DERECHO INTERNACIONAL: VARIAS VISIONES, UN MAESTRO

LIBER AMICORUM EN HOMENAJE A

MARCO GERARDO MONROY CABRA



RICARDO ABELLO-GALVIS

—EDITOR ACADÉMICO—

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO · EDITORIAL



Derecho internacional:
varias visiones, un maestro

Liber Amicorum
en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra

Derecho internacional: varias visiones, un maestro. *Liber Amicorum* en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra; editor académico Ricardo Abello-Galvis. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.

xxv, 587 páginas. – (Colección Institucional).

ISBN: 978-958-738-546-5 (rústica)
ISBN: 978-958-738-547-2 (digital)

Derecho internacional / Derecho internacional – Historia – Siglo XXI / Responsabilidad del estado / Legislación ambiental / Derecho internacional humanitario / Derecho penal internacional / Derecho comercial / Derecho privado/ I. Monroy Cabra, Marco Gerardo / II. Título / III. Serie.

341 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv Diciembre 16 de 2014

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Derecho internacional:
varias visiones, un maestro

Ricardo Abello-Galvis
–Editor académico–

Liber Amicorum
en homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra



Colección Institucional

© 2015 Editorial Universidad del Rosario
© 2015 Universidad del Rosario
© 2015 Ricardo Abello-Galvis, Walter Arévalo-Ramírez, Germán Burgos Silva, Adriana Camacho Ramírez, Andrea Camargo García, Andrés Contreras Fonseca, Laura Victoria García Matamoros, Víctor Hugo Guerra Hernández, Edgar Iván León Robayo, Yira López Castro, Carlos Mauricio López Cárdenas, R.J. Blaise MacLean, Juan Ramón Martínez Vargas, Andrea Mateus Rugeles, Héctor Mauricio Medina Casas, Héctor Olasolo Alonso, Rafael Nieto Navia, Ernesto J. Rey Caro, Hernando Sánchez Sánchez, María Isabel Torres Cazorla

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 Nº 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
http://editorial.urosario.edu.co

Primera edición: Bogotá D.C., enero de 2015

ISBN: 978-958-738-546-5 (rústica)
ISBN: 978-958-738-547-2 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: José Gabriel Ortiz
Fotografía de cubierta: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, fotografía suministrada por la familia Monroy
Fotografía de contracubierta: Luis Enrique Sierra Rodriguez
Diseño de cubierta y diagramación:
Precolombi EU-David Reyes
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Fecha de evaluación: 12 de noviembre de 2013
Fecha de aceptación: 22 de julio de 2014

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Contenido

Presentación ..... **xi**
Antonio Aljure Salame

Prólogo
La gran influencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra en el derecho internacional en la Universidad del Rosario ..... **xv**
Ricardo Abello-Galvis

Biografía y bibliografía de Marco Gerardo Monroy Cabra: Juez, Dignatario y Maestro del derecho internacional ..... **xix**
Ricardo Abello-Galvis y Walter Arévalo-Ramírez

Derecho Internacional Público

La costumbre como fuente del derecho internacional: Una caja de Pandora imposible de cerrar **3**
Ricardo Abello-Galvis

Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: Las causales de exclusión de ilicitud, su contenido y escenarios de aplicación **29**
Walter Arévalo-Ramírez

Nationality v. Recognition: when Reality Collides with Law, what Prevails? **55**
R.J. Blaise MacLean

Apostillas sobre la solución de controversias en instrumentos internacionales relacionados con recursos naturales compartidos y medio ambiente suscriptos por la República Argentina 91
Ernesto J. Rey Caro

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

La noción de los crímenes de lesa humanidad 109
Rafael Nieto Navia

Los principios de autonomía y libre autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales en el derecho internacional 145
Juan Ramón Martínez Vargas y Andrés Contreras Fonseca

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos..... 175
Carlos Mauricio López Cárdenas

El sistema europeo de protección de los derechos humanos: especial referencia al Consejo de Europa y su labor en este ámbito..... 205
María Isabel Torres Cazorla

Derecho Penal Internacional

El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia? 239
Héctor Olasolo Alonso

Aportes de las salas de cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional en las solicitudes de apertura de investigación: situación de Kenia y de Costa de Marfil **297**
Andrea Mateus Rugeles

Derecho Internacional Económico

Hacia un concepto de "desarrollo" para el derecho internacional..... **325**
Laura Victoria García Matamoros

El procedimiento para la solución de controversias en la OMC: Una lectura desde el mundo en desarrollo **353**
Germán Burgos Silva

Instrumentos internacionales de derechos socioeconómicos. Una revisión a partir de la realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia **379**
Yira López Castro

Derecho Internacional Privado

La nueva *Lex Mercatoria*: un derecho transnacional uniforme..... **397**
Édgar Iván León Robayo

La resolución del contrato internacional..... **433**
Héctor Mauricio Medina Casas

Consumer Protection in Microinsurance: Poverty and Contracts..... **447**
Andrea Camargo García

Matrimonios del mismo sexo y la regla del orden público. Reflexiones comparadas **489**
Víctor Hugo Guerra Hernández

Derecho de la Integración

El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano **521**
Hernando Sánchez Sánchez

La aplicación extraterritorial de la seguridad social en el contexto de la Unión Europea **565**
Adriana Camacho Ramírez

Sumario **583**

Presentación

Quiero creer osadamente que de las materias legales que domina el doctor Monroy Cabra su favorita es el derecho internacional y, de la misma manera, de sus actividades como abogado su preferida es la docencia.

Reúne hoy la Universidad del Rosario un libro de construcción colectiva que le rinde homenaje a la trayectoria jurídica de un grande del Claustro, y este libro, como los propios del doctor Monroy, enriquecerá la bibliografía del derecho internacional y será obra de consulta de magistrados, jueces, profesores y estudiantes.

No se escriben libros de homenaje todos los días: han de reunirse una trayectoria impoluta y una maestría excelsa en el dominio de una materia. El doctor Monroy excede en mucho estas condiciones.

Al mirar su parábola vital aparece el ejercicio continuo y destacado en la carrera judicial que lo vio ascender desde juez municipal de La Calera a comienzos de los años sesenta hasta la magistratura de la Corte Constitucional en los albores del siglo XXI.

En el mundo de los alamares diplomáticos tuvo oportunidad de prestar sus servicios como ministro plenipotenciario de Colombia en la Organización de Estados Americanos (OEA), de embajador extraordinario y plenipotenciario a las conferencias de Derecho Internacional Privado de Panamá, en 1975, y de Montevideo, en 1979 y 1989, y de presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

No podía privarse el mundo de los quehaceres privados de sus luces, como que ha ejercido la abogacía en negocios de carácter nacional e internacional, en la banca y en agencias internacionales dedicadas a la cooperación y la colaboración.

Su bibliografía, extensa y conocida, aborda temas de derecho constitucional, de los tratados, de los derechos humanos, de la extradición, de los menores, del sistema interamericano, de los métodos alternativos de solución de conflictos y, desde luego, de sus tratados de derecho internacional público y privado.

A pesar de su presencia en todos los campos citados no deja de ser la academia el foro donde ha podido irradiar con su palabra y presencia la profundidad y extensión de su conocimiento, pues no solo ha sido decano de esta Facultad, donde predicó con ejemplo, sino maestro en Introducción al Derecho, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Como no podía ser distinto, ha sido profesor en otras universidades colombianas y extranjeras como la American University de Washington, la Nacional de Costa Rica, las universidades de Lima y de Honduras y la Universidad de las Naciones Unidas, con sede en San José.

Y, es precisamente, de su apoyo constante a la universidad para diseminar sus luces de donde surge la idea de agradecer que hoy se concreta con la publicación de este libro. Como creo que es su deseo, este abarca temas de derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos, Corte Penal Internacional, derecho internacional económico, derecho internacional privado y derecho de la integración. Todos estos saberes caben en la dimensión legal desarrollada por nuestro homenajeado.

En materia de derecho internacional público, contribuyen los profesores Abello-Galvis, Arévalo Ramírez, MacLean y Rey Caro. Abordan ellos, respectivamente, los temas de la costumbre internacional con toda su capacidad de impacto como fuente y norma de derecho; la responsabilidad internacional del Estado, escenario de debates sobre causales eximentes de la misma; la nacionalidad y su reconocimiento que lleva al autor hasta la explicación de la doctrina Stimson, pasando por los casos de la autodeterminación y reconocimiento de la república de Georgia y del Tíbet, y, por último, las apostillas en los instrumentos internacionales relacionados con recursos naturales y medio ambiente en la república de Argentina.

Ningún tema de derecho internacional es completo si no comprende el de los derechos humanos. Trae nuestro libro un artículo de los profesores Martínez Vargas y Contreras Fonseca sobre autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales en derecho internacional, materia pobre de bibliografía en nuestro medio y necesitada de entendimiento por el delicado sujeto a que se refiere. El profesor Nieto Navia nos acompaña con un texto sobre la noción de crímenes de lesa humanidad, materia en la que delimita contornos relativos al sujeto pasivo, al sujeto activo y al escenario donde puede ocurrir. López Cárdenas, en un texto complementario, se refiere al derecho de propiedad de los pueblos in-

dígenas en que aborda el problema central de la tierra. Finalmente, la profesora Torres Cazorla nos ilustra acerca de la protección de los derechos humanos en el sistema europeo.

El derecho internacional económico, que ha vivido en las últimas décadas una evolución radical que lo ha llevado de analizar una sociedad entre iguales con relaciones conmutativas a una dispar y de relaciones asimétricas, nos ofrece las colaboraciones de la profesora García Matamoros, donde trata, precisamente, un nuevo concepto de desarrollo para el derecho internacional. El profesor Burgos, por su parte, se adentra en el mundo de la solución de controversias en la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el que examina el funcionamiento y las tendencias del Órgano de Solución de Disputas, entre otros, desde la óptica del mundo en desarrollo. La profesora López Castro cierra el capítulo con una conexión entre instrumentos internacionales y la realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia.

El derecho internacional privado, que concentra las angustias de una materia hecha desde la doctrina y la jurisprudencia, más que desde el derecho positivo, y que encuentra en esta aparente debilidad una expansión rica en desarrollos e innovadora en soluciones, nos regala un artículo del profesor León Robayo sobre la *Lex Mercatoria*, verdadera *lingua franca* de los comerciantes del mundo. Medina Casas, a partir del concepto de *contrato internacional*, nos cuenta las bases y efectos de su resolución. La doctora Camargo, en un escenario que ella misma denomina *pobreza y contratos*, desarrolla la protección del consumidor y los seguros que se expiden para el cubrimiento de riesgos de ese sujeto digno de protección nacional, y el muy polémico tema de los matrimonios del mismo sexo frente a la regla de orden público es abordado por el profesor Guerra Hernández, en un aporte que será el camino para todo lo que sobre la materia se ha de escribir en el futuro.

Cierra la obra el capítulo relacionado con el derecho de la integración, derecho que arraigó con gran ímpetu en las tierras andinas y que en Europa ha rebasado límites inimaginables. Desarrolla el profesor Hernando Sánchez Sánchez la figura del arbitraje, y la profesora Camacho, la aplicación extraterritorial de la seguridad social en la Unión Europea.

Las contribuciones anteriormente descritas, en su destacable diversidad y calidad, son precisamente un reflejo de las inquietudes académicas y motivaciones surgidas de las insignes lecciones impartidas a lo largo de los años por el

mentor que hoy homenajeamos, Marco Gerardo Monroy Cabra, quien reúne la profundidad del maestro, la sapiencia del investigador y la ecuanimidad del juez.

Mucho le debemos a nuestro emérito profesor, por su ya larga dedicación, y le paga el Claustro, con letras, la deuda a su hijo.

Antonio Aljure Salame
Decano
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

Prólogo
La gran influencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra en el derecho internacional en la Universidad del Rosario

El *Liber Amicorum* que presentamos tiene por objeto rendirle un tributo a la persona del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, por haber sido quien labró el camino para que el área de derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario obtuviera el reconocimiento, los grandes logros y las distinciones nacionales e internacionales con los que actualmente cuenta en la materia.

Tengo la certeza de que la razón por la que he tenido el privilegio de liderar este homenaje se debe al hecho de haber sido el primer monitor en la clase de derecho que regentó el doctor Monroy cuando asumió la Decanatura de la Facultad, a finales de 1995, y por haber sido testigo de excepción, puedo contarles la historia del nacimiento del área de derecho internacional e, igualmente, porque, en lo personal, el derecho internacional y la Universidad del Rosario han sido mi vida gracias a la escuela que ideó, desarrolló y fortaleció el doctor Monroy Cabra en este Colegio Mayor.

Aunque solo puedo contar la historia reciente, debo empezar manifestando que la historia del derecho internacional en el Rosario tuvo un primer intento exitoso a finales de los años sesenta cuando se creó la Especialización en Derecho Internacional; esta fue, según tengo entendido, la primera en esta área del derecho en el país. Para ese entonces, el doctor Monroy ya hacía parte de la vida del derecho internacional en nuestra facultad.

Desde el momento de su llegada a la decanatura de la Facultad, en 1995, como ya se indicó, empezó su "cruzada" por el fortalecimiento de esta área del derecho. Recuerdo, como si fuera ayer, la entrevista que presenté cuando estaba buscando un monitor para su clase. En el momento en que llegué a su oficina

para inscribirme para la entrevista, lo último que se me ocurrió es que ese mismo día me la fuera a hacer. Una vez seleccionado para acompañarlo en sus clases, me llamó poderosamente la atención el interés y el cuidado que le ponía a la selección de los profesores que dictarían los cursos de derecho internacional público y derecho internacional privado. En ese momento, los profesores encargados de impartir estas materias ya habían tenido la oportunidad de realizar estudios en el exterior. Entre estos se encontraban, como profesores de cátedra, además del doctor Monroy Cabra, los profesores Hernando Sánchez, Camilo Gutiérrez, Mauricio González Arévalo, Antonio Aljure, hoy decano de la Facultad, y Laura Victoria García como profesora de carrera.

Dentro de las políticas institucionales que empezaron a forjarse en la recta final del siglo xx, la universidad decidió tener una política agresiva de becas —préstamo para que sus profesores pudieran realizar estudios de maestría o doctorado en el exterior. Gracias al apoyo del decano en ese momento, el doctor Monroy, pude cumplir mi sueño de especializarme en derecho internacional en el Instituto de Altos Estudios Internacionales, en Ginebra, Suiza.

Mi regreso al país en el segundo semestre de 2000, después de hacer mi maestría, coincidió con el hecho de que la Facultad se había venido fortaleciendo con la contratación de profesores de planta, hecho que históricamente no hacía parte, en general, de la idiosincrasia de las universidades privadas en Colombia; pero que las nuevas directrices de Colciencias buscaban cambiar. En ese momento, el doctor Monroy Cabra de forma generosa me entregó una de las dos clases que él dictaba en derecho internacional público.

Así mismo, las directivas de la universidad habían tomado la decisión de que los cursos de derecho que se dictaban para otras facultades debían ser organizados, planificados y dirigidos desde la Facultad de Jurisprudencia. Esto, sin lugar a dudas, fue otro de los factores fundamentales para el fortalecimiento del derecho internacional, en la medida en que nos permitió empezar a preparar a un mayor número de profesores vinculados a esta área del derecho. Al tener un número creciente de profesores que trabajaban este tema, pudimos entrar a "competir" con áreas tradicionalmente fuertes en Colombia como el derecho civil o el derecho penal.

Durante la decanatura del doctor Monroy Cabra empieza el gran cambio de la Facultad. Fue él quien tuvo que dirigir la implementación de las nuevas políticas impuestas por Colciencias en el sentido de semestralizar la carrera y crear el sistema de créditos y asumió con éxito el primer proceso de acreditación

de alta calidad de la Facultad. Esto le permitió al derecho internacional crear nuevas asignaturas que fueran más allá de los dos cursos tradicionales que hasta ese momento se dictaban: derecho internacional público y derecho internacional privado.

A pesar de que en ese momento el doctor Monroy Cabra fue llamado a ocupar la dignidad de magistrado de la Corte Constitucional, sin lugar a dudas, fue quien sentó las bases para que con posterioridad se formalizara la creación del área de derecho internacional, en la cual, gracias a su intervención como director, se pudieron implementar las diferentes asignaturas que hoy tienen a la Facultad de Jurisprudencia con el área más grande en derecho internacional de todo el país. En efecto, gracias a él, hoy se imparten cinco cursos obligatorios de derecho internacional y dieciséis electivas, hay siete profesores de carrera y veinte profesores de cátedra; hemos tenido muy destacadas actuaciones y grandes triunfos en diferentes concursos, *moot courts*, nacionales e internacionales; tenemos una revista especializada en derecho internacional el *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* -ACDI, indexada internacionalmente; tenemos un grupo de investigación avalado por Colciencias; tenemos una especialización, joven pero ya reconocida, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; se dictan en las diferentes especializaciones temas de derecho internacional, como procesal internacional, derecho de familia internacional, contratos internacionales y Constitución y derecho internacional, y, finalmente, a todo esto le debemos que muchos de nosotros gocemos hoy en día de un reconocimiento como expertos en derecho internacional en Colombia y en el mundo.

Por todo lo anterior, el área quiere rendirle este sencillo pero caluroso homenaje a quien hemos considerado nuestro maestro, nuestro guía en las lides del derecho internacional. Creo no equivocarme al asumir la vocería de mis colegas y manifestarle a usted nuestros más sinceros agradecimientos, nuestro más profundo reconocimiento y nuestro más sentido respeto por su brillante carrera como jurista íntegro, como gran internacionalista y como gran ejemplo a seguir.

Doctor Monroy Cabra, muchas gracias por el apoyo que siempre nos ha brindado, por su legado y por habernos abierto el camino del derecho internacional.

Ricardo Abello-Galvis
Bogotá, noviembre de 2014

Biografía y bibliografía de Marco Gerardo Monroy Cabra:
Juez, Dignatario y Maestro del derecho internacional

Ricardo Abello-Galvis* y Walter Arévalo-Ramírez**

Reconocimiento a su vida y a su obra bibliográfica

En la historia del derecho colombiano, son pocas las veces en las que la expresión "vida y obra" cobra un significado tan profundo, valioso y equilibrado entre sus expresiones "vida", entendida como el recorrido profesional y "obra", entendida como el conjunto de frutos generosamente entregados a sus lectores y aprendices, como en el caso del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Su extensa obra jurídica, que sin miedo a exageraciones, tiene puntos de contacto con todas las áreas del derecho, no puede ser comprendida en su magnitud y majestuosidad, sin un correlato de las distintas dignidades y posiciones que a lo largo de su vida ha ostentado el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra al servicio del derecho nacional e internacional.

* Profesor principal de Derecho Internacional Público de la facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá-Colombia). Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje (2014-2019); M/Phil en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra – IUHEI (Suiza); Estudiante del doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontifica Universidad Javeriana; director del ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional; expresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional – ACCOLDI, y Asociado de IHLADI. Contacto: ricardo.abello@urosario.edu.co

** Profesor investigador. Análisis Político Internacional – Derecho Internacional, Universidad del Rosario. Abogado – Politólogo (*cum laude*). Especialización en Derecho Constitucional. LL.M (Master of Laws) en International Law and Legal Studies (*summa cum laude*) Stetson University College of Law. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Internacional. Miembro del Anuario Colombiano de Derecho Internacional, facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario. Miembro del Observatorio de Política Exterior Colombiana, facultad de Ciencia Política Universidad del Rosario. Profesor asociado, facultad de Derecho, Universidad El Bosque. Catedrático de derecho internacional, Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: walter.arevalo@urosario.edu.co.

