conflicto está afectando a las conductas y los comportamientos de los niños. En el cuestionario se preguntaba

si desde el inicio de la segunda Intifada, los niños del hogar habían sufrido comportamientos agresivos, malos resultados en el hogar, orinarse en la cama o pesadillas. En base a dichas respuestas, se ha creado un indicador en base a si los niños del hogar sufren mucho o no sufren desde el inicio del conflicto¹⁰.

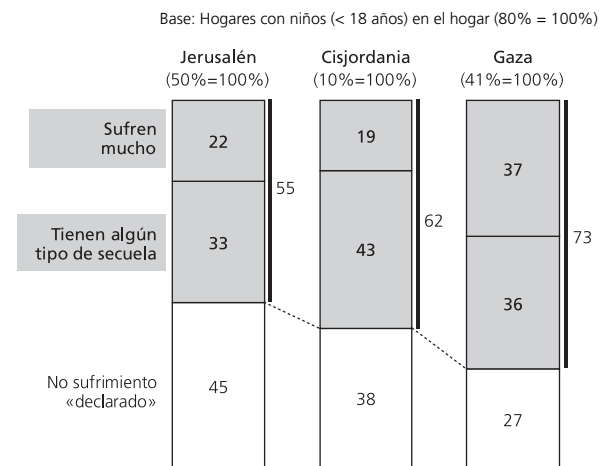


Fig. 13
Sufrimiento en los niños del hogar según zona

En base al sufrimiento de los niños, constatamos que es en Gaza donde hay un mayor grado de sufrimiento por parte de los niños (un 73% sufre o tiene algún tipo de secuela y un 37% sufren mucho), mientras que en Jerusalén la proporción de niños que tiene algún tipo de sufrimiento es del 55% y de los que sufren mucho es del 22%.

Por otro lado, también es destacable la gran diferencia que hay entre el sufrimiento de los niños de aquellos hogares que están sobre el umbral de la pobreza, en comparación con aquellos que están bajo el umbral de la pobreza y más especialmente los que se encuentran viviendo en la pobreza severa donde los niños con algún tipo de sufrimiento son el 81%, frente al 58% de las familias más acomodadas.

¹⁰ Aquellos que contestan que los niños del hogar han sufrido 1 ó 2 de las características preguntadas son clasificados como «con alguna se-

cuela», mientras los que tiene entre 3 y 4 son clasificados como que «sufren mucho».

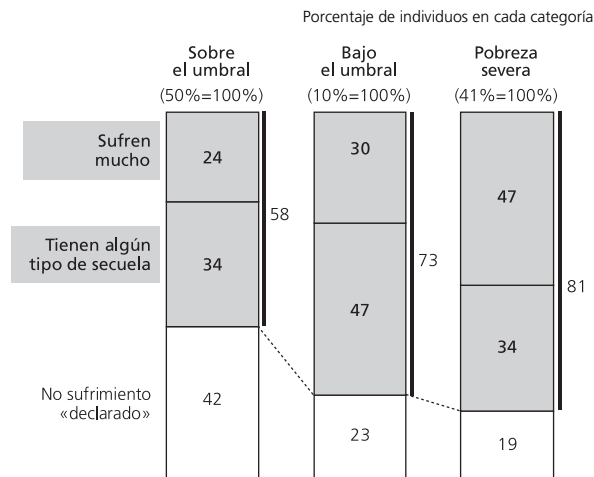


Fig. 14

Sufrimiento en los niños del hogar según pobreza

Al observar el sufrimiento de los niños en función de la pobreza comprendemos una de las razones por las que en Gaza detectamos un mayor sufrimiento infantil, ya que es la zona geográfica con una mayor proporción de familias bajo el umbral de la pobreza.

Durante el período cubierto por la encuesta, Israel continuó con la implantación de su política de impedir la movilidad en el seno de Palestina tanto interna (mediante una red de checkpoints fijos o móviles o incluso a través de toques de queda) como externa hacia Israel y otros países. Los toques de queda han sido habituales allí donde el ejército realizaba operaciones. Según el Center for Human Rights¹¹ en el período de junio del 2002 a febrero del 2004, la ciudad más afectada por fue Hebrón, donde se vivió un 40% del tiempo bajo un estado de toque de queda, seguida por Nablus con un 32%, Tulkarem (31%), Jenin (26%)...

Desde noviembre del 2003, las autoridades israelitas han anunciado en varias ocasiones la mejora de las condiciones de movilidad. Pero los observadores afirman que a pesar de pequeñas mejoras en el sur de Cisjordania, el bloqueo de los pueblos

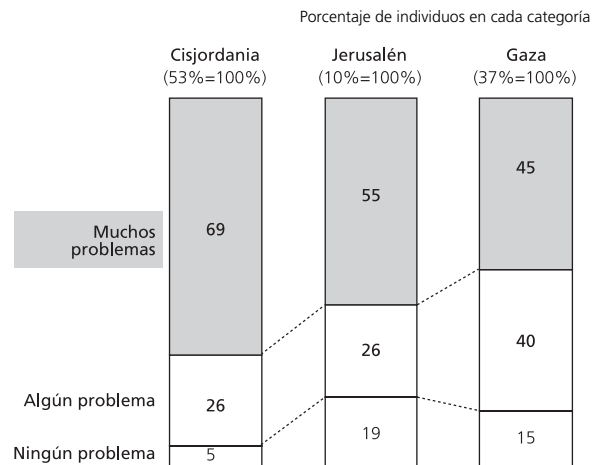


Fig. 15

Consecuencias de las restricciones de movilidad

de Palestina no se ha relajado desde los anuncios palestinos (OCHA 6 de noviembre, 2003).

Como se ve en la figura 15, la mayoría de palestinos opinan que las restricciones de movilidad les generan muchos problemas en los pasados 6 meses, aunque es en Cisjordania donde dichas restricciones afectan en mayor medida. Constatamos que el 95% de los entrevistados en Cisjordania afirman tener problemas por la falta de movilidad (siendo un 69% los que dicen tener muchos problemas). En cambio en Gaza sólo un 45% afirman tener muchos problemas a causa de tales restricciones.

También de la encuesta destaca que los habitantes de los pueblos son la categoría más afectada por las restricciones de movilidad: un 69% de ellos afirman tener muchos problemas, mientras que en las ciudades dicha proporción es del 52% y en los campos es el 56%.

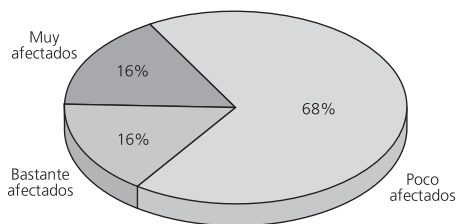
Segmentación en función de cómo afecta la construcción del muro al hogar

La construcción del muro tendrá como resultado la demarcación unilateral de una nueva frontera en Cisjordania y la anexión efectiva

¹¹ (www.palestinercs.org).

de la tierra ocupada. A continuación vamos a analizar como la construcción de dicho muro es vista por la sociedad Palestina.

Un 97% de los entrevistados expresaron su preocupación por la construcción del Muro, aunque es en aquellas áreas cruzadas por el muro donde hay una mayor proporción de palestinos muy preocupados (un 90% frente al 80% de aquellas zonas no afectadas).



Segmentación libre por grado en que el muro afecta al hogar

En el cuestionario se preguntaba a los entrevistados hasta qué punto la construcción del muro afectaba a las personas de su hogar. En base a sus respuestas se ha vuelto a realizar una segmentación tipológica no jerárquica buscando según los patrones de respuesta, las tipologías más homogéneas en su interior y heterogéneas entre ellas. La solución adoptada fue la de establecer tres grupos: los poco afectados por la construcción (un 68% del total de los entrevistados), los que se encuentran bastante afectados (un 16% del total) y los muy afectados (un 16% del total). Para analizar el perfil en las variables activas en la segmentación ver la figura 16.

Mediante dicho análisis hemos detectado la existencia de una parte de la población a los que la construcción del muro les afecta mucho en su día a día. Como se puede ver en la figura 17, es en Cisjordania donde la construcción del muro afecta en mayor medida (un 28% de los habitantes de Cisjordania se encuentran en el segmento muy afectados frente al 5% de Jerusalén o el 2% de Gaza. De hecho el 92% del segmento «Muy Afectado» viven en Cisjordania. Por otra parte cabe destacar, que entre los Campos de refugiados de Cisjordania sólo un 15% se encuentran en el grupo de muy afectados y un 15% en el grupo de bastante afectados, mientras que fuera de los campos de Cisjordania amabas proporciones aumentan a un 28% y un 20% respectivamente.

Porcentaje de individuos en cada grupo cita cada aspecto

	Grupo 1: Poco afectados (68%=100%)	Grupo 2: Bastante Afectados (16%=100%)	Grupo 3: Muy afectados (16%=100%)
Nos separa de nuestros familiares	23%	69%	94%
Nos separa de nuestra tierra	4%	52%	97%
Impide a miembros de la familia llegar al puesto de trabajo	6%	64%	94%
Separa nuestra tierra del agua	1%	9%	92%
Jerza a la familia a desplazarse a otro lugar	0%	17%	79%
Hace más difícil el acceso a servicios (educación o salud)	2%	59%	90%
Hace difícil / imposible comerciar la producción agrícola	1%	47%	96%
Hace difícil / imposible preparar, arar, plantar recoger la cosecha	1%	43%	93%
Provoca el incremento de los materiales y los costes de los transportes	9%	77%	97%

Fig. 16

Caracterización de la segmentación libre por grado en que el muro de separación afecta al hogar

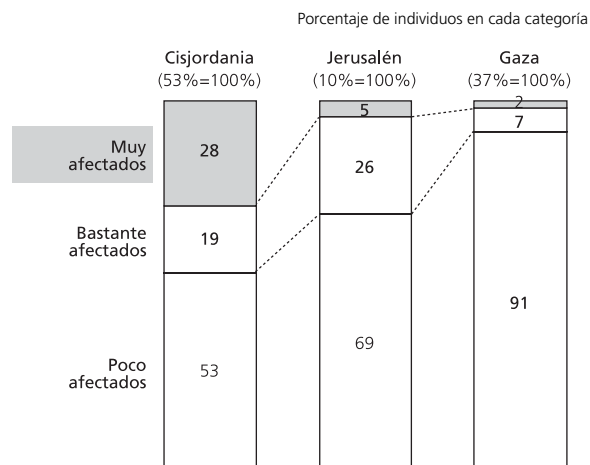


Fig. 17

Segmentación libre por grado en que el muro afecta por zona

También es destacable que el 87% de los entrevistados que viven en un área próxima al muro se encuentran en el segmento de personas «afectadas» (un 33%) o «muy afectadas» (49%), mientras que en la zona no cruzada por el muro, sólo un 25% se encuentra en los segmentos de «afectados» o «muy afectados». Por lo tanto, podemos concluir que por el momento el muro se ve como un problema sólo en aquellas zonas donde la construcción ya está realizada o en marcha, mientras que para el resto de palestinos el problema del muro resulta ser una gran preocupación, aunque todavía no experimenten sus efectos.

Y ya para finalizar con el análisis de las consecuencias de la construcción del muro de separación, añadir que las personas que viven cerca del muro, además de tener muchos más problemas de movilidad en su día a día, viven con una mayor percepción de inseguridad. Mientras que fuera de las áreas del muro se sienten inseguros el 75% de los entrevistados, en los territorios atravesados por el muro dicha proporción aumenta hasta el 90%.

4. Análisis de la ayuda recibida

Al tratar el tema de la ayuda recibida por el pueblo palestino nos topamos con el dilema inherente sobre si la ayuda internacional no está de facto sustituyendo las obligaciones del Estado de Israel que según la Cuarta Convención de Ginebra debería ser quien velara por las necesidades de los civiles de los territorios que está ocupando. En la actualidad, la ayuda de la comunidad internacional a Palestina asciende en media a unos 1.000 millones de dólares anuales, distribuidos de la siguiente forma: un 45% apoyo presupuestario, un 27% ayuda al desarrollo y un 28% ayuda de emergencia¹².

Antes de continuar con un análisis más detallado de la asistencia prestada, debe señalarse que la información que va a presentarse a continuación tiene que tomarse con precaución, no tan sólo por el «efecto memoria» sobre las respuestas de los entrevistados, sino porque además el donante percibido por los beneficiarios es en muchas ocasiones distinto del donante real. No hay que olvidar que buena parte de la ayuda internacional se

dirige a la Autoridad Nacional Palestina o mediante ONGs locales. Tal situación genera que el nivel de la asistencia internacional sea percibido como bajo cuando la realidad de las cifras demuestra que no es así.

Un 48% de los entrevistados afirma que desde el inicio de la segunda Intifada su hogar ha recibido algún tipo de asistencia (comida, medicina, ayuda financiera, educativa, ayudas relacionadas con la generación de empleo). Como se observa en la figura 18, tal proporción es muy superior en Gaza, especialmente en los Campos de Refugiados (un 77%), y en los campos de refugiados de Cisjordania (un 62%). La proporción de los receptores de ayuda en el resto de Cisjordania es del 41%, cifra muy inferior pero que duplica el 19% de los que afirman haber recibido ayuda desde el inicio de la Segunda Intifada en Jerusalén.

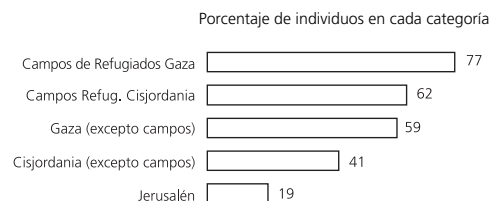


Fig. 18

Recepción de asistencia desde inicio segunda intifada

Por otra parte, un 39% de palestinos afirman haber recibido ayuda durante los 6 meses precedentes a la entrevista. Tal y como se puede observar en la figura 19, es en los campos de Refugiados de Gaza donde más receptores de ayuda hay (un 72%), seguido por el resto de Gaza, donde un 54% recibieron ayuda durante los 6 meses anteriores a la encuesta. A pesar de esta enorme diferencia en el porcentaje de entrevistados que afirman haber recibido ayuda, se observa que es fuera de los campos de Gaza donde más ayuda se ha recibido, ya que la media de 303 NIS recibidos por hogar superan a los 234 NIS recibidos en media en los campos de refugiados de Gaza o los 259 NIS recibidos en los campos de Cisjordania¹³.

¹² UNCTAD (2003) International Support to the Palestinian People 1999-2000 /2001-2003.

¹³ Para calcular el valor de la ayuda recibida se ha calculado un proxy del total de la ayuda prestada teniendo en cuenta como máximo las dos

acciones de asistencia más importantes recibidas por el hogar del entrevistado. Por lo tanto, se trata de un dato orientativo que no debe ser tratado como absoluto, sino como una aproximación.

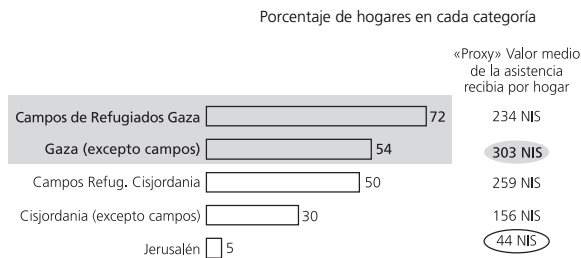


Fig. 19

Recepción de asistencia últimos 6 meses

De hecho, al comparar el tamaño de la población en cada una de las zonas con el porcentaje del total de la asistencia recibida por cada una (figura 20), observamos que es en Gaza fuera de los campos de refugiados donde hay un mayor incremento porcentual de lo que representa la ayuda recibida en valor económico respecto al tamaño poblacional de esta zona (el tamaño sufre un incremento porcentual de un 32%, pasando de representar el 25% del total de la población de los territorios, a recibir el 33% del total de la ayuda recibida en Palestina). La cara opuesta de tal incremento nos la encontramos en Jerusalén donde con el 10% de la población total de los territorios palestinos, tan sólo se recibe un 2% del total de la ayuda.

Al realizar el mismo análisis en función del nivel de pobreza del hogar, constatamos que el 23% que representan aquellos que viven en la pobreza severa, reciben el 36% del valor de la ayuda (experimentando un incremento en el tamaño del 56%), mientras que aquellos que están por encima del nivel de la po-

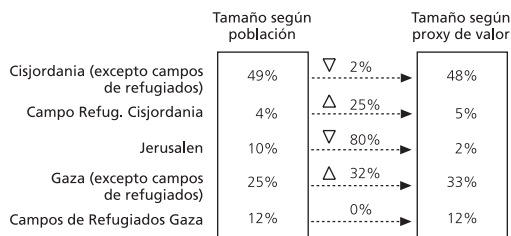


Fig. 20

Comparación tamaño población Vs tamaño según valor ayuda recibida

breza pasan de representar el 44% de la población a ser el 23% de la ayuda).

Analizando estas cifras, podemos concluir que a pesar de que hay una orientación clara a destinar más ayuda a los más necesitados, todavía existen errores en la selección de beneficiarios, ya que un 23% de la ayuda es destinada a hogares que están por encima del nivel de la pobreza, cuando todavía hay hogares pobres y muy pobres que no han recibido ningún tipo de asistencia durante los 6 meses previos a la encuesta.

Cuando analizamos la distribución de la ayuda en función de si los entrevistados poseen o no estatuto de refugiados, se observa una gran diferencia entre aquellos que tienen el estatuto de refugiados y aquellos que no. Como se observa en la figura 21, una mayor proporción de hogares refugiados han recibido ayuda durante los últimos 6 meses. Los refugiados, independientemente de su nivel de pobreza, se encuentran mejor protegidos por la asistencia. Constatamos que mientras que el 84% de los refugiados bajo el umbral de la pobreza han recibido ayuda en los últimos 6 meses, entre los no refugiados más necesitados sólo han recibido ayuda un 55%. Al igual ocurre con los que viven bajo el umbral de la pobreza, mientras que entre los refugiados el 65% han recibido algún tipo de ayuda, entre los no refugiados dicha proporción cae hasta un 44%.

Tal y como hemos comentado, podemos hablar de que nos encontramos con serias ineficiencias o errores a la hora de seleccionar los beneficiarios de la ayuda. Errores que se ven agudiza-

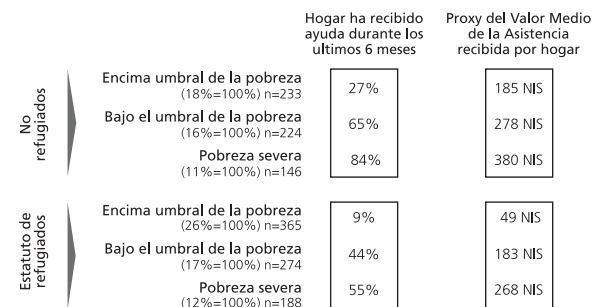


Fig. 21

Valor de la ayuda media recibida por hogar por nivel de riqueza y estatuto de refugiado

dos en el caso de los refugiados donde podemos constatar que un 27% hogares por encima del umbral de la pobreza han recibido ayuda y que el valor medio de ayuda por familia fue de 185 NIS. Mientras, sólo un 55% de los más pobres no refugiados recibieron algún tipo de ayuda. Una información muy gráfica al respecto es el valor medio de la asistencia recibida por los refugiados más acomodados, que fue ligeramente superior a la ayuda media recibida por aquellos no refugiados que se encuentran bajo el umbral de la pobreza (185 NIS frente a 183).

Esta idea queda reforzada con la información expuesta en la figura 22, donde vemos como la proporción de ayuda recibida por los no refugiados más desfavorecidas no sufre ni de lejos el mismo incremento respecto al tamaño que experimenta la ayuda a los refugiados más pobres. El volumen de ayuda recibida por los no refugiados bajo el umbral de la pobreza severa sólo experimenta un incremento del 42% respecto a tamaño en términos poblacionales (siendo el 12% de la población, reciben el 17% de la ayuda). Mientras, los refugiados experimentan un incremento del 82% (siendo el 11% de la población reciben el 20% del valor total de la ayuda). Lo mismo ocurre con aquellos que se encuentran bajo el umbral de la pobreza (entre los no refugiados no hay ninguna diferencia, mientras que entre los refugiados se experimenta un crecimiento del 42%).

Para evitar tales problemas, los criterios de selección de los receptores de la ayuda deberían ser mejorados. El criterio de ser

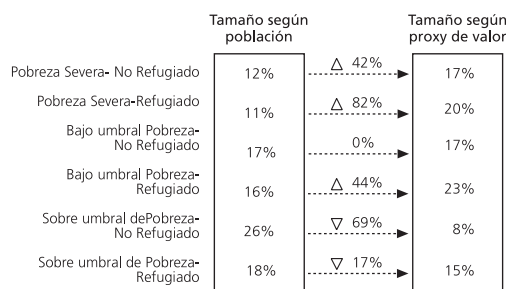


Fig. 22

Comparación tamaño población Vs tamaño según valor ayuda recibida

refugiado o no, no es suficiente para una buena distribución de la ayuda hacia los que más lo necesitan. Es preciso poner en práctica criterios más efectivos en selección de las familias más necesitadas, que son la base y el objetivo principal de toda actividad de ayuda humanitaria.

5. Análisis de preferencias políticas

Pese a la ausencia de un Estado propiamente dicho, el sistema político palestino se caracteriza por ser de una gran complejidad, sobre todo cuando se compara con el resto de países árabes del entorno. La existencia de varios partidos, corrientes o facciones diferentes va más allá de la Monarquía/ Dictador o modelo de partido único de los países colindantes.

Palestina cuenta con una fuerte sociedad civil, donde hace tiempo que se realizan elecciones libres y regulares para los consejos de los sindicatos y de las organizaciones profesionales (algo único en la región). De todas formas, esto no implica que las instituciones políticas palestinas sean completamente democráticas y transparente. Cuestionados sobre la mayor preocupación al respecto de la ANP el 28% de los entrevistados afirman que su mayor preocupación es la corrupción, un 19% el nepotismo y el clientelismo y un 10% que creen que es la ausencia de democracia y de derechos humanos.

A lo largo de este apartado vamos a analizar en profundidad cuales son las preferencias de los palestinos en términos políticos, tanto las declaradas como las preferencias ocultas. También se intentará analizar cuales son las variables que inciden más a la hora de decantar las preferencias hacia un partido político islámico o hacia un partido no religioso.

En primer lugar, vemos en la figura 23 cuales son las preferencias políticas declaradas espontáneamente por los palestinos. Esta cuestión fue realizada como una pregunta abierta, sin sugerir ninguna respuesta¹⁴.

A nivel general se observa que teniendo en cuenta sólo las preferencias declaradas en febrero 2004 son los partidos no religiosos quienes gozan de un mayor apoyo (obteniendo un 27%

¹⁴ Resultados que prácticamente coinciden con los resultados de la encuesta realizada por el Center for Opinion Polls and Survey Studies de

la Universidad Nacional de An Najah realizada en enero del 2004 sobre 1.630 personas.

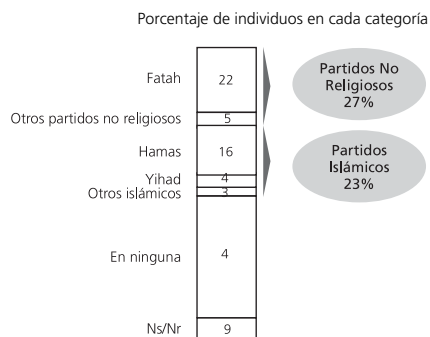


Fig. 23

Partido político preferido citado espontáneamente

de las respuestas, frente al 23% de los partidos islámicos). El partido con un mayor índice de respuestas es Fatah, con un 22% del total (lo que representa un 82% del total de partidarios de organizaciones no islámicas).

Fatah que puede ser traducido por Los Combatientes o La conquista musulmana de tierras no musulmanas o bien Movimiento Nacional de Liberación de Palestina, fue fundado a finales de 1950. Durante los primeros años sus líneas de actuación iban dirigidas a la destrucción de la entidad sionista (Israel) y de Jordania, el objetivo era crear en su lugar un estado democrático y laico. De la misma manera que otras organizaciones, Fatah disponía de un brazo armado: al-Yassifa (La tormenta). Actualmente, Fatah es un partido político de línea moderada (dentro de lo que se considera como nacionalismo de centro) y encabezado por Yasser Arafat. Fatah ha sido la fuerza dominante dentro de la OLP y se considera a sí mismo como «un factor clave en la unificación de los palestinos para obtener la independencia». A su vez, obtuvo la mayoría absoluta en las elecciones de enero de 1996 al Consejo Legislativo Nacional. Al-Fatah rechaza el islamismo político y acepta algunos valores democráticos». Dentro de Fatah conviven diversos sectores. Los que predominan actualmente se han mostrado abiertos a la negociación casi a cualquier precio. Hay otros que, si bien están a favor de la solución pacífica, no creen rentable extender un cheque en blanco.

Respecto a los partidos no religiosos, también destacar el Frente Popular para la Liberación de Palestina que apenas alcan-

za el 2% del total de la preferencia declarado, pese a que en tiempos de la OLP era considerado como el segundo partido más importante entre los palestinos. El FPLP fue fundado en 1967 por George Habash en 1967 y se define como marxista leninista y se sitúa a la izquierda de al-Fatah. Por otra parte, su escisión más a la izquierda y más secular, el Frente Democrático y Popular para la liberación de Palestina (FDPLP) cuenta con un apoyo aún más escaso.

Por otro lado, en la figura 23 se observa como un 23% de los entrevistados citan espontáneamente un partido islámico, siendo Hamas con un 16% de las preferencias el único que hace sombra al 22% que cita a Fatah de forma espontánea. Hamas se traduce como fervor y se forma con las siglas de Movimiento de Resistencia Islámica. Fue fundado en 1987 por un grupo de islamistas, entre ellos Abd al-Aziz Ramtisi y Ahmad Yasin (ambos asesinados durante los últimos meses por las tropas israelíes en su política de asesinatos selectivos). Se creó como un partido islamista con una concepción más nacionalista y más combativa ante el inicio de la primera Intifada. La tendencia anterior de los islamistas había sido no participar en la resistencia, ocupándose más bien de cuestiones de asistencia social y de reislamización. Esta pasividad, y su popularidad llevó a las autoridades israelíes a apoyar a los islamistas con la esperanza de debilitar a Fatah. Este grupo está constituido por una gran base social, es un partido de masas, y no sólo por su red de servicios sociales, también porque su ideología es comprensible y real para muchos palestinos musulmanes, que tienen en la religión un importante punto de referencia. Su posición hacia las negociaciones fue de rechazo, colaborando con grupos de izquierda como el FPLP en frentes de rechazo. Boicoteó las elecciones de 1996, pero manteniendo una posición ambigua respecto a otros posibles procesos electorales. El partido aboga por la desaparición de Israel. Desde la explosión del proceso de paz ha estado en guerra abierta con Israel, ya que su brazo armado, las Brigadas Iz ad-Din al-Qassam, han realizado una serie de atentados suicida, a los que el Ejército Israelí ha respondido con el asesinato de sus líderes más destacados.

A pesar que los entrevistadores fueron instruidos para no mencionar la opción «Ningún Partido» al cuestionar sobre preferencias políticas, un 41% de los entrevistados declararon que no confiaban en ninguno de los partidos o facciones políticas palestinas existentes. A este 41% se le debe sumar el 9% de los entrevistados que se decantan por la opción del No sabe / No

contesta. En total, la mitad de la muestra entrevistada no nos responde de forma espontánea cual es su adscripción política, dato que se antoja muy extraño, sobre todo en una sociedad tan politizada como la Palestina. Por este motivo, se ha realizado una serie de análisis para conocer hacia donde se dirigen las preferencias de aquellos que no han respondido su preferencia política y cuáles son las variables claves que influyen en el hecho de tal preferencia.

Para tal efecto se ha realizado una Análisis Discriminante, que se trata de un método explicativo que permite estudiar las relaciones entre una variable a explicar (preferencia política) y un conjunto de variables explicativas que en nuestro caso he-

mos dividido en 5 grandes bloques: variables socioeconómicas, sociodemográficas, relacionadas con la movilidad y la seguridad, relacionadas con la ayuda recibida y relacionadas con la política. En total 42 variables (ver la lista de variables utilizadas en la siguiente página) que nos permitirán obtener una función discriminante que diferencie entre los partidarios de organizaciones islámicas y los partidarios de organizaciones no religiosas, permitiéndonos clasificar en uno u otro grupo aquellos que no respondieron su preferencia de una forma directa, utilizando para ello las semejanzas existentes entre los grupos respecto a las variables explicativas utilizadas. En las páginas posteriores se exponen de forma gráfica y esquemática los fundamentos y los resultados del análisis discriminante realizado.

Variables socioeconómicas

- Ingreso se aproxima a las necesidades
- Ingreso familiar
- Segmentación según la fuente fuente de ingresos (3)
- Situación laboral (4)
- Tiempo que jefe de familia estuvo en paro desde inicio Intifada
- Numero de servicios en el hogar
- Tiene algún familiar inmigrante
- Empleado gubernamental
- Intención de emigrar en el futuro
- Número de miembros del hogar perdieron empleo ult. 6 meses
- Número de mujeres que trabajan fuera del hogar

Variables sociodemográficas

- Estatuto de refugiado
- Estado civil (2)
- Zona geográfica (3)
- Sexo (2)
- Tipo de hábitat (3)
- Nivel de instrucción

Variables relacionados con la movilidad y la seguridad

- Percepción de Seguridad
- Problemas de movilidad
- Construcción del Muro afecta al hogar
- Grado en que la construcción del muro afecta al hogar
- Desplazamiento de la familia desde inicio Intifada
- Sin problemas para llegar al trabajo
- Grado de sufrimiento de los niños del hogar

Variables relacionados con la Ayuda recibida

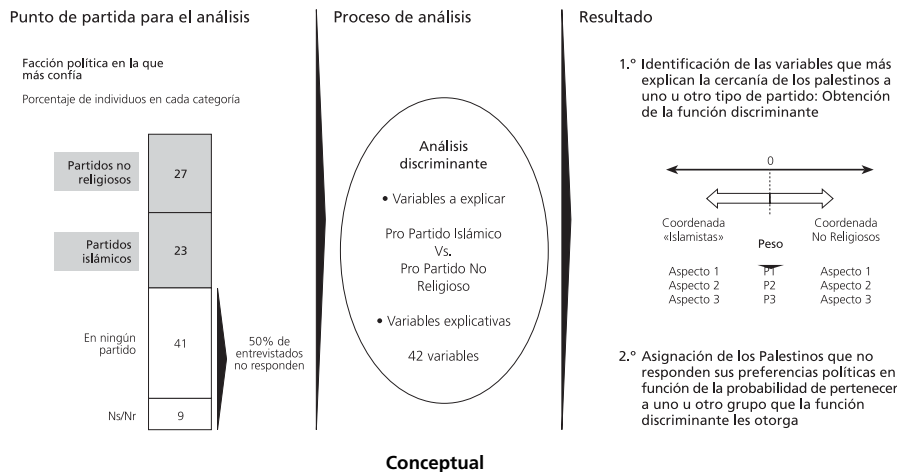
- Valor de la asistencia recibida por el hogar
- Hogar recibió ayuda UNRWA
- Hogar recibió ayuda ANP
- Hogar recibió ayuda de org. Islámicas
- Creen que necesitan ayuda y no reciben
- Número de servicios recibió de la ANP
- Insatisfacción con la ayuda recibida en el pasado
- Número de servicios recibió de Org. Islámicas
- Número de servicios recibió del UNRWA
- Número de servicios recibió de organiz.internacionales
- Número de servicios recibió de Ongs locales

Variables relacionados con la política

- Principal fuente de información política (7)
- Opina que las autoridades locales son eficientes
- Interesado por la política local
- Cree en la independencia de las autoridades locales
- Preocupado por la corrupción en la ANP
- Opina que es necesaria una reforma ANP

Variables explicativas utilizadas para el analisis discriminante*

* Entre paréntesis número de categorías de cada variable.



Función discriminante: (λ . wilks = 0,802; Bondad del Ajuste: General: 70%; «Islamistas»: 72%; «No Religiosos»: 68%)

	Coordenada del segmento en la función discriminante: -0,6 Partidario Partidos Islamistas	Peso de cada aspecto en la función	Coordenada del segmento en la función discriminante: +0,5 Partidario de Partidos No religiosos	
Aspectos con más peso en la función discriminante	• Menor proporción de empleados gubernamentales	,33	• Mayor proporción de empleados gubernamentales	← Situación laboral ← Medios ← Zona ← Ayuda/ serv. recibidos
	• Menor proporción de empleados a tiempo completo	,31	• Mayor proporción de empleados a tiempo completo	
	• Menor proporción personas informadas por AL-ARABYAH	,31	• Mayor proporción personas informadas por AL-ARABYAH	
	• Mayor proporción personas informadas con AL-MANAR	-,26	• Menor proporción personas informadas con AL-MANAR	
	• Menor proporción personas recibieron ayuda ANP	,23	• Mayor proporción personas recibieron ayuda ANP	
	• Considera necesaria menos cantidad mensual para vivir	,22	• Considera necesaria una mayor cantidad mensual para vivir	
	• Menor proporc. personas que creen eficiencia autoridades locales	,21	• Mayor proporc. personas que creen eficiencia autoridades locales	
	• Mayor proporción habitantes de Jerusalén	-,19	• Menor proporción habitantes de Jerusalén	
	• Menor proporción habitantes de Cisjordania	,17	• Mayor proporción habitantes de Cisjordania	
	• Mayor número de servicios recibidos de Org. Islámicas	-,17	• Menor número de servicios recibidos de Org. Islámicas	
• Menor proporción personas que se sienten seguras	,16	• Mayor proporción personas que se sienten seguras		
• Menor número de servicios recibidos de ONGs locales	,15	• Mayor número de servicios recibidos de ONGs locales		
• Mayor proporción de Mujeres	,15	• Mayor proporción de hombres		
• Mayor proporción de personas preocupadas por la corrupción	-,14	• Menor proporción de personas preocupadas por la corrupción		
• Menor proporción que creen en la independencia autorid.locales	,14	• Mayor proporción creen en la independencia autorid.locales		
• Mayor proporción personas informadas por ALQUDS	-,14	• Menor proporción personas informadas por ALQUDS		
• Mayor proporción personas recibieron ayuda organiz.islámic	-,13	• Menor proporción personas recibieron ayuda organiz.islámic		
• Menor proporción hogares recibieron ayuda ultimos 6 meses	,12	• Mayor proporción hogares recibieron ayuda ultimos 6 meses		
• Jefe de familia desempleado más tiempo	-,12	• Jefe de familia desempleado menos tiempo		
• Mayor proporción personas viven en la ciudad	-,12	• Menor proporción personas viven en la ciudad		
• Menor proporción que creen que necesit. ayuda y no reciben	,12	• Mayor proporción que creen que necesit. ayuda y no reciben		
• Mayor proporción que creen que ANP deberá ser reformada	,12	• Menor proporción que creen que ANP deberá ser reformada		
• Menor número de servicios en el hogar (tv satelite, Internet,...)	,11	• Mayor número de servicios en el hogar (tv satelite, Internet,...)		
• Menor conocimiento sobre las actividades de las autoridades locales	,11	• Mayor conocimiento sobre las actividades de las autoridades locales		
• Menor proporción personas informadas por Radio y TV Palestina	,10	• Mayor proporción informadas por Radio y TV Palestina		
• Menor proporción con familiares inmigrantes	,10	• Mayor proporción con familiares inmigrantes		
• Mayor proporción Segmento dependiente de Emp.Temporal & Ayuda	-,10	• Mayor proporción Segmento dependiente de Empl.Temporal & Ayuda		

Identificación de las variables que más explican la propensión de los palestinos a confiar en una organización islámica o una organización no religiosa

Comparando los partidos de Organizaciones «no religiosas» con los partidarios de organizaciones islámicas se ha obtenido una función discriminante que permite identificar las variables que más influyen en pertenecer a uno u otro grupo. Además se ha obtenido la probabilidad que cada individuo tiene de pertenecer a uno y otro grupo en función de los valores que toman las variables explicativas.

Para validar el resultado del análisis discriminante efectuado, observamos como la bondad del ajuste es de un 70%, lo que implica que según la función discriminante estimada por el análisis, un 70% de los casos se asignan correctamente en función de los valores en las variables explicativas. Se trata de un valor aceptable, aunque podría ser mejorado de cara al futuro con la introducción en el cuestionario de variables que ayuden a discriminar más entre ambos grupos (un conjunto de escalas de valoración sobre diversas frases de carácter político, religioso o social sería muy recomendable). De hecho, las preguntas de carácter políticas incluidas en el cuestionario actual dado su alto nivel de no respuesta no son las ideales para este tipo de análisis¹⁵.

Por otro lado, la lambda de Wilks que nos permite testar la hipótesis de si las puntuaciones discriminantes medias de los grupos son iguales o diferentes es de 0,8 y significativa según el estadístico ji cuadrado, lo que implica que hay diferencias significativas entre las puntuaciones discriminantes medias de los dos grupos para un nivel de significación del 0,0%.

En la página anterior, tenemos las correlaciones de las variables con mayor peso en la función discriminante estimada. En este gráfico observamos como valores positivos son aspectos asociados a los partidarios de las organizaciones «no religiosas» y los aspectos con valores negativos son asociados a los partidarios de organizaciones islámicas. A pesar de ser correlaciones bastante bajas, lo que nos indica que no hay una serie de variables claves que nos ayuden a poder predecir las preferencias políticas, si que encontramos una serie de variables con mayor peso que otras a la hora de diferenciar entre los partidarios de orga-

nizaciones islámicas y los partidarios de organizaciones religiosas. Por ejemplo, observamos que según la función discriminante de las variables que más condiciones a confiar en un partido no religioso tienen que ver con la situación laboral y más concretamente con el hecho de tener un trabajo gubernamental y tener un empleo fijo. En segundo lugar, se observa que también tiene mucha importancia los medios de comunicación en los que se confía para la información. Medios como Al Arabyah o la Radio y TV Palestina son más utilizados por los partidarios de organizaciones no religiosas, mientras que Al-Manar o el periódico Al-Quds son medios con una mayor proporción de partidarios de partidos islámicos. También se observa como la zona es bastante importante y, por ejemplo, nos encontramos con una mayor proporción de partidarios de organizaciones islámicas en Jerusalén, mientras que en Cisjordania hay más partidarios de organizaciones no religiosas. Por último, también se observa como la ayuda recibida juega un papel a la hora de decantar las preferencias hacia uno u otro lado. Entre los islamistas hay una mayor proporción que recibieron ayuda o servicios de Organizaciones islámicas, mientras que entre los partidarios de organizaciones «no religiosas» recibieron más ayuda de la ANP y más servicios de organizaciones locales.

Por otro lado, la función discriminante obtenida nos permite asignar una preferencia política a los entrevistados que no la habían respondido en el cuestionario, por lo que podremos observar cuál de las dos tipologías de partidos cuentan con un mayor apoyo en términos de población. Gracias a las probabilidades de pertenecer a uno u otro grupo que la función discriminante nos ofrece, se ha asignado una preferencia política a aquellos que no respondieron ni de forma espontánea ni sugerida en. El criterio escogido fue de asignar a todos los que tuvieran una probabilidad mayor al 60% de ser de uno de los dos grupos¹⁶. Con ello conseguimos asignar a buena parte de ese 50%¹⁷ y ver cuál es el efecto de dicha ocultación del voto.

En la figura 24 observamos como quedaría el reparto de fuerzas según la preferencia declarada espontáneamente (excluyendo del análisis a los que no citan ninguna fuerza) confronta-

¹⁵ De hecho durante los análisis preliminares se constató que introduciendo la variable tipo de gobierno desearía para Palestina el ajuste del modelo discriminante aumentaba al 75%. Finalmente se decidió excluir esa variable por el elevado porcentaje de No Respuesta (prácticamente un 40%).

¹⁶ Con ello intentamos dejar fuera aquellos casos cuyo perfil no es claro para ninguno de los dos grupos.

¹⁷ Sólo nos queda un 7% sin asignar que dejarán de ser considerados en los posteriores análisis.

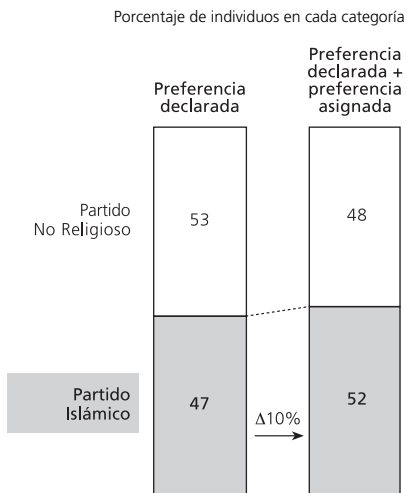


Fig. 24
Simpatía «oculta por los partidos islamistas»

do con como es el reparto de fuerzas una vez asignada una preferencia a aquellos que no lo citaron espontáneamente. Como deja bien claro esta figura, se observa que en realidad hay una ligera preferencia oculta por los partidos islamistas, que provoca que su grado de preferencia sufra un incremento porcentual de un 10%, pasando de ser el preferido para el 47% de los que responden, a ser preferido por el 52% (es decir más de la mitad de los entrevistados). Este dato nos muestra que entre los que no responden su opción política hay una mayor proporción de partidarios de partidos islámicos que de partidos no religiosos. Entre el 9% que contestó Ns/Nr de forma espontánea, el 70% fueron asignados a partidos islámicos según el análisis, y del 41% que dice que no confía en Ningún partido, un 56% fueron asignados a partidos islámicos.

A continuación, se van a analizar las preferencias políticas en función de las variables claves incluidas en el cuestionario. Para este análisis se ha utilizando la nueva variable creada que tiene

en cuenta la preferencia declarada, así como la preferencia asignada en base a la función discriminante.

Para presentar las preferencias se han dividido las variables en grandes bloques de información:

- Variables relacionadas con la Ayuda.
- Variables Socioeconómicas.
- Variables Sociodemográficas.
- Variables relacionadas con aspectos políticos.

Para cada variable se han realizado análisis de significación estadística (ji cuadrado y Anova) para determinar si hay diferencias significativas estadísticamente en las preferencias políticas en función de estas variables.

Principales diferencias	Confía partidos		Total
	«No Religiosos»	«Islámicos»	
	(47%=100%)	(53%=100%)	(100%=100%)
Recibieron ayuda últimos 6 meses (*)	Sí recibieron ayuda (39%=100%)	52%	48%
	No recibieron ayuda (61%=100%)	45%	55%
	Valor medio de asistencia recibida	220	171
Recibieron ayuda ANP (*)	Sí recibieron ayuda (10%=100%)	63%	37%
	No recibieron ayuda (90%=100%)	46%	54%
Recibieron ayuda Org. Islámicas (*)	Sí recibieron ayuda (5%=100%)	36%	64%
	No recibieron ayuda (95%=100%)	48%	52%

Fig. 25
Preferencia de partidos no religiosos vs partidos islámicos según variables relacionadas con la ayuda¹⁸

Tal y como se puede observar en la figura 25, entre los que recibieron ayuda hay una mayor preferencia hacia los partidos no religiosos (un 52%), cinco puntos superior al 47% que prefiere partidos no religioso en el conjunto de la población. De hecho al analizar el valor medio de la ayuda recibida por los partidarios de organizaciones no religiosas es significativamente superior a lo recibido por los partidarios de organizaciones islámicas. También es destacable como los que recibieron ayuda de la ANP se decantan mayoritariamente (un 63%) por partidos no religiosos, mientras que el 64% de los que recibieron ayuda de organizaciones islámicas prefieren partidos de corte islámico.

¹⁸ Diferencias estadísticamente significativas al 95% utilizando el estadístico ji cuadrado en las variables nominales y un análisis Anova en las variables métricas.

Principales diferencias			Confía partidos «No Religiosos» (47%=100%)	Confía partidos «Islámicos» (53%=100%)	Total (100%=100%)
Situación Laboral (*)	Trabajador a tiempo completo	(39%=100%)	62%	38%	100%
	Trabajador a tiempo parcial	(15%=100%)	45%	55%	100%
	Desempleado	(13%=100%)	42%	58%	100%
	Estudiantes / Retirados	(14%=100%)	42%	58%	100%
	Ama de casa	(32%=100%)	41%	59%	100%
Trabaja en la administración (*)	Sí	(15%=100%)	64%	36%	100%
	No	(85%=100%)	45%	55%	100%
Desempleo del Jefe de familia (*)	En paro desde inicio intifada	(9%=100%)	32%	68%	100%
	Media desde inicio intifada (meses)		6,9	8,5	7,7
Ingreso por persona necesario Vs. ingreso real	Ingreso medio por persona estimado (1) (NIS)		425	373	398
	Ingreso medio considerado necesario (NIS)		546	464	503
Nivel de Pobreza (*)	Sobre el umbral de la pobreza	(47%=100%)	51%	49%	100%
	Bajo el umbral de la pobreza	(25%=100%)	48%	52%	100%
	Pobreza severa	(28%=100%)	42%	58%	100%
Segmentación según fuente de ingresos hogar (*)	Salarios de empleos fijos	(47%=100%)	49%	51%	100%
	Activ. Independ./Pequeño negocio	(25%=100%)	48%	52%	100%
	Salario Empleos Temporales + Ayuda	(28%=100%)	45%	55%	100%

Al analizar las preferencias políticas en función de variables socioeconómicas, corroboramos que las variables relacionadas con la situación laboral generan importantes diferencias. Podemos observar que entre aquellos que trabajan a tiempo completo un 62% confían más en partidos no religiosos, mientras que el 58% de los desempleados o el 59% de las amas de casa confían en partidos islámicos. También se observa que hay una mayor incidencia del paro en las familias de los partidarios de partidos islámicos. Mientras que el jefe de familia de los pro islámicos ha estado en media 8,5 meses en paro desde el inicio de la intifada, entre los partidarios de organizaciones no religiosas no llega a 7 meses. Por último, hay que destacar que se observa una ligera relación entre las preferencias y el nivel de pobreza. Entre los más pobres aumenta la preferencia de los partidos islámicos. A pesar de esto, la diferencia entre ambos grupos respecto a los ingresos medios percibidos por persona no es estadísticamente significativa.

(1) Estimado a partir de la respuesta en intervalos sobre los ingresos del hogar y el número de personas del hogar

(2) Ver obtención de la segmentación en el bloque dedicado al análisis socioeconómico

(*) Diferencias estadísticamente significativas al 95% utilizando el estadístico ji cuadrado en las variables nominales y un análisis Anova en las variables métricas

Preferencia de partidos no religiosos vs partidos islámicos según variables socioeconómicas

Principales diferencias			Confía partidos «No Religiosos» (47%=100%)	Confía partidos «Islámicos» (53%=100%)	Total (100%=100%)
Zona geográfica (*)	Cisjordania	(53%=100%)	53%	47%	100%
	Gaza	(37%=100%)	46%	54%	100%
	Jerusalén	(10%=100%)	29%	71%	100%
Tipo de hábitat (*)	Pueblos	(30%=100%)	53%	59%	100%
	Campo Refugiados	(16%=100%)	51%	59%	100%
	Ciudad	(54%=100%)	44%	56%	100%
Condición de refugiado	Refugiado	(54%=100%)	48%	52%	100%
	No refugiado	(46%=100%)	47%	53%	100%
Sexo del entrevistado (*)	Hombre	(49%=100%)	53%	59%	100%
	Mujer	(51%=100%)	43%	57%	100%
Edad del entrevistado (*)	Edad 18-24	(21%=100%)	44%	56%	100%
	Edad 25-50	(63%=100%)	50%	50%	100%
	Edad más de 50	(16%=100%)	45%	55%	100%
	Media edad (años)		36	37	36
Nivel de instrucción (*)	Alto	(40%=100%)	49%	52%	100%
	Medio	(51%=100%)	47%	53%	100%
	Bajo	(9%=100%)	50%	50%	100%

Las preferencias políticas entre los palestinos difieren bastante según la zona donde viven. Se observa una clara preferencia por partidos islámicos en Jerusalén (un 71%) y muy ligera en Gaza (un 54%). En cambio, en Cisjordania se observa una ligera preferencia de partidos no religiosos (un 53%). También se observa una relación estadísticamente significativa entre el tipo de hábitat y la preferencia política. En los pueblos y en los campos de refugiados una ligera mayoría (53% y 51% respectivamente) prefieren partidos no religiosos, mientras que en las ciudades el 56% se decanta por partidos islámicos. Significativa es también las diferencias observadas respecto al sexo del entrevistado. Mientras que un 53% de los hombres prefieren partidos no religiosos, un 57% de las mujeres se decantan por partidos islámicos. En cambio, las variables ser refugiado, edad y nivel de instrucción no comportan diferencias significativas estadísticamente respecto a las preferencias.

(*) Diferencias estadísticamente significativas al 95% utilizando el estadístico ji cuadrado en las variables nominales y un análisis Anova en las variables métricas

Preferencia de partidos no religiosos vs partidos islámicos según variables sociodemográficas

Principales diferencias			Confía partidos «No Religiosos» (47%=100%)	Confía partidos «Islámicos» (53%=100%)	Total (100%=100%)
Principal fuente de información política (*)	Al Jazeera	(37%=100%)	49%	51%	100%
	Al Manar	(16%=100%)	29%	71%	100%
	Radio / TV Palestina	(14%=100%)	57%	43%	100%
	Al-Arabyyah	(7%=100%)	77%	23%	100%
	Al-Quds	(7%=100%)	31%	69%	100%
	Abu Dhabi	(6%=100%)	64%	36%	100%
Modelo de país para Palestina (*)	Estados árabes	(45%=100%)	58%	42%	100%
	Estados Occidentales	(30%=100%)	66%	34%	100%
	Estados islámicos	(16%=100%)	13%	87%	100%
Principal preocupación respecto ANP (*)	Corrupción	(29%=100%)	40%	60%	100%
	Nepotismo / Clientelismo	(19%=100%)	56%	44%	100%
Reforma APN (*)	Prioritaria	(72%=100%)	45%	55%	100%
	No prioritaria	(28%=100%)	53%	47%	100%
Eficiencia Autoridad local (*)	Eficiente	(38%=100%)	55%	45%	100%
	No eficiente	(62%=100%)	44%	56%	100%
Seguimiento política local (*)	Elevado	(34%=100%)	45%	55%	100%
	Bajo	(66%=100%)	52%	48%	100%

Como ya nos señalaba el análisis discriminante, nos encontramos con grandes diferencias en las preferencias en función de la principal fuente de información. Pese a que en la fuente más utilizada, Al Jazeera (citada por el 37% de la muestra) apenas haya diferencias en cuanto a las preferencias, en el resto de medios si que se observan importantes diferencias. Los asiduos a medios como Al-Arabyyah, Abu Dhabi o la Radio y Tv Palestina prefieren mayoritariamente Partidos no religiosos, mientras que los que citan Al Manar o Al Quds hay una mayor preferencia de partidos islámicos. También es importante destacar como hay una clara relación entre el tipo de partido preferido y el modelo de país deseado para Palestina. Un 66% de los que desearían un país al estilo occidental se decantan por partidos no religiosos, mientras que un 87% de los que desearían un estado islámico se decantan por partidos islámicos. Es destacable como aquellos que creen que el principal problema de la ANP es la corrupción son mayoritariamente partidarios de partidos islámicos (un 60%). El resto de variables presentadas (idoneidad de la reforma de la Autoridad Nacional Palestina, la valoración sobre la eficiencia de la autoridad local o el seguimiento político local) también son estadísticamente significativas, aunque la relación no es tan clara como en las antes comentadas.

(*) Diferencias estadísticamente significativas al 95% utilizando el estadístico ji cuadrado en las variables nominales y un análisis Anova en las variables métricas

Preferencia de partidos no religiosos vs partidos islámicos según variables políticas

6. Conclusiones

A través de este documento hemos analizado cuales son las percepciones de los palestinos respecto a sus condiciones de vida. También se ha analizado cuáles son sus preferencias políticas y cuáles son los aspectos (socioeconómicos, sociodemográficos, opiniones políticas) que más influyen en preferir un partido islámico de un partido no religioso.

Las principales conclusiones extraídas respecto a la situación socioeconómicas son las siguientes:

- La sociedad Palestina convive con unos grandes niveles de pobreza (un 56% de los palestinos entrevistados viven bajo el umbral de la pobreza), aunque la distribución de dicha pobreza es desigual a lo largo del territorio (en Gaza los niveles de pobreza son bastante superiores a los de Cisjordania y muy superiores a los de Jerusalén).
- Considerando el conjunto de los territorios ocupados palestinos, en los últimos dos años la pobreza se encuentra ligeramente en retroceso (se ha descendido de un 62% de personas bajo el umbral de la pobreza en noviembre del 2002, al 56% en febrero del 2004), aunque hay que tener en cuenta que la duración del conflicto está provocando que un 43% de los entrevistados afirman estar próximos a agotar sus recursos y un 14% declaran ya no tener suficiente para vivir.
- Tener un trabajo a tiempo completo que permita hacer llegar al hogar un salario fijo todos los meses se demuestra como el aspecto fundamental a la hora de evitar que los hogares palestinos caigan por debajo del umbral de la pobreza. La generación de ingresos debería ser uno de los principales objetivos de las políticas de ayuda y cooperación.
- En los campos de refugiados de Gaza y Cisjordania es donde nos encontramos con un mayor gap entre ingresos considerados como necesarios para la vida diaria y los ingresos obtenidos por el hogar (gap que supera en ambos casos el 40%).