Su impecable y reconocida carrera dentro de la jurisdicción nacional, en la que con paso constante e intachable profesionalismo, impartió justicia desde los circuitos judiciales hasta las altas Cortes, su carrera internacional como jurista y como plenipotenciario representando al país en distintas organizaciones internacionales, su carrera profesoral, incansablemente desempeñada desde 1965 hasta el día de hoy y su experiencia internacional como consultor, son sin duda, los escenarios genitores de su generosa obra.

En el presente homenaje, queremos resaltar su inconmensurable contribución al estudio del derecho internacional en Colombia, entendido a través de su dedicación a esta rama del derecho a lo largo de su carrera judicial, donde le dio vigencia y aplicación en un país donde no era costumbre acudir a fuentes más allá de las locales, y en su carrera académica y de servicio exterior, donde produjo las principales obras de derecho internacional en el país, que abrieron la senda para muchos académicos que seguirían sus pasos.

Entrando en detalle, su carrera judicial da muestra no solo de su constancia y compromiso con la rama, sino que permite explicar gran parte de su obra, que sin duda, abarca las más variadas temáticas jurídicas en lo público y lo privado:

El juez

2001-2009	Magistrado de la Corte Constitucional.
2002	Presidente de la Corte Constitucional.
1989	Vicepresidente del Consejo Superior de la Administración de Justicia.
1982-1989	Presidente y Magistrado del Tribunal Disciplinario.
1977	Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en interinidad).
1970-1977	Presidente de la Sala Civil y Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.
1966-1970	Juez 7° y 2° Civil del Circuito de Bogotá.
1963-1965	Juez 12° Civil Municipal de Bogotá.
1963-1965	Juez Promiscuo Municipal de La Calera.

Su dedicación al ideal de la justicia en Colombia, se acompaña de su destacado servicio a los intereses tanto de la nación como del derecho mismo en el

ámbito exterior, circunstancia indicativa de su rol como impulsor de los estudios de derecho internacional en el país:

El dignatario

1993-1995	Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Agencia Internacional de Desarrollo en programas de Administración de justicia
1989-1993	Ministro Plenipotenciario de la Misión Colombiana ante la Organización de los Estados Americanos.
1992	Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos.
1978-1988	Miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
1975, 1979, 1989	Embajador Extraordinario y Plenipotenciario a las Conferencias sobre Derecho Internacional Privado de Panamá (1975), Montevideo (1979 y 1989).
1982	Magistrado suplente del Tribunal Andino de Justicia.

Su aporte al derecho nacional no solo ha tenido como escenarios las cortes y los despachos de altas instancias internacionales; especialmente, el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra ha sido para todos, un maestro. Su carrera profesoral y su servicio a la academia han sido sin duda, de los más duraderos y fructíferos de la historia de las facultades de derecho del país.

En el presente homenaje se quiere exaltar con especial agradecimiento, su rol como maestro e impulsor del estudio del derecho internacional en Colombia, asignatura de la que ha sido profesor desde 1965, siempre a la par de sus cursos en estudios de orden nacional en asuntos como el derecho de las obligaciones, el derecho civil y el derecho procesal.

El maestro

1995-2001	Decano de la Facultad de Jurisprudencia. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.

1996	Profesor Emérito y Profesor Honorario de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia.
1965 hasta la fecha	Profesor titular de las cátedras de Introducción al Derecho, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá, Colombia. Fue profesor de las Universidades Externado de Colombia, Los Andes, Javeriana, Libre, Gran Colombia, Santo Tomás, Sergio Arboleda, Academia Superior de Policía y Universidad Militar de distintas asignaturas como Introducción al Derecho, Derecho Procesal Civil, Teoría General de la Prueba, Obligaciones, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.
1990	Profesor invitado al curso de derecho internacional del Comité Jurídico Interamericano, Río de Janeiro.
1990-1993	Profesor invitado por varias universidades extranjeras, entre otras, American University (Washington, D.C.), Universidad Nacional de Costa Rica, Universidad de Lima, Universidad de Honduras, Universidad de Naciones Unidas, etc.

Asociaciones académicas y condecoraciones

- Miembro de Número y Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Miembro Correspondiente Extranjero de las Academias de Córdoba, Granada, México, Bolivia, La Coruña.
- Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional-IHLADI.
- Miembro Fundador y Honorario de la Academia Colombiana de Derecho Internacional-ACCOLDI.
- Vicepresidente de la Conferencia Iberoamericana de Academias de Jurisprudencia.
- Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- Miembro Correspondiente de la Academia Argentina de Derecho Internacional.
- Miembro de la Federación Interamericana de Abogados.

- Jurista Emérito del Colegio de Abogados de Bogotá.
- Condecorado con la Orden de San Alberto Magno en el Grado de Caballero Comendador por su Santidad Juan Pablo II.
- Condecorado con la Orden José Ignacio de Márquez al Mérito Judicial en dos ocasiones.

Como profesor de derecho internacional público, internacional privado, y como autor internacionalmente reconocido en materia de ciencias jurídicas, de su amplísima Bibliografía que arroja más de 60 obras, queremos destacar a continuación aquellas que conservan especial relación con temas propios de esta rama del derecho, que han sido reconocidas nacional e internacionalmente por su importancia y validez como recurso obligado de estudio y conocimiento profesional en la materia:

Libros

- *El diferendo entre Colombia y Nicaragua sobre el archipiélago de San Andrés y Providencia.* Segunda Edición, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012.
- *Introducción al derecho penal Internacional.* Legis, 2011
- *Ensayos sobre Teoría Constitucional y Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, 2007.
- *Derecho Internacional Público*, Editorial Temis, quinta edición, 2002.
- *Desaparición Forzada de Personas*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000.
- *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*, Oxford, University Press, 1997.
- *Derecho de los Tratados*, primera edición, Editorial Temis, 1989, y segunda edición, Editorial Leyer, 1995.
- *El Sistema Interamericano*, Editorial Juricentro de San José, Costa Rica, 1994.
- *Derecho de Menores*, Editorial Wilches, 1987.
- *Reforma del Sistema Interamericano*, Ediciones Universidad Javeriana, 1986.
- *Régimen Jurídico de la Extradición*, Editorial Temis, 1985.

- *Introducción al Derecho Internacional Laboral*, Universidad del Rosario, 1984.
- *Derechos Humanos*, Editorial Temis, 1980.
- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Organización de los Estados Americanos, 1980.
- *Estudio: Derechos y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 1980 (varios autores).

Capítulos de libro

- Recursos contra el laudo arbitral, en *El contrato de Arbitraje*.- Eduardo Silva Romero (director) y Fabricio Mantilla Espinosa (coordinador) Legis. 2005, págs. 671 a 682.

Artículos

Anuario Colombiano de Derecho Internacional

- El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional, Volumen 1, Octubre de 2000, págs. 107 a 138.

Revista del Rosario

- La Enseñanza de la Ética como Misión de las Facultades de Derecho, enero a junio de 1996, Volumen 89, números 571 y 572, págs. 58 a 73.
- La Acción de Tutela y la Educación: Desacato y Consecuencias Punitivas, diciembre de 1995, Volumen 88, números 569 y 570, págs. 65 a 74.
- Los Tratados Internacionales en Derecho Colombiano, Volumen Especial (1979), págs. 7 a 37.
- La Autoridad de los Tratados en sus Relaciones con el Derecho Interno, Primera Parte, números 493 y 494 (1973), págs. 43 a 60.
- La Autoridad de los Tratados en sus Relaciones con el Derecho Interno, Segunda Parte, números 495 a 496 (1973), págs. 65 a 78.
- La Noción del Derecho, número 469 (1965), págs. 51 a 61.

Revista Estudios Socio-Jurídicos

- Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional, Vol. 7 Número 2. Noviembre de 2005, págs. 77 a 91.
- Intervención humanitaria, soberanía y proceso de paz, Vol. 2 Numero 2, Octubre de 2000, págs. 11 a 33.

Revista Cancillería de San Carlos

- Perspectivas del Sistema Interamericano, número 9, agosto de 1991, págs. 41 a 55.
- Validez de la Intervención de Estados Unidos en Panamá, Según el Derecho Internacional, número 6, marzo de 1991, págs. 43 a 50.
- Las Relaciones Internacionales en la Constitución Colombiana de 1991, número 3, mayo de 1992, págs. 7 a 17.
- Un Estado No Puede Ejercer Actos de Soberanía en Otro Estado, número 16, diciembre de 1992, págs. 20 a 25.

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

- Colombia y Convenios de OIT, números 218, 219 y 220, julio a diciembre de 1977.
- Salvaguardias Constitucionales en el Proceso Penal Interamericano, números 270, 271 y 272, enero a julio de 1986.
- Aborto, números 230, 231 y 232, julio a diciembre de 1979.
- ¿Está en Crisis el Principio de la Autonomía de la Voluntad?, números 236, 237 y 238, julio a diciembre de 1980.
- Nuevo Derecho de Menores, números 221, 222 y 223, enero a junio de 1978.
- Influencia de la Corte Internacional de Justicia en el Desarrollo del Derecho Internacional, números 210 y 211, enero a junio de 1976.
- Constitución de Estados Unidos de América y su Influencia en el Desarrollo Público, números 278 y 279, julio a diciembre de 1987.
- Derechos Humanos y Democracia Representativa, números 227, 228 y 229, enero a junio de 1979.

- Litigio Colombo-Venezolano, números 240, 241 y 242, enero a junio de 1981.
- La Cultura de la Muerte: Reflexiones sobre el Drama de Colombia, número 310, noviembre de 1997, págs. 1 a 11.

The American University Law Review

- Rights and Duties Established by the American Convention on Human Rights (Derechos y Deberes Establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos), volumen 30, otoño de 1980, págs. 21 a 63.

Revista Javeriana

- Consideraciones jurídicas Nicaragua-Colombia. Marzo 2013, No. 792. Tomo 149 año 80, págs. 24-27.

Estudios en libros homenaje a juristas destacados a nivel internacional

- Sociedad, Estado y Derecho. Homenaje a Álvaro Tafur Galvis. Tomo III. Derechos y garantías entre lo público y lo privado: La zona de Frontera. Editorial Universidad del Rosario. 2014. Estudio sobre "Las garantías judiciales y los principios generales del proceso a la luz de la constitución y el derecho internacional", págs. 93 a 116.
- El derecho internacional: entre lo jurídico y lo político: homenaje al profesor Rafael Nieto Navia Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia Grupo Editorial Ibañez, 2010. Estudio sobre "Delimitación de Espacios Marinos", págs. 261 a 289.
- Derecho Internacional Contemporáneo: *Liber Amicorum* en homenaje a Germán Cavelier, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2006. Estudio sobre el "Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales", págs. 139 a 159.
- Libro Homenaje a Werner Goldschmidt, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

- 1997. Estudio sobre "Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros en el Sistema Interamericano", págs. 539 a 568.
- *Liber Amicorum* en Homenaje a Héctor Gross Espiell, 1997, Bruylant, Bruselas. Estudio sobre "Los Derechos Humanos en la Constitución Colombiana de 1991", Volumen 1, págs. 863 a 878.
- Ensayos Jurídicos, *Liber Amicorum* en Homenaje a Carlos Holguín Holguín, Ediciones Rosaristas, 1996. Estudio "El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación: Nuevos Desarrollos", págs. 377 a 406.
- El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. *Liber Amicorum* en Homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994. Estudio sobre "Solución de Controversias en el Sistema Interamericano", Volumen II, págs. 1201 a 1227.
- Derechos Humanos en las Américas, Libro Homenaje a Carlos A. Dunshee de Abranches, 1984. Estudio sobre "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno", págs. 135 a 145.
- Libro Homenaje al Profesor Carlos Holguín Holguín. Introducción: Contribución del Profesor Carlos Holguín Holguín al derecho internacional, págs. 157-165.

Su amplia bibliografía es sin duda, uno de los pilares del aporte colombiano al estudio y desarrollo del derecho internacional, como también, la principal fuente de consulta de la materia en el contexto nacional. Su obra en derecho internacional, al igual que su carrera, se despliega en gran cantidad de temas, todos siempre abordados con la misma calidad, seriedad y profundidad que ha caracterizado todas las facetas personales y profesionales de este gran jurista colombiano, cuya vida y obra, hoy celebramos.

Anexo: Obra bibliográfica (libros)

La bibliografía del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra no solo ha dejado huella en el derecho internacional, sino en todas las otras manifestaciones de la ciencia jurídica. Como muestra de su fértil producción académica, presentamos la siguiente recopilación bibliográfica de sus principales obras.

2013	Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre el fallo de la Haya	Editorial Universidad del Rosario
2013	El diferendo entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia	Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia
2012	Derecho de familia, infancia y adolescencia	Ediciones del Profesional
2012	Historia constitucional de Colombia siglo XIX	Academia Colombiana de Jurisprudencia
2012	Tratado de derecho internacional privado	Editorial Temis
2011	Introducción al derecho penal internacional	Legis
2011	Retos de la democracia y de la participación ciudadana administrativa	Universidad del Rosario
2010	Introducción al derecho	Editorial Temis
2007	Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional	Editorial Universidad del Rosario
2005	La interpretación constitucional	Ediciones librería del profesional
2003	Derecho de familia y de menores	Ediciones del profesional
2003	Estado actual de la justicia Colombiana	Universidad Externado de Colombia
2003	Premoniciones y realidades sobre la paz	Academia Colombiana de Jurisprudencia
2001	Desaparición forzada de personas análisis jurídicos de los instrumentos internacionales y de la ley Colombiana 589 de 2000 sobre desaparición forzada de personas	Librería del profesional
2000	Derecho procesal civil internacional	Ediciones Librería del Profesional
1998	Arbitraje comercial nacional e internacional	Legis
1998	Derecho internacional público	Temis
1998	Ética del abogado Régimen legal y disciplinario	Ediciones Librería del Profesional
1997	Hermenéutica jurídica	Ediciones Rosaristas
1997	Métodos alternativos de solución de conflictos	Harla
1996	Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Profesor Carlos Holguín Holguín	Biblioteca Jurídica Diké
1996	Solución pacífica de controversias internacionales	Biblioteca Jurídica Dike
1995	La conciliación como medio alterno de solución de conflictos Derecho procesal y organización judicial	Revista del Colegio de Abogados de la Plata
1989	Delimitación terrestre y marítima entre Colombia y Venezuela	Universidad Santo Tomás

1986	La reforma del sistema interamericano	Pontificia Universidad Javeriana
1985	Ética del abogado	Jurídicas Wilches
1980	Los derechos humanos	Editorial Temis Librería
1979	Conferencias interamericanas de Panam (1975) y Montevideo (1979) sobre derecho internacional privado	Ediciones Rosaristas
1979	Matrimonio civil y divorcio en la legislación colombiana	Temis
1979	Principios de derecho procesal civil	Temis
1978	Derecho de los tratados	Temis
1977	Introducción al derecho internacional laboral	Ediciones Rosaristas
1975	Material jurídico financiero derecho internacional comercial y procesal	[Editorial desconocida]
1975	Régimen concordatario colombiano	Temis
1974	Comentarios al nuevo concordato	Ediciones Rosaristas
1971	Manual de introducción al derecho	Temis
1969	Manual de derecho internacional privado	Tercer Mundo

Derecho Internacional Público

La costumbre como fuente del derecho internacional: Una caja de Pandora imposible de cerrar*

Ricardo Abello-Galvis**

Introducción

La costumbre como fuente del derecho internacional ha sido objeto de innumerables artículos escritos por los autores más reconocidos de esta área del derecho. A pesar de esto, en mis clases de derecho internacional y en las diferentes conferencias brindadas en diferentes escenarios, este tema ha sido siempre objeto de especial curiosidad, en el sentido que hoy en día es difícil entender la existencia de normas vinculantes para los Estados sin que estos hayan manifestado en forma expresa su deseo de que una determinada norma le sea aplicable. Es decir, nos encontramos aún frente a una posición típicamente voluntarista del derecho internacional cuando esta visión ya fue revaluada desde mediados del siglo pasado.

Sin embargo, a pesar de las voces voluntaristas, la costumbre ha sido la fuente del derecho internacional por excelencia, el desarrollo de este se debe esencialmente a las normas consuetudinarias al punto de que las normas relativas a los tratados celebrados entre los Estados eran costumbre internacional hasta la

* El presente capítulo es producto de las investigaciones realizadas en materia de Fuentes del derecho y costumbre internacional, para el proyecto –Observatorio de Derecho Internacional ACDI– dentro de la línea "El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales internacionales y nacionales", parte del "Grupo de investigación en derecho internacional" de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesor principal de Derecho Internacional Público de la facultad de Derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá-Colombia). Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje (2014-2019); M/Phil en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra – IUHEI (Suiza); Estudiante del doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontifica Universidad Javeriana; director del ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional; expresidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional – ACCOLDI, y Asociado a IHLADI. Contacto: ricardo.abello@urosario.edu.co

entrada en vigor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969[1] (en adelante CVDT); es más, hoy en día los Estados que no han ratificado esta Convención deben hacer uso de la costumbre en todo lo relativo al régimen legal aplicable a los tratados.

Es innegable que en la actualidad los tratados se han vuelto la forma más común de crear nuevos derechos y obligaciones entre los Estados, por esto es interesante ver como ya en 1974 René-Jean Dupuy se preguntaba "¿cuál es el sitio, o la importancia, de la costumbre en el derecho internacional actual?"[2]. Hoy, cuando la primera década del siglo XXI ya es historia, la costumbre sigue siendo un tema de enorme actualidad en el estudio del derecho internacional, esto se ve reflejado en las diferentes decisiones de los tribunales internacionales así como en los diversos textos que se publican sobre este tema.

Por lo anterior, es que para este homenaje al Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra hemos decidido "visitar" nuevamente el tema relativo a la costumbre internacional.

La metodología que usaremos en el desarrollo de este artículo será la de un análisis descriptivo de los elementos, los tipos y los efectos de la costumbre en derecho internacional. Para esto acudiremos a los instrumentos internacionales, como fuente primaria, y a la jurisprudencia y la doctrina, como fuentes secundarias.

El objetivo de este estudio es que los funcionarios públicos, los abogados, los docentes y los estudiantes que tienen que trabajar y analizar temas de derecho internacional tengan un texto en el que se muestre con claridad los diferentes ángulos de la costumbre y que, como tal, nos encontramos frente a una fuente del derecho internacional que es vinculante para los Estados.

Marco general

Ahora bien, lo primero que debemos señalar sobre la costumbre, es que se encuentra tipificada en el artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante la Corte o la CIJ). De acuerdo con este artículo, la costumbre es una de las fuentes del derecho internacional. El numeral primero dice que

---

[1] Este tratado entró en vigor el 27 de enero de 1980. NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. UNTS, Nueva York, 1987, vol. 1155, no. 18232, p. 443.

[2] DUPUY, René-Jean. Coutume sage et coutume sauvage. En: Roberto Ago, Sir Gerald Fitzmaurice, André Gros, Paul Güggenheim y Charles de Visscher (Comité de Honor). La communauté internationale: Mélanges offerts a Charles Rousseau, París: Ed. Pedone, 1974, p. 76.