Las principales extraídas respecto a como afecta el conflicto en términos de sentimiento de seguridad y de movilidad son las siguientes:

- 7 de cada 10 palestinos no se sienten seguros (proporción que aumenta a ocho de cada 10 en Cisjordania).

- El conflicto está generando un importante sufrimiento en los niños y es en Gaza donde nos encontramos con un mayor sufrimiento infantil. A su vez, también es destacable que entre los niños de hogares más pobres es donde se observa un mayor sufrimiento infantil.
- Las restricciones de movilidad causan muchos más problemas a los hogares en Cisjordania que en Gaza o Jerusalén. De hecho, se observa como los habitantes de Gaza y Jerusalén apenas se sienten afectados directamente por la construcción del muro de separación en plena fase de construcción por el Estado de Israel. Se puede concluir que pese a que el muro es visto como una gran preocupación por casi la totalidad de los palestinos, de momento sus efectos se circunscriben solamente a las zonas donde ya se encuentra en funcionamiento.

Por lo que respecta a la Asistencia prestada al pueblo palestino las principales conclusiones extraídas son:

- La asistencia local y la ayuda exterior tienen un fuerte impacto en la vida de los palestinos. Prácticamente la mitad de los entrevistados se han beneficiado de algún tipo de asistencia desde el inicio de la Segunda Intifada.
- Se detectan problemas en cuanto a la focalización de la ayuda, observándose como se prima en mayor medida a los refugiados, independientemente del nivel de pobreza. Así, hemos podido constatar que un cuarto de la ayuda recibida por los hogares palestinos en los 6 meses anteriores a la encuesta fue destinada a hogares sobre el umbral de la pobreza. Se trata de una disfunción importante, ya que hemos podido observar como un buen número de hogares que se encuentran viviendo en la pobreza no recibieron ningún tipo de ayuda en el periodo de julio del 2003 a febrero del 2004, mientras que un 27% de refugiados por encima de la pobreza si que recibieron algún tipo de ayuda.

Por último, las principales conclusiones extraídas del análisis de las preferencias políticas son:

- Hay una gran ocultación de la preferencia política. La mitad de los entrevistados no citaron de forma espontánea cual es su opción política favorita (un 41% dijeron ninguna y un 9% Ns/Nc).

- Entre los que respondieron a la pregunta, más de la mitad se decantaron por partidos no religiosos (un 53%). Pero la No respuesta no se distribuye igual entre los partidarios de ambos tipos de partidos. El análisis y la asignación de aquellos que no respondieron nos lleva a la conclusión de que hay una preferencia por los partidos islámicos que tiende a ser ocultada en las respuestas. De esta forma según las preferencias declaradas junto a las asignadas, en febrero del 2004 las organizaciones islámicas tendrían un mayor apoyo que las organizaciones no religiosas (un 52% frente a un 48%).
- Se detecta que las variables que más influyen respecto a las preferencias políticas son la situación laboral (los trabajadores a tiempo completo se decantan más por partidos no religiosos y más especialmente los que trabajan en la administración), los medios de comunicación en los que más confían y, por último, la zona en la que viven también tiene especial importancia (sobre todo en Jerusalén, donde los partidos islámicos se imponen por amplia mayoría).

7. Bibliografía

- ARIJ, 2003a, *The Segregation Wall- A new episode of changing Jerusalem Boundaries*, Applied Research Institute, mayo 2003.
- BOCCO, R.; BRUNNER, M.; RABAH, J., *The Role of International an Local Aid during the Second Intifada. An Analysis of Palestinian Public Opinion in the West Bank and the Gaza Strip (October 2000-December 2001)*, Report n.º 3 Ginebra.
- CENTER FOR OPINION POLLS AND SURVEY STUDIES, *Results of Palestinian Public Opinons Polls*, n.º 4, enero 15-17-2004.
- JAMAL, Salah, *Palestina, Ocupación y Resistencia Breve historia del conflicto de Oriente Medio a la luz de la primera guerra del siglo XXI*, Ediciones Flor del Viento, Barcelona 2002.
- IUED, *Palestinian Public Perceptions on Their Living Conditions. Report VI*, octubre 2003, Ginebra.
- IUED, *Palestinian Public Perceptions on Their Living Conditions. Report VII* (todavía no publicado).

PALESTINIAN CENTRAL BUREAU OF STATISTICS, *Labour Force Survey* (April-June 2004), 29 de julio 2004.

SPPS, User's guide SPSS 11.0, Chicago 2003.

UNITED NATIONS, Report of the Commisioner-General of the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, 1 de julio 2002-30 junio 2003.

UNCTAD (2003), *Internacional Support to the Palestinian People 1999-2000/2001-2003*.

Direcciones de Internet consultadas

Palestina Central Bureau Statistics (<http://www.pcbs.org>)

United Nations Reliefs and Works Agency (UNRWA) (<http://www.unrwa.org>)

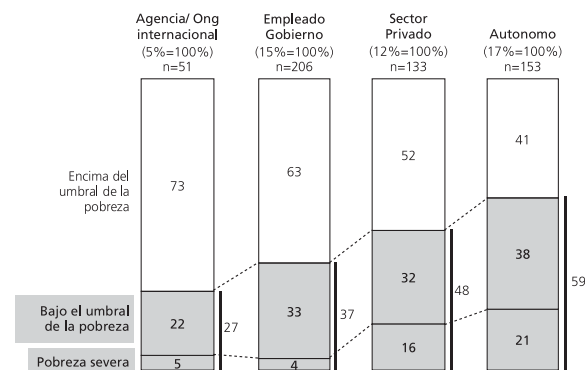
OCHA (<http://www.reliefweb.org>)

Centre for Opinon Polls ans Survey Studies (<http://www.najah.edu>)

Palestinian Red Crescent Society (<http://www.palestinercs.org>)

Development Applied Research Team (<http://www.dartmonitor.org>)

Anexo 1: Nivel de pobreza del hogar según la actividad profesional



Facing loss: coping mechanisms of mayan widows in Guatemala

Patricia Kaupisch*

Introduction

In this paper I wish to discuss the theme of Mayan Widows in Guatemala and how they face the loss of loved ones in the so called time of «la violencia», the popular name for the former military dictatorship's overwhelming counterinsurgency campaign against Guatemala's rural, and mostly Indian citizens. Today, there are an estimated 80,000 widows in Guatemala. I will be focusing on psychological pain and coping mechanisms of these women. I shall be calling on definitions of trauma, explaining positive changes after trauma and coping mechanisms. I feel it is a worthwhile area of research as trauma and grief in relation to death of someone close, is something which shall at one point, touch everyone of us. However, in our society, as in most, death and our feelings towards it, are rarely spoken about. I became interested specifically in the plight of widows in Guatemala after spending two months there and witnessing the strength and resourcefulness of these women. Furthermore, little has been written on Mayan widows specifically and how the war reshaped social relations in Mayan homes and communities.

As we know, women are integral to all aspects of society- they are the pillar of the family. However, the multiple roles that they fulfil in society render them at higher risk of experiencing mental health problems than others in the community. Women bear the burden of responsibility associated with being wives,

mothers and carers of others. Increasingly, women are becoming an essential part of the labour force and in one-quarter to one-third of households they are the prime source of income (WHO, 1995).

What then does it mean to be a woman alone in the villages of the Guatemalan highlands after brutally losing your husband or partner? What are the survival tactics of women who were heading households alone: their coping mechanisms and how do they fulfil their dual economic roles, how does widowhood reshape women's behaviour?

My objectives are: To understand and describe what it implies to be a widowed women in Guatemala. Analyse their survival mechanisms that they developed as a consequence of the situation. Understand how this situation redefines their roles and behaviour.

To answer these questions, I shall be basing myself primarily on the research and fieldwork carried out by Linda Green in her study, «Fear as a Way of Life- Mayan Widows in Rural Guatemala» and Judith N. Zur in her text: «Mayan War Widows in Guatemala»¹.

I hypothesise, firstly that the way in which these women experience widowhood is intimately related to certain existing values within the Guatemalan society, in conjunction with the

* Patricia Kaupisch holds is Master in International Humanitarian Action.

¹ GREEN, Linda, *Fear as a Way of Life*. Mayan Windows in Rural Guatemala. United States of America, Columbia University Press, [n.d].

Zur, Judith N., *Violent Memories. Mayan War Windows in Guatemala*. United States of America, Westview Press, 1998.

significance of marriage, family, the division of labour and of death. Secondly, I hypothesise that, despite all the concomitant difficulties, Mayan widows in Guatemala manage to overcome the problems and trauma they face, to find a degree of self-empowerment in their status as widows and women.

1. History of la violencia

Guatemala found itself in a state of continual, low level civil war since the early 1960's.

Intense internal warfare that raged in the country during the 1970s and 1980s and which is referred to as la violencia; the total number of casualties may never be known to any accuracy, but the figures known are between 100,000 to 200,000 people killed or disappeared. Out of a population of around 8 million, half-a-million became internally displaced persons, it is estimated that about 150,000 people fled to Mexico as political or economic refugees with around 200,000 finding their way to other countries².

Whilst more men than women were the victims of la violencia, due to them being forcibly conscripted into the military as well as their higher presence in the ranks of assorted guerrilla forces, both men and women suffered in la violencia and both continue to live in fear of the possibility of falling victim to further acts of state sponsored terror.

Women were not only affected by la violencia as victims of violence and subject to extreme repression, but also as wives, partners, daughters and mothers to the killed or disappeared. This means that many women had double their share of trauma to deal with after the experiences of extreme violence that characterised la violencia. It was these experiences that have been many women's driving forces behind their prominent participation in and membership of human rights and grassroots women's organisations.

La violencia was a part of the battle between governmental military and non governmental guerrilla forces. The counterinsurgency war of the 1960's began with Government forces routing

guerrillas in eastern Guatemala. This was a state effort to meet guerrilla terror with counter-terror to battle the «communists» within.

In the late 1970s and early 1980s during the military regimes of General Lucas Garcia (1978-1982) and General Rios Montt (1982-3) the situation intensified as guerrilla groups mounted attacks on military installations, took over towns and threatened major landowners in the western highlands.

For the guerrillas however, this was not a war to bring communism, but an armed struggle to challenge the legitimacy of the state and the exploitation of Guatemalan peasants by wealthy landowners and the export focussed elite.

The guerrilla movement strengthened and extended their operations through the umbrella group Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). However, many Mayan communities expressed their dissatisfaction with politics and its neglect of rural needs by joining grassroots activist networks such as the Comité de Unidad Campesina (CUC).

Many Mayans, then, were not as closely identified to the guerrilla movements as one might expect, due to the Governmental stance that being Mayan was in some way synonymous with being a guerrilla. However, this said, la violencia was an expression of unresolved tensions in Guatemalan racism, since the economic and class tensions that caused the guerrilla to struggle against the state are very much drawn along ethnic lines in Guatemala. It would be wrong to draw this equivalence out in a totally literal way. However, it must be remembered that the colonial and modern plantation economies in Guatemala were built on social ideologies and economic-political policies that put the impoverished Mayan to the yoke and subsequently kept them poor.

It is important and interesting to note the real character of la violencia for Mayans in Guatemala as well as the numbers killed in relation to the numbers of ladinos who died. It raises the question as to whether it was the «communists» within who were the government's target or the Maya. This view of la violencia not as a battle against «communism» in U.S style —influenced by the policy agendas of many very U.S influenced Guatemalan

² WARREN, Kay B., «Interpreting La Violencia in Guatemala: Shapes of Mayan Silence & Resistance.» In: *The Violence Within: Cultural and Po-*

litical Opposition in Divided Nations. United States of America, Westview Press Inc, Boulder Colorado, 1993. p. 25.

administrations after their defining role in the topple of the Guatemalan government in 1957 and thereafter— but actually as a program of social ethnic than political purging aimed squarely against the Maya is not one that easy to dismiss. Menchú and Falla have both referred to la violencia as *genocide* since the Maya were purely targeted on ethnic grounds³. By the Guatemalan Army's own admission, over 440 rural villages in the altiplano were completely destroyed, and countless others were partially razed.

It can be said that economic status in Guatemala is more or less drawn along ethnic lines. This is one of the reasons used by the military for targeting Mayan communities, since the impoverished have a stake in trying to fight for rights for the poor to get loans to buy land and help pay for agricultural machinery or corn seeds, purposes which were seen as aligned with URNG (Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca) goals.

In addition to this, many Mayan villages ran co-operatives—seen by the military as communist— many of which had to close down during la violencia for fear for the workers lives because «no one knew who might come by» as Warren puts it⁴.

The UN-sponsored Historical Clarification Commission assigns blame for 93 percent of the atrocities to government forces and their allied paramilitary groups, while the Archdiocese of Guatemala sponsored Recovery of Historical Memory Project (REMHI) a project based on thousands of testimonies some 70 percent of which are taken in indigenous language, assigns a figure of 90 percent⁵.

The REMHI project is an attempt by the catholic church to create a space where people who had previously been silenced could speak out about what had happened to them. The goal was to further the prospects for reconciliation. Breaking the silence was only the first step along the path towards reconciliation that would address structural changes, land reform, poverty, injustice as well as memorising the dead- these efforts demand the cooperation of both national and international work. After more than thirty years of barbarity, embedded violence within the institutions, visible as well as invisible violence; On December 29th, 1996 the Peace Accords were signed, in

Guatemala City, between the Government of Guatemala and the National Revolutionary Unit (URNG).

2. The importance of marriage in ki'che tradition

Marriage is considered to be a very potent symbol in the culture of the Ki'che. It is virtually a social obligation to marry. Men who remain bachelors are neither respected socially nor possessed of economic status in the eyes of their peers. Women, on the other hand, who remain spinsters into their *late 20s* are thought of by some to be witches. This belief in the witch as one who acts to disobey the natural order stands in sharp contrast to the Ki'che belief that marriage is in itself «natural». The feeling that marriage is so natural is further substantiated, says Zur by a link to Mayan mythology in which the divine gods appear in *divine pairs*, in male and female couplings⁶.

This concept of divine pairs relates to an overall concept of dualism in Maya world view borne out of their creation myths. Within their universe—in itself sacred— being unmarried is thus very unnatural as it is out of alignment with this dualism. It is therefore very powerfully embedded in Maya culture that having a spouse strives towards this sacred balance and ideal of complementarity that is at the heart of their natural order. The status of the widows then, represents a sharp rip in the cultural, spiritual and social fabric of the Mayan world view in itself and even their spiritual existence. It is this factor among others that makes the position of Mayan widows all the more unique within their own cultural framework.

Indeed it can also be stated that the position of Mayan widows as clashing with strong concepts of dualism in the Mayan outlook is interpreted by those around them as *visible social failure* for not fitting into the cultural framework. This is because, at the time of marriage and the further acknowledgement and consecration of this sacred dualism, the willing pair are advised that they must stay together until death. Hence the loss of a partner during la violencia is thought of to be the woman's failure, as she has been unable to keep her vows of perennial matrimony regardless of the reason.

³ FALLA, Ricardo, *Massacres in the Jungle. Ixcán, Guatemala, 1975-1982*. United States of America, Westview Press, 1994. p. 4.

⁴ WARREN, Kay B., p. 32.

⁵ The English translation called «Guatemala Never Again».

⁶ ZUR, Judith N., p. 54.

3. Culture and the division of labour

At the heart of Mayan culture is the extremely important relationship between growing corn and the Mayan world view that survival is a collective enterprise between the living and dead. For this reason, land is thought of as belonging to the ancestors. It is lived upon by their grace.

One of the most important symbols and practices at the core of Mayan cultural identity is the production and consumption of corn. Corn is referred to as «*la milpa*», as Dona Margarita explains in Linda Greens study, «*The milpa is more than just corn; the milpa is an entire world, a way of life.*»⁷ Each part of the *milpa* has its own purpose: the cobs are boiled to feed the animals, the husks are used for medical uses such as an ingredient for cough medicine and for bandages, these outer wrappings can also be used for steaming corn-based foods such as «*tamales*» and the corn stalks are used as both a building material as well as a sweetener for food.

For many Mayans, working the soil reconnects them with the dead, the spirits of the rivers, trees, mountains and volcanoes and with Mother Earth. Through this social relation of the production of corn, as mentioned previously, a thread is woven, which connects Mayan people with their ancestors, sacred spirits and with their future through their children.

Although there is no specific cultural prohibition against women working the *milpas*, they have only done so most of the time only out of necessity. Gender roles are clearly separate, husband and wife have distinct areas of responsibility though interdependent. Women are responsible for the multiple daily domestic chores to keep the rural household functioning and the preparation of transforming the corn into edible food stuffs, this is seen as integral to the entire subsistence process. If a meal does not contain transformed maize products from ones own home, then one has not eaten. Grinding the corn is a very important part of a women's identity. Men are responsible for the maize crop fertility; there exists an association between maleness and corn production, as Wilson (1995) puts it there is «*an overt association between the planting activity and the human sexual act*»⁸. Seed corn is associated with semen and the earth

is regarded as female during planting. A women planting corn is interpreted as evidence of serious rapture within a family.

As was the case with many of the widows in rural communities, there was a shortage of male labour to call upon as many had lost not only husbands but also uncles, cousins, brothers, fathers and sons. In some cases the widows hired local men and boys as day labourers, referred to as «*mozos*» to plant their *milpas*. However, this requires having extra cash, which the majority of widows do not possess- meeting the expenses of the corn production is a major problem, some women have low corn supplies only lasting for part of the year, others sell a range of maize foods, prepared from their meagre corn supplies in order to meet these costs.

4. Burials and death rituals

Mayan traditions surrounding burial are complex and long-standing as they encompass ancient Mayan beliefs about the soul and the spirit and their journey to the afterlife.

As Lopata says when speaking in general about funerals, one of the functions that the funeral serves is to ensure that the body of the deceased is handled in an appropriately sanitary manner. In addition the funeral reminds the *society* of the deceased and builds a *collective* representation. Funerals also facilitate temporary disengagement and limbo for the widow i.e. they are allowed a social space and time to contemplate the death and life of their loved one on a different level, more distant from the subjectivity of events and their overwhelming feelings of grief and mourning by being compelled to be socially engaged in a *collective* mourning, rather than to focus on their own personal mourning process⁹.

Funerals obtain an extra significance for Mayan widows, purely because the lack of an opportunity for many of them to experience a funeral of a disappeared loved one means that they are psychologically denied a bounded-in social space and event in which to show grief and mourning, and extremely importantly in which to remember a life and thus fashion her *own* definitive image of the deceased and narrative of their life,

⁷ GREEN, Linda, pp. 17-18.

⁸ Cited by ZUR, Judith, p. 62.

⁹ LOPATA, Helena Z., *Current Widowhood. Myths and Realities*. Sage Publications, Inc, 1996. p. 13.

which is psychologically limited by the presence of these rituals and the act of the ceremonial burial of their remains. The absence of this opportunity means that the death can not be openly societally and psychologically integrated into the narrative of the widows life. It can therefore not be forgotten, it remains present.

Apart from the issues surrounding the funeral there are other extremely important attitudes rituals and beliefs to bear in mind concerning death, especially the kind of death experienced by those Maya killed by the military during la violencia.

Zur comments that —for whatever reason— the lack of a ritual to expel death from the village was profoundly disturbing for most Ki'che because their beliefs have always held central the concept of *animas*. The well being of the soul, believed to be profoundly connected with what happens to the body after death, was profoundly in doubt for many widows and families of the murdered.

Not only the lack of a burial ritual may be problematic for the Ki'che however as even those burials that were able to be carried out under the conditions of la violencia for security reasons, often were not able to follow the traditional mould and length. At the height of la violencia, people became accustomed to burying the dead from one moment to the next, often without necessities such as coffins or incense. Zur comments that no ritual is more problematic than *abbreviated rites*¹⁰. Many rites had to be abbreviated, as people were afraid to go out into outlying fields to find the bodies of the deceased since they felt that nowhere was safe because people were killed and dumped anywhere in knowing violation of the Mayan concept of cultivated and wild areas, the domain of the living and the dead. It is obvious to understand people abbreviating rites in fear for their lives, yet it left them in the psychological double-bind of knowing that if the rites are not the usual length, this is meant to show a lack of *moral sentiment*.

Use of alcohol after burial

After burial rights, if they take place, many mourners return to the home of the deceased and get drunk. The act of drinking

alcoholic liquor is said to help mourners release their feelings in a cathartic manner and so bear their grief. Ki'che usually attempt to avoid experiencing and expressing extreme emotion. However, wailing and crying are encouraged here as this expression of grief is thought to be beneficial to the bereaved. In this way alcohol is used ritualistically as a catalyst to societally acceptable mechanisms of mourning and coping processes, especially crying as a pressure valve to let off feelings of grief. At this stage, crying is very important as it is felt that a person who does not cry may be susceptible to illness. However, crying too much is thought to be damaging both to the health of the relative and the well being of the dead.

Regular drinking outside of this ritualised context to escape grief and other suffering after the death is fairly common among women. As here it is acceptable for feelings of grief to be displayed which are otherwise suppressed. Among Mayan women, alcoholism was uncommon before the violence. However, by the 1990s, anthropologists have noted that regular dinking had become common among these women, for the reason shown. Also, REMHI —Recuperación de la Memoria Histórica— report that the incidence of alcohol abuse has been increasing significantly since the 1980s among this group.

5. Spirit Dangers

Even more perilous a fate for the victims of la violencia however, was the traditional belief still retained by many Maya according to Zur that not being able to bury loved ones meant that their soul is not sent to the divinities of the dead. This belief is allied to that which states that people who meet unexpected deaths experience great difficulty reaching the after-life with *murder victims unable to enter the after-life whatever*¹¹.

This meant that the spirits of the murdered were thought by many Mayans to be extremely dangerous to them. The practical impact of this was that they felt themselves to be limited on a day-to-day level as to where they could actually go¹². They avoided ravines and other places thought to be the lurking grounds of the vengeful spirits of the unburied or improperly buried dead.

¹⁰ Zur, Judith N., p. 200.

¹¹ Zur, Judith N., p. 209.

¹² Zur, Judith N., p. 210.

They believe that the clandestinely killed are buried in those ravines, says Zur, because their disturbed suffering spirits paced up and down there. They say that fatal encounters between the living and spirit beings are said to occur with hitherto unknown frequency at these places. People are even more afraid than before to go out at night, not just for fear of the *patrulla* but also the wandering spirits of the murdered.

Feldman 1991 comments that the spirits appearance at the places where people were murdered creates a continuum of defiled space which collapses diachronic difference.

This means that the lack of proper death rites for the victims of la violencia not only profoundly affects the widows and the families of the victims, it also affects the village at large profoundly through its resultant control of their movements and augmentation of their terror of not only what has happened in the past, but of their own safety now through very real remnants of the past—the disgruntled spirits—threatening their physical integrity.

Quite apart from the fear engendered in many by the propensity of wandering spirits within the cultivated area of their village, the spirits present yet another problem to the living Maya. Their unburied status leading to the fact that their spirit wander without access to the after-life means that these dead cannot be remembered properly as they were in life. They go unmourned by the village, says Zur, with their widows unable to societally or psychologically release their grief. The living are never able to forget their wandering spirits who haunt the living maliciously and threaten the living with further death¹³.

The murdered were expelled from life by the military but as their death was not expelled their spirits cannot be gotten rid of they are felt, says Zur, to form a new sort of patrol, continuing to persecute the survivors, much like the local *jefes*¹⁴.

6. Women's lives as widows and Social status

In this work, I consider the wives of the disappeared, many of whom were not considered widows by their communities, as

widows in the same sense as any other women that lost her partner in a less clandestine way la violencia.

Judith N Zur comments that the loss of a marriage partner creates significant damage to the widows social and personal identity¹⁵. The Ki'che believe that this damage must be repaired as soon as possible, to allow the widow to re-assume full adult status. The only way this repair can possibly take place for the Ki'che is through the social and religious ritual of marriage—in this case remarriage.

Being married is, according to Poole (1982:103), «*the most important of those attributes, capacities, and signs of "proper" social persons which mark a moral career (and its juridical entitlements) in a particular society*»¹⁶. This raises the interesting question of the diminished social status of those widows who, for whatever reason, refrain from remarriage.

Some women, who had a negative experience of married life, of course decided not to repeat the experience. They see no advantage in having another husband that gets drunk, beats them and fails to provide them with *gastos*. Others, with a positive experience of married life, also avoid remarriage, because they wish to preserve the image of their husbands. Their determination not to be remarried reflects their resolve to maintain psychological ties with him, as Zur comments.

Marriage is, according to Linda Green nearly universal even today among the Maya of Mesoamerica. Marriage in Mayan communities has usually acted to give women in particular «*social protection, security and a degree of autonomy*» to the extent that there are hardly any young Mayan men and women living in rural areas who do not marry¹⁷.

The status of widowhood, conversely, for these Mayan women is the antithesis of the privileges that marriage bestows on them within the Mayan social framework.

The impact of widowhood is, in any case, more detrimental to the social status of women than men (regardless of whether they remarry) since the woman is the «*less powerful of the two complimentary elements comprising... the conjugal pair/household*»¹⁸.

¹³ ZUR, Judith N., p. 210.

¹⁴ ZUR, Judith N., p. 121.

¹⁵ ZUR, Judith N., p. 127.

¹⁶ ZUR, Judith N., p. 127.

¹⁷ GREEN, Linda, p. 86.

¹⁸ ZUR, Judith N., p. 127.

Women's status as the less powerful element in the household can be clearly seen to be related to the Ki'che socialising belief that women are supported and protected by the man on whose land they live. The property is generally passed down paternally. Therefore the status of the widow is weak in terms of security and it is also culturally anomalous.

The end of a marriage by death, separation or divorce throws into relief the inequality of the Mayan coupling that is masked through the system of complementarity within the Mayan union. This also puts widows outside the realms of societal norm concerning what their social role as widows should comprise.

Mayan traditional values dictate a pattern of behaviour a widow must follow in contrast to Western society's acknowledgement that marital status is a personal rather than a communal affair.

The traditional Mayan custom called into force when a woman is widowed is the following: The widow returns to the home of her parents and is supposed to «begin afresh», she is expected to deposit her children at the home of her dead husband's family. Furthermore, the widow was expected to deny her grief and seek a new partner as soon as possible and look forward to her new family. It was as if her first husband and children had never existed.

Garrad-Burnett comments that women in traditional Mayan society «normally have a sanctioned status within the community, where they enjoy respect and support». However, during and in the aftermath of la violencia «the complex and seemingly arbitrary nature of the violence stigmatised many war widows, who, as a result, did not receive the economic and emotional help they needed from their villages and extended families»¹⁹.

This failure to provide the needed support can be seen as closely linked to the Mayan disapproval of widowhood, in general, and especially the traditional customs associated with widowhood, such as the obligation to look for another partner as soon as possible and its brutal corollary, the obligation for the widow to act as if her husband and children never existed.

Obviously, such a societal attitude towards widowhood is chaffing when seen in conjunction with the grief processes of these women. Indeed, this can even be seen as a fundamental reason for widows to set up their own self help groups, as we shall see later. Because their grief and social position as widows were both things unacceptable to the traditional Mayan view of the women's role within society,

It may be posited that this view of widowhood is due to the comparative rarity of widowhood before la violencia: most indigenous women had a lower life expectancy than men and were expected to die before their husbands.

7. Female headed Households

Due to the precarious social position of the widow in the Mayan socio cultural framework as a condition to be soon remedied through remarriage, many Mayan widows as heads of households find themselves socially isolated within their communities.

These households were somewhat uncommon before la violencia. Even so, many women learned to fend for themselves before la violencia. This was due to the change in men's work patterns from exclusively taking part in seasonal work in the *campes* to additionally needing to migrate to urban areas to raise more money as street vendors. The long absences resulting from these periods of work outside the village, as well as the extended periods men spent in hiding after la violencia started, meant that women were left alone in the village much longer than the familiar seasonal male labour migrations.

In the late 1980s for example, between 10 and 25 percent of households in southern el Quiché were headed by women, says Zur. In her case study village of «Emol», 25 percent of households contained widows, but the number of families that had lost men folk was even higher than this, due to the fact that some widows moved in with their relatives, in laws or new husbands²⁰.

¹⁹ GARRAD-BURNETT, Virginia, *Aftermath: Women and Gender Issues in Post conflict Guatemala*. Washington, Centre for Development Information and Evaluation, U.S Agency for International Development. Working Paper No. 311. September /2000. p. 7.

²⁰ ZUR, Judith N., p. 133.

The aforementioned long separations were, naturally, also detrimental to marriage and household. Some men's second relationships in their place of refuge during la violencia became permanent and they stayed there with their new partner after la violencia.

Meanwhile, the wives not only had to cope with the new responsibilities and deprived economic status but they also had to pretend that their husbands were away working and not in hiding.

Many women's economic situation changed little when their husband's status changed from missing to dead, although the psychological difficulties were immense. These difficulties are something I will come back to later in this paper.

The widows however, additionally had to deal with all the dynamics of widowhood and the depreciated social status it brought in the Mayan societal view.

8. The «Disappeared»

Grieving is an extremely problematic process for those women not afforded the opportunity to have seen the bodies of their dead husbands. This is because, as has been said previously, the lack of a body denies the woman a possibility of psychological closure. She can neither bound off the traumatic experience of the disappearance of her husband, the lengthening failure of him to return and the growing doubt as to his physical integrity with a body visibly seen in her presence, nor can she —although aware of the possibility of her increasing irrationality with each passing day— extinguish the possibility that he may still be alive somewhere and might yet return.

As is explained in the ICRC fact sheet not knowing the fate of relatives and not being able to mourn and bury loved ones, are terrible burdens for the survivors of an armed conflict. The effects on their ability to cope (inheritance and social security problems) and the chances of reconciliation between communities are enormous.

International humanitarian law expressly recognises the right of families to know the fate of their relatives. «...the activities of the... Parties to the conflict (with regard to missing and dead

persons) ...shall be prompted mainly by the right of families to know the fate of their relatives» (Article 32, additional Protocol I)²¹

Stewart and Hodgkinson (1998) feel that this doubt as to whether the husband is still alive or dead to be central to the widows of the disappeared being able to accept the reality of the death of their husbands. This «questioning syndrome» is said to be typical of inhibited grief.

This doubt is further exacerbated by the woman's doubts about whether their husband has befallen some mortal fate, or if he has used the cover of the situation during la violencia to abscond of his own accord —she may also think he might have eloped with another woman or joined the guerrilla.

This «questioning syndrome» then is seen to be at the core of the grief of the widows of the disappeared, it is prolonged further by the official denials whenever they asked the authorities for news concerning the fate of their loved ones.

This denial to furnish knowledge which in some cases is definitely held by them further serves to increase the trauma to the living as they need to re-define themselves in the face of uncertain loss through which Oliver-Smith says they lose various aspects of themselves²².

Martin Beristain also points out that, in the study carried out by the Office for Human Rights of the Archdiocese of Guatemala (ODHAG 1998) in which is expressly stated that given the specific dynamics of the repression in Guatemala, the realisation of the pain and trauma need not only ceremonies and rites, but also clear information about the destiny of family members as well as public recognition of what had happened and institutional responsibility, as well as social restitution and the dignity of the victims²³.

Later, we shall come back to the enormous importance of reclaiming the dead, the search for the disappeared and the exhumations, for the widows of Guatemala.

9. Mourning process

Perez Sales talks at length about the psychological suffering of persons who have experienced trauma, it is defined as; «any

²¹ Women and War, ICRC, 31.10.2001. www.icrc.org

²² ZUR, Judith N., p. 207.

²³ BERISTAIN, Carlos M., *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la Ayuda Humanitaria*. Icaria Antrazyt, nov/1999. p. 110.

extreme human experience that constitutes a threat to physical or psychological integrity of the person and makes them feel terror, despair and intense horror»²⁴.

After having experienced or heard of the occurrence, a series of symptoms which escape the survivor's control and create profound psychological suffering can appear. The most common of these, is to suffer an elevated sense of anxiety with irritability, predisposition to answer with alarm, nightmares, invasive images which occur repeatedly in the consciousness and provoke great anxiety, sensations of unreality in which the survivors perceive an emotional barrier that separates them from the world, sadness, desperation, feelings of guilt for not having known how to avoid the threat or for having survived etcetera. These types of symptoms are very frequent. Studies show that nearly half of those who have experienced traumatic events such as traffic accidents, detention, sexual aggression, loss of a loved one, torture, being witness to barbarity- suffer one or more of these symptoms.

These symptoms are natural responses of the human body. There is a certain biological base for these type of responses so that these symptoms appear relatively similar in all cultures and contexts.

This definition of traumatic experience fits very exactly the kind of experiences many Mayan widows of Guatemala underwent during la violencia. If the widowhood stems directly from this traumatic experience, for example the husband is disappeared during a village-wide round-up by Government forces in which the village was vandalised and many killed, then all the more so, as we have seen previously.

The specific symptoms of psychological suffering likely to be experienced by the widows are many and complex. Among them are:

Suppression of grief

As la violencia went on, says Zur, it became increasingly impossible for survivors to admit they had lost loved ones. Death was denied. The widows reality of this experience became

distorted through this echo of traditional attitude, in which the elders expected the widow to behave as if conjugal relations had never existed, as we said before.

Forced to suppress or «forget» the violence the usually resilient widows had witnessed, the women's pain often re-emerged as physical pain. The images women use to portray their pain include accounts of changes in the form of various body parts. Extreme pain, usually traced to la violencia, is usually referred to as «*thorn of the heart*» or «*tristeza*». The most significant concept is that of «*lifeforce*» as Zur comments which is in the heart and the brain²⁵. Green explains that the heart is the centre of the vital forces of the spirit in Mayan thought and as such it is the centre of awareness and consciousness²⁶.

Significance of dreams and nightmares

Ki'che tradition allots great significance to dreams. Zur comments that some women have talked of seeing their murdered men in dreams, sometimes crying. Recurring dreams of the deceased have extra meaning —they are meant to signify the deceased's inability to gain access to the other world. Dreaming is of course universally a part of grief work in general.

A large part of the intrusive symptoms such as nightmares, dreams and traumatic images can be conceptualised as unsuccessful attempts of the mind to look for logic and integrate the experiences into their pre-existing psychological life scheme. These dreams can be seen as the Freudian dynamic of compulsive repetition of the trauma. This compulsive rehashing of the events of the trauma is part of the questioning process in which those affected strive to answer questions such as: Why like this? Why him or her? Why in that place? So that these events can be firmed up into a bounded off occurrence, which can then be successfully integrated into the widow's pre existing life scheme or narrative. When it is not possible to find logic in them, the traumatic experiences are dissociated from the consciousness to preserve some basic assumptions about oneself and the world —they cannot then be integrated into the pre-existing narrative of the survivor's life.

²⁴ PÉREZ SALES, Pau, *Reconceptualizar la psicología del trauma desde los recursos positivos: una visión alternativa*. GAC-Grupo de Acción Comunitaria. Centro de Recursos en Salud Mental y Derechos Humanos. www.gac-enred-o.org . p. 1.

²⁵ ZUR, Judith N., p. 213.

²⁶ GREEN, Linda, p. 123.

Dreaming is however, also the most common form of contact between the world of the living and the spirits for the Maya²⁷. Traditionally for them, spirits, ancestors and guardians communicate with the elders, letting them know the future. During and after la violencia, dream communications between the spirits and the living became more common and many of these were terrifying, leaving the dreamer afraid for some time afterwards.

Memory and reconstruction processes, distortion and reshaping of memory

When widows try to come to terms collectively with the traumatic events of their past, we find that they together go through a process of reshaping memories. First fashioning one version of events and then discarding it to remake another version of the past. This process is continual and without end, since they are narrating events that are unfinished, uncertain such as an unnatural or questionable death.

It is extremely important to note that this distorting or *reshaping* of memory can be therapeutic for these widows. This is because, each time the memory is retold it can be given a shift in emphasis. Sometimes new details can be added. Crucially this allows the widows a space in which they can acknowledge certain details of their traumatic experiences they had previously denied. This happens through the mechanism of communal sharing of memories. This detail will come from their partners in remembering. If the detail is an important one at the heart of something surrounding the death of their loved one they have not yet been able to face up to, this collective retelling and integration of the detail into the widow's narrative of her own life can be seen as exceptionally psychologically empowering. The widows are thus integrating these memories into their lives *in a way that makes sense in the present*, as Zur observes²⁸.

Collective remembering, then, is a way to remember that the events happened, what was unjust and what should not be repeated. For the victims and their families a prime motivator is knowledge of the truth. A public recognition of their past which has not previously been heard is what is needed by them, according to Beristain.

Pennebaker has also demonstrated that it is beneficial for health to share traumatic experiences whilst those who can not do this have more difficulty getting over these experiences. This is because sharing permits first, a cathartic release of, or abreaction to the traumatic events. Second, it gives coherence and an inner meaning to the experience that facilitates its integration. Third, the sharing gives validation and social recognition to the events. Fourth, it permits the sharers to share other experiences and potentially helpful coping mechanisms.

However, sharing is not a universal necessity and it is not always universally beneficial according to Pérez Sales. This is because one has to bear in mind that the denial of traumatic experiences constitutes a useful tool for the progressive assimilation of those experiences «little by little». Additionally, there is a risk of re-traumatisation when extraordinarily painful images and memories, that the person has already started to integrate into their own psychological resources, are raked over once again. Also, certain cultures advise against the manifestation of «negative» emotion, saying that these debilitate the person and can even cause illness in those that surround the person.

This public hearing additionally implicitly requests new dignity for the sharers/victims. It is very closely linked to the recognition of the injustice and the judgement that the victims are people whose dignity should not have been removed and it demands social sanction for the perpetrators.

Within the context of la violencia in Mayan villages in Guatemala, it seems unlikely due to the communal perception of the ever-presence of la violencia even today, that such a hearing could happen on a communal level. Therefore, the retelling of the traumatic experiences by the widows among themselves is as equally empowering to them, as it is fundamental in them forming yet another role for themselves as the listener and teller of the past, that lies outside that normally permissible for them.

10. Coping Mechanisms

Mayan widows, as Linda Green observes, have «*suffered doubly, as both victims and survivors. As victims they not only witnessed the unimaginable atrocities of the disappearances or*

²⁷ ZUR, Judith N., p. 260.

²⁸ ZUR, Judith N., p. 224.

*brutal deaths of family members and neighbours, but in some cases, they themselves were violated and raped. As survivors they live on the economic and social margins of their impoverished communities, more, they continue to experience the trauma engendered by the violence to both their bodies and memories.»*²⁹

It should also be noted that much of the violence was gendered, observes Linda Green, «*in that many of those killed were men, but for the women and children who lived, survival is a complicated affair.*» Indeed, Linda Green added that not only were people killed but the actors attempted to destroy the spirits of those remaining alive. She adds that some women have embodied the violence in «*memorias de sangre*» that create a division in their lives: a before and after. In this way the past is always there in the present³⁰.

As Beristain explains, the coping mechanisms employed to face losses as well as dangerous situations can be more or less positive depending on the person or the context, and vary in relation to age and social position. Coping strategies include thoughts and emotions as well as behaviour and resolution of problems. He goes on to say, that people can try to face problems thinking about how to find a solution, minimising them or trying to find some meaning. On an emotional level, people can share their experiences, attempt to find forms of relaxation, suppress their feelings. (I think, it is worthwhile to mention, that although the K'iche are socialised to suppress anger, the widows had to suppress more anger and resentment than they had previously thought it possible to feel.)

In the research (ODHAG, 1998) carried out in Guatemala about the coping mechanisms of the violence, the following positive strategies were found, the ones which can be applied specifically to the widows are:

- a) *Direct resistance and self control*: These include a combination of adaptive mechanisms to live amongst the violence: not speaking, behaviour of solidarity, resignation, direct resistance, the search for information and self control.
- b) *Cognitive and ideological resistance*: This factor combines a socio-political responsibility and a positive reinterpretation

of the events, in other words, dedication to change the existing reality³¹.

11. Positive changes after trauma

Kobasa and Madi according to Perez Sales developed the concept of *resistant personality* studying those people that have characteristics which protect them against negative experiences. People with a higher order of resilience against the effects of traumatic experience have the following things in common:

- The tendency to selectively remember the positive elements of autobiographical memory, whilst negating or forgetting the negative elements.
- They accept a certain dose of uncertainty and unpredictability in life.
- When comparing what has happened to them with that which happened to those around them, they are able to see positive elements.
- They perceive themselves as survivors —people who have come out of the traumatic experience strengthened with resources to face new situations³².

Later, we shall see how this, especially the perception of victims as survivors and strength, can be applied to the widows of Guatemala.

Tedeschi and Calhoun have studied the positive effects of traumatic situations and have placed the positive effects of traumatic events into three categories:

- a) *Changes in the perception one has of oneself*. Personal strength, to feel more confident, feel one has more experience and capacity to face future difficulties. The person develops a self image of strength, to be able to deal with new situations, including future traumas.
- b) *Changes in interpersonal relationships*. It is described how families are more unified after the trauma. Death of a family member, for example, can result in that the person becomes closer to the rest of the family, realising the importance they have, of how fragile they are and how

²⁹ GREEN, Linda, p. 111.

³⁰ GREEN, Linda, p. 170.

³¹ BEREISTAIN, p. 121.

³² Cited by PÉREZ SALES, Pau, p. 15.

quickly they can lose one another. On the other hand, there exists the need to share the occurred, speak about it and try to find some meaning, this can result in some people opening up more and expressing feelings which they would otherwise not have shared, to accept the help of others and for the first time draw on social support.

- c) *Changes in life philosophy.* One appreciates more what one has and changes what one values. Some people feel that their religious beliefs crumble, for others there is a re-discovery of ones faith³³.

This vision does not attempt to change the basic idea of the negative character of traumatic situations, but to show that positive elements can be found. In a study conducted by Aldwin and cols, cited by Tedeschi (1994) it is recognised that 100% of the people recognise some negative effect of the experienced traumatic event, however additionally 60% of people are able to recognise some positive effect over their lives³⁴.

In the case of Guatemala in general, there is a sense of solidarity and a demand for truth. We can see how the above concepts can be applied to the widows throughout this paper.

12. Women maintaining life of family

Daily life was already hard for women in Guatemala before la violencia, after this it became especially difficult because of the need to fulfil double workloads, firstly in the home and also outside, either working the soil or other form of labour. However, the war brought an added crisis to daily life, in the economic aspect, this forced women to assume other roles and take charge of the maintaining or even the survival of the family. In their struggle for survival many women's only option was to displace themselves from their place of origin to start a new life from scratch. In some cases the lack of work options, especially in rural areas and the need to meet the basic needs of the surviving family members, meant that some widows saw themselves forced to look for work in military bases, knowing the involvement of the army in the disappearance or death of their husbands.

Zur comments that taking on men's roles added to the widows' multiple identities with both positive and negative repercussions on psychological, social and economic levels; yet they do not perceive themselves as «male» because of the roles they are obliged to assume- despite their complaints that they are both «*mothers and fathers*» to their children. It is very important for them to continue with their own work as grinders of corn and to wear their traditional clothes, which state that they are available for the men of their own community and not *ladino* soldiers or civil patrollers³⁵.

It is important to note that although women were forced to take on traditionally male roles to varying extents and despite the extra laborious work this entailed, gained a sense of esteem from this, because of this necessity to cover the daily needs of those who the widows had to provide for, as well as their own survival, meant that the women were forced to diversify their work, be creative and resourceful to achieve new economic income. Furthermore, in assuming new roles women could experience and be protagonists in new forms of human interrelations. Their new responsibilities bringing them into contact with women in similar positions, enabling widows to create new support networks which, unlike those of previous family constellations, are relatively free from social control, and especially male authority. In many cases in their struggle for maintaining life women had the opportunity to have new experiences and so resulting in personal growth. Zur states, they say that they feel more knowledgeable and more capable (*más capaces*) as a result³⁶.

As we see, state-sponsored violence has debilitating effects on the survivors. However the survivors are not just passive victims, they are also psychologically resourceful agents. No matter how alienated they may be through the violence and however much it may break them physically, they are not mentally dominated by it.

Women have recognised themselves as the heads of their family through merit and authority. This re-evaluation of their own circumstances showed the force of the women to confront their personal consequences of la violencia. This process, in spite of the difficulties, has allowed many women, as said previously to have higher self esteem.

³³ Cited by PÉREZ SALES, Pau, p. 18.

³⁴ Cited by PÉREZ SALES, Pau, p. 18.

³⁵ ZUR, Judith N., p. 154.

³⁶ ZUR, Judith N., p. 155.

We shall now go on to look at further, specific examples of the actions these women have undertaken.

13. Women putting their energy into looking for disappeared, search for remains of loved ones

The search for family members who have been disappeared through the political repression in Guatemala, has constituted one of the most painful searches, whose driving force have been women. This inexhaustible search for answers and the hope to somewhere, some day find their loved ones, became the only alternative to confront the army and terror which provoked the disappearances. These mothers, wives, daughters and sisters dared to stand up in the face of the situation of violence. The search for the disappeared became the central objective of the social movement against this barbaric practice. Women were at the forefront of this movement and they constructed spaces in the fight against impunity. This search was a form of solidarity and a mechanism to face their own fears as **survivors** and the **victims** of political violence-the search became a collective process.

Especially at the beginning of the 1970s, numerous protests and specific actions were undertaken to know the fate of missing family members. However, it was in the mid 80s when these actions were developed into more organised movements such as organised protests and manifestations in Guatemala City. This search constitutes constant psychological work; that the truth be known, many with the hope to find their relatives alive, others hoping to bury their remains- and so giving these women the possibility to face their loss and grieve.

This brings me to the point of reclaiming the dead and more specifically, symbolic burials. Zur describes the significance of retroactive burials for the missing as an «*attempt to reincorporate the dead in their proper place in K'iche society*»³⁷. As once symbolically buried, the spirit is said to cease wandering- although some say that in some cases they still roam. When death breaches all cultural notions about a good or accepted death, the bereaved cannot simply take refuge in the conventional patterns or rituals of burial and mourning.

One of the subterranean secrets of the K'iche countryside are the clandestine graves beneath the surface. Knowledge as to where bodies are clandestinely buried is quite widespread. Efforts to locate missing relatives by checking local body dumps is common practice. At the end of the 1980s, few people dared to reveal the location of known clandestine cemeteries to human rights agencies. Some women whose relatives were killed by local men know that their kin are buried in the village's deep ravines and a few of them know exactly where their dead are buried. Women gather information about the whereabouts of their kin's graves through rumours or the drunken outbursts of local killers.

Most women long to exhume the bodies of their kin to give the dead a proper funeral and in some cases so they can, when their time comes, lay to rest beside one another. Yet many villagers are frightened to avail themselves their legal right to petition for the exhumation of clandestine cemeteries. Zur says that «*despite the women's personal and cultural driven motives, exhumations invade the space occupied by official history.*»³⁸ The unburial and reburial of the dead takes on political meanings, regardless of whether or not the women are aware of it. The dead can be used by both parties to symbolise complex ideological issues.

Having to face up themselves to experiences of extreme violence and to have to stop the consequences of the violence growing worse has lead some women to have a greater social conscience in that they affirm as women their rights and ways to fight for their own dignity.

According to Green, the widows spoke frequently not only about their economic needs, but also about their right to be recognised as human beings with dignity. Within a climate of fear and militarisation some widows reworked spaces to reaffirm social relations and cultural values in which they regarded survival as a collective enterprise. Some widows constructed alternative forms of community in the midst of their suffering this speaks powerfully about the resiliency of the human spirit³⁹.

14. NGO work

As Zianiecka Lopata so astutely comments, «*What a widow can do with the rest of her life depends also on the society*

³⁷ Zur, Judith N., p. 127.

³⁸ Zur, Judith N., p. 223.

³⁹ GREEN, Linda, p. 171.

developed resources ... and the roles available to her at her particular stage of life.»⁴⁰

If we look at the Mayan widows in light of this observation, it is clear that at least some of those widows mentioned in Zur's and Green's texts, have deeply challenged the roles usually available to them, considering their age and status as widows. Even for them to remain widows is not one of the roles available to them within the traditional attitudes of the village. One can see in their formation of support groups that this challenge to the available roles is implicit.

In fact, the formation of widows groups is especially interesting as it shows these women *defining their own roles*—irrespective of village societal constraints— as widows that openly acknowledge their status and its roots in la violencia. The meetings of these groups represents a role that is both within village constraints, physically, whilst being societally alien.

Some widows according to Zur, remarry in order to reject the identities others try to impose on them⁴¹. Others take on new, positive identities and have been mobilized politically into organisations such as CONAVIGUA, GAM or smaller NGO projects. Among the larger NGO projects are the following:

CONAVIGUA (Coordinación Nacional de Viudas Guatemaltecas) is a national widows group, founded by Mayan widows in 1988. CONAVIGUA brought public attention to the awful situation of the widows, demanding state compensation for those whose men folk were murdered during the war of counterinsurgency. They campaigned for an end to the forced recruitment of their sons into the military and they began to unearth the long-denied cemeteries of the victims throughout the highlands.

GAM (Grupo de Apoyo Mutuo) Members of this small human rights organisation which started as a collective response to the silence imposed through the terror began in 1984, are relatives of some of the estimated 42,000 people who have disappeared over the last three decades in Guatemala. Like the Mothers of Plaza de Mayo in Argentina, this group of men and women decided to break the silence. Going to the government offices to demand that the authorities investigate the crimes against their families. They marched in silence every Friday in front of the national palace holding up placards showing

photographs of those who had disappeared, they broke the official silence.

PAVYH (Programa para Asistencia para Viudas Y Huerfanos) is a state financed project to aid the widowed from political violence. This is a curious project since it straddles the Guatemalan state's contradictory understanding of widows. It views them both as victims of war entitled to relief aid and as enemies of the state suspected of guerrilla sympathies. This program consists of three phases. The first part was a census asking for personal information about each widow and the circumstances of her husband's death or disappearance. The second phase consisted of six food distributions every fifteen days for three months, comprising of 10 lbs of corn, a can of powdered milk and one litre of oil per family. To be eligible for the food, a widow had to answer the census questions. The third phase was the commence of income-generating projects in each village. The widows from each village had to submit communal business plans to receive a one-off distribution of a diesel corn mill, a sewing machine to use collectively or aluminium sheets for their roofs or initial capital to run a small store.

There are also smaller NGO projects set up to aid the highland Maya. For example cloth as a strategy of development has been used in various weaving projects that generate capital. However, this project has a heavy hint of negativity, in that it stifled the creativity on the part of the weavers with predefined patterns to be repeated over and over, week after week.

During the mid and late 1980's, many more development groupings were initiating small-scale projects for widows and their children. A particularly low-cost intervention was blackstrap-loom projects.

An undesired difficulty created by many of these projects is part of the very fact that they are NGOs dealing with widows. This created conflicts and resentments in the communities in which these projects were established. First, by defining the women as widows they were categorized and socially isolated from others in the community who—equally— had suffered during la violencia and who in any case were living in the same conditions of extreme poverty. Second, this exclusive focus on a single group lessened the community's ability to organise itself

⁴⁰ LOPATA, p. 17.

⁴¹ Zur, Judith N., p. 155.

and confront its own problems. This created a climate of bitterness towards the widows.

Participation in NGOs, however, is not without its own dangers for the widows of Guatemala. Widows who join these groups or human rights organisations are threatened with having bombs dropped on their gatherings or with being disappeared on the way to their meetings. *Jefes* would warn that they may have to kill them once and for all at military bases. Zur comments that «emol's» village *jefes* intimate that further violent acts are likely to take place. This in turn reminds them of past violent acts against them (p. 118).

Further examples of oppression of those involved in NGO work can be seen in the public demonstration hosted by CONAVIGUA in Guatemala City in 1992, demanding that the army be forced to stop recruiting sons of widows into the military. Seven busloads of people from Be'cal attended the protest, says Linda Green⁴². Several days after the demonstration a platoon of soldiers from the local garrison arrived in the village warning people—particularly the widows—that the village would be levelled. All the women who told of this event had, indeed, dropped out of public participation with CONAVIGUA.

15. Women in the political area

The violence in Guatemala resulted in an unexpected number of Maya women into the political field. As Virginia Garrard-Burnett observes the proximate cause of political mobilisation was trauma: the loss or disappearance of a loved one, or the economic and social exigencies of widowhood. Indeed, the most important national and local women's organisations have their origins in trauma⁴³.

Proportionally, there are a reasonable number of women serving in elected offices at national and departmental levels. However, the number is lower at the municipal level of government.

Another way for women into politics has been through influence of a significant family member. In cases such as these, says Garrard-Burnett, a woman enters politics to a large extent

as a proxy for a male family member who was lost to trauma, an example of this is Rigoberta Menchu who entered politics after the deaths of her mother, father and brothers.