"La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: … la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". En este orden de ideas, autores como Cahier señalan que la costumbre es "una práctica general o local aceptada como siendo el derecho"[3].

A nuestro modo de ver, la costumbre ha sido la fuente del derecho internacional por excelencia en la medida que el gran desarrollo de esta área del derecho se debe, ante todo, a esta forma de crear normas jurídicas. Como lo señala Basdevant, se trata de normas que "… surgen de forma espontánea como consecuencia de las exigencias de la vida internacional…"[4], en la misma línea, Wolfrum sostiene que "el desarrollo del derecho internacional consuetudinario es el reflejo de las características de la comunidad internacional entendida como una comunidad jurídica"[5].

De acuerdo con lo anterior, grandes temas como los privilegios y las inmunidades diplomáticas y consulares, el derecho del mar, el derecho de los tratados y la responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, entre otros, tuvieron una creación y un desarrollo normativo que se dio por vía del derecho consuetudinario o costumbre. Posteriormente, la Comisión de Derecho Internacional (en adelante la Comisión o la CDI) se encargó de establecer un marco jurídico claro y preciso a estos temas por vía de su positivización[6].

En lo relativo a su importancia, las posiciones de la doctrina se encuentran divididas. Por ejemplo, para Pastor Ridruejo la costumbre fue la fuente del derecho internacional más importante hasta 1945. A partir de esta fecha los tratados desplazaron en importancia a las normas consuetudinarias[7]; mientras que otra parte de la doctrina considera que hoy día es innegable la importancia de esta fuente en el derecho internacional, y es por esta razón que la CDI ha vuelto a tener el tema en su agenda, ya que Sir Michael Wood solicitó en el período 63

---

[3] CAHIER, Philippe. Cours général de droit international public. En: RCADI, 1992, vol. 195, p. 223. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya. "Une pratique générale ou locale accepté comme étant le droit".

[4] BASDEVANT, J. Règles générales du droit de la paix, En: RCADI, 1936, vol. 58, p. 516.

[5] WOLFRUM, Rüdiger. Sources of International Law. En: Wolfrum, Rüdiger (Ed.). The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. IX, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 304, párr. 23.

[6] Al respecto ver: NACIONES UNIDAS. La Comisión de Derecho Internacional y su obra. Nueva York: 1996 y OPPENHEIM, L. The future of International Law. Oxford: Clarendon Press, 1921, p. 24-25.

[7] PASTOR Ridruejo, José Antonio. Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : nor faits et valeurs, Cours Général de droit international public. En: RCADI, 1999, vol. 274, p. 42. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.

de Sesiones de la CDI que se incluyera el tema en la agenda bajo el título "Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario"[8]. Con esto queda plenamente demostrado que la costumbre como fuente del derecho internacional sigue siendo un tema de estudio de vital importancia, razón por la cual sigue teniendo una vigencia fundamental en los principales foros del derecho internacional, así como en las decisiones de los tribunales internacionales.

A pesar de lo anterior, hoy en día quienes estudiamos y, sobre todo, nos dedicamos a la docencia de estos temas, nos vemos ante la dificultad de su enseñanza como consecuencia de la fuerza que ha tomado el derecho de los tratados en donde hay un claro acuerdo de voluntades entre los sujetos que forman parte, frente a la costumbre como fuente en donde la existencia de la norma puede no ser tan clara. En este sentido, vemos cómo en el derecho interno colombiano, la Constitución Política solo hace referencia a los tratados que han sido debidamente ratificados por el Estado como instrumentos vinculantes[9], desconociendo otras fuentes del derecho internacional que, independientemente de lo que señale la Constitución Política, son vinculantes para el Estado. Solamente el artículo 9[10] tiene una posición más amplia al incorporar en el ordenamiento jurídico interno "los principios reconocidos por Colombia" sin condicionarlos a que se encuentren en un tratado y, en consecuencia, a que hayan sido ratificados o no.

Además de lo anterior, debemos recordar que hay muchos instrumentos que, desde su creación, por voluntad de los Estados parte, no fueron sometidos al proceso de ratificación y son reconocidos como plenamente vinculantes en virtud de la costumbre. En este sentido podemos enunciar, a modo de ejemplo, instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948.

En el marco del presente estudio, hemos logrado observar cómo, a pesar de que es un tema que ha sido discutido de larga data y, en consecuencia, su evolución normativa ha sido un desarrollo progresivo constante del derecho internacional, no es sino hasta 1969, en el caso de la Plataforma Continental del

---

[8] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. A/66/10. Anexo A. 63 período de sesiones, 2011, p. 327-336.

[9] Ver: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991; art. 53, párr. 4 y art. 93, párr. 2.

[10] El artículo 9 de la Constitución Política de Colombia establece: "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia…".

Mar del Norte, que la CIJ estableció con claridad los elementos y los requisitos de la costumbre. En este sentido, Eduardo Jiménez de Aréchaga sostiene que "mientras la Corte Permanente durante su existencia y la Corte Internacional de Justicia hasta 1969 se ocuparon principalmente de asuntos referentes a la interpretación y aplicación de tratados – la Corte Internacional de Justicia, durante la última década [1970-1980], ha tenido que enfrentarse prácticamente, en cada caso[11], con lo que se ha llamado 'la medusa amorfa pero formidable del Derecho internacional consuetudinario'"[12].

En efecto, de acuerdo con todo lo expuesto, para nosotros es claro que el desarrollo del derecho internacional post Westfalia (1648) se da gracias a la costumbre. En este sentido, como ya lo mencionamos, temas como el derecho consular, el derecho diplomático, el derecho de los tratados, la solución pacífica de controversias, entre otros grandes temas, se dan por vía consuetudinaria en desarrollo de las relaciones mutuas entre los Estados[13] y no por la vía de los tratados. Frente a semejante desarrollo progresivo, es curioso que no sea sino en los últimos treinta años del siglo XX que haya una preocupación por establecer parámetros claros de esta fuente del derecho.

En este sentido, es interesante observar cómo los manuales de derecho internacional publicados entre 1900 y 1950 hacen especial énfasis en el territorio y no en las fuentes; y cuando se hace referencia a estas últimas el énfasis se hace en los tratados y no en las otras fuentes del derecho internacional[14]. Lo anterior, tal y como lo señala Sørensen, en la medida que "el objeto clásico del derecho internacional eran las relaciones entre Estados como unidades políticas, sobre

---

[11] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Preliminary Objections, Judgment. ICJ. Reports I970, p.3; Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, ICJ. Reports 1971, p. 16. Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, ICJ. Reports 1972, p. 46. Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, ICJ. Reports 1974, p. 3. Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ. Reports 1974, p. 253. Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, ICJ. Reports 1974, p. 457. Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ. Reports 1975, p. 12. Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ. Reports 1978, p. 3.

[12] JIMÉNEZ de Aréchaga, Eduardo. El derecho internacional contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980, p. 13.

[13] En este sentido ver: DUPUY, René-Jean. Coutume sage et coutume sauvage. En: Roberto Ago, Sir Gerald Fitzmaurice, André Gros, Paul Güggenheim y Charles de Visscher (Comité de Honor), La communauté internationale: Mélanges offerts a Charles Rousseau. París: Ed. Pedone, 1974. p. 77.

[14] En este sentido ver: BRY, Georges. Précis élémentaire de Droit International Public. París: Recueil Sirey, 1910; Briggs, Herbert W. The Law of Nations. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc. 1952.

todo la delimitación recíproca de sus competencias"[15] y continúa diciendo que "esta característica del derecho internacional sigue siendo válida en términos generales, pero no en los detalles. El derecho internacional empezó a ocuparse del estatuto jurídico del individuo en su propio Estado"[16], lo cual nos muestra que hay un cambio en los temas de estudio a partir de la creación y el desarrollo de la Organización de Naciones Unidas en lo relativo a los sujetos y las fuentes del derecho internacional.

Aproximaciones al concepto de costumbre en derecho internacional

La doctrina a comienzos del siglo xx empieza a aproximarse a la costumbre y sus elementos identificándola, en un comienzo, con la doctrina, con un acuerdo tácito y aún con los principios generales del derecho, como lo veremos a continuación.

La aproximación que hace Charles Rousseau a la costumbre es bien interesante, empieza por mostrarnos cómo a comienzos del siglo xx hubo una tendencia que identificaba la costumbre y la doctrina. Rousseau, de forma clara y tajante, va mucho más allá al afirmar que son diferentes y que identificarlos es un error en la medida que la doctrina no puede ser considerada como fuente del derecho internacional[17]. Esta es una posición interesante ya que el artículo 38 del Estatuto de la CIJ señala que la doctrina es una fuente del derecho internacional[18]. En este sentido, marcar como diferencia entre la costumbre y la doctrina el que esta última no sea fuente fue, sin duda, el comienzo de una discusión que lleva muchos años y en la que, aún en la actualidad, no se ha logrado un acuerdo. Infortunadamente no profundizaremos este tema en este artículo por no ser el objeto del mismo.

Otra parte de la doctrina hablaba de la costumbre como un acuerdo tácito. En este sentido Georges Bry señala que "se refieren a hechos antiguos y gene-

---

[15] SØRENSEN, Max. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI, 1961, vol. 101, p. 8. A.W. Sijthoff, Leyde.

[16] Ibid., p. 8.

[17] ROUSSEAU, Charles. Principes Généraux du Droit International Public. París: Editions A. Pedone, 1944, p. 816-820.

[18] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA; Artículo 38.1.d: "… las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho…".

ralmente repetidos que reposan en una convención tácita entre los Estados"[19]. Al respecto creemos que la definición de Bry hace una referencia a lo que hoy entendemos como un "uso"[20] internacional que no tiene carácter vinculante en sentido normativo y no a la costumbre como norma obligatoria. Esta es una teoría defendida, sobre todo, por la doctrina "soviética" liderada en su momento por Tunkin, quien sostuvo que "tal reconocimiento o aceptación implica un ofrecimiento a los demás Estados de aceptar una norma como de derecho internacional. Es una oferta tácita, no hay conferencias ni negociaciones; esta oferta va implícita en las acciones del Estado que constituyen el reconocimiento de determinada regla como una norma jurídica"[21].

En este sentido, Michel Virally, en el curso que dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, estableció, con gran claridad, la diferencia entre el concepto de costumbre y un acuerdo tácito al sostener que si la costumbre fuera tácita, solo sería vinculante para aquellos Estados que la aceptaron, a *contrario sensu* no puede oponerse a aquel Estado que no haya dado su consentimiento; lo que era muy conveniente "para un Estado aislado entre las dos guerras como era el caso de la URSS, o de los nuevos Estados que no participaron en el proceso consuetudinario"[22]. Sin embargo, René-Jean Dupuy sostiene que en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte la Corte rechazó de forma clara la tesis del acuerdo tácito[23].

---

[19] BRY, Georges. Précis élémentaire de Droit International Public. París: Recueil Sirey, 1910, p. 6. "ils se réfèrent à des faits anciens et souvent répétés, et reposent sur une convention tacite entre les Etats".

[20] FINCH, George A. The Sources of modern International Law. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1937, p. 47. "Jurists speak of a custom when a continuous habit of doing certain actions has grown up under the conviction that such actions are legally necessary or legally right. On the other hand, jurists speak of a usage when a habit of doing certain things develops without involving any conviction of their legal character".

[21] TUNKIN, G.I. Co-existence and International Law. En: RCADI, 1958, vol. 95, p. 13. A.W. Sijthoff, Leyde; En este mismo sentido ver: STRUPP, Karl. Les Règles générales du droit de la paix. En: RCADI, 1934, vol. 47, p. 306. A.W. Sijthoff, Leyde; SØRENSEN, Max. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI, 1961, vol. 101, p. 45. A.W. Sijthoff, Leyde; BARBERIS, Julio A. La coutume est-elle une source de droit international? En: Jean Boulois, René-Jean Dupuy (Eds.). Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally. París: Ed. Pedone, 1991, p. 44-45 y WOLFRUM, Rüdiger. Sources of International Law. En: Wolfrum, Rüdiger (Ed.). The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, vol. IX. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 304, párr. 22.

[22] VIRALLY, Michel. Panorama du Droit International Contemporain, Cours Général. En: RCADI, 1983, vol. 183, p. 181. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.

[23] DUPUY, René-Jean. Coutume sage et coutume sauvage. En: Roberto Ago, Sir Gerald Fitzmaurice, André Gros, Paul Güggenheim y Charles de Visscher (Comité de Honor), La communauté internationale: Mélanges offerts a Charles Rousseau. París: Ed. Pedone, 1974, p. 79.

Al respecto, creemos que la posición del acuerdo tácito se enmarca en el derecho de los tratados y no en la costumbre, en la medida en que hay un acuerdo claro entre las partes siguiendo lo establecido en el artículo 3 de la CVDT el cual abre la opción a la validez jurídica de los tratados verbales.

La doctrina también tuvo la tendencia de identificar la costumbre con los principios. En este sentido Sørensen hace una distinción interesante al afirmar que lo que realmente se encuentra ligado a los principios generales es el concepto mismo de obligatoriedad de la costumbre así como sus elementos constitutivos. Es decir, la práctica constante y la convicción jurídica[24]. Más adelante sostiene que "estos dos elementos se remontan al derecho romano clásico; se mantuvieron bajo diversas fórmulas por la doctrina romanista del Medioevo; fueron adoptadas por la doctrina jurídica de varios países, es así como podemos observar como los conceptos fundamentales del derecho internacional están profundamente ligados a los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales"[25]. Lo anterior no significa que los dos conceptos puedan ser identificados en la medida que los principios tienen su origen, su fundamento, en el derecho interno; mientras que la costumbre internacional lo tiene en las relaciones interestatales.

Concepto general de la costumbre internacional

La costumbre, o normas consuetudinarias, son normas que surgen de la práctica de los Estados y, en consecuencia, tienen plena aplicación en las relaciones mutuas entre estos. En palabras de Sørensen "es el resultado de un proceso social… de una generalización por medio de la cual de una secuencia de hechos se logra despejar una norma"[26]. Por su parte Virally sostiene que "en realidad, el derecho consuetudinario es la manifestación de las dificultades que surgen de la coexistencia de una pluralidad de Estados y de la necesidad que tienen dichos Estados de mantener sus relaciones mutuas"[27].

---

[24] SØRENSEN, Max. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI, 1961, vol. 101, p. 16-17. A.W. Sijthoff, Leyde.

[25] SØRENSEN, Max. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI, 1961, vol. 101, p. 36. A.W. Sijthoff, Leyde. GUGGENHEIM, Paul. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI, 1958, vol. 94, p. 36-53. A.W. Sijthoff, Leyde.

[26] SØRENSEN. Op. cit., p. 35.

[27] VIRALLY, Michel. Panorama du Droit International Contemporain, Cours Général. En: RCADI, 1983, vol. 183, p. 182. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.

En términos generales, podemos afirmar que, a nuestro modo de ver y como ya lo hemos mencionado, la costumbre internacional es la fuente más importante del derecho internacional. Es la base, o punto de partida, de los tratados más significativos en temas de derecho internacional, así como la esencia misma de la celebración misma de todos los tratados hasta el momento en que entró en vigor la CVDT en la medida que es en este momento que surge un marco jurídico claro para la celebración de los tratados. En este sentido, tal y como lo sostiene Sørensen, la costumbre juega un rol fundamental en la medida que "es el elemento esencial de la estabilidad del sistema jurídico"[28]. Por lo tanto, se considera que el desarrollo progresivo del derecho internacional tiene su fundamento con esta fuente, o como lo señala Bry "constituye la base más estable de un derecho que no está codificado"[29].

En efecto, las primeras normas en el derecho internacional surgen como consecuencia de acuerdos no escritos entre los Estados, razón por la que surge todo un desarrollo del derecho internacional por vía de los usos interestatales.

En este sentido, podemos poner como ejemplos claros de la costumbre, el derecho diplomático, con anterioridad a 1961 (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas) y el derecho consular con anterioridad a 1963 (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares); aún hoy en día se aplicaría la costumbre entre Estados que no formen parte de estos tratados. En el mismo sentido podemos incluir como normas consuetudinarias el derecho de los tratados o el derecho del mar.

Elementos de la costumbre

Ahora bien, para poder hablar de costumbre, es necesario que haya dos elementos para que se configure una norma de este tipo. Estos son, en primer lugar, el elemento material y, en segundo lugar, la *opinio juris*. En este sentido, la CIJ ha manifestado que "dos condiciones se deben cumplir. No solo los actos considerados deben representar una práctica constante sino que, además deben reflejar, por su naturaleza o por la forma como se realizan, la convicción que esta práctica es obligatoria por la existencia de una regla jurídica. La necesidad de esta certeza, es decir de la existencia de un elemento subjetivo, se encuentra implícita en el

[28] SØRENSEN. Op. cit., p. 35

[29] BRY, Georges. Précis élémentaire de Droit International Public. París: Recueil Sirey, 1910, p. 6.

concepto mismo de *opinio juris sive necessitatis*"[30]. Solamente si se reúnen estos dos elementos podemos hablar de la existencia de una norma consuetudinaria[31].

– Elemento material

Este elemento consiste en la repetición que se da en el tiempo de determinada actuación por parte de un Estado. Son estos con sus actuaciones los que determinan cuáles son las normas que los van a regir en sus relaciones mutuas con los demás Estados.

El factor temporal es un elemento esencial en el análisis del derecho en general y del derecho internacional en particular. Por esta razón la doctrina se ha pronunciado con posiciones absolutamente divergentes al respecto, así, por un lado tenemos opiniones como la del juez rumano Demetre Negulesco quien sostuvo, en 1927, que el tiempo requerido para determinar la existencia de una norma consuetudinaria "debe ser inmemorial"[32]; mientras que otros como Cheng defienden, en 1965, la posibilidad de la creación de este tipo de normas de forma "instantánea"[33]. Lord Asquith of Bishopstone, en el arbitraje de Abu Dhabi, hace un interesante análisis relativo a la creación de una norma en un corto lapso. En este caso en concreto, en 1951, no aceptó la existencia de una norma consuetudinaria relativa a la plataforma continental por considerar que el tiempo transcurrido era muy corto[34]. Por su parte Max Sørensen sostuvo, en 1961, en el curso general dictado en La Haya que "es muy difícil determinar un criterio exacto. Algunos autores, seguidores de la teoría voluntarista, han pretendido que un solo acto sería suficiente para vincular a un Estado [Cheng]. Evidentemente esto es incompatible con la noción de continuidad. Por otro

---

[30] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ. Reports 1969, p. 3. Párr. 77. "… two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis".

[31] SØRENSEN. Op. cit., p. 47.

[32] CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL – CPJI; "Opinión Consultiva relativa a la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio entre Galatz y Brail", Opinión Disidente del Juez Negulesco, Serie B, Número 14, 1927, p. 114.

[33] CHENG, B. United Nations Resolutions on outer Space: Instant International Customary Law? En: Indian Journal of International Law, 1965, p. 23 y ss.

[34] Arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and the Sheikh of Abu Dhabi. En: International & Comparative Law Quarterly, 1952, vol. 1, p. 258.

lado, algunos autores han exigido un tiempo inmemorial [Negulesco]. Esto es igualmente insostenible"[35].