What the future holds when the effects of *la violencia* subside and if there will be a space for women in civil society remains to be seen, but hopefully without trauma to expand the perimeters of politics within the boundaries of the domestic sphere, women will take advantage of this newly opened public area.

The Peace Accords include various specific agreements which address the rights of women, including the formation of the Foro Nacional de la Mujer. The National Assembly, since 1996 has announced a wide spectrum of laws in regard to women's rights within the family, protection against domestic violence and women's rights to own and sell land in their own name.

Conclusion

Thoughts and Recommendations

In North countries women may suffer a sharp drop in income, and some loss in social status at the death of their husbands but there is no legal or institutional discrimination against them. In South countries however, this is drastically different as a widow may lose all she has— affecting their access to basic goods and services necessary for survival, as well as customary and state laws governing their rights to inheritance, land and property, in addition to the wider impact this has on the community and the social fabric. In many parts of the world, the power of men over women's lives remains absolute, and the rights of widows, if they can be referred to as «rights», are repeatedly infringed, casually and without remorse. With the death of a husband, the already sharp divide between a Western woman and one in the developing world widens into a vast gulf.

What all widows have in common the fact that they outnumber widowers. Almost all married women, at some point will find themselves widowed. In Britain the 1991 census showed that 43 percent of women over the age of 65 were widows. In

⁴² GREEN, Linda, p. 155.

⁴³ GARRARD-BURNETT, Virginia, p. 14.

many parts of the developing world, this figure rises to more than 70 percent, although one must add that reliable figures are difficult to obtain as widows are regularly overlooked in censuses. Widows, as a subject in their own right, are to an extent neglected, both by the women's movement and by the international humanitarian community. The document agreed by the governments at the 1995 Fourth Conference on Women, the Global Platform for Action, makes no specific mention of them.

As is the case with Guatemala, women whose husbands have «disappeared» or are missing face much the same difficulties as widows, but without official recognition of their status. With the added difficulty of the psychological effects that stem from not knowing the uncertainty of their husbands' fate, and the direct consequences of not being able to bury their kin and not being able to remarry. Furthermore, they often feel unable to talk about their loss, as they fear ostracism and other punishments, this is particularly the case when the death of the man is associated with opposition groups of the armed conflict, as in Guatemala. Widows can be extremely vulnerable to intimidation, violence or abuse, and so widows often grieve in silence with the added burden of supporting a family. Children and the search for the truth, are often the main reasons for finding the strength to continue.

The World Health Organisation states that when investigating common mental, behavioural and social problems in the community it is found that more women than men are adversely affected by specific mental disorders, such as anxiety related disorders and depression. In contrast men are more prone to receive a diagnosis of antisocial personality disorder and alcohol

abuse/dependency. Explanations for the gender differences in mental disorders have been attributed to biological differences, the different ways in which women and men acknowledge and deal with distress and most significantly, social causes. (WHO, fact sheet 248, Women and mental health).

It is pivotal to evaluate how the socio-cultural, environmental and economic factors which affect women's mental health are composed in each particular country or community. Additionally, how culturally prescribed behaviour, affects the individual experience of trauma, loss and grief.

I feel that what Manz observes in her epilogue to Falla's study, is reflected in the widows of Guatemala, «*I have observed the villagers' extraordinary patience and ability to focus on the daily routine, taking one day at a time. Deep down they seem to hope that eventually things will turn out alright. Ultimately, just to have survived when so many perished is a consolation. Deeply religious to begin with, they look for religious explanations to make sense of what happened, why they are alive and what the future holds.*»⁴⁴

In this paper we have seen that despite the cultural framework of these women, their psychological reactions to grief and trauma are much the same to that of women in western countries, what differs of course, is the community's attitude towards them.

However, caution should be exercised when applying western psychological theories to non- Western peoples. Furthermore, it has been shown that, despite the trauma these women experience, they manage to find an extent of self-empowerment and strength in their status as widows and as women.

⁴⁴ FALLA, Ricardo, p. 200.

Bibliography

- BERISTAIN, Carlos M., *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la Ayuda humanitaria*. icaria antrazyt, nov/1999.
- FALLA, Ricardo, *Massacres in the Jungle. Ixcán, Guatemala, 1975-1982*. United States of America, Westview Press, 1994.
- GARRARD-BURNETT, Virginia, *Aftermath: Women and Gender Issues in Postconflict Guatemala*. Washington, Center for Development Information and Evaluation, U.S Agency for International Development. Working Paper No. 311. September/2000.
- GREEN, Linda, *Fear as a Way of Life. Mayan Windows in Rural Guatemala*. United States of America, Columbia University press, [n.d].
- LOPATA, Helena Z., *Current Widowhood. Myths and Realities*. Sage Publications, Inc, 1996.
- PÉREZ SALES, Pau, *Reconceptualizar la psicología del trauma desde los recursos positivos: una visión alternativa*. GAC-Grupo de Acción Comunitaria. Centro de Recursos en Salud Mental y Derechos Humanos. www.gac-enred-o.org
- WARREN, Kay B., «Interpreting La Violencia in Guatemala: Shapes of Mayan Silence & Resistance.» In: *The Violence Within: Cultural and Political Opposition in Divided Nations*. United States of America, Westview Press Inc, Boulder Colorado, 1993.
- «Widowhood and armed conflict: challenges faced and strategies forward». Workshop on Widowhood organised by the International Committee of the Red Cross and the Australian Red Cross, at the 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, November 1999. www.icr.org
- «Women and mental health». *World Health Organization*. Fact sheet N.º 248, June 2000. www.who.int
- ZUR, Judith N., *Violent Memories. Mayan War Windows in Guatemala*. United States of America, Westview Press, 1998.



Debates

Los actores de la acción humanitaria. Algunas reflexiones sobre las instituciones públicas en la acción humanitaria*

Francisco Rey**

Introducción

El crecimiento de la ayuda humanitaria de los últimos años ha ido en paralelo al crecimiento de los actores que intervienen, de un modo u otro, en las crisis humanas y ha hecho aún más compleja la ya de por sí difícil acción humanitaria. Desde entonces, es ya tópico comenzar cualquier reflexión o artículo sobre cuestiones humanitarias hablando del auge de lo humanitario en el escenario internacional de los años noventa y de los efectos, de todo tipo, que este auge ha tenido y está teniendo en el mundo de la cooperación y de las relaciones internacionales en general. En efecto, cualquiera que sea el punto de vista que adoptemos, cuantitativo, cualitativo, mediático, etc., es preciso reconocer que lo «humanitario», el propio término, ha experimentado un crecimiento inusitado y raro es el día que no aparece varias veces en los medios de comunicación. ¿A qué se debe este aumento del interés por las cuestiones humanitarias? ¿Qué ha cambiado en el escenario internacional que justifique este interés? ¿Cuáles son sus efectos positivos? ¿Puede tener eso doubles lecturas o efectos negativos?

Es claro que en los últimos años se ha producido, tanto un incremento de los desastres más o menos naturales, como de los conflictos, las guerras o las llamadas emergencias complejas. Pero ¿justificarían estos hechos por sí solos el aumento de la ayuda humanitaria y su nuevo papel en el escenario internacional? Si durante años la imagen estereotipada que representa-

ba la ayuda humanitaria era la de un niño africano esperando el alimento que contenían unos sacos con el emblema de alguna organización humanitaria, hoy la imagen es más compleja y fragmentada: niños soldados que también perpetrar crímenes, soldados que distribuyen socorros, ciudadanos del Este de Europa con formación universitaria que se ven obligados a esperar colas para recibir ayuda y montones de evidencias y evaluaciones que muestran que, en ocasiones, la ayuda puede hacer más daño que bien. La pregunta de cuáles han sido los cambios que han producido esto y el porqué, sin embargo, se populariza un término como el de *humanitario* para referirse a cosas tan discutibles como los bombardeos de Kosovo, la guerra de invasión de Iraq o las razones para la liberación de un ex-dictador debería ser respondida.

En efecto, tanto en el ámbito de las Organizaciones Internacionales (OIG) como en el de las organizaciones no gubernamentales (ONG), los medios de comunicación, los Gobiernos, las fuerzas armadas, etc., la realidad se ha ido complicando y muchos organismos e instituciones creados y concebidos para otros fines, desempeñan hoy algún tipo de labor vinculada con la acción humanitaria y la tendencia no parece haber acabado. Las razones para esta nueva «tendencia humanitaria» y esta súbita conversión al humanitarismo de muchos organismos son muy variadas y, en ocasiones, no del todo confesables: busca de legitimidad pública, pura imagen, simple oportunismo, diversificación en la captación recursos, etc. pero lo que es cierto es que,

* El tema abordado en el presente artículo fue planteado para la segunda sesión del grupo de contacto sobre acción humanitaria.

** Francisco Rey es investigador del Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria. IECAH.

en cualquier caso, inciden sobre el resto de actores que se ven obligados a moverse o al menos considerar estos cambios en la constelación humanitaria. Es obvio en este contexto, que los brutales atentados del 11 de septiembre y los cambios que han producido en la escena internacional han hecho aún más evidentes muchas de estas tendencias que afectan al papel de las cuestiones humanitarias en el «orden» internacional.

Para analizar adecuadamente esta nueva situación no basta con adoptar una perspectiva «eficacista» o simplemente organizativa, sino que habrá que referirse a cuestiones relacionadas con los principios y valores que dan sentido a la acción humanitaria y al mayor o menor respeto de los mismos por los diversos actores. Puede decirse que existen *de facto* diversas visiones del humanitarismo y que la brecha entre ellas se han agrandado tras el papel jugado por la acción humanitaria en las últimas guerras. Vinculado a esto, habrá que hacer referencia a los mandatos y a la claridad de los mismos y a su grado de cumplimiento y a la situación de ciertos ámbitos específicos de la acción humanitaria, como la asistencia y protección a los refugiados y desplazados donde la crisis es especialmente grave. Si en algún momento parecía existir un régimen para la asistencia a los refugiados, en el sentido que se da a la palabra régimen en las relaciones internacionales, la situación actual es más bien dudosa.

Por otra parte, este crecimiento de actores no se ha visto acompañado, además, de mayor eficacia o de mejor consecución de los objetivos humanitarios y de la mejora de las condiciones de vida de los supuestos beneficiarios, sino que, en la mayor parte de ocasiones, ha contribuido a la confusión, la pérdida de energías y al despilfarro de cuantiosos recursos dedicados, en principio, a fines humanitarios. Numerosos estudios y evaluaciones de operaciones humanitarias complejas realizados tanto desde dentro por las agencias humanitarias, como desde fuera por organismos independientes, han puesto de manifiesto esta realidad y planteado algunas de las necesidades y los retos a los que se enfrenta la acción humanitaria y sus posibles soluciones¹.

Uno de los problemas que esta complejidad de actores ha venido planteando, sobre todo a las ONG, pero también a los organismos internacionales y en especial a las Naciones Unidas, es el tema de la relación entre los actores y la coordinación entre los mismos para una acción más eficaz. Si esta coordinación es siempre conveniente en cualquier tipo de catástrofe de cara a optimizar los siempre escasos recursos, lo es mucho más en las emergencias complejas en las que se mezclan diversos factores políticos, conflictos, extrema vulnerabilidad, etc. Este tema se está convirtiendo en uno de los temas clave en las operaciones humanitarias y dando lugar a numerosas discusiones y planteamientos entre los diversos actores y comenzando a provocar, también, numerosa literatura.

La tragedia provocada por el Tsunami en el sur de Asia a finales del 2004, y la respuesta internacional a ella es una buena muestra de que el sistema internacional no está adecuadamente preparado para hacer frente a un desastre de esas dimensiones. Esa debe ser la primera constatación de la que se debe partir, para fortalecer ciertos organismos, dotarles de recursos y evitar la vergüenza que supone aceptar que un tsunami como el que azotó las costas asiáticas, no hubiera podido afectar igual a otras partes del mundo, pues en otros lugares existen mecanismos de alerta temprana que lo hubieran impedido. O al menos, mitigado. Por ello, es muy positivo que pese a las presiones de los Estados Unidos por el liderazgo de «la mayor operación humanitaria de la historia», haya sido al final la ONU quien ejerza el papel de coordinación tanto entre las agencias multilaterales como entre los Estados y las ONG. Coordinación que debe ser respetuosa con los mandatos de cada organización, pero que debe buscar una utilización óptima de los recursos. Y que debe ser, sobre todo, respetuosa y estimulante de la participación local. Gubernamental y de la sociedad civil. Y hablamos de fortalecimiento y no de creación de nuevos organismos. Las «ocurrencias» de los líderes políticos en estos días son buena muestra de la falta de rigor (demos la buena voluntad como supuesta, que ya es mucho) y de la búsqueda de protagonismo que les caracteriza. No creemos que se trate de crear nuevos «cascos rojos»,

¹ Entre las evaluaciones y estudios a los que haremos referencia en el artículo se encuentran: «Steering Committee of the Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda», *International Response to Conflict and Genocide: Lessons from the Rwanda Experience*, David MILLWOOD editor, Copenhague, 1996, cinco volúmenes y uno de síntesis. Joint

Evaluation Follow up Monitoring and Facilitation Network, «The Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda: A Review of Follow-up and Impact One Year After Publication», Feb.2, 1997; y «The Joint Evaluation of Emergency Assistance to Rwanda: A Review of Follow-up and Impact Fifteen Months After Publication», june, 1997.

ni de militarizar aún más la ayuda, pero tampoco de querer hacerla recaer en cuerpos de voluntarios. La complejidad de las operaciones humanitarias requiere de sofisticados medios técnicos que, en ocasiones, sólo están al alcance de las Fuerzas Armadas. Que se usen estos medios, bajo el control civil y la coordinación de la ONU, nos parece correcto. Y el voluntariado debiera encontrar su cauce de expresión, no sólo pero fundamentalmente, a través de las ONG.

En este complejo contexto, este material, basado en otros artículos y materiales elaborados por mi en este tiempo, se elaboró para facilitar el debate en el Grupo de Contacto que impulsa el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto. En el artículo desarrollamos sobre todo el papel de los actores oficiales, haciendo solamente referencia a las ONG u otros organismos en lo que afecta a su relación con los organismos oficiales. Algunos de los resultados de la discusión del grupo se incorporan al texto.

1. Algunas notas sobre orígenes y actores

El humanitarismo moderno nace en los campos de batalla, pero surge precisamente para paliar los desastres causados por la guerra y para aliviar el sufrimiento de las víctimas que la guerra produce. Y surge, y esa es la primera vez que se usa el término, de la mano del derecho; del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Desde su inicio, tras la presencia de Henri Dunant en la batalla de Solferino, el humanitarismo no ha sido sólo asistencia, ayuda, impulso caritativo. No. Ha sido todo eso pero de la mano del derecho. De un derecho que surge para garantizar cierta protección a ciertas categorías de víctimas. Y no olvidemos que el Primer Convenio de Ginebra de 1864 se refiere sólo a los militares heridos y enfermos en los campos de batalla, pues ellos eran las principales víctimas de aquellas guerras. En el Tercer Convenio se incorporan los prisioneros y sólo en el Cuarto Convenio se incorpora la población civil como sujeto de protección del DIH.

Pero el humanitarismo, desde su inicio, incluye otra idea que es la que se olvida interesadamente estos días. La prestación de asistencia a las víctimas la deben hacer organizaciones imparciales, pues sólo de ese modo se garantiza que se pueda llegar a las víctimas sin importar el bando al que pertenezcan. No olvidemos, que en aquellas guerras, y eso fue lo que vio Dunant en Solferino y por lo que decidió actuar, los ejércitos ni tan siquiera

socorrían a los suyos. Por tanto, la prestación de asistencia por parte de organizaciones civiles imparciales es consustancial a la acción humanitaria y así se recoge en los Convenios de Ginebra. (*Artículo 9 Primer Convenio. Actualizado en 1949*) De ahí surge la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja como institución «guardián» del DIH y con mandato para prestar asistencia y velar por la protección de las víctimas de las guerras. Y es de ahí de donde surgen también muchas otras ONG que han prestado ayuda y protección en situaciones de conflicto durante muchas décadas.

Pero hay más. También la jurisprudencia internacional ha ido afirmando y afianzando este principio básico de imparcialidad para poder denominar a algo «humanitario». La sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya de 1986 en el caso Nicaragua contra Estados Unidos por el apoyo de éste a las actividades militares y paramilitares de la «contra», no deja resquicio de duda. En ese famoso caso, Estados Unidos argumentó que la ayuda prestada a la contrainsurgencia nicaragüense era de carácter humanitario pues eso era lo que había decidido el Congreso de los Estados Unidos y consistía en alimentos, ropas, medicinas y no incluía armas. El Tribunal, aparte de demostrar que también había habido entrega de armas y entrenamiento militar, afirmaba que, incluso en el caso de que la ayuda hubiera consistido en productos de primera necesidad, alimentos, etc., no podía considerarse humanitaria pues no se había realizado sobre la base de la no discriminación de las víctimas y no había ido dirigida hacia los más necesitados de la población de Nicaragua (*punto 243 de la Sentencia del caso Nicaragua contra Estados Unidos por las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Junio 1986*). Y es significativo que para esa decisión el Tribunal se basara, por supuesto en el DIH, pero también en los principios y la práctica de la Cruz Roja, considerándolos como algo consuetudinario.

Digámoslo más claro. Ayudar a los amigos, a los aliados, a los socios, por supuesto a los jefes, es algo muy humano. Si se quiere, es tan humano que es totalmente comprensible. Pero nada tiene de humanitario. El vocabulario español tiene numerosas palabras para definirlo: provisión de socorro, ayuda sanitaria, envío de alimentos, ... lo que se quiera, pero si no reúne el mínimo requisito de no discriminación y de imparcialidad no podrá ser llamado ayuda humanitaria.

Por tanto, desde el inicio de la acción humanitaria ha estado implícita (y a veces explícita) la idea de que sólo las organizacio-

nes imparciales pueden cumplir los principios y valores que se han ido consolidando como básicos para la acción humanitaria.

2. Un escenario cada vez más complicado

Así como en otros ámbitos del trabajo internacional como la ayuda al desarrollo ha existido desde su inicio un enfoque más o menos sistemático por parte de la comunidad internacional, y se ha querido diseñar como sistema coherente, no ha sido así en el ámbito humanitario. No ha existido en la acción humanitaria un *Bretón Woods* que intentara diseñar el sistema, ni un Comité de Ayuda al Desarrollo CAD de la OCDE ni Cumbres internacionales que intentaran dar coherencia a las políticas. Antes al contrario, los organismos se han ido creando, sus mandatos se han solapado, el papel de muchos de ellos ha ido cambiando de modo muy rápido y por tanto, es dudoso que podamos hablar de «sistema» para referirnos a la situación de los actores de la acción humanitaria.

En la visión tradicional de lo que algunos denominaban el «régimen de la ayuda humanitaria» los actores estaban más o menos bien definidos y sus funciones e intereses también. En orden aleatorio y de modo muy simple tendríamos: 1. Población afectada (víctimas y las poblaciones cercanas que, no lo olvidemos, son las primeras en prestar ayuda), 2. Gobierno del país receptor, 3. Gobiernos donantes, 4. Organizaciones intergubernamentales, 5. Organizaciones no gubernamentales, como «actores principales» y de un modo distinto sin estar dentro del espacio humanitario pero si influyéndole estarían 6. Opiniones públicas, 7. Medios de comunicación, 8. Fuerzas armadas. Hoy, divisiones de este tipo se nos antojan bastante pueriles ya que simplifican la realidad de modo excesivo.

Por supuesto que en cada uno de los grupos de actores podíamos establecer divisiones y complejizarlo, pero lo relevante es que ha sido con el auge de las operaciones de ayuda humanitaria de finales de los años ochenta y principios de los noventa

cuando la distribución clásica de papeles se ha roto y el panorama de las organizaciones de todo tipo que intervienen en este ámbito se ha complicado extraordinariamente².

En los años 1991 y 1992 coinciden varios acontecimientos que muestran esta tendencia: se crea el Departamento de Asuntos Humanitarios (DHA) sustituyendo y ampliando las funciones de la UNDRO en las Naciones Unidas, se crea la Oficina de ayuda humanitaria de la Comunidad Europea (ECHO), se pone en marcha UNPROFOR en la antigua Yugoslavia, los Estados Unidos envían tropas a Somalia en operación pretendidamente humanitaria, lo que junto con otros datos reflejan un replanteamiento y un profundo cambio en este sistema internacional humanitario³. Los Estados, los organismos internacionales multilaterales, las fuerzas armadas comienzan a considerar lo humanitario como un escenario más de su acción exterior y pese a fiascos y experiencias negativas como Somalia comienzan a tomar posiciones en este «mercado» que aparece prometedor para su imagen pública. En los países receptores de ayuda y entre los supuestos beneficiarios de la misma también se comienzan a dar situaciones que reflejan unos nuevos planteamientos del uso de la ayuda humanitaria por los actores del conflicto.

Los efectos que estos cambios tienen sobre las ONG son muy importantes, pues si bien la aparición de ECHO «garantizaba» unos determinados fondos dedicados específicamente a las operaciones humanitarias, y la creación de la DHA permitía albergar esperanzas sobre un mayor compromiso de las Naciones Unidas en general y no sólo de algunas agencias en materia humanitaria, también ha supuesto riesgos al crearse, en muchos casos, una excesiva dependencia económica y unos modos de trabajo que han pasado, tanto con ECHO como con alguna agencia onusiana, de la leal asociación (partenariado en la jerga del sector) a relaciones más cercanas a la subcontratación poniendo al límite la independencia y autonomía de las ONG.

Por supuesto, la aparición de ECHO fue de gran importancia, también, para las agencias de Naciones Unidas que pasaron a

² Ver sobre estos temas AGUIRRE, M., «Los dilemas del intervencionismo humanitario», *Política Exterior*, vol. 47, n.º IX, octubre de 1995. También REY, F., «La ayuda humanitaria en 1996: debates y realidades desde la Unión Europea», en Mariano AGUIRRE (ed.), *Anuario del CIP 1996*, Icaria/CIP, Madrid, 1997. REY, F., «Acción humanitaria e intervención: La complejidad del ecosistema humanitario», *Revista La Factoría*, Barcelona, abril,

1998. También de Francisco REY, «La complejidad de actores de la acción humanitaria y el reto de la Coordinación», en *Los Desafíos de la Acción Humanitaria*, Unidad de Estudios Humanitarios. Icaria, 1999.

³ Overseas Development Institute, Briefing Paper 1998 (1), London, March 1998.

ser uno de los grandes beneficiarios de los fondos comunitarios gestionados por ECHO y para los estados miembros de la Unión Europea que cuentan, desde entonces, con un instrumento más adaptado para hacer frente a las crisis humanitarias, en ausencia durante todos estos años de una Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) que tuviera algo más que el nombre.

Desde la perspectiva de las Naciones Unidas y del Sistema multilateral en general, la Resolución 46/182 que creaba el DHA tuvo una gran relevancia pues, por vez primera, las Naciones Unidas se auto-otorgaban el papel de la coordinación de la respuesta humanitaria y daban pasos organizativos para abordarlo.

3. El papel de las Naciones Unidas: algunas reflexiones

En el año 1990 la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 45/101 de 14 de diciembre abogaba solemnemente por un nuevo orden humanitario internacional reconociendo «con preocupación que sigue siendo necesario fortalecer aún más la acción internacional encaminada a hacer frente a los problemas humanitarios cada vez más graves y ajustar las actividades de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a las nuevas realidades de un mundo en rápida evolución». Al margen de la retórica más o menos habitual en este tipo de documentos, la resolución 45/101 que se aprobaba junto con otras complementarias en materia humanitaria y que recogía cuestiones aprobadas desde los años ochenta, venía a poner de manifiesto una cuestión fundamental: el peso creciente de las cuestiones humanitarias en la «agenda» de los años noventa y el interés de los organismos internacionales por tomar posiciones en ella.

La Carta de las Naciones Unidas de 1945 contiene en su artículo primero una vaga referencia a «realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas de carácter económico, social, cultural o humanitario...», pero esa aspiración no se ha ido concretando hasta los años noventa tras la aprobación de la Agenda para la Paz, siendo Secretario General Boutros Gali. Hasta esa fecha, salvo el ACNUR, el trabajo de las agencias de la ONU no tenía esa concepción humanitaria. Las Naciones Unidas han ido a lo largo de su historia incorporando la respuesta a los desastres dentro de sus preocupaciones y competencias, pero de un modo tar-

dío y aún poco eficaz cuando se trata de desastres de gran magnitud. No fue hasta 1971 con la creación de la UNDRO (Organización de las Naciones Unidas para el Socorro en los Desastres), que la ONU intenta dotarse de un organismo especializado en la materia.

Estos esfuerzos se concretan en la resolución 46/182 de 1992 sobre «Fortalecimiento de la Coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia del sistema de las Naciones Unidas». En ella, se deja claro que «la asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad» y se establecen los mecanismos de coordinación y liderazgo dentro del sistema de la ONU. Así, se crea la figura de un Vice-secretario General para Asuntos Humanitarios, un Departamento para Asuntos Humanitarios (DHA) que posteriormente, en 1997, se convertirá en Oficina de Coordinación de los Asuntos Humanitarios (OCHA) y diversos mecanismos de preparación, respuesta, alerta temprana y coordinación con otros organismos. Estos hechos responden, en principio, a esta necesidad de coordinación, al menos dentro del sistema de Naciones Unidas, en situaciones que van más allá de la capacidad y el mandato de una determinada agencia. Desde su creación se han intentado poner en marcha toda una serie de mecanismos de coordinación a diferentes niveles que, sin embargo, no han conseguido los objetivos que se pretendían.

Las graves crisis de la región de Los Grandes Lagos en 1994 y 1996 por su enorme impacto humano, por la gran cantidad de actores más o menos implicados, por el volumen de recursos destinados a paliar sus efectos y por los diversos análisis y evaluaciones que sobre ellas se han realizado pueden servirnos de punto de partida para ver porqué.

El DHA realizó en 1994 un estudio sobre las actividades humanitarias en Ruanda y su coordinación, distinguiendo entre diversos tipos de coordinación: por mandato, por consenso o por defecto y constatando que en las emergencias complejas la coordinación se basa normalmente en coordinación por consenso o por defecto, es decir sin un mandato expreso de alguien para ejercer esta coordinación. Al tiempo, el estudio remarcaba la hipocresía de los donantes y de las opiniones públicas que «no pueden estar siempre criticando la ineficacia de las Naciones Unidas para coordinar las emergencias y al mismo tiempo le niegan los medios y recursos para hacerlo»⁴. Estos tres tipos de coor-

⁴ DONINI, A. and NILAND, N., *Lessons Learned: A Report on the Coordination of Humanitarian Activities in Rwanda*, DHA, New York, 1994.

dinación se han empleado en posteriores análisis con conclusiones parecidas⁵.

El estudio realizado por el Inter-Agency Standing Committee (IASC), que agrupa a las más importantes agencias humanitarias, en 1997 remarca el hecho de que «nadie dentro del sistema de Naciones Unidas tiene la adecuada autoridad para mandar u obligar a cualquier otro elemento del sistema a hacer algo»⁶. Citando otras experiencias anteriores el estudio acaba proponiendo la necesidad de un modelo de coordinación más «asertivo» para que las actividades humanitarias puedan ser eficaces. La falta de una clara y decisiva autoridad que pueda ejercer esta coordinación es vista como una de las debilidades de la respuesta humanitaria de las Naciones Unidas.

Para resolver, al menos parcialmente, esta falta de liderazgo y de carencia de una autoridad dentro de Naciones Unidas, el DHA primero y OCHA después han puesto en marcha algunos sistemas que den mayor coherencia y sirvan de marco estratégico al trabajo de las diversas agencias del sistema. El proceso de «llamamientos consolidados»⁷ ideado con este objetivo ha funcionado sólo a medias y en emergencias complejas ha sido criticado por sobrevalorar lo que son suministros de socorro infravalorando temas de seguridad, acceso a las víctimas, etc.

Junto al problema de la falta de una autoridad clara, o al menos con mandato coordinador dentro de las Naciones Unidas, existen otros problemas que han limitado este papel de coordinación que algunos responsables de la ONU reclaman para sí y del que quieren convencer al resto de actores.

En primer lugar la falta de coherencia política. La ONU, conviene recordarlo, es una organización multilateral formada por Estados, cuyos intereses en muchas ocasiones no coinciden y que en las grandes crisis se mueven por motivos básicamente políticos y no necesariamente humanitarios. Esto provoca todo tipo de discrepancias e incoherencias entre las políticas de los estados miembros, las posiciones del Consejo de Seguridad, las de grupos de estados en otros foros u organismos (OTAN, UE, or-

ganizaciones regionales, etc.). Esta ausencia de un marco coherente en el que las agencias humanitarias (sobre todo las de la ONU) puedan moverse condiciona su acción cuando no provoca una cierta esquizofrenia, dado que la misma ONU que impone sanciones o dirige operaciones de mantenimiento de la paz, suministra ayuda humanitaria. Esta tensión entre los principios humanitarios y las otras actividades del sistema de Naciones Unidas no parece fácil de resolver.

En segundo lugar la competencia entre las propias agencias del sistema por su cuota de protagonismo cuando no por fondos de contribuciones voluntarias. Ni el mandato inicial del DHA ni su reconversión en OCHA, ni la voluntad política del Secretario General, parecen haber sido el de crear una nueva agencia con mandato superior al resto. Y en estas condiciones coordinar es muy difícil.

Las grandes agencias, sobre todo ACNUR que juega el papel más relevante en muchas situaciones y que se ha convertido en una gran maquinaria operativa, no parecen interesadas en una reforma que transforme el sistema institucional de Naciones Unidas. Y tampoco parece haber ningún interés entre los Estados miembros para reformas en la distribución de los temas humanitarios dentro del sistema. Y menos en estos momentos en que los principales países donantes prescinden de la ONU y desprecian las posibilidades de la Carta de Naciones Unidas para operaciones de paz.

No es extraño, por tanto, que incluso personas que han trabajado en el seno del sistema de Naciones Unidas «no encuentren razones» para que esa coordinación de la respuesta humanitaria internacional recaiga sobre la ONU o sea construida en torno a ella. Así, James Ingram antiguo director ejecutivo del Programa Mundial de Alimentación (PMA) recomienda que esta coordinación se realice por el Comité Internacional del Cruz Roja o una nueva organización fuera del sistema de Naciones Unidas⁸.

En torno a la OCHA se han establecido algunos mecanismos de consulta y toma de decisiones entre agencias, sobre todo en-

⁵ DONINI, A., *The Policies of Mercy: UN Coordination in Afghanistan, Mozambique and Rwanda*, Watson Institute, Providence, 1996. Citado por MINEAR, L., *op. cit.*

⁶ LUTZE, S., JONES, B.D., DUFFIELD, M., *Strategic Humanitarian Co-ordination in the Great lakes Region, 1996-97: An Independent Assessment*, IASC, New York, 1998.

⁷ Suele hablarse de CAP (Consolidated Appeal Process).

⁸ INGRAM, J., «The future Architecture of International Humanitarian Assistance», in WEISS, T.G. and MINEAR, L., (eds.), *Humanitarianism across Borders: Sustaining Civilians in Times of War*, London, Lynne Rienner, 1993, p. 183.

tre sedes centrales, que podemos considerar de una cierta coordinación. El IASC antes citado es un foro con funciones consultivas que agrupa algunas agencias de Naciones Unidas (ACNUR, UNICEF, PAM, PNUD, FAO, OMS, Oficina de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Organización Internacional de Migraciones) junto con el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Federación Internacional de Sociedades de Cruz Roja y Media Luna Roja (FICR) y tres consorcios de ONG: InterAction, Consejo Internacional de Agencias Voluntarias (ICVA) y el Comité Permanente para la Respuesta Humanitaria (CPRH Steering Committee for Humanitarian Response).

4. Cambios en el régimen de los refugiados y desplazados internos

A mediados de diciembre de 2001 se reunían en Ginebra más de 150 representantes de los estados firmantes de la Convención de derechos de los refugiados de 1951 (en adelante la Convención) y/o del Protocolo de 1967 que la desarrolla. Convocados por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el gobierno suizo la reunión tenía el objetivo de reafirmar, cincuenta años después de su firma, la Convención y, al mismo tiempo reafirmar también el papel del ACNUR como institución multilateral con el mandato de proporcionar protección y asistencia a los refugiados, así como promover soluciones duraderas a su situación.

La reunión, que finalizó con un solemne comunicado de apoyo a la Convención y al ACNUR, se inscribía dentro del proceso de Consultas Globales⁹ que emprendió ACNUR para replantear los problemas de la protección de los refugiados en el nuevo escenario internacional y los nuevos retos operativos. Los debates previos a la reunión —y mucho más aún la práctica reciente de muchos países— habían puesto en cuestión la Convención y numerosos países parecían abogar por su reforma, por lo que el Alto Comisionado Rud Lubbers exclamó feliz al final de la reunión «La Convención no es el problema. Es la solución». Pero, si así es, ¿qué ha pasado en estos cincuenta años de Convención?, ¿cuáles son los problemas para su puesta en marcha efectiva?, ¿porqué muchos países, de facto, se oponen

a ella?, ¿qué reformas son necesarias en los organismos dedicados a suministrar asistencia y protección de los refugiados?

4.1. *El régimen internacional de protección y asistencia a los refugiados y el papel del ACNUR*

Tanto desde una perspectiva jurídica como institucional, el orden internacional vigente sigue siendo el formulado tras la segunda guerra mundial. Desde una perspectiva humanitaria, solamente la adopción de los dos Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra y el más reciente proceso de creación de una Corte Penal Internacional, en la dimensión jurídica, y la creación de nuevas agencias en el sistema de Naciones Unidas como OCHA, pueden considerarse elementos novedosos en este orden. Obviamente, desde una perspectiva política las cosas han cambiado mucho y los cambios producidos tras los dramáticos sucesos del 11 de septiembre configuran un orden internacional muy distinto, pero insistimos, desde las perspectivas jurídica e institucional se mantiene el orden surgido de la II Guerra Mundial.

En efecto, aunque existen precedentes, hasta 1950 la comunidad internacional no había creado una red de instituciones, sistemas y leyes para abordar el problema de los refugiados. Lo que suele conocerse como un «régimen». En los años 1950-1951 se produce este punto de inflexión con la creación de la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados. Ambos proporcionaron, por primera vez, una estructura formal para responder a las necesidades de los refugiados y unas normas para protegerles en aplicación del Derecho Internacional¹⁰.

La Convención de 1951 amplía las anteriores definiciones de refugiado pero, sobre todo, reconoce que las personas incluidas en esa categoría deben beneficiarse de ciertos derechos que deben ser garantizados por la comunidad internacional al margen de las consideraciones meramente políticas o de una simple concepción filantrópica. Muy al contrario, la Convención establece las obligaciones de los Estados parte de ella, no sólo en materia

⁹ A veces se encuentra traducido como Consultas Mundiales. En el original inglés es Global Consultations.

¹⁰ ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo. Cincuenta años de acción humanitaria*. ACNUR, Icaria Editorial, Barcelona. 2000.

de no expulsión o devolución (el tristemente famoso *refoulement*), sino su responsabilidad de proteger y asistir a los refugiados especialmente en los países de asilo. Y es ahí, en esta competencia estatal que se complementa, como veremos, con el papel asignado al ACNUR, donde comienzan gran parte de los problemas y de las paradojas de este régimen de protección y asistencia.

El mandato del ACNUR establecido en 1950, antes de la adopción de la Convención, es claro y consiste en proporcionar protección internacional a los refugiados y buscar para ellos soluciones duraderas. Estas se dividen clásicamente en tres categorías: repatriación voluntaria, integración en el país de asilo y reasentamiento en un tercer país. Este mandato sigue vigente, pero el entorno en el que debe desarrollarse ha cambiado mucho y en estos más de cincuenta años desde su creación, el ACNUR ha debido ampliar sus actividades, lo que ha planteado algunos nuevos problemas. De hecho, y aunque pueda parecer *naïf*, la creación del ACNUR se estableció por un plazo de tres años que obviamente se ha ido ampliando. Como se ha dicho, las severas limitaciones puestas al mandato del ACNUR desde su creación tenían que ver con el deseo de los Estados Unidos y otros aliados occidentales de crear un organismo internacional para los refugiados que no constituyera una amenaza para la soberanía nacional de las potencias occidentales ni les impusiera ninguna nueva obligación económica.

Desde aquella época aparecen con mayor o menor claridad dos debates que han estado presentes en todos estos años de historia del ACNUR, y que continúan: el debate entre acción humanitaria y acción política, y la tensión entre protección y asistencia. Respecto al primero, el Estatuto de ACNUR afirma el carácter apolítico de su actividad y su dimensión humanitaria y social. Sin embargo, esta distinción resulta complicada en un organismo internacional que se gobierna por representantes de los Estados y que depende de las Naciones Unidas.

Respecto a la relación entre las dos dimensiones básicas de la acción humanitaria: asistencia y protección, la realidad es que el mandato del ACNUR habla claramente de protección internacional, para lo cual serán necesarios sus buenos oficios cuando no presiones sobre los gobiernos, y mucho menos de asistencia. Esta asistencia ya era brindada en muchos casos por ONG y sobre todo por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cuyo mandato asistencial y protector de víctimas de conflictos arma-

dos estaba ya claro a la luz del Derecho Internacional Humanitario (DIH). De ahí, que desde el inicio, el CICR no fuera especialmente favorable a la creación de un organismo internacional como el ACNUR. Sea como fuere, el hecho es que sobre todo a partir de los años ochenta, el ACNUR creció espectacularmente en su dimensión asistencial convirtiéndose en la gran agencia asistencial de las Naciones Unidas y disminuyendo en muchos casos su dimensión de protección y sobre todo de protección jurídica de los refugiados como fue claro en el caso de los conflictos de Kosovo o Afganistán.

Sin duda, estos cambios en el tipo de actividad fundamental del ACNUR tienen justificaciones y han tratado de adecuarse al aumento del número de refugiados, a la complejidad de las causas que generan la huida, a la necesidad de dar respuesta rápida a muchas crisis mediante organizaciones que cuenten con la capacidad adecuada,... pero no debieran ir en detrimento de la actividad de protección fundamental que sólo ACNUR puede garantizar. Lo mismo sucede con el llamado **enfoque proactivo** que ACNUR propone tras la Guerra Fría. Nada que objetar a las tareas de prevención de los abusos y el no respeto de los derechos humanos en los países de origen que dan lugar a desplazamientos forzados, pero no a costa de disminuir el trabajo de los que ya han optado por el refugio como opción al ver amenazadas sus vidas.

4.2. *Otras organizaciones internacionales. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*

Tal vez sea la OIM una de las organizaciones que en los últimos años más ha extendido su labor hacia el trabajo con refugiados y desplazados internos. Surgida en 1989 del llamado Comité Internacional para las Migraciones creado en 1951, establece entre sus fines la ordenación del flujo de movimientos migratorios en el mundo, incluyendo entre las poblaciones beneficiarias de su acción a refugiados, desplazados y otras personas que hayan tenido que abandonar su hogar de manera forzada.

En virtud de su Constitución, el objetivo de la OIM consiste en garantizar la migración ordenada y voluntaria de las personas a países donde puedan vivir dignamente y ser respetados. Esto no le da a la OIM un mandato de protección legal específico. Pero se reconoce que muchas de sus actividades contribuyen a proteger los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de

los que migran. Si bien la OIM respeta la función de protección de otras organizaciones inter-gubernamentales, no repite la labor de supervisión y monitoreo de otros organismos que se ocupan de la aplicación de las normas internacionales que protegen los derechos de los que migran. Su contribución para la promoción del respeto efectivo de los derechos humanos de los trabajadores y otros que migran se logra a través de numerosos programas y actividades que reflejan el lema «una migración ordenada y humana beneficia a los que migran y a la sociedad». Al asistir a los Estados a cumplir con los desafíos de dirigir la migración, la OIM se compromete con el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los que migran.

La OIM no forma parte del Sistema de Naciones Unidas y actualmente agrupa a 91 Estados y otros 36 como observadores y su trabajo hasta los años noventa tuvo más que ver con la asistencia a grupos bien definidos de migrantes, en una perspectiva individualizada¹¹. A partir de esa fecha coincidiendo con el final de la Guerra del Golfo comienza a prestar otro tipo de asistencia como el transporte para el retorno de refugiados irakíes. Durante la década de los noventa la OIM atendió a cinco millones de personas, aproximadamente el mismo número de personas que en las cuatro décadas. El tipo de programas en los que la OIM ha participado es muy variado y va desde proyectos de reconstrucción post desastre como los realizados tras el huracán Mitch, proyectos de microcrédito a pequeños comerciantes como en Kosovo u otros muy polémicos como proyectos de transporte de desplazados de la etnia tutsi en el Kivu (Ruanda-Congo) o de colaboración con las autoridades australianas en el desvío de solicitantes de asilo en Indonesia¹².

La OIM ha participado activamente desde el comienzo en el Comité Directivo en la promoción de la ratificación de la Convención de la ONU de 1990 para la Protección de los Derechos de los Trabajadores que migran y otros miembros de sus familias. La OIM también organiza y participa de talleres, seminarios y campañas de divulgación de la información dirigidas especialmente a aumentar la conciencia respecto de los derechos de quienes migran. En muchos países, la OIM se encuentra trabajando de cerca con ACNUR y las poblaciones de refugiados con la misma ética de proteger sus derechos.

A nivel programático, la OIM

- se encuentra entre los pioneros en la implementación de programas diseñados para enfrentar el tráfico de emigrantes, especialmente de mujeres y niños reclutados por redes criminales, y proporciona ayuda especial a las víctimas del tráfico de emigrantes (como el establecimiento de refugios, defensa y protección durante el transporte),
- realiza campañas informativas sobre los derechos y las realidades de quienes migran como medio para fortalecerlos mediante el conocimiento. Al proporcionarles a los emigrantes y otros extranjeros conocimiento sobre sus derechos y procedimientos para implementarlos, se promueva el respeto de estos derechos, medidas prácticas contra las prácticas discriminatorias,
- promueve la imagen de los que migran, facilita su integración así como también el respeto por sus derechos médicos a través de campañas informativas dirigidas,
- se involucra en proyectos de creación de capacidad e informativos en países y regiones tales como el Báltico sobre la asistencia legal para los que migran, incluyendo niños y entrena a los funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes en los derechos de los emigrantes y el tratamiento humano a las víctimas del tráfico,
- ha establecido numerosos programas de reintegración, en especial en lugares de emergencia y post-conflicto, que incluyen programas de asignación de trabajos y creación de empleo que incluyen un fuerte objetivo de protección de las poblaciones civiles de las tensiones y abusos de los derechos humanos, como ha sido el caso en Timor Oriental y Occidental,
- funciona como garante efectivo de la no-explotación de quienes migran a través de servicios consulares y de inmigración, como contrapartida al riesgo que enfrentan cuando estos servicios son provistos por el sector privado.

Esta amplitud del mandato de la OIM que, obviamente, coincide en algunas cuestiones con el de otras organizaciones, ha planteado algunos problemas que aún no están resueltos. La tendencia pareciera ser la de que en el futuro la OIM deseara

¹¹ Luis PERAL, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

¹² Ver ICVA Talk Back 3.2 y 3.3 sobre la agria discusión entre varios miembros de ICVA y la OIM provocada por un artículo «Migration Inc»

en el que se criticaba el papel de la OIM en algunas crisis. Accesible en la página web de ICVA: www.icva.ch.

convertirse en una agencia del sistema de las Naciones Unidas con un mandato algo más preciso que el actual. La OIM ha participado en el proceso de consultas globales promovido por el ACNUR y ha comenzado a estar más presente en otros foros como el Comité Permanente Intergencias (IASC en las siglas inglesas). La autoproclamación por parte de la OIM de ser proveedor de servicios de una migración asistida y ordenada ha sido criticada, sobre todo, en el ámbito de las ONG que han calificado duramente la labor de la OIM.

4.3. *Las Organizaciones no gubernamentales y su colaboración con ACNUR*

Una gran parte del trabajo asistencial y en menor medida de protección de ACNUR se ha realizado desde sus orígenes por medio de ONG. La vía más frecuente sobre el terreno ha sido la de la colaboración mediante acuerdos por la vía de los llamados «implementing partners» para acciones o proyectos concretos, pero en los últimos años esta colaboración ha tomado un carácter más estratégico por diversas vías.

La violación sistemática e intencional por parte de los Estados de los principios más fundamentales en la protección de los refugiados ha sido más la regla que la excepción durante demasiados años. Esta tendencia inaceptable fue lo que impulsó a ACNUR a iniciar una serie de iniciativas globales para tratar los temas de protección y asistencia de los refugiados. A comienzos de los noventa, con el proceso de asociación para la acción entre las ONG y ACNUR: PARinAC (Partnership in Action-Socios en Acción) se lanzó la primera gran iniciativa para tratar éstos temas. En 1994, durante una reunión en Oslo entre el ACNUR y las ONG, se adoptaron las recomendaciones para la acción futura, lo cual lanzó PARinAC de manera oficial en la llamada «Declaración de Oslo» que incluye 134 recomendaciones. La participación de las ONG como pares en el desarrollo de políticas era uno de los temas centrales de estas recomendaciones. Durante este proceso de colaboración ha habido altibajos y en 2001 antes del pre-EXCOM, cuando varias ONG cuestionaron la salud de PARinAC, el Alto Comisionado Lubbers respondió que el proceso estaba vivo, pero

que necesitaba de un chequeo. Durante el proceso de PARinAC se han producido guías y otros materiales que deben facilitar la colaboración y coordinación entre diversos actores.

A fines de 1997, ACNUR inició el proceso denominado «Reach Out» con la intención de fortalecer el apoyo a los principios e instituciones básicas de la protección de refugiados. A principios de 1999, el proceso comenzó con las consultas bilaterales con los Estados Miembros, y contó con la participación de las ONG a nivel internacional. Cuando ACNUR anunció el fin de esta labor, las ONG continuaron con el proceso Reach Out y crearon un proyecto para capacitar a los que entregan la asistencia humanitaria en el conocimiento básico sobre la protección de refugiados y cuyo objetivo fue mejorar la cooperación operativa entre ACNUR y la comunidad de ONG¹³.

Es de destacar que en la «Declaración de los Estados partes en la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados» aprobada por la Reunión Ministerial de los Estados Partes de la Convención y/o el Protocolo que se celebró en diciembre de 2001 como culminación de las Consultas Globales se incluyera un párrafo sobre la colaboración con las ONG. Así, el párrafo 11 de la Declaración dice «Reconocemos las valiosas contribuciones hechas por numerosas ONG al bienestar de los solicitantes de asilo y los refugiados en su recepción, orientación y atención, en la búsqueda de soluciones duraderas basadas en el pleno respeto de los refugiados y en la ayuda a los Estados y el ACNUR para mantener la integridad del régimen internacional de protección de los refugiados, ...»¹⁴

Junto a estas declaraciones de intenciones, se ha sugerido por parte de los sectores no gubernamentales, que la participación de las ONG en diálogos francos y abiertos sobre los dilemas y problemas de protección sólo pueden conducir a que las ONG que trabajan sobre el terreno tengan un rol mayor en la implementación y la defensa a nivel local. Pero eso sólo es posible si ACNUR trata y considera a las ONG como verdaderas socias en la protección de los refugiados. Debido a las limitaciones que existen a nivel político internacional, centrarse a nivel local podría originar pequeños y significantes pasos en la protección de los refugiados y en una mejor implementación de la Convención de los Refugiados.

¹³ Ver para más información www.reachout.ch. Actualmente se están realizando numerosas iniciativas de formación en el terreno de la protección.

¹⁴ Declaración de los Estados parte en la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. HCR/MSP/2001/9 16 de enero 2002.

4.4. *Respuestas nacionales e internacionales al desplazamiento interno*¹⁵

Jurídicamente, la responsabilidad sobre los desplazados internos (DI) recae sobre los gobiernos nacionales y las autoridades locales, lo cual no deja de resultar paradójico, al ser éstas, en ocasiones, las causantes de este desplazamiento. Por ello, se ha debido caminar en algún tipo de protección internacional de este colectivo, que complementen o sustituyan las de las autoridades locales.

Esta conciencia, así como el aumento cuantitativo del problema, llevó a la creación por las Naciones Unidas en 1992, de la figura del Representante del Secretario General sobre Desplazados Internos, con el objetivo de proponer un sistema eficaz de asistencia y protección de los DI. A petición de la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General, el Representante analizó la diversa normativa nacional e internacional en colaboración con numerosos expertos, trabajo que culminó con la propuesta de unos Principios Rectores sobre el Desplazamiento Interno que se presentaron en 1998. Los Principios proponen los criterios internacionales que deberían guiar el trabajo de todos los actores relacionados con los DI, así como los derechos y garantías para facilitar su protección y asistencia. No son un instrumento vinculante pero reflejan y son coherentes con el derecho internacional.

Sin embargo, desde el punto de vista organizativo e institucional no existe claridad sobre cual debiera ser el modo de afrontar este problema. Algunos han propuesto la creación de un nuevo organismo especializado, otros ampliar el mandato de alguna de las agencias ya constituidas, otros mejorar la coordinación y otras posibilidades. Los pasos dados hasta ahora en materia institucional son escasos y reflejan una cierta incoherencia e insuficiente voluntad para afrontar el problema. En 1997 el Secretario General de las Naciones Unidas encargó al Coordinador de Socorro de Emergencia de la OCHA (Oficina para la Coordinación de los Asuntos Humanitarios) la responsabilidad de ser el *punto focal* dentro del sistema de Naciones Unidas para los DI. Esta iniciativa no parece haber sido muy eficaz y en 2000, reconociendo que había que aumentar los esfuerzos, se crea la Red

Superior Interagencias sobre Desplazamiento Interno (Senior Inter-Agency Network) encabezada por un Coordinador Especial y con la participación de diversas agencias. La Red es también apoyada por el IASC del que forman parte las principales ONG.

El objetivo de la Red es aumentar los esfuerzos de las agencias y gobiernos interesados para efectuar mejoras concretas respecto de los DI. La Red ha visitado y efectuado misiones a diversos países proponiendo iniciativas y actuando, en alguna medida como un defensor de los DI dentro del Sistema de Naciones Unidas.

Más recientemente, en mayo de 2001 se creó una pequeña Unidad para el Desplazamiento Interno dentro de la OCHA sin responsabilidades operativas claras y dejando muchas responsabilidades al Representante Residente o Coordinador Residente y Humanitario en cada país. Esto ha hecho que muchas ONG y redes de ONG sean muy escépticas sobre esta cuestión, entendiendo que no se asumen con seriedad las reformas necesarias para abordar el problema de los DI¹⁶. Si a esto añadimos la confusión y debate creados por la participación de organizaciones como la OIM (Organización Internacional para las Migraciones) que no depende de las Naciones Unidas, en ciertas crisis, o la escasa consideración a otras instituciones con mandatos claros como el CICR o las ONG, vemos que los aspectos institucionales que debieran contribuir a un mejor trabajo con los DI no están resueltos. Además, el creciente papel de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en estos temas y su papel más activo en cuestiones de *advocacy* y denuncia ponen de manifiesto las dificultades para una respuesta integral y coordinada

5. Fuerzas armadas y acción humanitaria

En el caso concreto de las fuerzas armadas, tras la crisis en los Balcanes y los bombardeos de la OTAN sobre Yugoslavia el cambio es fundamental. Con el expresivo título de ¿pueden coexistir las intervenciones militares y las acciones humanitarias? comenzaba uno de los capítulos del Informe Mundial sobre Desastres 1997 editado por la Federación Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja que ya aventuraba lo que luego se ha complicado

¹⁵ Tomado en parte de DENG, Francis y McNAMARA, Dennis, *Respuestas Internacionales y nacionales a la difícil situación de los DI*, Migraciones Forzadas, Edición en castellano de HEGO, Bilbao, abril-junio 2001, pp. 13-16.

¹⁶ Ver a estos efectos las posiciones de ICVA (International Council of Voluntary Agencies) que agrupa a numerosas ONG y redes en www.icva.ch y la discusión al respecto.

aún más. La pregunta sin duda es pertinente, ya que la irrupción de los militares en el escenario humanitario tras las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU declarando intervenciones humanitarias, ha alterado y confundido de modo importante el propio concepto de acción humanitaria. La posterior acción militar en los Balcanes de la mano de la OTAN y sin autorización de Naciones Unidas ha llevado la confusión a extremos increíbles.

El abuso del calificativo humanitario buscando una mayor legitimidad a operaciones básicamente militares y de coerción han hecho más borrosa la división, que a mi juicio existe y debe mantenerse, entre tres campos de acción diferentes: el político, el militar y el humanitario. Las operaciones militares pueden detener la matanza, controlar la violencia, asegurar corredores y garantizar y proteger espacios de seguridad. La acción humanitaria no. Pero la acción humanitaria, incluso con recursos limitados puede llegar a lugares inaccesibles y durante el conflicto¹⁷. Además lo hace con criterios de neutralidad, imparcialidad y orientada a las víctimas sin importar su procedencia ni pertenencia a uno u otro bando.