A nuestro modo de ver, el tiempo requerido para determinar la existencia de una costumbre internacional se encuentra en cualquier momento entre estas dos posiciones extremas. En efecto, creemos que cada situación varía de acuerdo con circunstancias únicas y, en este sentido, cada hecho susceptible de ser analizado para determinar la existencia de una norma debe ser estudiado de forma individual determinando sus características propias y en consecuencia es imposible establecer unos períodos fijos para considerar que una nueva norma ha sido creada por vía de costumbre. En esta vía, Koskenniemi sostiene que "el requerimiento de la repetición de un acto, incluyendo la duración de una práctica y su consistencia, parece un elemento intuitivo en la costumbre"[36].

En consenso con lo anterior, la CIJ sostuvo que "el hecho que no haya transcurrido sino un breve lapso no conlleva necesariamente en sí mismo un impedimento a la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla puramente convencional en su origen"[37], lo que no quiere decir en ningún momento que se acepte el concepto de costumbre instantánea, tal y como lo señala Sørensen.

Así, la mayor dificultad radica en determinar cuál es el plazo necesario para que se pueda considerar que existe una norma consuetudinaria. En este sentido cabe preguntarse: ¿Cuánto tiempo se requiere para que se cree una norma consuetudinaria? Al respecto, desde el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte en 1969, la Corte Internacional de Justicia determinó que el tiempo debe analizarse en cada caso en concreto[38]. El derecho internacional no puede poner plazos fijos en la medida que, por ejemplo, el desarrollo tecnológico ha modificado la duración de varios procesos como es el caso del fax o del correo electrónico frente a lo que duraba en llegar una carta en los años sesenta[39].

---

[35] SØRENSEN. Op. cit., p. 39.

[36] KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 450.

[37] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ. Reports 1969, p. 3, párr. 74. "the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law on the basis of what was originally a purely conventional rule".

[38] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 44, párr. 77.

[39] ABELLO-GALVIS, Ricardo. Los migrantes, sus derechos y la legislación aplicable; Guía práctica. Bogotá: OIM – Organización Internacional para las Migraciones y la Universidad del Rosario, 2007, p. 53.

– *Opinio juris* (elemento subjetivo)

Este elemento hace referencia al reconocimiento, a la convicción, o sentimiento, que tiene el Estado de encontrarse frente a una práctica que le es obligatoria[40]. En este sentido Pellet sostiene que sin *opinio juris* no hay norma consuetudinaria[41], tal y como se desprende de lo dicho por la CIJ en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte cuando dijo que

> … dos condiciones se deben cumplir. No solamente los actos considerados deben representar una práctica constante, además deben testificar, por su naturaleza o la forma como se llevan a cabo, la convicción que esta práctica se volvió obligatoria por la existencia de una norma jurídica. La necesidad de esta convicción, es decir de un elemento subjetivo, es implícito a la noción misma de *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados deben tener el sentimiento de actuar de conformidad a una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos son suficientes. Existen actos internacionales, por ejemplo protocolarios, que se cumplen de forma casi constante pero su motivación radica en simples consideraciones de cortesía, de oportunidad o de tradición y no por el sentimiento de una obligación jurídica[42].

Para explicar lo anterior, se puede probar la existencia de este tipo de normas por varios medios. A modo de ejemplo citaré algunos:

1- En el caso que dos tratados contengan normas idénticas o similares. Si surge un conflicto entre dos Estados en donde uno forma parte del primero y el otro del segundo, es decir que no hay una norma que sea vinculante para los dos en sus relaciones mutuas, pero los dos consideran que la norma les es aplicable a título individual, en la medida que la norma, con el mismo alcance, les es vinculante así se encuentren en tratados diferentes.

---

[40] BRIGGS, Herbert W. The Law of Nations. Nueva York: Appleton-Century-Crofts Inc., 1952, p. 25. BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 7.

[41] PELLET, Alain. Article 38. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds); The Statute of the International Court of Justice, a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 753.

[42] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 44, párr. 77; En este sentido ver: The Case of the S.S. "Lotus", PCIJ, Series A, no. 10, 1927, p. 28.

En este sentido, podemos hacer referencia a las Convenciones de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar y la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Montego Bay-Jamaica). En efecto, podemos citar el artículo 7 de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958 y el 10 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, relativo a las bahías, cuya redacción es prácticamente idéntica. En este sentido, en caso de un conflicto entre un Estado parte de la Convención de 1958[43] y otro Estado parte de la de 1982, la aplicación del concepto de bahía será aplicable por vía de Costumbre, así estos dos Estados no coincidan como partes en el mismo tratado, pero sí tienen la convicción de estar vinculados por un mismo concepto de bahía.

2- Cuando hay una norma del derecho interno que tiene el mismo sentido de una norma internacional no ratificada por el Estado. En Colombia se puede considerar que la Declaración de Río de Janeiro es costumbre internacional en la medida que la Ley 99 de 1993, la Ley del Medio Ambiente, establece que "la política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales… el proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo"[44]. En este sentido, estos principios vinculan a Colombia en derecho internacional en la medida que son vinculantes en el derecho interno.

3- La Corte Internacional de Justicia, en su jurisprudencia, ha identificado una norma determinada como costumbre de carácter universal. P. ej.: las 12 millas náuticas de mar territorial[45] o lo relativo a la delimitación marítima[46]. Al haber sido consideradas con este alcance, se trata de normas vinculantes para la comunidad internacional en su conjunto.

---

[43] NACIONES UNIDAS. La Comisión de Derecho Internacional y su obra. Nueva York: Naciones Unidas, 1996, p. 264.

[44] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 99 de 1993.

[45] Ver: Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1982, p. 73-74, párr. 100-101.

[46] Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 48-50, párr. 137-139. También puede ser consultada la traducción al Español en: ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2012, vol. 5, p. 280-283; disponible en Internet: www.anuariocdi.org

4- Si un tribunal interno ha determinado que se aplicarán principios de un tratado que no haya sido ratificado por el Estado. P. ej.: La Corte Constitucional cuando hace referencia al derecho del mar invoca la Convención de 1982 (Montego Bay) que no ha sido ratificada por Colombia. En este sentido, podemos decir que varios de los artículos de esta Convención tienen carácter vinculante para Colombia en la medida que ha sido tenido en cuenta en decisiones judiciales de nuestro derecho interno[47].

De acuerdo con lo anterior, es claro que, si se trata de una norma general, no puede considerarse a un Estado exento del cumplimiento de dicha norma. En este mismo sentido, los nuevos Estados deben someterse a todas las normas ya existentes. Es decir que la costumbre, al formar parte de la estructura normativa del derecho internacional, no es una excepción y en consecuencia estas normas deben ser acatadas por los nuevos Estados[48]. Sin embargo, la teoría voluntarista defiende la posición relativa a que los Estados solo se encuentran vinculados por aquellas normas que ellos han aceptado[49], a pesar de que la jurisprudencia de la CIJ ha sido sumamente clara en la aplicación de normas consuetudinarias en casos en los que los Estados consideran que las normas no le son aplicables.

Tipos de costumbre

La idea de diferenciar la costumbre en diferentes tipos es un concepto que surge con posterioridad a 1945. En efecto, la CPJI no lo tuvo en cuenta y no es sino hasta 1950, en el caso que enfrentó a Colombia con Perú en el caso de Asilo, que la CIJ empezó a desarrollar un concepto de costumbre que dejaba de lado el hecho de tener que ser una norma de carácter general para pasar a una visión particular de la norma consuetudinaria[50] al adoptar la posibilidad de la existencia de la costumbre regional. Una década después, la Corte continuó afinando el eventual carácter particular de una norma consuetudinaria hasta llegar, en

---

[47] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia No. T-141 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia No. C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[48] SØRENSEN. Op. cit., p. 44-45.

[49] Ver: Capítulo relativo a la costumbre como acuerdo tácito.

[50] PELLET, Alain. Article 38. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds); The Statute of the International Court of Justice, a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 763.

el caso de Derecho de Paso sobre Territorio Indio entre Portugal y la India, al concepto de costumbre local o regional[51].

Como consecuencia de lo anterior, hoy en día podemos hablar de tres tipos de costumbre, los cuales pasaremos a explicar:

– Universal

Este tipo de normas son aplicables a todos los Estados sin importar su ubicación geográfica. En este grupo nos encontramos frente al carácter general, planteado desde un comienzo, que forma parte de la esencia de estas normas; es decir, que tiene un carácter universal en el sentido que, mientras que los tratados solo obligan a los Estados que los han ratificado, a contrario, la costumbre sí tiene una vocación universal en la medida que es vinculante para toda la comunidad internacional de Estados. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de la existencia de una costumbre regional o local[52].

Este tipo de normas, que han podido tener un origen convencional, terminan siendo aplicables a los países que nunca han formado parte de la Convención por la misma aceptación que las normas hayan tenido, es decir por la *opinio juris*, siempre y cuando tengan un carácter fundamentalmente normativo y, en consecuencia, pueda constituirse en una regla general de derecho[53] al cumplir con los dos elementos requeridos para su existencia, es decir el elemento material y la *opinio juris*[54].

Con los fundamentos anteriormente señalados, la Corte analizó la evolución del derecho del mar como costumbre y determinó que varias de las normas de las Convenciones de Ginebra de 1958 eran costumbre internacional y otras no. En cuanto a estas últimas, determinó que el artículo 6 de la Convención sobre la Plataforma Continental no podía ser considerada como norma consuetudinaria en la medida que se trataba de un artículo que admitía reservas y, en consecuencia, mal podría ser considerado como una norma de carácter general y vinculante para la comunidad internacional cuando esta podía perfectamente

---

[51] Ibid., p. 763.

[52] WOLFRUM, Rüdiger. Sources of International Law. En: Wolfrum, Rüdiger (Ed.); The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, vol. IX. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 304, párr. 22.

[53] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 41-42, párr. 72.

[54] Ibid., p. 44, párr. 77. En el mismo sentido ver: Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1982, p. 73-74, párr. 10 y 101.

limitar o excluir su aplicación al incluir una reserva a dicho artículo. En sentido contrario a lo que ocurría con los artículos 1 a 3 de esta Convención[55].

– Regional

Se aplica entre Estados de una misma región geográfica. La Corte desarrolló la opción de una costumbre regional en 1950 en el caso de asilo que enfrentó a Colombia con Perú. Colombia argumentó la existencia de una costumbre regional en América Latina en materia de asilo, en el sentido que el Estado que lo otorga es a quien le corresponde calificar si el solicitante lo hace por encontrarse frente a la eventual comisión de un delito político o de un delito común. La Corte determinó que Colombia no había logrado demostrar la existencia de una costumbre regional en ese sentido al no haber logrado probar un uso "constante y uniforme" que pudiera ser considerado como una norma consuetudinaria que fuera vinculante para Perú[56]. Llama la atención que el ejemplo más utilizado para explicar y referenciar este tipo de costumbre sea precisamente un caso en el que no se logró demostrar la existencia de dicho tipo de normas.

La CIJ vuelve a hacer referencia a la existencia del concepto de costumbre regional cuando afirma, en el diferendo fronterizo entre Burkina Faso y Malí, que el *uti possidetis juris* no es exclusivo de la América hispánica y que, en consecuencia puede ser aplicado en el caso en concreto[57]. Es curioso que en 1992, en el caso que enfrentó a El Salvador y Honduras, la Corte, que en este caso sesionó bajo la figura de cámara y no la corte en pleno, insinuó nuevamente que el *uti possidetis juris* era una costumbre de América Central y América del Sur[58]. Es decir que omite, o contradice, lo que ya había dicho en 1986.

– Bilateral o local

Hace referencia a las normas que un Estado específico le haya otorgado a otro sin importar su ubicación. Su característica esencial es que es específica de las relaciones mutuas entre dos Estados. En este sentido, la Corte desarrolló este

---

[55] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 38-39, párr. 63 y 64.

[56] Colombian-Peruvian asylum case, judgment of November 20th, 1950: ICJ Reports 1950, p. 275-278; En el mismo sentido ver: Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of August 27, 1952: ICJ Reports 1952, p. 200.

[57] Frontier Dispute, Judgment, ICJ Reports 1986, p. 565, párr. 20.

[58] Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, p. 386, párr. 40 y 41.

concepto en el caso del Derecho de paso sobre Territorio Indio, al afirmar que "existió a lo largo de los periodos británico y postbritánico una práctica constante y uniforme de libre paso entre Damao y los enclaves… la Corte considera, que con relación a todas las circunstancias específicas, que esta práctica fue aceptada por las partes como siendo el derecho y dio nacimiento a une derecho y a una obligación correspondiente"[59].

En el caso del diferendo territorial, insular y marítimo entre El Salvador y Honduras, Nicaragua tercero interviniente, la Corte determinó que el régimen legal aplicable al golfo de Fonseca era el de las Bahías Históricas en la medida que encontró que, desde la decisión de la Corte Centroamericana en 1917[60], estos Estados le daban este carácter a pesar de que la bahía no se encontraba bajo la soberanía de un solo Estado. Es decir que había surgido un derecho entre ellos que era constante y uniforme y en este sentido había unas normas que les eran vinculantes[61].

Hay casos en los que una costumbre regional puede volverse universal. En este sentido, Sir Robert Jennings afirma que "los cambios también producen cambios en el derecho internacional esperando encontrar respuestas para tratar nuevas situaciones: … así la curiosa expansión de la idea del *uti possidetis juris* que pasó de ser un derecho latinoamericano a ser un derecho general para la determinación de las fronteras de los nuevos Estados"[62]. Tal y como lo vimos en el caso entre Burkina Faso y Malí, al que se le puede agregar, además, lo dicho por la Comisión Badinter al establecer los límites de los nuevos Estados que nacieron de la división de la antigua Yugoslavia[63].

---

[59] Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960: ICJ Reports 1960, p. 40. En el mismo sentido ver: Fisheries case, Judgment of December 18, 1951: ICJ Reports 1951, p. 138-139; Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, ICJ Reports 1974, p. 28-29, párr. 63 a 68; Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1982, p. 73-74, párr. 100 y 101 y en Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, p. 586 - 590, párr. 381 a 387.

[60] Ver: The Republic of El Salvador v. The Republic of Nicaragua, Central American Court of Justice, 9th of March 1917, AJIL, vol. 11, p. 674-730.

[61] Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, ICJ Reports 1992, p. 586-590, párr. 381-387. En este sentido ver: ABELLO Galvis, Ricardo. Eaux et baies historiques en droit international. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Enero-junio, 2003, vol. 5, no. 1, p. 35-76.

[62] JENNINGS, Sir Robert. General Introduction. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds.). The Statute of the International Court of Justice, a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 498.

[63] RAGAZZI, Maurizio. International Legal Materials. 1992, vol. 31, no. 6, p. 1500. En este sentido

Efectos de la costumbre

La costumbre tiene una relación muy cercana con las demás fuentes del derecho internacional, especialmente con los tratados. De esta relación surgió la teoría de los efectos de la costumbre que fue desarrollada principalmente por el gran jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga quien sostiene que la Corte Internacional de Justicia en las decisiones que ha tomado con base en normas consuetudinarias es la que ha sentado las bases de esta teoría.

Según Jiménez de Aréchaga, la Corte ha reconocido efectos a propuestas hechas en conferencias de codificación "que no han alcanzado una aceptación formal pero que han hallado en dichas conferencias un amplio grado de consenso"[64].

Eduardo Jiménez de Aréchaga hace referencia a las relaciones que surgen entre las diferentes fuentes, específicamente entre la costumbre y los tratados. El hecho de que una costumbre se positivice y se vuelva tratado, no quiere decir que la costumbre deje de existir. En efecto, en la medida que hay Estados que no desean formar parte de un tratado, se genera que para estos Estados la norma que se siga aplicando sea la costumbre y no el tratado. Lo mismo sucede en caso de un conflicto que surja entre un Estado que haya ratificado el tratado y uno que no lo haya hecho.

En el otro sentido nada impide que las normas de un tratado que esté en vigor sean aplicadas por uno, o varios Estados, que no forman parte de dicho tratado. En este caso esas normas convencionales se estarían aplicando por esos Estados como normas consuetudinarias.

De acuerdo con lo anterior, se han señalado tres tipos de efectos que se analizarán a continuación:

– Declarativo

Este efecto se presenta cuando "la norma convencional sea nada más que la declaración, la expresión formal y por escrito, de una norma de derecho consuetudinario ya existente. En este supuesto, la disposición del tratado es pura y simplemente la codificación o enunciación de una norma consuetudinaria en vigor"[65].

---

ver: PELLET, Alain. The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples. En: EJIL, 1992, vol. 3, no. 1, p. 180; BROTÓNS, Antonio Remiro. Derecho Internacional. Madrid: Mc. Graw Hill, 1997, p. 539.

[64] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980, p. 19.

[65] Ibid., p. 20.

Jiménez de Aréchaga concluye lo anterior basándose en tres decisiones de la Corte. La primera de ellas es la Opinión Consultiva sobre Namibia en la que la Corte sostuvo que el artículo 60 de la CVDT es una norma consuetudinaria "a pesar de que este instrumento todavía no estaba en vigor, ni había sido aceptado por los Estados comparecientes ante la Corte"[66] en dicha Opinión Consultiva. Algunos consideran que las resoluciones 2625 de 1970 (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 Naciones Unidas) y la 3314 de 1974 (Definición de la Agresión), ambas de la Asamblea General, también son un ejemplo de esta figura[67].

– Cristalizador

En este supuesto, Jiménez de Aréchaga sostiene que se presenta cuando "la disposición del tratado constituya la primera formulación en un texto de una costumbre que no había alcanzado su madurez plena, pero que se hallaba, como ha dicho la Corte, en vías de formación, una norma *in statu nascendi*. Como consecuencia de su incorporación a un tratado adoptado en una conferencia que tenga el carácter ya mencionado, dicha norma *in statu nascendi*, o dicha norma en vías de formación, cristaliza en una norma jurídica de carácter consuetudinario"[68].

– Constitutivo o generador

Para Jiménez de Aréchaga, "una tercera posibilidad es que la disposición de un tratado, en el momento de su adopción, sea claramente una propuesta *de lege ferenda*, y no una norma ya existente o incluso *in statu nascendi*; que suponga, no la codificación del Derecho existente, sino un desarrollo progresivo potencial de ese Derecho"[69].

Objetor persistente (*Persistent objector*)

Esta figura, más conocida por su alocución inglesa, es aquella que le permite a los Estados manifestar su inconformidad en cuanto a una norma consuetu-

---

[66] Ibid., p. 20 y 21.

[67] VELÁSQUEZ Elizarrarás, Juan Carlos. El derecho internacional público en la agenda política de las Relaciones Internacionales. México: UNAM - Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 190.

[68] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. Op. cit., p. 20; En este sentido ver también: North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 38 - 41, párr. 63–69.

[69] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. Op. cit., p. 20.

dinaria. Para que esta figura sea válida se requiere que el Estado haya asumido una posición constante y coherente de oposición, a lo largo del tiempo, hacia un determinado acto o hecho que se esté convirtiendo en costumbre, desde el momento mismo en que nace dicha norma. De aquí se desprende también el hecho que los nuevos Estados, al momento de su independencia, no pueden ser objetores persistentes de una norma consuetudinaria ya establecida; esta figura solo es aplicable a aquellas normas *in statu nascendi*.

Al respecto, Olufemi sostiene que "… un Estado que objeta de forma persistente una norma considerada como costumbre internacional durante su periodo de formación no será vinculante para ese Estado cuando ésta llegue a existir" y agrega que "… esta norma no será obligatoria para los objetores persistentes que hayan demostrado su deseo de no llegar a estar vinculados por esa norma cuando quede establecida"[70].