La evaluación de las intervenciones humanitarias con participación de la fuerza militar y el análisis de los riesgos de la vinculación entre lo militar y lo humanitario ha llevado a plantear una serie de condiciones para que estas puedan coexistir y beneficiarse mutuamente y ser más eficaces para asistir a las víctimas y resolver los conflictos. Entre estas están el respeto y la diferenciación entre ambas sobre todo en situaciones de máxima violencia «donde la relación se torna más difícil y se requiere fijar mayor distancia entre militares y humanitarios con el fin de permitirle a cada uno realizar sus tareas de manera efectiva. En este caso es mejor que lleven a cabo su labor de manera separada aunque complementaria. Se puede actuar, así, tanto sobre la causa como sobre el efecto del sufrimiento.». También se dice que «resulta claro, como enseñan los errores cometidos, que las agencias humanitarias deben mantener firmemente su imparcialidad, su neutralidad y su independencia»¹⁸.

¹⁷ Federación Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja, *Informe Mundial de Desastres 1997*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

¹⁸ Federación Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja, *op. cit.*, pp. 23-34.

¹⁹ Adam ROBERTS, «El uso de las fuerzas de mantenimiento de la paz de UN con fines humanitarios», *RPN*, n.º 23, enero-abril 1997, Editado en castellano por HEGOA, Universidad del País Vasco, Bilbao. Ver también el artículo de Adam Roberts en este libro, con sus opiniones sobre las impli-

Los problemas específicos que acompañan a las fuerzas armadas en situaciones de gran violencia en operaciones de índole humanitaria son diferentes y han sido analizados, entre otros por Adam Roberts¹⁹ refiriéndose a las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas con fines humanitarios. Incluso en esos casos sucede que la presencia de fuerzas armadas condiciona la imparcialidad ya que es vista como parcial por una de las partes.

Como vemos, los problemas y la visión de los mismos para humanitarios y militares son distintos y aunque la respuesta a la pregunta inicial sería, a mi juicio, que acciones humanitarias y participación militar con mandatos claros y en operaciones de paz pueden coexistir, la diferenciación entre ambas debe ser nítida y unos y otros deben tener claros los límites de su acción. Conviene recordar que la propia ONU estableció en 1994 las llamadas Oslo Guidelines²⁰ para establecer criterios restrictivos sobre el uso de medios militares en operaciones humanitarias. Esto y la evolución de los mandatos de las Operaciones de Paz de la ONU y su vinculación, en ocasiones, a la prestación de asistencia, lo analizaremos.

6. El cambiante papel de los donantes²¹

En los últimos años, especialmente durante la última década, se han producido importantes cambios en el llamado sistema humanitario internacional, que han tenido implicaciones cada vez mayores y han ido poniendo en cuestión algunos planteamientos humanitarios anteriores, pero que han creado nuevos y, tal vez, más graves problemas.

Un grupo de países tradicionalmente más comprometidos con la asistencia humanitaria y con una mayor reflexión en la materia han puesto en marcha algunas iniciativas para mantener la orientación de la ayuda en función de las necesidades y establecer criterios y compromisos al respecto. Durante el mes de junio

caciones de la actuación de la OTAN en el conflicto de Kosovo y su ataque a Yugoslavia.

²⁰ OCHA. *Civil and Military Defence Assets in Humanitarian Action*. Fueron renovadas en 2003 por OCHA y ECHO.

²¹ Se utiliza este término con el contenido más o menos convencional que le dan los organismos internacionales aunque en ocasiones, como en la Conferencia de Donantes para Irak celebrada en Madrid, la adecuación del término a lo que allí se vió es más bien dudosa.

de 2003 se celebró en Estocolmo la Reunión Internacional sobre «Buenas Donaciones Humanitarias» (*Good Humanitarian Donorship*), auspiciada por el gobierno sueco y a la que acudieron tanto donantes bilaterales como agencias de Naciones Unidas y organismos internacionales no gubernamentales, con el objetivo de fijar ciertos criterios comunes en materia de donaciones de ayuda humanitaria. ¿Cómo explicar este interés?

Algunos de estos cambios o tendencias que se han ido consolidando y que reflejan un cambio en el comportamiento de los donantes son:

- Un incremento de la ayuda humanitaria, tanto en términos absolutos como porcentuales, con respecto a los otros instrumentos de Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), especialmente la destinada a las emergencias producidas por conflictos o desastres de componente natural. Entre 1990 y 2000 la ayuda humanitaria oficial pasó, en términos absolutos, de 2.100 millones de dólares a 5.900 millones. En términos porcentuales, como parte de la AOD, pasó del 5,83% al 10,5% en los países del Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (CAD-OCDE)²².
- Una tendencia a una mayor bilateralización de la ayuda y una disminución de la canalizada a través de Naciones Unidas u otros organismos bilaterales. Entre 1996 y 1999, el componente multilateral de la ayuda creció un 32%, mientras que el bilateral lo hizo en el 150% y en el caso de ECHO (Oficina Humanitaria de la Comisión Europea) en el 457%. Esto ha venido acompañado de una mayor orientación previa de la ayuda en función de los intereses de los donantes y una focalización hacia crisis de gran impacto mediático.
- Una financiación cada vez más «finalista» y dirigida con criterios previos e incluso con elementos de condicionalidad. Esto impide la flexibilidad en el manejo de los fondos que exige toda situación cambiante como una crisis. Incluso dentro de una misma crisis, los donantes condicionan sus fondos a ciertas regiones, colectivos, tipos de programas,... lo que *de facto* pone en cuestión la asignación de ayuda en función de criterios de necesidad. El destino condicionado de los fondos «humanitarios» hacia zonas en las que están desplegadas fuerzas militares del país donante, en misiones de paz con mandato internacional (caso de los Balcanes) o sin él (Afganistán o Irak), se ha convertido en una rutina.
- Un creciente énfasis en el acceso a las poblaciones víctimas de las crisis en los países afectados y no sólo en el suministro de bienes y servicios a refugiados o desplazados en zonas más seguras. Esto plantea problemas de seguridad y protección.
- Un papel cada vez más supeditado de la ayuda humanitaria a las respuestas militares o políticas a las crisis y una creciente pérdida de su especificidad y autonomía, supuestamente en busca de una mayor coherencia en la acción internacional en las crisis. Se ha pasado de un enfoque centrado en el apoyo a proyectos de organizaciones humanitarias o al trabajo global de éstas, basado en su evaluación independiente de necesidades, a una financiación condicionada al planteamiento político previo que el donante tenga de cada crisis y de su papel. En este contexto se ha producido un interés cada vez mayor de los estados —sobre todo de los países donantes— por estar presentes y ser «visibles» en los escenarios de crisis, usando la ayuda humanitaria como un instrumento más al servicio de este interés.
- Un incremento del tipo y número de organizaciones que pretenden suministrar ayuda humanitaria con un riesgo creciente de duplicación, solapamiento, confusión de mandatos, trabajo en torno a principios y valores muy diversos, descoordinación, pérdida de eficacia, manipulación y, en definitiva, confusión sobre lo que es y representa la ayuda. Muchos donantes han empezado, además, a ejercer su propio papel «coordinador», aumentando su presencia directa en el terreno y prescindiendo de los mecanismos multilaterales creados para esas tareas.

En la creación de este complejo escenario, que pone en cuestión los principios humanitarios clásicos de imparcialidad, independencia y neutralidad y el papel de los diversos actores, han

²² Joana MACRAE *et al.*, «The changing role of official donors in humanitarian action», *HPG Report*, n.º 12, Overseas Development Institute, Londres, diciembre de 2002.

tenido mucho que ver los países donantes. Estos lo justifican por varios motivos²³. En primer lugar, al tratarse de fondos públicos, como el resto de la AOD, y estar sujetos al control y rendición de cuentas en los Parlamentos nacionales, los fondos dedicados a la ayuda humanitaria deben ser controlados con rigor y servir a los intereses nacionales. Nadie niega el papel de control que deben tener los donantes, pero el argumento resulta poco creíble ya que rara vez estos rinden cuentas de su actuación en materia humanitaria y los mecanismos internacionales para potenciarlo son escasos. En segundo lugar, los donantes argumentan que no pueden delegar la ejecución de los fondos en las ONG o los organismos internacionales sino que deben estar presentes en todas las fases, desde la identificación de necesidades hasta la ejecución, la coordinación o la distribución de tareas. Nadie niega tampoco este argumento ni el derecho de los donantes a ser más activos. El problema viene cuando se mezcla la actuación humanitaria con otros componentes, políticos, militares, etc. Por último, y vinculado con el primer punto, la búsqueda de coherencia con otras políticas públicas, como la de seguridad y defensa, hace que estos donantes se planteen un mayor protagonismo en lo que respecta a la ayuda humanitaria.

La tendencia de los organismos donantes es no ser simples financiadores sino jugar un papel cada vez más activo y ser actores humanitarios de pleno derecho. Esta tendencia ya se apreciaba desde hace años en donantes como ECHO o la cooperación británica a través de su agencia de ayuda, DFID. En ambos casos, mediante instrumentos como los Planes Globales u otros similares, se producía *de facto* una asignación previa de la ayuda que no siempre coincidía con los análisis de necesidades realizados por las agencias humanitarias sobre el terreno.

Por todo ello resulta muy pertinente el proceso iniciado por algunos donantes de explicitar las buenas prácticas en materia de donaciones de ayuda humanitaria y ciertos compromisos para la mejora del sistema de financiación de la ayuda, dados los cambios en el escenario humanitario. Nadie cuestiona la legitimidad

de los donantes oficiales para ser rigurosos en la custodia de los fondos públicos y las organizaciones humanitarias —tanto no gubernamentales como las agencias de Naciones Unidas— no pretenden tener el monopolio del humanitarismo. Al contrario, los países donantes tienen responsabilidades y compromisos, emanados de su firma y ratificación de acuerdos y convenios internacionales en materia humanitaria, que dejan bien claro su papel. El problema, la paradoja, surge cuando, en un escenario en el que algunos donantes estatales desprecian o incumplen el marco jurídico que rige la acción humanitaria, pretenden al mismo tiempo convertirse en los actores humanitarios protagonistas. Por ello es necesario un análisis de las implicaciones que está teniendo este cambiante papel de los donantes sobre la acción humanitaria contemporánea.

Un estudio realizado durante varios años y publicado en 2003, sobre las motivaciones y el comportamiento de los donantes oficiales en la financiación de la ayuda humanitaria, presenta algunas conclusiones interesantes²⁴. En primer lugar, los principios humanitarios no son la razón principal que guía la financiación de operaciones humanitarias. Por el contrario, son un conjunto de razones de política exterior y, cada vez más, de política interna, las que motivan esas decisiones de financiación. El estudio se basa en el análisis de numerosos casos y muestra que, aunque esgriman razones humanitarias, las decisiones de los donantes se toman sobre la base de una mezcla de intereses políticos, influencia de los medios, afán de protagonismo... Esto da lugar a una falta de proporcionalidad en la financiación de las respuestas a las crisis. En segundo lugar, el marco político para las donaciones humanitarias es inconsistente e incluso contradictorio. En lo que respecta a la elección de los canales de financiación y los actores (ONG, agencias multilaterales o bilaterales, etc.), el establecimiento de procedimientos de financiación, la vinculación con otras formas de AOD y en especial la rehabilitación posbélica, el grado de arbitrariedad es muy amplio y no existen criterios previos claros que justifiquen la toma de deci-

²³ Ver el informe del International Meeting on Good Humanitarian Donorship en http://www.reliefweb.int/w/lib.nsf/libHome?ReadForm&Query=libByKeyword_7&cat=Standards+and+Best+Practices. La reunión de Estocolmo fue fruto de varios procesos de debate entre diversos actores humanitarios y donantes sobre los retos de la acción humanitaria: el llamado Proceso de Montreux, que trata de mejorar y fortalecer el sistema de CAP de Naciones Unidas, y el Humanitarian Financing Work Programme, que agrupa a los donantes «conscientes», preocupados por el

ambiguo, cuando no claramente manipulado, papel de la ayuda. Suiza, los países nórdicos, Canadá y algún otro han estado en el origen de estas iniciativas, a las que se han ido sumando otros donantes y organismos. El gobierno español no ha participado en el proceso.

²⁴ Ian SMILLIE y Larry MINEAR, *The Quality of Money. Donor Behaviour in Humanitarian Financing*, Tufts University and Humanitarianism and War Project, Boston, abril de 2003.

siones. Por otra parte, los mecanismos de rendición de cuentas y control de los donantes son escasos.

En tercer lugar, el estudio llega a una conclusión muy dura con relación a la eficacia y eficiencia de la respuesta humanitaria y afirma que, en su aplicación práctica, el «esfuerzo humanitario en su conjunto es menos que la suma de las partes». Como dice Carolyn McAshie, coordinadora humanitaria en OCHA, muchos de los comportamientos de los donantes son racionales desde su punto de vista. Sin embargo, la suma de todos los comportamientos de los donantes no produce un todo racional y coherente. Por último se concluye que, debido a las transformaciones de los últimos años y al cambio en el papel del humanitarismo en el mundo actual, el empeño humanitario está marcado por un clima de desconfianza y falta de transparencia. La *bona fides* —la suposición de buena voluntad que durante años pareció imperar entre algunos actores humanitarios y los donantes— se ha quebrado y esto afecta también a la desconfianza que muchos sectores de la opinión pública comienzan a tener sobre la acción humanitaria en su conjunto.

El estudio de Smilie y Minear y el de Macrae y sus colaboradores tienen muchos elementos en común que se vieron, además, agravados durante la guerra de Irak y que han servido como telón de fondo a las discusiones ente los donantes más conscientes, que participaron en la reunión de Estocolmo y en el proceso de buenas donaciones humanitarias. Al margen de cuestiones más o menos coyunturales, los elementos clave del debate sobre la financiación de la ayuda humanitaria y el papel de los donantes oficiales en ella son:

- Reafirmar o no el compromiso con los valores y principios del humanitarismo y con el respeto del Derecho Internacional Humanitario y el resto del marco jurídico que afecta a la ayuda —Derecho de los refugiados, Derecho Internacional de los Derechos Humanos...— así como con los organismos internacionales con mandatos de coordinación y acción humanitaria.
- Reafirmar o no la orientación de la ayuda en función de las necesidades de los afectados y no de otros criterios de tipo político, militar, etc.
- Garantizar, en consonancia con lo anterior, un marco de financiación predecible y no sujeto a modificaciones arbitrarias. En línea con esto, avanzar en el establecimiento de mecanismos rigurosos que aumenten la transparencia y la

rendición de cuentas dentro del sistema humanitario y su credibilidad.

7. La acción humanitaria en la nueva Unión Europea

En los sucesivos tratados de la Comunidad Económica Europea los diversos aspectos de la acción exterior y sus bases jurídicas se abordaban en distintos lugares, por lo que la unificación de todos ellos en un único Título de la Constitución (Título V de la Parte III), subdividido en ocho capítulos, resulta muy acertada para buscar una mayor coherencia. También la propuesta de crear un verdadero ministro de Asuntos Exteriores, superando los limitados mandatos del Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) o del comisario de Relaciones Exteriores, parece un avance evidente. No parece tan clara, sin embargo, la continuidad de un esquema basado en dos grandes políticas diferenciadas: la PESC por una parte y la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) por otra. Estas dos políticas formarían la acción exterior de la Unión, junto con la política comercial, la cooperación para el desarrollo, la cooperación financiera y técnica y la ayuda humanitaria.

Las otras políticas, incluida la cooperación al desarrollo, formaban ya parte de los tratados. La ayuda humanitaria se incorpora como una nueva materia en el borrador de Constitución, tratando de recoger lo previsto en el Reglamento de Ayuda Humanitaria (1275/96) de 1996. Las únicas referencias a lo humanitario en los actuales tratados se encuentran en relación con las llamadas Misiones Petersberg, una herencia de la Unión Europea Occidental (UEO). El Artículo III 321 se dedica a ello. Sin embargo, el desarrollo del artículo es desafortunado y supone un paso atrás con respecto al Reglamento de 1996 en varios aspectos:

- No deja claro el objetivo de la ayuda humanitaria Comunitaria e introduce cierta confusión al decir que «debe realizarse en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión» y habla simplemente de necesidades humanitarias que deben ser cubiertas, sin precisar que el objetivo debe ser prevenir y aliviar el sufrimiento humano y la dignidad de las víctimas. Por otra parte, deja la puerta abierta a una canalización de la ayuda a través de las autoridades estatales.
- En el punto crucial de los principios que deben regir la ayuda, se citan simplemente la imparcialidad, la neutrali-

dad y la no discriminación, dejando fuera otros que recoge el Reglamento de 1996 y que son la base de una acción humanitaria merecedora de ese nombre, como la humanidad y la independencia (que son la única garantía de imparcialidad). La actual redacción deja la puerta abierta al uso partidario de la ayuda humanitaria y a su utilización como un instrumento más de la acción exterior.

- Respecto a los actores de la ayuda, el borrador propone la creación de un Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria, formado por jóvenes, para llevar a cabo las operaciones humanitarias. Fomentar el voluntariado en la Unión e incentivar el compromiso y la participación de los jóvenes en la nueva Europa parecen objetivos loables, pero no deben mezclarse con una acción humanitaria en el terreno que exige cada vez más un saber hacer especializado, un trabajo encuadrado en organizaciones con credibilidad y experiencia y con un respeto a principios, valores y códigos de conducta que son garantía de su eficacia. Los jóvenes interesados en la ayuda deben dirigirse a ellas.
- En la misma línea de concreción sobre los actores que deben llevar a cabo los proyectos humanitarios, sería necesario especificar, en los apartados relativos a la seguridad y defensa común), la necesidad de respeto a los principios humanitarios en aquellas operaciones en las que participen medios civiles o militares. En este sentido, la aprobación el 26 de junio de 2003 de unas nuevas Líneas Directrices sobre el uso de medios militares o de defensa civil en emergencias complejas, por la OCHA y ECHO, es un paso adelante cuyo espíritu debería recoger la Constitución.

8. Los retos de la coordinación

La palabra coordinación es, tal vez, una de las que más aparece en cualquier análisis o evaluación, sobre ayuda humanitaria habiéndose convertido, casi en un lugar común recurrente en todos los documentos y textos. Sin embargo, en la práctica la coordinación sigue siendo una de las debilidades fundamentales de la acción humanitaria y pese a las muchas recomendaciones y compromisos basados en la experiencia que recalcan la importancia de la coordinación, ésta sigue sin abrirse camino y sólo en algunos casos puede hablarse de experiencias exitosas o buenas prácticas en esta materia. ¿A qué es esto debido? ¿Porqué ha sido y es tan difícil poner de acuerdo y unir esfuerzos de actores

que teóricamente comparten algunos principios y objetivos comunes? ¿Cuáles son los factores que impiden esta coordinación? ¿Entre quiénes debería realizarse?

Podríamos, para avanzar, considerar dos grandes niveles de coordinación: la que se establece entre las agencias u organizaciones humanitarias ya sean ONG, agencias de las Naciones Unidas o la propia Unión Europea (incluyendo a ECHO en esta categoría aunque lo ampliaremos luego), y la que establecen éstas con el resto de actores y principalmente con los de carácter político o militar. El primer caso pareciera ser más fácil y sin embargo aún se ha avanzado poco. Resumo aquí las conclusiones de un artículo monográfico dedicado a esto y publicado por la Unidad de Estudios Humanitarios.

Aunque la preocupación por la coordinación no es nueva, el establecimiento de mecanismos concretos para hacerla posible es bastante reciente tanto en las Naciones Unidas como la Unión Europea o las ONG. Por ello es difícil hacer una valoración de su eficacia. Pese a esto, algunas cuestiones aparecen como recurrentes en la mayor parte de posiciones de gobiernos, organismos donantes y ONG.

Liderazgo: Necesidad en las emergencias complejas de que una agencia ejerza un cierto liderazgo para poder realizar las tareas de coordinación. El respeto por la independencia y mandato de cada agencia es fundamental pero el compromiso de todas con unas normas mínimas (Código, Esfera) debe posibilitar esta coordinación. Naciones Unidas tiene en esto un cometido fundamental pero en ocasiones en las que sus diversas funciones (mantenimiento de la paz, aspectos políticos) puedan dificultar esta coordinación humanitaria, la coordinación podría ser ejercida por otra agencia. En muchos conflictos, el CICR parece el más indicado para esta tarea. En otros casos el papel coordinador del gobierno receptor debe ser estimulado.

Definir los principios comunes y las tareas de cada cual en una lógica de complementariedad: llegar a acuerdos y consensos sobre el contexto y marco de la crisis y sobre los objetivos prioritarios de la ayuda en función de la vulnerabilidad. Aprovechar la especialización creciente entre las agencias.

Establecer los mecanismos prácticos de coordinación y sus niveles: Reuniones conjuntas periódicas, evaluaciones de necesidades conjuntas, mecanismos de seguimiento, complementariedad de la coordinación en sede y en el terreno, los mecanismos de información en ambos sentidos, etc.

Dedicar recursos: La coordinación necesita recursos específicos que deben ser considerados desde el inicio de las operaciones de ayuda.

Incorporación de todos los actores humanitarios: Tanto las agencias internacionales como aquellas instituciones locales deben formar parte de los mecanismos de coordinación. En cuanto sea posi-

ble se deberían incorporar también los organismos de desarrollo para planificar las acciones de rehabilitación que fueran necesarias.

Establecer mecanismos de información con otros actores. También deben preverse mecanismos de coordinación, de otro tipo, con el resto de intervinientes en las crisis: actores políticos, militares, económicos, etc.



Documentación

Documentation

Internet Resources on Humanitarian Action

The intention followed in these pages is to offer a short and practical guide of different kind of resources for humanitarian action to have first line information and documentation on humanitarian scenarios around the world.

The web pages presented in the following lines are related to different kind of issues related to humanitarian action, disasters and humanitarian crisis. The selected websites have been brought together on a different basis. In the first group we have included the ones related to general information; the resources that they include are very actual and accurate information of crisis scenarios. While in the second group we have included the reference to the websites of the main specialized journals and periodicals, with online information and documents.

A) Information resource websites

Reliefweb

<http://www.reliefweb.int>

This is the main website on information for humanitarian emergencies and disasters. It host a free on-line service with reliable and timely news and updates on all kind of information related to these topics, including country reports, news articles and also a very interesting on-line library. The website contains an impressive database of nearly 300.000 maps and documents, dated back to 1981. It also has links to other United Nations

system agencies and services related to humanitarian crisis and disasters relief. As it holds in its home web page reliefweb is «serving the information needs for the humanitarian relief community».

Alertnet- Reuters

<http://www.alertnet.org>

Based on a popular information press agency, alertnet intends to offer humanitarian news to public in general as well as specific information (on countries, emergencies and themes) to humanitarian organisations and to its members. It also offers a restricted area for humanitarian organisations and relief professionals that ask access to it (there are over 370 around the world). The website offers fast-moving information on emergencies and future emergencies.

Integrated Regional Information Networks

<http://www.irinnews.org>

Another UN system website with very concrete and specific precise information from the field. In this case, it is information from Asia and Africa. This information is brought up from grass-root level, with the aim to offer all kind of reliable information from specific field issues to other documents or reports with analysis on some themes (which are shown in the website).

International Crisis Group

<http://www.crisisgroup.org>

The international Crisis Group website offers information in the area of humanitarian crises, with a specific approach to field research and analysis on countries with big risk on violent conflict. This group publishes a monthly bulletin which provides precise information of the state of play in most of the conflict situations around the world. Crisis group is founded by different charitable institutions and by companies and governments (foreign affairs departments). It also has an interesting data base with all the published bulletins, as well as reports classified by regions, dates and keywords.

The International Committee of the Red Cross

<http://www.icrc.org>

The International Committee of the Red Cross website is also offering precise and punctual information related to humanitarian crises in the area where they develop operations of the latest news. Other information resources of the ICRC are also published in the website, such as the catalogue, including new releases, publications and periodicals.

B) Journals and periodicals websites

Journal on Humanitarian Assistance

<http://www.jha.ac>

The journal on humanitarian assistance is the main online open periodical on humanitarian action. Its purpose is to serve as a communication forum for practitioners and analysts, and the website and its documents are updated continuously. The journal started as a Research Project of the University of *Cambridge*, actually is hosted by the Department of Peace Studies at Bradford University.

Forced Migration Review

<http://www.fmreview.org>

This specialized periodical on refugees and displaced studies is an in-house journal of the Refugee Studies Centre of the University of Oxford. It is published three times a year in English, Arabic, Spanish and French. Articles are written by practitioners, researchers and displaced people. The journal can be downloaded in its acrobat version from its website.

Humanitarian Practice Network

<http://www.odihpn.org>

Under the umbrella of the Overseas Development Institute, the Humanitarian Practice Network offers to field workers, policymakers and anybody involved in the humanitarian sector a space where information, experience and analysis can be shared. The main activities include different type of publications, the most relevant ones are the Humanitarian Exchange magazine, Network papers and Good practice reviews. Information can be selected by region or by topics. Very complete information can be consulted after free subscription to this very complete website.

Humanitarian Affairs Review

<http://www.humanitarian-review.org>

This quarterly published review is edited by a non profit association, and offers a general space for public debate on front line topics of humanitarian crisis. The review is offered both in english and french, and it aims to cover the topics from a neutral point view.

International Review of the Red Cross

<http://www.icrc.org/eng/review>

The International Committee of the Red Cross, under its website holds a section in which debate and critical analysis on topics related to humanitarian international law as well as humanitarian action and policy is recogido in this quarterly

published journal. Information can be found by key documents, contributors and subjects. The quarterly is bilingual (English and French), and the Annual compilation can be found in other languages (Spanish, Arabic, Russian and Chinese).

The Online Journal of Peace and Conflict Resolution


<http://www.trinstitute.org/ojpcr/about.htm>

Promoted by the Tabula Rasa Institute, a US based NGO, this online journal provides a space for practitioners and academics (both teachers and students) with topics related to the reduction and resolution of conflicts. This journal is only published in internet.

Refugee Survey Quarterly

<http://rsq.oxfordjournals.org/>

A quarterly publication published by the Oxford University Press and produced by the Centre for Documentation and Research of the UNHCR. This publication is only available through subscription, although a general overview of the contents may be reviewed.