En este sentido, es interesante la posición de Koskenniemi que se refiere a esta figura en los siguientes términos:

> Althought case-law on the persistent objector is thin, doctrine has overwhelmingly assumed it. This is understandable. It is not merely an annex in the general theory of custom. It makes the views of other States something less than *jus cogens vis-à-vis* the non-consenting State. Sovereign equality requires a State to have the right to protest against a norm or refrain from recognizing a situation which it finds non-acceptable. But this doctrine has an uneasy relationship with the requirement of generality. If *all* States which have not accepted a custom may classify themselves as persistent objectors, then the normativity of general custom is lost. Can we establish the category of persistent objectors in a way which is opposable to non-accepting States and allows regarding at least some of them bound?[71].

Creemos que es una posición que no tiene en cuenta dos cosas. En primer lugar el hecho que si hay una mayoría de Estados que se consideran como objetores del nacimiento de una nueva norma, simplemente habrá de concluirse que dicho hecho o acto no podrá convertirse en una norma consuetudinaria,

---

[70] ELIAS, Olufemi. Persistent Objector. En: WOLFRUM, Rüdiger (Ed.); The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, vol. VIII. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 280, párr. 1.

[71] KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 443.

podrá ser un uso internacional en el mejor de los casos. En segundo lugar, no tiene en cuenta las normas consuetudinarias regionales ni las locales o bilaterales.

Por otro lado, Pierre-Marie Dupuy sostiene que "la eficacia de la objeción persistente constituye un mito en la medida que no ha estado acompañada de una efectividad demostrable"[72]. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el hecho que Francia no haya ratificado aún la CVDT de 1969, por no estar de acuerdo con el concepto de *ius cogens*, es una clara demostración de la efectividad de la figura del objetor persistente en el sentido de que ha sido una oposición clara contra las normas imperativas desde una perspectiva tanto convencional como consuetudinaria.

Conclusiones

A modo de conclusiones, proponemos las siguientes:

1- La costumbre sigue siendo hoy en día una de las fuentes del derecho internacional, esto sin perjuicio del gran número de tratados existentes que no han opacado la importancia ni la fuerza de la costumbre.
2- Como consecuencia de lo anterior, la costumbre seguirá siendo una caja de Pandora de donde seguirán surgiendo normas que se acoplen a las necesidades de la comunidad internacional en virtud del desarrollo progresivo del derecho internacional.
3- La costumbre tuvo una fuerte evolución durante la segunda mitad del siglo XX en la que pasó de ser exclusivamente una norma de carácter general, es decir de vocación universal, a una opción de normas universales, regionales o locales.
4- Aunque la práctica estatal ha sido fundamental en el desarrollo de la costumbre, siguen siendo indispensables los dos elementos originarios, es decir, el elemento material y la *opinio juris* para la creación de una norma consuetudinaria.
5- La relación entre la costumbre y los tratados sigue generando una interacción entre estos que ha conllevado a la coexistencia y fortalecimiento de estos dos tipos de fuentes. Y, finalmente,

[72] DUPUY, Pierre-Marie. A propos de l'opposabilité de la coutume générale: Enquête brève sur l'objecteur persistant. En: Jean Boulois, René-Jean Dupuy (Eds.), Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally. París: Ed. Pedone, 1991, p. 266.

6- La figura del objetor persistente, a pesar de las dificultades para su ejercicio, es una figura válida que tienen los Estados para oponerse a la creación, o surgimiento, de una nueva norma. *A contrario sensu* no es una figura viable cuando la norma ya existe.

Bibliografía

Tratados

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Naciones Unidas. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. UNTS. Nueva York, 1987. vol. 1155. no. 18232.

Documentos

Congreso de la República de Colombia. Ley 99 de 1993.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. A/66/10. Anexo A. 63 período de sesiones, 2011.

Naciones Unidas. La Comisión de Derecho Internacional y su obra. Nueva York, 1996.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia no. T-141 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia no. C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Jurisprudencia internacional

Corte Internacional de Justicia

Decisiones judiciales

Aegean Sea Continental Shelf. Judgment. ICJ. Reports, 1978.

Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council. Judgment. ICJ. Reports, 1972.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Preliminary Objections. Judgment. ICJ. Reports, 1970.

Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits). Judgment of 12 April 1960. ICJ. Reports, 1960.

Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco. Judgment of 27 August 1952. ICJ. Reports, 1952.

Colombian – Peruvian asylum case. Judgment of 20 November 1950. ICJ. Reports, 1950.

Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya). Judgment. ICJ. Reports, 1982.

Fisheries case. Judgment of 18 December 1951. ICJ. Reports, 1951.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits. Judgment. ICJ. Reports, 1974.

Frontier Dispute. Judgment. ICJ. Reports, 1986.

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening). Judgment of 11 September 1992. ICJ. Reports, 1992.

North Sea Continental Shelf. Judgment. ICJ. Reports, 1969.

Nuclear Tests (Australia v. France). Judgment. ICJ. Reports, 1974.

Nuclear Tests (New Zealand v. France). Judgment. ICJ. Reports, 1974.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Judgment. ICJ. Reports, 2012.

Opiniones consultivas

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Advisory Opinion. ICJ. Reports, 1971.

Western Sahara. Advisory Opinion. ICJ. Reports, 1975.

Corte Permanente de Justicia Internacional

Opinión Consultiva relativa a la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio entre Galatz y Brail. Series B. No. 14. 1927.

The Case of the S.S. "Lotus". Series A. no. 10. 1927.

Corte Centroamericana de Justicia

The Republic of El Salvador v. The Republic of Nicaragua, Central American Court of Justice. 9 of March 1917. En: AJIL, vol. 11.

Tribunales Arbitrales

Arbitration between Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and the Sheikh of Abu Dhabi. En: International & Comparative Law Quarterly. 1952, vol. 1.

Obras

ABELLO-GALVIS, Ricardo. Los migrantes, sus derechos y la legislación aplicable. Guía práctica. Bogotá: OIM - Organización Internacional para las Migraciones y la Universidad del Rosario, 2007.

BRIGGS, Herbert W. The Law of Nations. Nueva York: Appleton-Century-Crofts, Inc., 1952.

BROTÓNS, Antonio Remiro. Derecho Internacional. Madrid: Mc. Graw Hill, 1997.

BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Oxford: Clarendon Press, 1998.

BRY, Georges. Précis élémentaire de Droit International Public, París: Recueil Sirey, 1910.

ELIAS, Olufemi. Persistent Objector. En: Wolfrum, Rüdiger (Ed.). The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Vol. VIII. Nueva York: Oxford University Press, 2012.

FINCH, George A. The Sources of modern International Law. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1937.

JIMÉNEZ de Aréchaga, Eduardo. El Derecho Internacional Contemporáneo. Madrid: Editorial Tecnos, 1980.

KOSKENNIEMI, Martti. From Apology to Utopia. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

OPPENHEIM, L. The future of International Law. Oxford: Clarendon Press, 1921.

ROUSSEAU, Charles. Principes Généraux du Droit International Public. París: Editions A. Pedone, 1944.

VELÁSQUEZ Elizarrarás, Juan Carlos. El Derecho Internacional Público en la agenda política de las Relaciones Internacionales. México: UNAM - Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

Contribución en obras colectivas

BARBERIS, Julio A. La coutume est-elle une source de droit international? En: Jean Boulois, René-Jean Dupuy (Eds.). Le droit international au service

de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally. París: Ed. Pedone, 1991.

BASDEVANT, J. Règles générales du droit de la paix. En: RCADI, 1936, vol. 58.

CAHIER, Philippe. Cours général de droit international public. En: RCADI, 1992, vol. 195.

DUPUY, Pierre-Marie. A propos de l'opposabilité de la coutume générale: Enquête brève sur l'objecteur persistant. En: Jean Boulois, René-Jean Dupuy (Eds.). Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally. París: Ed. Pedone, 1991.

DUPUY, René-Jean. Coutume sage et coutume sauvage. En: Roberto Ago, Sir Gerald Fitzmaurice, André Gros, Paul Güggenheim y Charles de Visscher (Comité de Honor). La communauté internationale: Mélanges offerts a Charles Rousseau. París: Ed. Pedone, 1974.

GÜGGENHEIM, Paul. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI. 1958, vol. 94.

JENNINGS, Sir Robert. General Introduction. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds). The Statute of the International Court of Justice, a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PASTOR Ridruejo, José A. Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs, Cours Général de droit international public. En: RCADI, 1999, vol. 274.

PELLET, Alain. Article 38. En: Zimmermann, Andreas, Tomuschat, Christian and Oellers-Frahm, Karin (Eds). The Statute of the International Court of Justice, a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SØRENSEN, Max. Principes de droit international public, Cours Général. En: RCADI, 1961, vol. 101.

STRUPP, Karl. Les Règles générales du droit de la paix. En: RCADI, 1934, vol. 47.

TUNKIN, G.I. Co-existence and International Law. En: RCADI, 1958, vol. 95.

VIRALLY, Michel. Panorama du Droit International Contemporain, Cours Général. En: RCADI, 1983, vol. 183.

WOLFRUM, Rüdiger. Sources of International Law. En: Wolfrum, Rüdiger (Ed.). The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Vol. IX. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Revistas especializadas

ABELLO-GALVIS, Ricardo. Eaux et baies historiques en droit international. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Enero-junio, 2003, vol. 5, no. 1.

ABELLO-GALVIS, Ricardo, *et al*. El diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el "Diferendo territorial y marítimo" (Nicaragua c. Colombia). Decisión sobre el fondo. ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Bogotá, 2012, vol. 5, p. 280-283.

CHENG, B. United Nations Resolutions on outer Space: Instant International Customary Law? En: Indian Journal of International Law, 1965.

PELLET, Alain. The Opinions of the Badinter Arbitration Committee a Second Breath for the Self-Determination of Peoples. En: EJIL, 1992, vol. 3, no. 1.

RAGAZZI, Maurizio. International Legal Materials. 1992, vol. 31, no. 6.

Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: Las causales de exclusión de ilicitud, su contenido y escenarios de aplicación*

Walter Arévalo-Ramírez**

Festschrift - Nota gratulatoria

Dentro de la amplísima obra de derecho del ilustre profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, magistrado, decano y mentor ejemplar de la facultad de jurisprudencia del Claustro Mayor y el área de derecho internacional, uno de los tópicos en los que se le debe considerar abanderado y fiel expositor de los avances internacionales, como también, un adelantado en su desarrollo en la literatura colombiana sobre derecho internacional, es el tema de la responsabilidad internacional del Estado.

En efecto, uno de los primeros académicos colombianos en mantener una constante revisión de los desarrollos del tema en la Comisión de Derecho Inter-

* El presente capítulo es producto de las investigaciones realizadas en materia de responsabilidad internacional del Estado, para el proyecto –Observatorio de Derecho Internacional ACDI– dentro de la línea "El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales internacionales y nacionales", parte del "Grupo de investigación en derecho internacional" de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesor investigador. Análisis Político Internacional – Derecho Internacional, Universidad del Rosario. Abogado – Politólogo (*cum laude*). Especialización en Derecho Constitucional. LL.M (Master of Laws) en International Law and Legal Studies (*summa cum laude*) Stetson University College of Law. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Internacional. Miembro del Anuario Colombiano de Derecho Internacional, facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario. Miembro del Observatorio de Política Exterior Colombiana, facultad de Ciencia Política Universidad del Rosario. Profesor asociado, facultad de Derecho, Universidad El Bosque. Catedrático de derecho internacional, Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: walter.arevalo@urosario.edu.co.

nacional de Naciones Unidas y desarrollar sus particularidades en la doctrina nacional de derecho internacional, fue el profesor Monroy Cabra, quien adelantara escritos sobre el tema a lo largo del extenso periodo de construcción del "Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito" de la Comisión de Derecho Internacional, finalmente publicado en el Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. En sus diversas obras sobre derecho internacional, la investigación constante sobre los desarrollos del régimen de responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos se hace patente, algunos ejemplos de ello son:

- MONROY Cabra, Marco Gerardo. La responsabilidad internacional del Estado y responsabilidad penal individual por hechos internacionalmente ilícitos. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Mayo, 1999, no.313, p. 47-80.
- MONROY Cabra, Marco Gerardo. Solución pacífica de controversias internacionales. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.
- MONROY Cabra, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. 5 ed. Bogotá: Temis, 2002, Cap. IX.

Con ocasión de esta publicación, pretendemos retomar esos estudios y presentar de forma clara y breve el panorama actual del tema, con sus más recientes desarrollos y enfocarnos en una de sus dimensiones más relevantes; las causales de exclusión de ilicitud frente a hechos posiblemente catalogables como internacionalmente ilícitos, desarrollando su régimen y ofreciendo algunas ejemplificaciones y aplicaciones prácticas.

Introducción histórica a la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

A continuación, pretendemos presentar un panorama general de las causales de exclusión de ilicitud actualmente reconocidas en el marco de la responsabilidad internacional, que los Estados pueden invocar a favor de sus acciones u omisiones y las de sus agentes, invocación de causales que en el derecho internacional se realiza para no ser objeto de cuestionamientos frente a la legalidad de aquellas acciones y evitar entrar a ser calificados por otros Estados o la comunidad internacional como responsables internacionalmente en consecuencia de la aparición de un hecho internacionalmente ilícito, (implicando además, las

consecuentes obligaciones de cese de la acción, no repetición y en caso de daño, reparación); para tal efecto, es necesario metodológicamente, presentar tanto histórica como funcionalmente la fuente principal actual de la doctrina de la responsabilidad internacional de los Estados, el llamado "Proyecto de responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito"[1] de las Naciones Unidas.

El mencionado proyecto está ligado históricamente a los inicios de la comunidad internacional moderna y a sus objetivos de paz y legalidad, representada indudablemente en la Organización de Naciones Unidas: tanto el proyecto como la Organización, inician su camino de consolidación en 1945.

Para el final de la Segunda Guerra Mundial y en presencia de sus horrores, pero ante todo, ante la incertidumbre acerca de la legalidad de las acciones de unos y otros Estados[2], que contrastaba con las numerosas condenas de responsabilidad penal individual proferidas a los perpetradores de los horrores del Holocausto[3], surgieron en el escenario internacional diversas propuestas y clamores por reglamentar y calificar con claros parámetros de legalidad las relaciones entre los Estados, el conjunto de sus actuaciones y en especial, la manera en que estos afrontan y resuelven sus conflictos.

Tales demandas constituyen los orígenes políticos de lo que se puede llamar el sistema jurídico de Naciones Unidas y, en todo caso, del derecho internacional moderno, del cual son hijos importantes instrumentos e instituciones que buscan dar orden al sistema internacional, como la Carta de Naciones Unidas, los modernos regímenes de derecho internacional humanitario (recogiendo principios de vieja data)[4] y de derecho internacional de los derechos humanos, también, instrumentos como la Convención de Viena sobre el derecho de los

---

[1] También conocido como PRIE.

[2] Tratados como el de Versalles (1919) y otros armisticios firmados en los tiempos de la Primera y Segunda Guerra Mundial, fueron objeto de múltiples lecturas y críticas en relación al rol de la "criminalización" de los Estados como un ejercicio político, algunas veces acertado, otras veces poco claro en sus alcances jurídicos y basados en la "justicia del vencedor".

[3] El periodo de la segunda posguerra, con verdaderos laboratorios jurídicos como los juicios de Nuremberg y Tokyo (Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente) fue prolífico y fundacional en los procedimientos de responsabilidad penal internacional del individuo.

[4] Compuesto por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Facultativos;
Protocolo I (1977) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.
Protocolo II (1977) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Tratados (1969)[5] y la misma Corte Internacional de Justicia (CIJ)[6], entre muchas otras instituciones y normas del derecho internacional actual, que propenden por que las controversias internacionales, las diferencias jurídico-políticas en las relaciones bilaterales o multilaterales, las disyuntivas en el cumplimiento y ejecución de tratados, los actos unilaterales e incluso los negocios de los Estados, se desarrollen, regulen, interpreten y, en caso de conflicto, se resuelvan según tales ordenamientos y sobretodo, en concordancia con los fines de las mismas obligaciones contraídas por los Estados y la aplicación de principios universales de justicia, en el marco de la prohibición del uso de la fuerza[7] y en uso de las distintas formas no violentas de resolución de conflictos que ofrece la diplomacia y el derecho internacional actual.

Como receptor especial de tales solicitudes se encuentra la Comisión de Derecho Internacional (CDI, conocida internacionalmente como ILC) de las Naciones Unidas, creada por la Asamblea General recogiendo la experiencia de la Liga de las Naciones, para la cual ya era evidente la necesidad de un órgano dedicado al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional[8].

Es en el contexto anteriormente mencionado, en el que la Comisión recibe uno de sus más emblemáticos encargos, el mandato de 1954, proferido por la Asamblea General mediante su Resolución 799 (VIII) donde se le ordena a la Comisión iniciar la codificación de los principios, instituciones jurídicas, fuentes, causales y costumbres entre otros, que llegasen a constituir un régimen esencial y universal de responsabilidad internacional del Estado e igualmente, desarrollar el tema de manera progresiva[9].

Después de un trabajo de más de 45 años, objeto de distintas coyunturas políticas, históricas, y especialmente, objeto de la intervención de los Estados

---

[5] NACIONES UNIDAS –UN (1969).Vienna Convention on the Law of Treaties, Done at Vienna on 23 May 1969. p. 1-31. Documento Electrónico.

[6] La CIJ es el principal órgano de justicia dentro del actual sistema de Naciones Unidas para la aplicación y cumplimiento del derecho internacional por parte de los Estados. Entró en escena en el año de 1946 y tuvo como antecedente inmediato a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

[7] Carta de las Naciones Unidas, artículo 2.4.

[8] Más información: Comisión de Derecho Internacional. Historia y funciones. Disponible en Internet: www.un.org/law/ilc/

[9] La solicitud de la Asamblea General fue proferida en la octava sesión (VIII), Resolución 799, plenaria 468, el 7 de diciembre de 1953; la Asamblea General, motivada en promover las relaciones pacíficas entre Estados y teniendo en cuenta que la CDI había incluido el tema de la responsabilidad internacional entre sus temas provisionales, solicitó su pronta codificación.

en la redacción del proyecto, con una disputada participación que provocó en el seno de la Comisión un debate entre dos posibles sistemas: uno rígido, inspirando en un sistema internacional supraestatal y otro blando, inspirado en las facilidades propias del bilateralismo y la voluntad estatal como fuente principal[10], se llegó a un producto final que se dio a conocer como el "Proyecto de responsabilidad internacional del Estado por el hecho internacionalmente ilícito (abreviado como PRIE)[11]".

Tal proyecto, como indicábamos anteriormente, fue adoptado por vía de resolución de la Asamblea General, la cual se convierte en un insumo esencial para el estudio de los conflictos interestatales y la naturaleza de las controversias internacionales, teniendo como virtudes en el contenido de su articulado, albergar herramientas jurídicas analíticas para establecer, entre otros, las obligaciones incumplidas en una controversia internacional y sus fuentes, las partes (Estados) obligados y adicionalmente, un gran número de herramientas para detectar los actos y hechos que constituyen faltas a los tratados y al derecho internacional, también instrumentos casuísticos para responder preguntas como: ¿Fue, según el tipo de agente, el Estado o no quién dentro de un conflicto violó una obligación internacional? [12], o ¿una acción u omisión de un actor no estatal dentro del conflicto le puede ser atribuida al Estado? También incluye herramientas para establecer el ámbito temporal de la violación de obligaciones dentro de la controversia o pleito internacional y especialmente lo que nos ocupa; brinda herramientas para identificar la existencia o no de causales que excluyan la ilicitud de la actuación del Estado en distintos tipos de supuestos fácticos y variadas coyunturas, que deben ser estudiadas desde su contenido conceptual y desde su aplicación práctica.

Presentado de manera general el PRIE, su historia y su función, es importante dejar en claro que aquel documento constituye ya en la actualidad, una fuente

---

[10] GIRALDA Pérez, Aurelio. El proyecto de la comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de los estados, al final del camino. Notas para la Conferencia pronunciada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. 2002, vol. 1, p. 6-8. Documento electrónico.

[11] NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. p. 1-15. Documento electrónico.

[12] ARÉVALO, Walter. La bilateralización y fragmentación del derecho internacional: caso injerencia de los Estados en el proyecto de responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.

aceptada de consideraciones jurídicas atendidas por los Estados, las Naciones Unidas tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad y también por los tribunales internacionales y nacionales al momento de estudiar los casos de responsabilidad internacional del Estado, si bien la resolución se puede considerar *soft law*[13] o derecho internacional declarativo[14], su contenido alberga verdaderas costumbres y principios internacionales, fuentes irrefutables de derecho internacional.

Metodología

En el análisis que sigue a continuación, presentaremos de forma general el núcleo esencial de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos según el régimen que propone el PRIE y luego, desarrollaremos un análisis especifico de todas las causales de exclusión de ilicitud frente a hechos internacionalmente ilícitos, siendo ellas, instrumento esencial para la defensa jurídica de los Estados en el marco de controversias y conflictos internacionales.

Tal estudio lo realizaremos siguiendo la metodología de presentar y analizar cada una de ellas a la luz de la literatura del derecho internacional, también desde las actuales coyunturas geopolíticas y aportes de la realidad fáctica de los conflictos internacionales y llevándolas de situaciones hipotéticas a adecuaciones fácticas de aplicación en el contexto colombiano cuando sea posible o en casos ya vistos de otras latitudes.

Elementos esenciales de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos según el PRIE

Para poder explicar las causales de exclusión de ilicitud en materia de responsabilidad internacional aplicables a la acción del Estado, es necesario definir primero, según el PRIE y la doctrina del derecho internacional, las nociones más básicas de responsabilidad internacional, con ello, pretendemos explicar cómo el derecho internacional fundamenta la imputación de responsabilidad internacional del Estado para luego explicar cómo establece su posible exclusión de ilicitud.

Aunque a lo largo de todo el articulado del PRIE se desarrollan los distintos elementos de la responsabilidad internacional, como lo son las vías directas e

[13] DEL TORO Huerta, Mauricio Iván. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. En: Anuario Mejicano de Derecho Internacional. 2006, vol. VI, p. 513-549.

[14] DUPUY, René-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatoire. En: L'élaboration du droit international publique, Colloque de Toulouse. Pédone: París, 1975, p. 132-145.

indirectas para llegar a ser Estado responsable por un hecho ilícito, los actores involucrados, las consideraciones de tiempo, modo y lugar, las consecuencias de la ilicitud y la responsabilidad, la aplicación de contramedidas y otros temas, son sus primeros artículos especialmente, los que nos permiten establecer lo que el modelo internacional actual considera como responsabilidad internacional del Estado, sobretodo, ante nuestro interés por destacar su núcleo esencial de cara a la aplicación de posibles causales de exclusión en defensa del Estado.

Así bien, son los artículos 1, 2 y 12 del PRIE los que forman, a nuestro parecer, el núcleo de la responsabilidad internacional y establecen lo siguiente:

> Artículo 1.
> *Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos*
> Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.
>
> Artículo 2.
> *Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado*
> Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:
> a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
> b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.
>
> Artículo 12.
> *Existencia de violación de una obligación internacional*
> Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación[15].

De acuerdo con los anteriores artículos se puede establecer que:

1) la responsabilidad del Estado es consecuencia directa de todo hecho que se pueda considerar como internacionalmente ilícito, lo que implica un principio de responsabilidad objetiva, en tanto el ilícito se define por la

[15] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. p.1-15. Documento Electrónico.

simple contradicción con la obligación internacional [16], asunto ajeno a las nociones de daño, dolo y culpa o a las finalidades y subjetividades de la conducta del Estado, conceptos que fueron relevantes en los antiguos intentos de crear un esquema de responsabilidad internacional subjetivo pero posteriormente desechadas porque podía llegarse a la difícil noción de "Estado Criminal"[17],

2) un hecho internacionalmente ilícito se constituye, en cualquier evento en que el Estado por acción u omisión, no cumpla a cabalidad con, o viole una obligación internacional; poniéndolo en términos más prácticos, por ejemplo, cuando el Estado incumpla o viole lo acordado en un tratado, contrato, convención o lo prometido en una declaración unilateral respecto a otro Estado, siendo estas las fuentes preferidas, pero no exclusivas de obligaciones internacionales, como lo indica la versión comentada del PRIE.

Las anteriores nociones en el ámbito de la acción cotidiana del Estado o en el de las controversias internacionales son de toda la vigencia, pues en cualquiera de estos escenarios, actuando en la constante y cotidiana labor de las autoridades en la realización de los fines y tareas del Estado, pueden, por ejemplo, las distintas ramas del poder público, como también las fuerzas militares y por medio de ellas el Estado, enfrentarse a dilemas relativos a la violación de obligaciones internacionales (desde las más simples, por ejemplo, tratados bilaterales que estipulen toda clase de compromisos, siendo estos, breve y casualmente interrumpidos inintencional o intencionalmente por la acción de las autoridades locales o de la fuerza pública, hasta suspensiones del cumplimiento de tratados de gran relevancia, como los tratados de derechos humanos de los que el país hace parte[18]). Por lo tanto, es necesario conocer en cada caso, la posible presencia de condiciones justificantes legítimas que excluyan al Estado de ilicitud en sus actos, como las que estudiaremos más adelante.

---

[16] En la responsabilidad objetiva prevalece la ocurrencia del hecho y no las consideraciones de intencionalidad, dolo o culpa; en el ámbito de la responsabilidad del individuo tal doctrina fue superada por la responsabilidad subjetiva, pero en relación a los Estados prevalece pues de ellos, entes de otra naturaleza, no es factible jurídicamente predicar intencionalidad o culpabilidad.

[17] DUPUY, P.M. Dionizio Anzilotti and the Law of International Responsibility of Status. En: EJIL, 1992, vol. 3, no. 1.

[18] FERRER Lloret. Jaime. Responsabilidad Internacional del Estado y derechos Humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional. Madrid: Tecnos, 2002, p. 432.

En este punto, es importante aclarar que cuando se habla de hechos u omisiones del Estado, se debe recurrir a las estipulaciones del artículo 4 y siguientes del PRIE, donde se define que todo servidor del Estado o quienes actúen por su intermediación, orden legítima, o como parte de sus ramas, funciones y órganos, con su proceder, entre hechos y omisiones, constituyen hechos atribuibles no solo a ellos como individuos, sino también a la organización estatal y comprometen su responsabilidad internacional:

> Artículo 4.
> *Comportamiento de los órganos del Estado*
> 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea suposición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
> 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.
>
> Artículo 5.
> *Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público*
> Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad[19].

Es de vital importancia lo estipulado por los artículos del PRIE anteriormente explicados, pues es en ellos donde se condensa el régimen actual de responsabilidad internacional planteado por la CDI y sobretodo, se encamina tal noción de responsabilidad a la posibilidad de aplicación de causales de exclusión de ilicitud en los hechos de las autoridades, los poderes públicos, las fuerzas militares o demás agentes, en tanto constituyen parte del organigrama del Estado y se rela-

[19] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la resolución UN A/56/83. p.1-15. Documento electrónico.

cionan e identifican con él mediante sus funciones, ramas y objetivos. Sus actos en escenarios de conflicto internacional o en el cumplimiento de sus funciones según el orden interno, pueden en algún momento generar el incumplimiento de obligaciones internacionales, pero en caso de estar protegidos por causales de exclusión de ilicitud, pueden y deben, en ejercicio de defensa jurídica del Estado, ser justificados legalmente.

Causales de exclusión de ilicitud frente a hechos internacionalmente ilícitos: escenarios de aplicación

El régimen de responsabilidad internacional del Estado comprende casos especiales en los que el hecho de no cumplir, interrumpir o suspender, contrariar o violar una obligación internacional no constituye un hecho internacionalmente ilícito, estos casos se inspiran por la experiencia histórica de la política internacional y por distintos tipos de garantías o casos excepcionales ya cristalizados tanto por distintas tradiciones jurídicas regionales como por el derecho internacional; cuando se presenta tal circunstancia, el hecho está exento de toda ilicitud derivada del incumplimiento de una obligación, pues está inmerso en un escenario excepcional que así lo permite. Es importante distinguir esta forma de evitar la responsabilidad internacional de otros caminos para tal efecto, como las discusiones sobre jurisdicción de una corte internacional sobre el caso concreto o discutir la existencia de la obligación misma, vías que constituyen formas clásicas de defensa procesal propias de instancias donde se efectúan las excepciones preliminares.

A diferencia del régimen de responsabilidad penal individual, en la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes no se aplican las nociones de culpa o dolo, sino la mera verificación objetiva de la desatención a la obligación internacional, por lo que se habla, precisamente, de ilicitud y no de culpabilidad en los hechos del Estado; tal conclusión permite una visión mucho más práctica de la responsabilidad internacional sin entrar al dilema de "criminalizar" Estados y así fue promovido y defendido por las mayoría de las naciones[20] que intervinieron en los debates durante el trabajo de la Comisión[21].

[20] CRAWFORD, James. Revising the draft articles on state responsibility. En: European Journal of International Law. 1999, vol. 10, no. 2, p. 435-460.

[21] CRAWFORD, James. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. En: The American Journal of International Law. 2002, vol. 96, no. 4, p. 874-890.

Las causales de exclusión de ilicitud se encuentran contenidas en los artículos 25 y siguientes del proyecto, a continuación las analizaremos una a una haciendo especial mención a su relevancia en la defensa jurídica del Estado, su aplicación hipotética a casos construidos pensando también en el escenario colombiano y la experiencia de otros Estados, como en su plena aplicabilidad a los conflictos y controversias internacionales de todo tipo.

El consentimiento

> Artículo 20.
> *Consentimiento*
> El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento[22].

En virtud del artículo 20 se establece que el consentimiento proferido por un Estado frente a las actitudes violatorias de otro respecto a una obligación vigente, excluye la ilicitud de estas acciones cuando ellas, de forma objetiva, se oponen a lo pactado. En relación con las acciones de las autoridades o fuerza pública, podemos ver la importancia y vigencia del presente artículo mediante un ejemplo práctico: el Estado colombiano se encuentra jurídicamente obligado a cumplir tanto la Carta de Naciones Unidas como los distintos tratados fronterizos y bilaterales con sus vecinos, que lo obligan a respetar sus fronteras y su soberanía territorial: La expedición de una autorización por cualquiera de los Estados vecinos, para que tropas, naves o aeronaves colombianas, crucen la frontera y realicen, por ejemplo, labores de vigilancia, inteligencia o incluso, de simple tránsito, de inmediato excluye lo que el tratado bilateral fronterizo y la lectura de aquel desde los principios generales de responsabilidad internacional anteriormente expuestos, podría considerar como ilícito al estar cruzando la frontera cuando el texto del mismo indica que tal acción por parte de personal armado queda prohibida.

---

[22] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la resolución UN A/56/83. p.1-15. Documento electrónico.

Tal consideración siempre estará terciada por la legitimidad y la autoridad de quien profiere el consentimiento o autorización; una autorización brindada por la autoridad incorrecta o sin el rango requerido puede implicar la ausencia de consentimiento efectivo y por lo tanto la ilicitud de los hechos del Estado: por ejemplo, la incorrecta autorización de un alcalde para que las tropas colombianas pasen la frontera internacional, cuando quien tiene la autoridad, según el régimen constitucional del país vecino, es su presidente o el Congreso[23].

La legítima defensa

> Artículo 21.
> *Legítima defensa*
> La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas[24].

El artículo 21 del PRIE constituye la necesaria articulación del régimen de responsabilidad internacional del Estado con los principios de prohibición del uso de la fuerza[25] y con el derecho inherente a la legítima defensa del que gozan los Estados en la Carta de las Naciones Unidas[26].

---

[23] Lo anterior implicará por parte de las autoridades nacionales, actuar siempre con el debido cuidado y la debida comunicación a nivel diplomático y el estudio del régimen constitucional y organigrama institucional del otro Estado, pues será difícil escapar del reproche de ilicitud si se acepta la autorización que está viciada de nulidad proferida por una autoridad que no tenía la capacidad para expedirla.

[24] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la resolución UN A/56/83. p. 1-15. Documento electrónico.

[25] CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Artículo 2: "Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.

3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

[26] CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS. Artículo 51. "Ninguna disposición de esta carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias

La aplicación de la legítima defensa como camino para la exclusión de la ilicitud del comportamiento del Estado por el hecho de sus agentes frente a obligaciones internacionales, especialmente por los actos de las fuerzas militares, nos presenta dos puntos de análisis esenciales y de poco desarrollo en la doctrina.

El primero de estos puntos es el relativo al uso de la legítima defensa como derecho inherente y/o como causal de exclusión de ilicitud de forma simultánea en conflictos internacionales frente a uno o varios Estados.

En aquel aspecto, en la utilización de esta causal se pueden ver dos hipótesis o vías que queremos aquí desarrollar a manera de propuesta doctrinal:

La primera, que el Estado que se defiende utilice la legítima defensa como causal de exclusión de ilicitud, frente a las obligaciones adquiridas previamente con el Estado ofensor al cual responde usando la fuerza en uso de la legítima defensa –también– como principio inherente, usando ambas acepciones del concepto de forma simultánea y contra el mismo Estado; por ejemplo: Colombia, respondiendo un ataque del Estado "Y", inmediatamente "suspende" el cumplimiento de tratados que le impiden cruzar sus fronteras con aquel Estado, proveerle de recursos, o cuidar conjuntamente un oleoducto, en virtud de la causal y, también, realiza ejercicios militares de legítima defensa pero aplicándola como derecho inherente reconocido por la Carta de Naciones Unidas.

En este caso, el amparo a tales acciones está dado por el principio jurídico mismo de la legítima defensa en tanto principio reconocido por Naciones Unidas e institución jurídica independiente, derecho inherente de los Estados, cuyo desarrollo a la par de los regímenes de la guerra, implica la suspensión de tratados entre los dos países en conflicto[27] y también, por la aplicación de la legítima defensa no solo como principio de la Carta de Naciones Unidas, sino como causal de exclusión de responsabilidad proveniente del PRIE, que le permite al Estado que se defiende, suspender el cumplimiento de tratados (obligaciones) de diversa índole cuando así lo amerita un ejercicio de legítima defensa; por ejemplo, suspender un programa conjunto de vigilancia del espacio

---

para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del consejo conforme a la presente carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

[27] MCNAIR, A. D. Watts. Lord. The Legal Effects of War 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

aéreo fronterizo por radar para ejercer un ataque aéreo como parte de sus actos en legítima defensa.

En una segunda hipótesis, el incumplimiento de una obligación y el uso de la legítima defensa como causal de exclusión se da frente a un tercer Estado "B", pero se usa la legítima defensa como derecho inherente de defensa y principio internacional en los términos de la Carta de Naciones Unidas contra un Estado "A".

Por ejemplo, el Estado colombiano en legítima defensa de un ataque perpetrado por el Estado "A" decide tomar las medidas necesarias que la Carta de Naciones Unidas le permite para lograr defenderse del ataque de "A" y en la realización de tales acciones, debe cerrar y asegurar militarmente y de forma temporal, las vías fluviales que un tratado estipulaba que dejaría a disposición de buques pesqueros del Estado "B" para la explotación de recursos naturales. La existencia de la legítima defensa en su acepción de causal de exclusión, impide al Estado "B" reclamar responsabilidad de Colombia por el incumplimiento momentáneo del tratado; esto nunca implicará la desatención de los elementos clásicos de la figura como la proporcionalidad y la obligación de reanudar el cumplimiento una vez superada la crisis o el conflicto con el Estado "A".

El segundo campo de análisis relevante que encontramos para tal artículo es su aplicación y extensión frente a las nuevas doctrinas de la legítima defensa, desarrollados frente a nuevas amenazas como el terrorismo global[28]. Entre esas nuevas construcciones, se encuentran doctrinas de legítima defensa que exceden sus criterios clásicos de proporcionalidad o temporalidad y que desde el mismo sistema de las Naciones Unidas, proponen y legitiman nuevos entendimientos del concepto[29], como las nociones de legítima defensa anticipatoria, preventiva[30] o ampliada, aplicables a amenazas irregulares, amenazas no consolidadas, o no concretadas, a diferencia de la noción más clásica de la legítima defensa, que requería de un ataque concretado y probado para desplegarse.

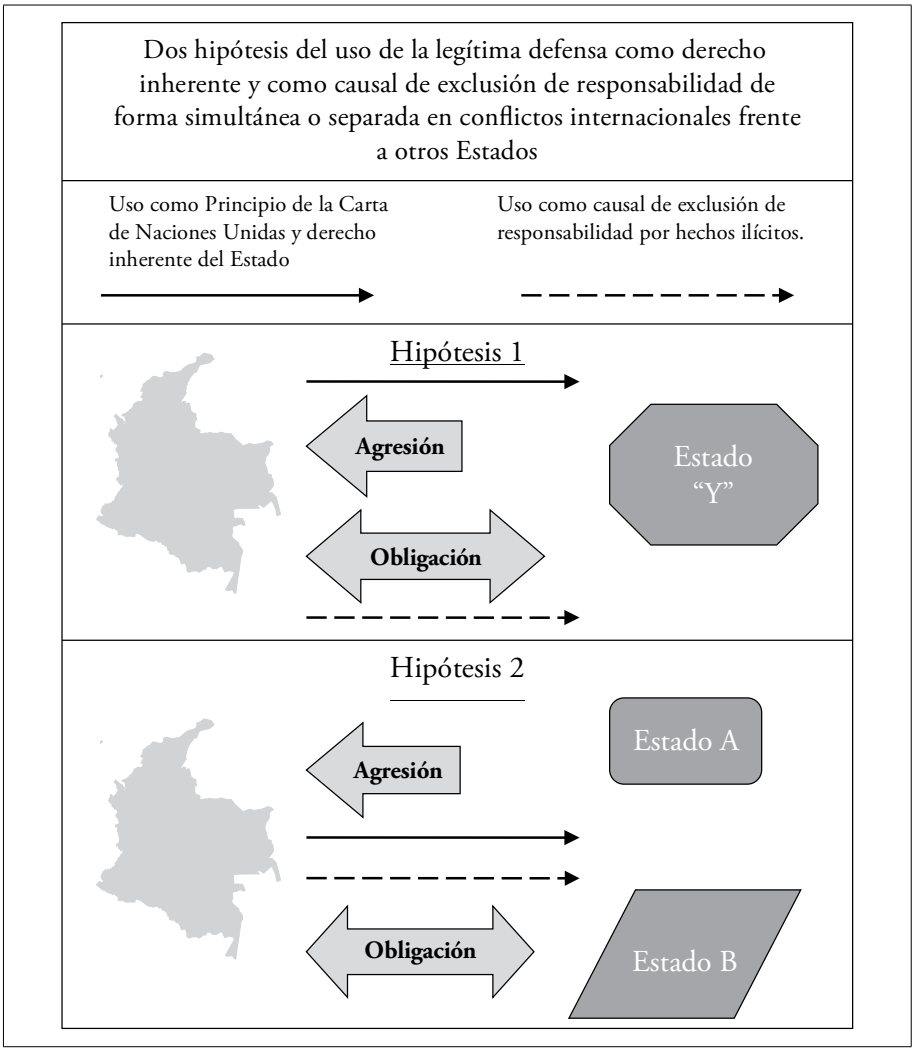
---

[28] MOLANO Rojas, Andrés. Terrorismo camaleónico: Evolución, tendencias y desafíos inminentes del terrorismo global. En: Revista Fuerzas Armadas. 2009, vol. LXXXI, no. 211.

[29] GUERISOLI, Emmanuel. Evolución del concepto de legítima defensa. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa Derecho Internacional, 2006, p. 1-28. Versión electrónica: www.caei.com.ar

[30] GROS Espiell, Héctor. La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2004, vol. IV, p. 190, Universidad Nacional Autónoma de México.

Diagrama 1. Elaborado por el autor



La vigencia de esta inquietud es enorme en tanto, de un lado, tales nuevas nociones de legítima defensa hacen carrera en las doctrinas de defensa de varios países y en la práctica superan las hipótesis clásicas de su aplicación según la Carta de las Naciones Unidas, del otro, porque son propuestas e ideas que incluso han tenido eco en la misma Asamblea General[31], en reconocimiento de

[31] NACIONES UNIDAS. (2004). Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. A/59/565

nuevos actores y peligros que pueden requerir la actuación de los instrumentos y agentes de defensa del Estado para su neutralización, como por ejemplo, el terrorismo y todo tipo de amenazas irregulares, nuevas tecnologías, armas biológicas, amenazas transnacionales no tradicionales, etcétera.

Incluso, bajo una aplicación amplia de tales preceptos al caso del bombardeo al campamento de Raúl Reyes en 2008 en territorio ecuatoriano, existen quienes defienden que podría aplicársele la legítima defensa, en sus dos nuevas acepciones anteriormente mencionadas (ampliada - preventiva), mediante la utilización de la causal de exclusión de responsabilidad del Art. 21 del PRIE y con ello, sustentar de una manera novedosa la legalidad de las acciones de las fuerzas militares colombianas en tal misión.

Por lo pronto, en atención al espíritu de prelación de los acuerdos bilaterales que se encuentra en el PRIE, la exitosa aplicación de tales nuevas doctrinas en casos concretos como causal de exclusión, dependerá de si ambos Estados y especialmente, el Estado ofendido o que este legitimado para reclamar, considera que una conducta, inspirada, por ejemplo, en la legítima defensa ampliada[32], es en efecto, un caso genuino de legítima defensa y, por tanto, la acepta como causal de exclusión, como por ejemplo, la realización de un ataque preventivo a un Estado, inspirado en la noción de legítima defensa preventiva que implique el incumplimiento momentáneo de un tratado multilateral de no agresión.

Las contramedidas

> Artículo 22.
> *Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito*
> La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada

[32] La legítima defensa ampliada es una elemento de debate al seno de Naciones Unidas hoy, así se percibe en la anteriormente citada resolución A/59/565: "¿Puede un Estado aducir en esas circunstancias, sin recurrir al Consejo de Seguridad, el derecho de actuar anticipadamente en legítima defensa no sólo para evitar una amenaza inminente o próxima sino también para prevenir una amenaza que no sea inminente ni próxima? Quienes responden en la afirmativa aducen que el daño que puede dimanar de algunas amenazas (terroristas con un arma nuclear, por ejemplo) es tan grande que simplemente no se puede correr el riesgo de esperar hasta que la amenaza sea inminente y que ese daño puede ser menor (evitar un intercambio nuclear o la precipitación radiactiva como consecuencia de la destrucción de un reactor) si se actúa antes".

> contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte[33].

Las contramedidas son acciones que toma un Estado ante el incumplimiento de otro, para obligarle a retomar el cumplimiento de la obligación o cesar el daño sin recurrir al uso de la fuerza; su naturaleza es usualmente económica. Su régimen completo, que indica que deben ser solo producto de un incumplimiento consolidado y no hipotético, que deben ser proporcionales a la falta que pretenden reivindicar y que solo pueden existir en el marco de una obligación preexistente, se desarrolla de forma extensa en la conocida sentencia Gabcikovo-Nagymaros[34] de la Corte Internacional de Justicia y en la tercera parte del proyecto, donde se explica su utilización no solo como causal de exclusión de ilicitud sino como mecanismo para exigir la restauración del cumplimiento de obligaciones internacionales, por lo que solo las mencionamos tangencialmente.

Fuerza mayor

> Artículo 23.
> *Fuerza mayor*
> 1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a un caso de fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.
> 2. El párrafo 1 no es aplicable si:
> a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
> b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación[35].

La fuerza mayor (y el caso fortuito) como excluyentes de ilicitud han estado presentes en distintas tradiciones jurídicas durante siglos, específicamente en la

---

[33] Ver cita 15.

[34] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. (1997). Caso Gabcikovo-Nagymaros de la CIJ. (Hungría contra Eslovaquia). Corte Internacional de Justicia, fallo del 25 de Septiembre de 1997.

[35] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. p.1-15. Documento Electrónico.

mayoría de los regímenes de obligaciones y contratos civiles y mercantiles del mundo. Tales nociones son ampliamente desarrolladas por la ley y jurisprudencia colombiana[36] (derecho interno) en lo que tiene que ver con razones jurídicamente aceptadas para incumplir contratos y obligaciones entre personas naturales y jurídicas; es precisamente de esta tradición, extensa en todo el mundo, de la cual se alimenta la presente causal.

La fuerza mayor en derecho interno ha reconocido muchos casos de fuerzas imprevisibles (naturales y artificiales) que impiden a alguien lograr el cumplimiento de una obligación, por ejemplo, avalanchas, terremotos o el estallido de una huelga violenta que le impide al obligado continuar su labor, también, los ejemplos reconocidos incluyen el actuar o el poder de un funcionario que obliga a otro ciudadano a realizar alguna conducta que termina por impedirle cumplir una obligación.

Puede decirse que tal causal aplica a casos en que los agentes del Estado se vean en el incumplimiento de una obligación adquirida por el Estado en razón de una causa irresistible e imposible de prever, nunca por negligencia. Como ejemplos de tales casos, podríamos ofrecer los siguientes: el efecto de una marea, incontrolable e imprevisible, que arrastra naves de guerra colombianas al mar territorial de un país vecino, inicialmente violando obligaciones internacionales contenidas en tratados que prohíben tal incursión marítima, pero, ante la reclamación del Estado afectado, los marinos justifican estar amparados por la fuerza mayor y aquel así lo acepta.

Es de especial importancia para el contexto colombiano, el hecho de que es posible situar a los ataques de fuerzas al margen del orden, como grupos terroristas y organizaciones armadas irregulares en este tipo de hipótesis, pues pueden llegar a ser catalogados, como lo ha hecho la jurisprudencia nacional[37], como hechos imprevisibles, en principio irresistibles y ante todo, fuera del control del Estado.

---

[36] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 20 de noviembre de 1989: "Se ha sostenido que la institución del caso fortuito o de fuera mayor es originario del derecho romano, en donde, para explicarla, se hizo referencia a las inundaciones, las incursiones de enemigos, los incendios, el terremoto, el rayo, el huracán, etc. Más concretamente entendieron los romanos, por caso fortuito, todo suceso "que la mente humana no puede prever, o lo que, previsto, no se puede resistir. Tales son las inundaciones, las incursiones de enemigos, los incendios "(Quod humano captu preaevideri non potest, anut cui preaviso non potest resisti. Tales sunt aquarum inundationes, incursus hostium, incendia)".

[37] Al respecto vale la pena recapitular los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que han coincidido en presentar tales circunstancias de orden público como eximentes por fuerza

Por desarrollar un ejemplo hipotético, las obligaciones internacionales de cooperación en entrenamiento militar adquiridas por Colombia o el cumplimiento de otros tratados en determinado sector del territorio por parte del Estado pueden tornarse momentáneamente imposibles por la ocurrencia de una acción guerrillera o graves alteraciones del orden público, que impide, a gracia del ejemplo, por la "toma" de la carretera de acceso y su bloqueo, realizar el ejercicio de entrenamiento pactado con otro país en determinada zona; la anterior, es sin duda, una situación de fuerza mayor y que durará mientras se restablece el orden público en el lugar; en tanto la dificultad para prestar tal servicio no tuvo por causante directo al Estado y, además, se debió a una fuerza imprevista, se podrá usar la anterior causal para eximir al Estado colombiano de cualquier ilicitud por incumplimiento.

Tanto la negligencia de las autoridades, como una situación construida por el Estado, bien sea un futuro riesgo o fuerza irresistible pero previamente aceptado y conocido por el Estado (por ejemplo, una inundación no natural, sino planeada), no podrán constituir un caso de fuerza mayor válido para eximirse de ilicitud.

Peligro extremo

> Artículo 24.
> *Peligro extremo*
> 1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.
> 2. El párrafo 1 no es aplicable si:
> a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
> b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor[38].

mayor: Sentencia T-076-11 de la Corte Constitucional y Consejo de Estado en Sentencia 1572 del 30 de mayo de 2002.

[38] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. p.1-15. Documento Electrónico.

La hipótesis del peligro extremo es de especial importancia para los casos en los que las fuerzas militares son quienes actúan como representantes del Estado, pues implica el peligro de la pérdida de la vida humana, tanto la propia del agente estatal o la de aquellos a su cuidado. Tal y como sucede con la fuerza mayor, no se admite su uso como causal de exclusión cuando el riesgo es causado por el Estado o cuando la acción que se opta realizar en virtud de la causal, implica un peligro mayor.

La literatura contemplada y proveída por la Comisión de Derecho Internacional en sus trabajos preparatorios durante la construcción del PRIE, como la versión comentada del mismo se encuentra llena de casos históricos en los que naves y aeronaves se ven implicadas en violaciones de límites marítimos y espacios aéreos en casos de fallas mecánicas que ponen en peligro la vida de sus tripulantes y en los que los pilotos deben adentrarse en territorio extranjero sin autorización para aterrizar o llevar a puerto seguro las naves que fallan, o protegerse del mal tiempo, incluso a pesar de hostiles recepciones (casos: Estados Unidos-Yugoslavia, espacio aéreo, 1946; Fragatas británicas, mar territorial de Islandia, 1976)[39].

La finalidad y espíritu de tal causal de exclusión de ilicitud siempre será la de privilegiar la intención de salvar la vida propia o la de personas a su cargo, es con tal fin en mente, que se medirá el riesgo de la acción que se toma y la cual viola, objetivamente, una obligación internacional (si la amenaza no es de verdadera gravedad o riesgo para la vida humana, no habría lugar a la causal, como por ejemplo violar un espacio aéreo por la mera sospecha de lluvia), igualmente, el daño o riesgo generado por la reacción, nunca podrá ser mayor al riesgo que se enfrenta, en caso de serlo, no se admitirá la causal, como por ejemplo, cuando, en desarrollo del aterrizaje forzoso en territorio extranjero sin previa autorización (violando, hipotéticamente, un tratado que así lo prohíba) se procede de forma temeraria o escogiendo, entre todas las posibilidades, el modo y lugar donde se genera un mayor peligro para la población que aquel que afronta el piloto de la aeronave.

[39] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL – CDI. (2001). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. En: Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, p. 79.

Estado de necesidad

> Artículo 25.
> *Estado de necesidad*
> 1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:
> a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave a inminente; y
> b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.
> 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:
> a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
> b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad[40].

El estado de necesidad es una de las causales más controversiales y excepcionales provistas por el PRIE, incluso, la literatura de la Comisión de Derecho Internacional incluye gran cantidad de casos en los que se discute si su utilización hace referencia al artículo 25 o a casos que corresponden realmente a la legítima defensa, fuerza mayor o peligro extremo[41].

Es de resaltar dentro del artículo la noción de *interés esencial* del Estado, que evoca tanto a las doctrinas realistas[42] de las relaciones internacionales, como a los *intereses* del Estado definidos por el orden interno o a los *intereses* de la comunidad internacional en su conjunto.

Con múltiples ejemplos de Estados invocando el interés nacional en sus decisiones, el sistema internacional ha visto reclamaciones de todo tipo, en

---

[40] NACIONES UNIDAS ASAMBLEA GENERAL UN-AG. (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. p.1-15. Documento electrónico.

[41] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL –CDI. (2001). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. En: Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, p. 80-84.

[42] MORGENTHAU, Hans J. Una teoría realista de la política internacional. En: Política entre las naciones. Buenos Aires, 1986. p. 11-27.

términos de territorio, población, recursos económicos, recursos militares e incluso especies animales.

El elemento central alrededor de tal noción, es que se considera ese interés esencial como de tal importancia para el Estado y su existencia, que se opta por dejar de cumplir con una obligación considerada de menor importancia. Como bien denota el artículo 25, debe existir un peligro claro que amenace tal interés esencial y el actuar del Estado no debe haber contribuido en su consolidación.

El estado de necesidad, no debe ser confundido con un principio regente del derecho internacional humanitario llamado *necesidad militar*, parte esencial también del principio de proporcionalidad del DIH y aplicable a las acciones militares dentro de conflictos armados[43].

Buscando presentar un ejemplo que involucre el estado de necesidad y la actividad del Estado mediante sus agentes en temas distintos a la seguridad nacional donde usualmente se acude a la noción de interés del Estado, encontramos relevante mencionar el debate alrededor de las medidas tomadas por Argentina en 2001 para afrontar su crisis económica, entre las que incluyó la *pesificación* de los depósitos en dólares y la prohibición general de salida de grandes capitales, lo que afectó varias obligaciones internacionales con entes financieros extranjeros, tanto públicos como privados: al ser llevada la controversia respecto de Argentina, por empresas extranjeras al CIADI, Argentina acudió al estado de necesidad como causal de exclusión de ilicitud, indicando que tales medidas se realizaron en busca de proteger un interés esencial del Estado; su estabilidad económica y su soberanía monetaria[44].

Las causales de exclusión de ilicitud frente al *ius cogens* y la consecuencia de la invocación de causales de exclusión

Cualquier tipo de obligación y su cumplimiento, como la ilicitud en el incumplimiento, cederán ante los casos en los que se tenga que aplicar las anteriores causales, en tanto su incumplimiento no generará ilícito ni responsabilidad

[43] Principio de necesidad militar: "El DIH establece un delicado equilibrio entre las necesidades de la guerra y los condicionamientos humanitarios, de forma que no se deben causar al adversario males desproporcionados en relación con el objetivo del conflicto armado, que es vencer al enemigo. Supone optar por el mal menor para no causar a la parte adversa mayor violencia que la exigida por el desarrollo de las hostilidades". Internet: http://www.cruzroja.es

[44] Caso Continental Casualty Company c. República Argentina, caso CIADI Nº ARB/03/9, laudo arbitral del 5 de septiembre de 2008.

internacional, salvo respecto de las obligaciones que emanan del derecho internacional imperativo o *ius cogens* según el artículo 26 del PRIE: derecho que aunque para muchos no ha sido plenamente identificado[45] o expresado de forma exhaustiva y taxativa, incluye según la manifestación de distintos instrumentos y organismos, entre otros, los principios del derecho internacional humanitario (distinción, proporcionalidad, etc.), la prohibición de la tortura, la prohibición de los crímenes de guerra y lesa humanidad y la presunción de inocencia. Así bien, por ejemplo, si se considera que los anteriores hacen parte del *ius cogens*, ningún ejército podría ejecutar crímenes de guerra amparándose en la legítima defensa o cualquier otra causal de exclusión de responsabilidad de las anteriormente estudiadas.

En el contexto colombiano, el maestro Monroy Cabra desde su obra principal de derecho internacional público, afirma que el Estado colombiano, por vía de su artículo 9 constitucional, sumado a un espíritu a favor del derecho internacional que se extiende por toda la Carta Política de 1991, reconoce tanto los principios generales de derecho internacional, como los principios de *ius cogens*[46].

En todos los otros casos de obligaciones internacionales, como lo estipula el artículo 27 del PRIE, cuando se aplique exitosamente una causal de exclusión, el Estado ofendido no podrá profesar o solicitar una declaración de ilicitud de los actos del Estado perpetrador y, no obstante de tal situación, el Estado que utilizó la causal para defender sus actos, deberá, tan pronto como las circunstancias lo permitan, reanudar el cumplimiento de la obligación a la que faltó y de ser el caso de haber generado daños con sus actos, proceder a repararlos e indemnizarlos.

Por ejemplo, en un caso anteriormente planteado, aquel del aterrizaje de emergencia en territorio extranjero sin autorización, invocando el peligro extremo, si durante el aterrizaje se destruyó o inutilizó inventario del Estado vecino, el Estado que utilizó la causal para defender la licitud del aterrizaje, deberá pagar los daños causados, así sus actos no sean ilícitos.

---

[45] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL –CDI. (2006). Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. En: Yearbook of the International Law Commission, vol. II.

[46] MONROY Cabra, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. 5 ed. Cap. IX. Bogotá: Temis, 2002.

Conclusiones

El análisis realizado anteriormente nos ha permitido evidenciar la importancia para los Estados de las nociones presentes en el más reciente trabajo de responsabilidad internacional del Estado de las Naciones Unidas, documento de plena vigencia y aplicabilidad en el derecho internacional, especialmente en sus apartes acerca de exclusión de ilicitud en los actos del Estado, como lo demuestra su invocación en escenarios como la CIJ, CIADI o los tribunales nacionales.

El instrumento de la CDI es de uso común para el establecimiento de la responsabilidad del Estado y en tanto aquella se construye desde los actos de quienes lo representan, todos los agentes que actúan a nombre del Estado deben saberse como objeto de tales principios cuyos preceptos deben observar en todas sus actuaciones.

Mediante el estudio de las distintas causales de exclusión de ilicitud, la consulta de sus doctrinas, la revisión de sus ejemplos clásicos y la construcción de ejemplos propios específicos para las causales, se demuestra que todas las instancias del organigrama estatal deben conocer la doctrina de responsabilidad internacional del Estado y, en caso dado, recurrir al uso de tales causales de exclusión, pues son una vía efectiva y una doctrina fuerte, amplia, aceptada internacionalmente y construida en nociones razonables de justicia cristalizando costumbres y principios, para la defensa jurídica del Estado en el ejercicio de sus acciones y el cumplimiento de sus obligaciones.

Bibliografía

Libros, capítulos en libro, artículos de revista indexada

ARÉVALO, Walter. La bilateralización y fragmentación del derecho internacional: caso injerencia de los Estados en el proyecto de responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.

CRAWFORD, James. Revising the draft articles on state responsibility. En: European Journal of International Law, 1999, vol. 10, no 2, p. 435-460.

CRAWFORD, James. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. The American Journal of International Law, 2002, vol. 96, no. 4, p. 874-890.

DEL TORO Huerta, Mauricio. Iván El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. En: Anuario Mejicano de Derecho Internacional, 2006, vol. VI, p. 513- 549.

DUPUY, P.M. Dionizio Anzilotti and the Law of International Responsibility of Status. En: EJIL, 1992, vol. 3, no. 1.

DUPUY, René-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatoire en L'élaboration du droit international publique. Colloque de Toulouse. París: Pédone, 1975, p.132-145.

FERRER Lloret, Jaime. Responsabilidad internacional del Estado y derechos Humanos. Estudio de la práctica relacional e institucional. Madrid: Tecnos, 2002, p. 432.

GIRALDA Pérez, Aurelio. El proyecto de la comisión de derecho internacional sobre responsabilidad de los Estados, al final del camino. Notas para la Conferencia pronunciada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. 2002, vol. 1, p. 6-8. (Documento electrónico).

GROS Espiell, Héctor. La pretendida legítima defensa preventiva y la guerra en Irak. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, vol. IV, p. 190.

GUERISOLI, Emmanuel. Evolución del concepto de legítima defensa. Centro Argentino de Estudios Internacionales. 2006. Programa Derecho Internacional. p. 1-28. Versión electrónica: www.caei.com.ar

MCNAIR A. D., Lord. Watts, The Legal Effects of War. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

MOLANO Rojas, Andrés. Terrorismo camaleónico: Evolución, tendencias y desafíos inminentes del terrorismo global. En: Revista Fuerzas Armadas. 2009, vol. LXXXI, no. 211.

MONROY Cabra, Marco Gerardo. Derecho Internacional Público. 5 ed. Bogotá: Temis, 2002, Cap. IX.

MONROY Cabra, Marco Gerardo. Solución pacífica de controversias internacionales. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

MORGENTHAU, Hans J. Una teoría realista de la política internacional. En: Política entre las naciones. Buenos Aires: 1986, p. 11-27.

PERÉZ Escobar, Jacobo. Derecho constitucional colombiano. 8 Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

Documentación oficial

CIADI. (2008). Continental Casualty Company c. República Argentina, caso CIADI Nº ARB/03/9, laudo arbitral 05 de septiembre de 2008.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL –CDI. (2001). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries. En: Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part Two.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL –CDI. (2006) Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. En: Yearbook of the International Law Commission, vol. II.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. (2002). Sentencia 1572 del 30 de mayo de 2002.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-076-11.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1989). Sentencia del 20 de noviembre de 1989.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. (1997) Gabcikovo-Nagymaros de la CIJ. (Hungría contra Eslovaquia) Corte Internacional de Justicia, fallo del 25 de septiembre de 1997.

CRUZ ROJA ESPAÑOLA. Principio de Necesidad Militar. Disponible en Internet: http://www.cruzroja.es

NACIONES UNIDAS. (2004) Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos Informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. 2004. A/59/565.

NACIONES UNIDAS. (1969) Vienna Convention on the Law of Treaties, Done at Vienna on 23 May 1969. p. 1-31. Documento electrónico.

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL UN-AG (2001). Proyecto de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito. Anexo del 12 de diciembre de 2001 a la Resolución UN A/56/83. p. 1-15. Documento electrónico.

Nationality v. Recognition: when Reality Collides with Law, what Prevails?*

R.J. Blaise MacLean**

As 'a manifestation of sovereignty, nationality is jealously guarded by States'.[1]

Nationality has no positive, immutable meaning. On the contrary its meaning and import have changed with the changing character of states.[2]

"If international law is all but irrelevant to international relations, as some skeptics maintain, why do states spend so much time and effort justifying their actions under international law?[3]

* El presente capítulo es producto de las investigaciones sobre nacionalidad para el proyecto –Observatorio de derecho internacional ACDI– dentro de la línea "El derecho internacional a la luz de los diferentes tribunales internacionales y nacionales", parte del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Faculty of Law, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, B.A.1980 (Acadia), LLB 1983 (Dalhousie), B.Ed. 2003 (York), formerly on the Ontario and Nova Scotia bars.

1 PETERS, Anne, "Extraterritorial Nationalizations: Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction" (2010) German YIL 623 at p. 624 (citing Johannes M. Chen, "The Right to Nationality as a Human Right" [1990] 12 HRLJ 1).

2 "Harvard Research draft on The Law of Nationality", American Journal of International Law, (1929) Vol. 23, Spec. Suppl. 13, at p. 21

3 BORGEN, Christopher J., "The Language of Law and the Practice of Politics: Great Powers and the Rhetoric of Self-Determination in the Cases of Kosovo and South Ossetia", (2009) 10 Chi. J. Int'l L. 1

Introduction

The concept of "nationality" exists on two planes…the national or municipal plane and on the international plane. While international law pays deference to State rules on nationality, this is subject to exceptions. International recognition of nationality is a separate and distinct issue from the right of States to define who their nationals are[4].

It is considered a benefit for individuals to have a "nationality"; indeed, as we shall discuss below, it has evolved into a "right". A number of conventions and international instruments have come into force seeking to avoid "statelessness". In The Case of the Girls Yean and Bosico the Inter-American Court of Human Rights said:

> The importance of nationality is that, as the legal and political bond that connects a person to a specific State, it allows the individual to acquire and exercise rights and obligations inherent in membership in a political community. As such, nationality is a requirement for the exercise of specific rights[5].

Thus, an individual possessing no internationally recognized "nationality" is unable to exercise those rights[6]. The adverse consequences of lack of nationa-

---

[4] Nottebohm Case, (Liechtenstein v. Guatemala). Second Phase, 1955 ICJ Reports 1955, at p. 23

[5] Inter-American Court of Human Rights, The Case of the Girls Yean and Bosico, Judgment of 8 September 2005, Para. 137.

[6] Even if is not the mean subject of this article, an example of these situation could be found in the article 25 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States - International Centre for Settlement Of Investment Disputes, Washington, 1965 which statues as follows:

"1. The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

2. "National of another Contracting State" means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date

lity range from inconvenience to prejudice, as Taiwanese and Palestinians can attest to.

Yet a nationality, at least an undesired one, may not always be a benefit. Nationality may, on occasion, not be sought or born into, but imposed. Some states do not permit their citizens to renounce their nationality and regard them as subject to their State's laws at all times, even if the individuals have fled the country. Dual nationality can present obstacles in terms of the availability of diplomatic protection and consular protection[7]. Even the ability to travel freely can be affected.

It is important to highlight that the meaning of "nationality" carries both a legal and ethnic significance[8]. This article seeks to examine the issue of loss of nationality through a process which, in itself, could constitute an internationally wrongful act. This is distinct from the situation in which "a people" has never had a state (for example Palestinians[9]) or a people who govern themselves autonomously but whose territory continues to be recognized as part of the "mother country" (for example Taiwan). Rather, a question arises as to whether a people can lose their nationality through an act that could well be an international wrong. A number of examples of this exist, including citizens of the Republic of Georgia living in the region of South Ossetia and the very interesting problem presented by the Chinese occupation[10] of Tibet.

May a nationality, at risk under municipal law, survive at international law, despite the facts as they may exist on the ground? Indeed, might the refusal to recognize such nationality amount in itself to an international wrong? In order to examine this topic the article shall employ the following methodology. Part One, examines the meaning of nationality and the interplay of municipal and international law in respect of recognition of nationality, including the meaning

---

and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention (…)".

[7] See MacLean, R.J. Blaise, "Fresh Hay from Old Fields: The Continuing Usefulness of Diplomatic Protection".

[8] In her 1927 article "The Effect of Changes of Sovereignty on Nationality" (1927) 21 AJIL 268 at note 1, C. Luella Gettys stipulates from the outset that there there is a distinction between the juridical and ethnological conception of "nationality". Also, see generally Jeffrey L. Blackman, "State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law", (1998) 19 Mich. J. Int'l. L 1141, p. 1145-1151.

[9] It should be noted, however, that fluidity in the definition of nationality has allowed some writers to posit that there is a Palestinian nationality. This is a subject for another paper.

[10] The term "occupation" is used while recognizing the People's Republic of China's position that Tibet is and has always been an integral part of China. This issue will be explored below.

and content of the "right" to a nationality. Part Two will studies the general issue of "Recognition". It will examine the weight that recognition has (or, as some would argue, does not have) at international law. Part Three will look at the inter-action between recognition and internationally wrongful acts including an examination of the evolution of the Stimson Doctrine and whether international law prohibits state recognition of the results of internationally illegal acts. Part Four will then examine these principles within the context of two specific cases. The Conclusion will analyze whether international law requires the recognition of existing nationalities whose extinction, or attempted extinction, may have occurred through an international wrong.

Part One: Nationality

(a) Definition

"Nationality" has a meaning which has varied with the changing context of international relations and international law. In their commentaries on the Draft Convention on the Law of Nationality, the authors stated that nationality always connotes "(…) membership of some kind in the society of a state or nation"[11]. Indeed, it is difficult to imagine a nationality in the absence of a State[12].

The Harvard Research draft on The Law of Nationality[13] defined "nationality" as "(…) the status of a natural person who is attached to a state by the tie of allegiance[14]; In their commentaries, they observed that nationality refers only to the tie that a person has to the state to which he or she is attached[15].

The International Court of Justice in the Nottebohm Case[16] said:

> (…) nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the

[11] Supra Note 2.

[12] In Lord Acton's famous monograph "Nationality" he wrote: "The nationality formed by the State, then, is the only one to which we owe political duties, and it is, therefore, the only one which has political rights." Lord Acton, "Nationality", July 1862, *The Home and Foreign Review.*

[13] American Journal of International Law, (1929), Vol. 23, Spec. Suppl. 13.

[14] Ibid.

[15] Ibid. at p. 23.

[16] Supra note 2.

> juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as a result of an act by the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State[17].

The concept of nationality, therefore, is based upon some bond that exists between an individual and the state. It creates a tie of attachment that imposes a set of reciprocal rights and duties and cemented by the ties of "allegiance" existing between subject and state. The tie of allegiance has nothing to do with a willingness to accept any such tie but relates to something owed to a specific state[18]. That is why it has been seen historically for states to determine who is a national. Individuals did not have the right to select their nationality[19].

The European Convention on Nationality[20] removes the concept of "allegiance" and simply defines nationality as "(…) the legal bond between a person and a State and does not indicate the person's ethnic origin"[21].

The implication of the foregoing is that the existence of a State is fundamental to a nationality. This approach presents three problems, namely

1. it is unclear exactly when a "State" comes into existence
2. the "recognition" of States, or statehood is not an exclusively legal issue; and
3. the extinction of a State by operation of an internationally wrongful act could result in the loss of a legal nationality by an illegal act.

(b) The "Right" to a Nationality

International law has sought to eliminate the phenomenon of "statelessness". In the preamble to the Hague Convention on Certain Questions Relating to

---

[17] Ibid. at p. 23.

[18] In the Commentaries to the Harvard Draft Law of Nationality, it was pointed out that no effort was made in the draft to define what obligations were included in the "tie of allegiance because, as they put it, "(…) they are quite different in different societies." Supra note 2 at p. 23.

[19] There are perfectly valid reasons why people cannot select at will their nationality. The key is that the right to confer nationality is that of the State. As we shall see below, however, the state right to do so, on the international law plane, has its limits.

[20] European Convention on Nationality, Strasbourg 6 XI 1997.

[21] Ibid., Art 2 (a).

the Conflict of Nationality Laws[22] (herein Hague Nationality Convention) of 1930 it is provided that:

> BEING CONVINCED that it is in the general interest of the international community to secure that all its members should recognise that every person should have a nationality and should have one nationality only;
> RECOGNISING accordingly that the ideal towards which the efforts of humanity should be directed in this domain is the abolition of all cases both of statelessness and of double nationality[23];

This general desire on the part of the international community led to a project of the International Law Commission in regard to Statelessness, which ultimately led, in 1961, to a Convention on the Reduction of Statelessness[24]. The preamble is brief, and states simply that it is "…desirable to reduce statelessness by international agreement"[25], but does not contain a general right to a "nationality"[26]. The Universal Declaration of Human Rights[27] does contain a "right" to a nationality.

The International Law Commission, in its Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States[28] included a "Right to Nationality".

> Every individual who, on the date of the succession of States, had the nationality of the predecessor State, irrespective of the mode of acquisition of that nationality, has the right to the nationality of at least one of the States concerned, in accordance with the present draft articles[29].

---

[22] Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

[23] Ibid., Preamble.

[24] Convention on the Reduction of Statelessness, United Nations, *Treaty Series*, vol. 989, p. 175. Entered into force 13 December 1975. 5 signatories, 40 parties.

[25] Ibid., Preamble.

[26] Ibid., Art 8.1

[27] GA Res. 217A (III) 10 Dec 1948.

[28] "Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States with Commentaries" 1999, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II Part 2.

[29] Ibid., Art. 1

It is important to observe three points about this "right". The first is that the right arises when there is a state succession, and the individual is has a right to nationality of at least one of the states concerned. Second, as Jeffrey L. Blackman points out:

> (…) the process by which a given minority group develops a sense of identity as a separate people or nation…must be kept separate from the process of creating a nation-state and the concept of legal membership therein. The subject matter under review-nationality as it relates to state succession-refers almost exclusively to this latter concept of nationality[30].

The third important fact is that the Articles, though not in force, illustrate an evolution in the perception of the individual under international law and, given that they emanate from such eminent "publicists" of international law, they carry special weight. They reflect an evolution of a concept of nationality that, conventionally, was within the sovereign right of a State to confer into something that exists as the right of an individual.

(c) State Jurisdiction to Determine Nationality

This raises the issue as to who confers nationality and what limits exist at international law with regard to recognition of nationality so conferred. It is fair to say, *ab initio*, that international law authorities accept that, in principle, the decision to confer nationality is a matter reserved to the State itself. In the Permanent Court of International Justice (PCIJ) case Tunis and Morocco Nationality Decrees[31], an advisory opinion, the Court said:

> The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, *in principle* within this reserved domain[32]. (Emphasis added)

---

[30] Blackman,Jeffrey L., supra note 7, p. 1147.

[31] (1923) Series B No 4.

[32] Ibid. at p. 24.

The use of the words "in principle" is, effectively, a qualifier which suggests the possibility of exceptions to the principle.

The 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws[33] (herein 1930 Hague Convention) provides in Article 1 the following:

> It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States *in so far as it is consistent* with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality[34]. (Emphasis added)

Article 2 of the The Harvard Law of Nationality Draft is to a similar effect as to the role of the state determining nationality.

> Except as otherwise provided in this convention, each state may determine by its law who are its nationals, subject to the provisions of any special treaty to which the state may be a party; but under international law the power of a state to confer its nationality is not unlimited[35].

In the Nottebohm[36] case the International Court of Justice (ICJ) said:

> It is for Liechtenstein, as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation…. *This is implied in the wider concept that nationality is within the domestic jurisdiction of the State*[37]. (Emphasis added)

Accordingly, municipal jurisdiction in the determination of nationality is qualified or limited when the matter arises to the international plane; recognition of "nationality" at the international level will depend upon general international law. Just as the PCIJ in the Tunis and Morocco Nationality Decrees case and

---

[33] Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

[34] Ibid., Article 1.

[35] Supra note 5 at p. 13.

[36] Supra Note 2.

[37] Ibid. at p. 20.

the Hague Convention assumed limitations on international recognition of municipally determined "nationality" the ICJ in the Nottebohm[38] case makes the following observation:

> The naturalization of Nottebohm was an act performed by Liechtenstein in the exercise of its domestic jurisdiction. The question to be decided is whether that act has the international effect here under consideration[39].

Article 3 of the European Convention on Nationality is of similar effect. Article 3 provides as follows.

1. Each State shall determine under its own law who are its nationals.
2. This law shall be accepted by other States in so far as it is consistent with applicable international conventions, customary international law and the principles of law generally recognised with regard to nationality[40].

The Explanatory Report (ER) to the European Convention on Nationality comments on the source of this provision[41]. It makes it clear that the root is the 1930 Hague Convention on Nationality and points out that States historically have the sovereign jurisdiction to confer nationality, and that while other states should accept these conferrals, this is subject to the stated limitations of international law. In an important recognition of the increasing role of the individual in international law, the ER notes the following:

> With the development of human rights law *since the Second World War*, there exists an increasing recognition that State discretion in this field must *furthermore* take into account the fundamental rights of individuals[42]. (Emphasis added)

The significance of this is the acknowledgment that, within the context of creating a nationality convention reflective of modern international law, the post-WWII period has seen an increasing limitation of State discretion in the area of

---

38 Supra Note 2.

39 Ibid. at p 21.

40 Supra note 14, Art 3.

41 Explanatory Report to the European Convention on Nationality.

42 Ibid, para. 29.

nationality. This discretion cannot ignore the fundamental rights of individuals. Anne Peters places this phenomena in perspective by noting that the conferral of nationality lies within the *domain reserve* of states, but with the expansion of international rules the recognition of such nationality has the result "…that this reserved domain shrinks with the emergence of such rules"[43].

(d) Analysis

From the foregoing we can conclude that there has been, in international law, an evolution in the concept of nationality within the international system. As Blackman observes, "(…) nationality is the individual's primary link to the operation of international law"[44]. International law will not, as we have seen in Nottebohm, interfere with the state's ability to designate its nationals for the purpose of its domestic law; recognition of that domestic designation for international law purposes was another issue[45].

It is also clear, however, that the court's comments in Nottebohm are not comprehensive as to the limits of the State's discretion on issues of nationality. None of the authorities accept the right of the State to determine nationality *carte blanche*. To review:

- PCIJ in the Tunis and Morocco Nationality Decrees case said that the State had the right "in principle" to confer nationality;
- The 1930 Hague Convention provided that nationality laws would be "…recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality".
- The Harvard Draft Law of Nationality provided that "…under international law the power of a state to confer its nationality is not unlimited".
- The Commentaries to the European Convention on Nationality make it clear that not only is State discretion in the conferral of nationality limited, but that these limitations take into account the fundamental tights of individuals.
- The ICJ proposed a "right to a nationality" in cases of state succession.

---

[43] PETERS, supra note 4 at p. 629.

[44] Supra note 21 at p. 1150.

[45] It should be noted that the principle of "effective nationality" has not been accepted by ICSID tribunals in the matters concerned within International Investment cases.

Part Two: Recognition at International Law

(a) Statehood

One of the problems with linking nationality to statehood is the issue of the existence of that state. In particular, what is the link between the existence of a state and its recognition? This is not as easy a question as it may appear. If nationality is considered now to be a right, then how do we deal with those individuals who inhabit territories which are not recognized as "states"? How do we deal with people *who have had* a nationality but the state to which it was linked has disappeared, or been taken over or has lost control of the territory, perhaps through an international wrong? This is not about whether the United Kingdom or the Republic of France are states capable of conferring a nationality that the world recognizes. But, for example, what of Kosovo? Taiwan? Tibet? Somaliland?

More problematically, how do we give content to a right that is largely based upon a process, recognition, which depends in large degree upon political expediency? Can we legally analyze nationality in terms which take into account changes in status of States?

The difficulty in framing recognition in legal terms has long been recognized. In 1941 Hans Kelsen wrote:

> The problem of recognition of states and governments has neither in theory nor in practice been resolved satisfactorily. Hardly any other question is more controversial, or leads in the practice of states to such paradoxical situations[46].

Hersch Lauterpacht wrote in 1944 that:

> The majority of writers still adhere to the view that the act of recognition as such is not a matter governed by law, but a question of policy. They urge that recognition is the result of a decision taken not in obedience to a legal duty, but in pursuance of the exigencies of national interest[47].

---

[46] KELSEN, Hans, "Recognition in International Law: Theoretical Observations", (1941) 35 Am. J. Int. L. 605 at p. 605.

[47] LAUTERPACHT, Hersch, "Recognition of States in