Actividades académicas

University activities

Actividades del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe en el año 2004

El Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe ha continuado desarrollando a lo largo del año 2004 un programa de actividades de promoción de los derechos humanos, estructurado en torno a sus cuatro ejes o líneas de actuación: docencia, investigación, difusión y acción. A su vez, las diferentes actuaciones concretas pueden ser encuadradas en las tres grandes áreas temáticas de trabajo del Instituto: el área Crisis y Acción Humanitaria, el área Migraciones, y el área de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por lo que se refiere a la docencia, el Instituto ha desarrollado este curso la décima edición del Master / Experto en Acción Internacional Humanitaria (NOHA), así como el Master Europeo en Derechos Humanos y Democratización, en su séptima edición. Alrededor de 30 alumnos procedentes de más de 15 países diferentes de Europa, América y Asia han participado en dichos programas docentes. Paralelamente a la realización de ambos Masters, diversos miembros del instituto han impartido cursos de doctorado tanto en la propia Universidad de Deusto como en otras universidades españolas, versando los mismos sobre los siguientes temas: «Los derechos humanos frente al proceso de globalización», «Fuentes no jurídicas y derechos» y «Los derechos humanos como referente para la universalidad de la ética».

Dentro del programa de investigación, durante el pasado año se ha procurado continuar con el impulso de la investigación en aquellas áreas consideradas prioritarias por el Instituto, y a su vez relacionadas directamente con los programas docentes: a) Derechos humanos y diversidad cultural, primordialmente enfocada a estudiar las nuevas realidades multiculturales y los conflictos motivados por razón de las identidades colectivas, todo

ello desde una óptica multidisciplinar; y, b) Derechos humanos y acción humanitaria, centrada en abrir un espacio de reflexión e intercambio entre el mundo académico y los actores de la acción humanitaria desde la perspectiva de la defensa y la protección de los derechos humanos.

Dentro de las investigaciones propias del Instituto, destaca el proyecto titulado «Evaluación del impacto de la acción humanitaria en Guatemala», que, partiendo del marco de los acuerdos de paz, pretende analizar el impacto real de la cooperación internacional a lo largo de los años transcurridos desde la firma de los acuerdos.

Al mismo tiempo, se han completado o continuado diversos proyectos concretos en los que participan uno o varios miembros del instituto. Entre éstos, se encuentran, entre otros, «La sistematización de experiencias de participación ciudadana», «La economía solidaria y su inserción en la formación universitaria», o «El diálogo en los conflictos políticos con expresiones violentas: el caso vasco».

Respecto al programa de difusión del Instituto, pueden señalarse en este repaso, las diferentes líneas de publicaciones, el servicio de documentación y las acciones externas de difusión.

Por lo que se refiere a los cuadernos de derechos humanos se ha continuado con la publicación de 5 números, uno de ellos en euskera. Los títulos aparecidos a lo largo del pasado año son los siguientes:

—*El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*, por Felipe González Morales.

- La discriminación de los pacientes mentales: Un reto para los Derechos Humanos*, a cargo de José Guimón.
- La Acción Humanitaria en Colombia desde la perspectiva del restablecimiento*, de Jorge Eduardo Serrano.
- Identidad indígena y derecho estatal en Colombia*, escrito por Libardo José Ariza.
- Hizkuntza eskubideak Euskal Herrian (Derechos lingüísticos en el País Vasco)*, por Paula Kasares.

En el apartado de monografías, puede destacarse la publicación durante el año 2004 de tres obras: *Derechos humanos y acción humanitaria*, escrita por la doctora Joana Abrisketa; *Exclusión y victimización. Los gritos de los derechos humanos en la globalización*, del doctor Asier Martínez de Bringas; y *Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección*, obra de Mikel Berraondo, todos ellos miembros del Instituto.

Adicionalmente a las contempladas en alguna de las tres líneas de publicaciones propias del Instituto, a lo largo del año 2004 se han iniciado otros dos tipos de publicaciones adicionales, y con pretensión de darles continuidad. La primera ha sido la «Valoración pública del Instituto de derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en el País Vasco» que contiene opiniones y posicionamientos del propio Instituto respecto al cumplimiento de los derechos humanos en el seno de la sociedad vasca. La segunda ha sido la primera edición de esta publicación que presentamos, el «Anuario 2004 de Acción Humanitaria y Derechos Humanos».

Por último, se ha publicado «La economía solidaria y su inserción en la formación universitaria» fruto del proyecto de investigación del mismo título.

Paralelamente a esta labor de publicación que realiza el Instituto como tal, es importante resaltar la publicación de artículos de revistas, capítulos en diferentes monografías o ponencias en congresos de los diferentes miembros del Instituto en otros ámbitos universitarios o institucionales externos al mismo.

Como es norma habitual, la sala de documentación del Instituto ha permanecido abierta a los alumnos/as que siguen los masteres y programas de formación y a investigadores o miembros de organizaciones sociales que requieran la necesidad de recibir asesoramiento o ayuda en alguna de las áreas que trabaja el Instituto. Dicha sala de documentación se encuentra equi-

pada con ordenadores y presenta un material informático e información bibliográfica disponible ante cualquier petición.

Finalmente, y siempre dentro de este programa de difusión, el Instituto ha organizado actividades de difusión como conferencias, seminarios y encuentros de carácter restringido y abierto, de contacto y divulgación del trabajo que se está desarrollando por las personas y organizaciones que trabajan en el campo de los derechos humanos. Dentro de estas actividades, el Instituto en consorcio con la Fundación Alboan, ACNUR, Medicus Mundi Bizkaia, Médicos del Mundo, Bilbo Etxezabal e Intermón-Oxfam, se han organizado dos semanas dedicadas al continente africano bajo el título de «Africa imprescindible». Otra actividad organizada en colaboración, en este caso con IPES, en Pamplona, han sido unas jornadas sobre cine y derechos humanos. Por último, en San Sebastián, se ha comenzado con una serie de cursos sobre derechos humanos, «los derechos humanos como retos y exigencias para la globalización, así como de jornadas, «Conflictos violentos en el mundo: una aproximación desde la cultura de los derechos humanos (Irak, Colombia y Balcanes Occidentales)».

El programa de acción se centra principalmente en la participación en proyectos de cooperación en el ámbito de los derechos humanos. Durante el año 2004, se ha afianzado el programa de acción del instituto, primándose programas de acción con organizaciones y universidades indígenas y programas de acción dedicados a la formación de líderes indígenas en materia de derechos humanos. La actividad más relevante en este sentido ha seguido siendo el Programa de Formación en Derechos Humanos para Pueblos Indígenas de América Latina. Este programa tiene su origen en el Programa de Becas Indígenas de Naciones Unidas, que desde 1997 ofrece la posibilidad de formación a líderes indígenas de todo el mundo en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las organizaciones internacionales. El programa que se desarrolla en Deusto, surge como complemento del desarrollado en Naciones Unidas y en colaboración directa con dicha organización internacional, a fin de incorporar a los representantes indígenas de habla no inglesa del continente americano que siempre ha presentado serios obstáculos para acceder a dichas becas por cuestiones lingüísticas. Como fruto de diversos contactos entre el Instituto y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se decidió la organización del programa paralelo en Bilbao por parte del Instituto y, como consecuencia de ello, durante

2004 hemos desarrollado la quinta promoción del mismo. El proyecto tiene un componente formativo muy relevante orientado a la acción de presión política, con una vocación eminentemente práctica hacia la realidad y problemas que afrontan estos Pueblos Indígenas en el conjunto de la comunidad internacional.

Paralelamente a este programa se han continuado con diversas actividades de acción, iniciadas ya en cursos pasados, pero que han seguido vigentes durante el año 2004. Así por ejemplo, ha continuado el proyecto de cooperación con la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, a través del cual profesores del Instituto se han desplazado durante los últimos años hasta la sede de dicha Universidad en la región de Verapaz para apoyar y fortalecer los procesos de formación de docentes y los procesos curriculares de las distintas carreras que se ofertan en la Universidad. Se está desarrollando también, en consorcio con la ONG Alboan y con el instituto universitario Hegoa, en su segunda fase, un proyecto de «Sistematización de experiencias sobre participación ciudadana» para diseñar una metodología de sistematización adecuada dentro de este campo específico, darla a conocer a la sociedad y demostrar su aplicabilidad a través de la puesta en marcha de diversos procesos de sistematización. Tam-

bién se está colaborando activamente en la creación de un marco universitario de enseñanza para los pueblos indígenas en Ecuador y en Bolivia, a través del apoyo y asesoramiento a diversas organizaciones indígenas en sus procesos de creación de Universidades indígenas y de postgrados dirigidos a los pueblos indígenas en cuestiones relacionadas con los derechos humanos. Como novedad en relación al año anterior a finales del año se ha organizado un congreso en San Sebastián sobre «Participación social y construcción de derechos humanos» en donde representantes del movimiento asociativo local han participado y debatido sobre la integración ciudadana de las personas inmigrantes extranjeras, la igualdad en participación y derechos de las mujeres, y la participación de los agentes sociales en la construcción de los derechos humanos.

Varias de las actividades precitadas han sido realizadas gracias a la colaboración económica del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, con cuya Dirección de Derechos Humanos, el Instituto mantiene un convenio de colaboración. El resto de los programas y actividades aquí aludidos han sido cubiertos fundamentalmente con fondos propios de la Universidad de Deusto.

Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuaren jarduerak 2004. urtean

Pedro Arrupe Giza Eskubideen Institutuak giza eskubideak sustatzeko jardueren programa garatzen jarraitu du 2004an, bere ohiko lau lanildoetan: irakaskuntzan, ikerketan, zabalkundeetan eta ekintzan. Bestalde, egin diren lan zehatzak Institutuak lantzen dituen hiru gai-arlo nagusien ingurukoak izan dira: Kri-siak eta Ekintza Humanarioa, Migrazioak, eta Herri Indigenen Eskubideak.

Irakaskuntzari dagokionez, Institutuak Nazioarteko Ekintza Humanitarioko Master/Aditu programak (NOHA) eman ditu hamargarrenez, eta Giza Eskubideei eta Demokratizazioari buruzko Europako Masterra zazpigarrenez. Europa, Amerika eta Asiako 15 herrialdetako 30 ikaslek hartu dute parte graduondoko programa horietan. Masterretatik aparte, institutuko kide batzuek doktoregoko ikastaroak eman dituzte bai Deustuko Unibertsitatean bertan, bai Espainiako beste unibertsitate batzuetan, gai hauei buruz: «Giza eskubideak globalizazio prozesuaren aurrean», «Iturri ez juridikoak eta eskubideak» eta «Giza eskubideak: etikaren unibertsaltasunerako erreferente».

Ikerketa programaren barruan, iazko urtean, Institutuak lehenetsunez jotzen dituen eta irakaskuntzako programekin lotura zuzena duten arloetako ikerketa bultzatzen jarraitu du: a) Giza eskubideak eta kultur aniztasuna, gehienbat kultura anitzeko errealitate berriak eta talde nortasunak direla-eta sortutako gatazkak ikertzera bideratuta, diziplina anitzeko ikuspegitik; eta, b) Giza eskubideak eta ekintza humanarioa, mundu akademiakoaren eta ekintza humanarioa egiten dutenen artean gogoe-tarako eta trukerako bide bat urratzera bideratuta, giza eskubideen defentsaren eta babesaren ikuspegitik.

Institutuak egindako ikerketen artean, nabarmentzekoa da «Evaluación del impacto de la acción humanitaria en Guatemala» izeneko proiektua. Bake akordioak abiapuntu hartuta, haien sinaduratik hona nazioarteko lankidetzak nolako eragina izan duen benetan aztertzen ari da.

Aldi berean, zenbait proiektu bukatu edo jarraitu dira institutuko kideen partaidetzarekin. Horien artean honako hauek ditugu, besteak beste: «La sistematización de experiencias de participación ciudadana», «La economía solidaria y su inserción en la formación universitaria», eta «El diálogo en los conflictos políticos con expresiones violentas: el caso vasco».

Institutuaren zabalkunde programari dagokionez, Institutuaren argitalpenak, dokumentazio zerbitzua eta kanpoko ekintzak aipatuko ditugu.

Giza eskubideei buruzko koadernoak dagokienez, iaz bost zenbaki argitaratu dira, eurretako bat euskaraz. Hona hemen izenburuak:

- El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina*, Felipe González Morales.
- La discriminación de los pacientes mentales: Un reto para los Derechos Humanos*, José Guimón.
- La Acción Humanitaria en Colombia desde la perspectiva del restablecimiento*, Jorge Eduardo Serrano.
- Identidad indígena y derecho estatal en Colombia*, Libardo José Ariza.
- Hizkuntza eskubideak Euskal Herrian*, Paula Kasares.

Monografiaren arloan, 2004. urtean hiru lan kaleratu dira, Institutuko hiru kideren eskutik: *Derechos humanos y acción humanitaria*, Joana Abrisketa doktorearena; *Exclusión y victimización. Los gritos de los derechos humanos en la globalización*, Asier Martínez de Bringas doktorearena; eta *Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección*, Mikel Berraondorena.

Institutuaren ohiko hiru argitalpen lerroez gain, 2004. urtean zehar beste bi argitalpen motari ekin zaie, aurrerantzean ere jarraitzeko asmoz. Lehenengoa honakoa izan da: «Giza Eskubideak Euskal Herrian. Institutuaren balorazio publikoa». Argitalpen honetan Institutuak euskal gizartearen giza eskubideek duten egoerari buruzko iritziak eta jarrerak plazaratu ditu. Bigarrena, hemen aurkeztzen dugun urtekari honen lehen argitalpena izan da: «Ekin-tza Humanitarioaren eta Giza Eskubideen Urtekaria. 2004».

Azkenik, «La economía solidaria y su inserción en la formación universitaria» lana argitaratu da, izen bereko ikerketa proiektuaren emaitza.

Institutuak egiten duen argitaratze lanarekin batera, aipatze-koak dira Institutuko kideek beste unibertsitate eta erakunde batzuetan egindako ekarpenak, hala nola, aldizkarietan argitaratutako artikulua, monografietak kapituluak eta biltzarretan aurkeztutako ponentziak.

Ohi bezala, Institutuko dokumentazio gela zabalik egon da masterretan eta prestakuntza programetan ari diren ikasleentzat eta Institutuak lantzen dituen arloetan aholkua edo laguntza behar duten ikertzaileentzat eta gizarte erakundeetako kideentzat. Dokumentazio gela ordenagailuz hornituta dago eta bertako material informatikoa eta informazio bibliografikoa behar duenaren esku dago.

Azkenik, zabalkunde programaren barruan, Institutuak hitzaldiak, mintegiak eta topaketa itxi eta irekiak antolatu ditu giza eskubideen arloan lan egiten duten pertsonak eta erakundeak harremanetan jartzeko eta haien lanaren berri zabaltzeko. Ildo horretatik, Institutua, Alboan Fundazioa, ACNUR, Medicus Mundi Bizkaia, Munduko Medikua, Bilbo Etxezabal eta Inter-món-Oxfam elkartuta, Afrikari buruzko bi aste antolatu dira «Afrika behar-beharrezkoa» izenburupean. Halako beste ekitaldi bat, IPESein batera antolatua Iruñean, zinemari eta giza eskubideei buruzko jardunaldia izan da. Azkenik, Donostian, giza eskubideei buruzko ikastaroak ematen hasi gara: «Giza eskubi-

deak, globalizatorako erronka eta eskakizunak», eta jardunaldiak antolatu ditugu: «Indarkeriazko gatazkak munduan: giza eskubideen kulturatik egindako hurbilketa (Irak, Kolonbia eta Mendebaldeko Balkanak)».

Ekin-tza programa giza eskubideen arloko lankidetzaren proiektuetan parte hartzeri dago bideratuta. 2004an sendotu egin da Institutuaren ekin-tza programa; lehenetsua eman zaie erakunde eta unibertsitate indigenekiko ekin-tza programei eta lider indigenak giza eskubideetan prestatzekoei. Hortaz, jarduerarik nabarmena Latinoamerikako Herri Indigenak Giza Eskubideen Arloan Prestatzeko Programa izan da. Nazio Batuen Indigenentzako Beken Programan du jatorria eta 1997tik giza eskubideetan eta nazioarteko erakundeetan mundu osoko lider indigenei prestakuntza ematen die. Deustun egiten den programa hau Nazio Batuetan egiten denaren osagarri gisa sortu zen, Amerikako ordezkari indigena ingelesdun ez zirenek, hizkuntza zela-eta izaten zituzten oztopoak gainditu eta programa horietan parte har zezaten. Institutuaren eta Giza Eskubideen aldeko Nazio Batuen goi-komisarioaren artean izandako harremanen ondorioz, Bilbon programa paraleloa antolatzea erabaki zen eta horren emaitza dugu 2004an izan den bosgarren promozioa. Proiektuak presio politikoko ekin-tzara bideratutako prestakuntza nabarmena du, Herri Indigena hauek nazioartean aurre egin behar dieten egoera eta arazoetara praktikoki zuzenduta baitago.

Programa honekin batera, aurreko ikasturteetan hasi baina 2004an oraindik indarrean egon diren zenbait jarduerarekin jarraitu dugu. Esaterako, Guatemalako Rafael Landivar Unibertsitatearekin dagoen lankidetzaren proiektuak aurrera jarraitu du. Proiektu honen barruan, Institutuko irakasleak Unibertsitate horrek Verapaz eskualdean duen egoitzara joan dira bertako Unibertsitateak eskaintzen dituen karreretako kurrikuluetan eta irakasleen prestakuntzan laguntza ematera. Alboan GKEarekin eta Hegoa unibertsitateko institutuarekin batera «Herritarren parte-hartzeari buruzko esperientzien sistematizazioa» izeneko proiektua ere ari da garatzen bere bigarren fasean. Honen bitartez, arlo zehatz honetarako sistematizazio metodologia egoki bat diseinatu nahi da, gizarteari ezagutzera eman eta sistematizazio prozesu batzuk martxan jarri bere aplikagarritasuna erakutsi. Ekuador eta Boliviako herri indigenentzako unibertsitateko hezkuntza esparru bat sortzeko lanean ere ari da Institutua. Erakunde indigenei laguntza eta aholkularitza ematen zaie Unibertsitate indigenak eta giza eskubideei buruzko graduondokoak sortzeko prozesuetan. 2004ko ekin-tza berria izan da urtearen

amaieran Donostian antolatu zen biltzarra. «Gizartearen parte-hartzea eta giza eskubideen eraikuntza» izenburupean, bertako elkarten mugimenduko ordezkariak parte-hartze sozialari buruzko zenbait gai eztabaidatu zituzten: atzerriko etorkinen integrazioa, emakumeen berdintasuna parte-hartzean eta eskubi-deetan, eta gizarteko eragileen parte-hartzea giza eskubideen eraikuntzan.

Goian aipatutako jardueretako batzuk Eusko Jaurlaritzako Justizia, Enplegu eta Gizarte Segurantza Sailaren laguntzari esker egin ahal izan dira; izan ere Sail honetako Giza Eskubideen Zuzendaritzarekin lankidetzan hitzarmena sinatua du Institutuak. Txosten honetan aipatzen diren gainerako programa eta jarduerak, nagusiki, Deustuko Unibertsitateak dituen baliabide ekonomikoekin egin ahal izan dira.

Pedro Arrupe Institute of Human Rights activities in the year 2004

During the year 2004, the Pedro Arrupe Institute of Human Rights continued its programme of promoting human rights structured around its four axes or core activities: teaching, research, diffusion and action. At the same time, the various specific activities can be classified within the three major thematic areas concerning the Institute's work; Crisis and Humanitarian Action, Migration and the Rights of Indigenous Peoples.

As regards teaching activities this year, the Institute saw the tenth year of the Master's/Expert Degree in International Humanitarian Action (NOHA) and the seventh edition of the EMA in Human Rights and Democratisation, in which some 30 students from 15 different countries in Europe, America and Asia have taken part. In parallel with both MAs, several members from the Institute gave PhD courses not only at the University of Deusto, but also at other Spanish universities, lecturing on the following themes: «Human Rights and the Globalisation Process», «Non-legal Sources and Rights» and «Human Rights as a reference for Ethical Universality».

In the research programme, an effort was made to encourage continuing research in the Institute's priority areas—which are also directly linked to the PhD programmes—: a) Human Rights and Cultural Diversity, fundamentally concentrating on the study of new multicultural realities and conflicts brought about by collective identities, all this from a multidisciplinary viewpoint; b) Human Rights and Humanitarian Action, focusing on opening up a space for reflection and exchange between the academic world and humanitarian action agents from the perspective of defending and protecting human rights.

Among the research work carried out by the Institute itself, the project entitled «Impact Assessment of Humanitarian Action in Guatemala» stands out. Working within the framework of the peace agreements reached, this project aims to analyse the true impact had by international cooperation over the years since the agreements were signed.

At the same time, various projects worked on by one or more members of the Institute have either been completed or continued. Among these, the following can be found: «The Systemisation of Experiences in Citizen Participation», «Economics and Solidarity: its Insertion in University Education» or «Dialogue in Political Conflicts Tainted with Violence: the Basque Case».

As for the diffusion programme, the different lines of publication, the document service and external diffusion programmes should be included in this review.

Five new editions of the human rights booklets, one in Basque, were published in 2004, the titles of which are:

- Clinical Work with Regard to Human Rights and Public Interest in Latin America*, by Felipe Gonzalez Morales.
- Discrimination in Mental Patients: a Challenge for Human Rights*, by José Guimón.
- Humanitarian Action in Colombia from the Perspective of Restoration*, by Jorge Eduardo Serrano.
- Indigenous Identity and State Law in Colombia*, by Libardo José Ariza.
- Linguistic Rights in the Basque Country*, by Paula Kasares.

Three works published in the monograph section deserve particular mention: *Human Rights and Humanitarian Action*, written by Dr. Joana Labrisketa, *Exclusion and Victimisation. Cries for Human Rights in Globalisation*, by Dr. Asier Martínez de Bringas, and *Human Rights in Globalisation. Guarantee and Protection Mechanisms*, by Mikel Berraondo. All authors are members of the Institute.

In addition to the Institute's three lines of publication, another two types were begun in the year 2004 with the intention of continuing them in the future. The first was «A Public Assessment by the Institute of Human Rights of the Situation of Human Rights in the Basque Country», which contains positions and opinions of the Institute itself concerning the fulfilment of human rights at the heart of the Basque society. The other was the first edition of the publication we present here: «The 2004 Humanitarian Action and Human Rights Annual».

Finally, «Economics and Solidarity: its Insertion in University Education», the result of the research work of the same name, was also published.

In parallel with this type of publishing work carried out by the Institute, it should be pointed out that several members of the Institute team have had magazine articles published, as well as chapters in various monographs and papers given at congresses, in publications by other universities and institutions.

As usual, the Document Centre has kept its doors open to students enrolled in the MAs and training programmes, as well as to researchers or members of social organisations. It is equipped with computers and has both computerised material and bibliographical information available for anyone making a particular request.

As a final feature of the Institute's diffusion programme, such activities as conferences, seminars and gatherings of both an open and restricted nature were organised to encourage contact and to inform about the work being done by individuals and organisations working in the field of human rights. An example of this was the fortnight dedicated to the African continent, entitled «Essential Africa» and organised in conjunction with the following charities: Alboan Foundation, Medicus Mundi Bizkaia, Médicos del Mundo, Bilbo Etxezabal and Intermon-Oxfam. Another collaborative activity organised

alongside IPES in Pamplona was the conference on cinema and human rights. Finally, a series of courses on human rights entitled «Human Rights as a Challenge and Demands for Globalisation» have been started in San Sebastián, where there was also a conference entitled «Violent Conflicts around the World: an Approach from the Culture of Human Rights (Iraq, Colombia and the western Balkans)».

The programme of action focused mainly on participation in cooperative projects in the sphere of human rights. During the year 2004, the programme was consolidated by promoting action programmes with indigenous organisations and universities and those dedicated to the preparation of indigenous leaders in human rights. The most important activity of this kind is still the «Human Rights Training Programme for Latin American Indigenous Peoples», which originated from the United Nations Programme for Indigenous Scholarships». The latter has been offering indigenous leaders from all over the world the opportunity to receive training in matters related to human rights and international organisations. The Deusto programme arose as a compliment to that of the United Nations, and in direct collaboration, so as to incorporate non-English speaking indigenous representatives from the American continent who have traditionally had great difficulty in obtaining such grants due to language problems. As a result of the contact established between the Institute and the United Nations High Commissioner for Human Rights, it was decided to set up the parallel programme in Bilbao run by the Institute; 2004 was the fifth year of this programme. The project has an important educational component oriented towards exerting active political pressure, with an essentially practical vocation as regards the reality and problems these Indigenous Peoples face in the international community as a whole.

Various activities begun in previous years were continued in 2004 in parallel with this programme. For instance, the cooperation project set up with the Rafael Landívar University in Guatemala has been sustained with visits by Institute members to this university in the region of Verapaz over last few years. Their presence there is intended to support and reinforce the processes of teacher training and degree curriculum design at this university. A project now in its second phase entitled «Systemisation of Experiences in Citizen Participation» is also being developed in collaboration with the Alboan NGO and the Hegoa University Institute; its aim is to design a suitable

systemisation methodology within this specific field, present it to society and explain how it can be applied by setting various systemisation processes in motion. Furthermore, the Institute is also actively involved in drafting a university teaching framework for the indigenous peoples of Ecuador and Bolivia by supporting and assessing several indigenous organisations on matters related to human rights in the creation of indigenous universities and postgraduate study intended for indigenous people. A new activity was organised in San Sebastián last year, a conference entitled «Social Participation and the Construction of Human Rights». Representatives from the local associative

movement took part and debated the social integration of foreign immigrants, equal participation and women's rights and the participation of social agents in the construction of human rights.

Many of the abovementioned activities were carried out thanks to financial support from the Basque Government's Department of Justice, Employment and Social Security —the Institute has a collaboration agreement with their Human Rights Office—. The other programmes and activities mentioned here were mainly funded by the University of Deusto itself.

Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos 2005

Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights 2005

Este Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos pretende facilitar un espacio de reflexión e intercambio sobre las prácticas, experiencias e investigaciones que se producen en el ámbito de la Acción Humanitaria y los Derechos Humanos. Los estudios y textos aquí incluidos intentan recabar el interés de académicos, profesionales, activistas de movimientos sociales y otras personas interesadas en este campo. El contenido de este segundo Anuario se nutre tanto de aportaciones realizadas desde la universidad como de reflexiones y propuestas de personas que cuentan con experiencia y responsabilidad directa en el campo de la acción humanitaria. En esta edición, la mayor parte de estos contenidos adquieren la forma de estudios o artículos monográficos.

This Yearbook on Humanitarian Action and Human Rights aims to provide a space where the reflection on and exchange of the work, experiences and research in the sphere of Humanitarian Action and Human Rights is made possible. The studies and texts included in this volume intend to be of the interest for academics, professionals, social movement activists and other people connected to this field. The contents of this second Yearbook are fostered by contributions made from the university and reflections and proposals made from professionals with experience in the field of humanitarian action.



Universidad de
Deusto

University of
Deusto

Instituto de
Derechos Humanos
Pedro Arrupe

Pedro Arrupe
Institute for
Human Rights



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL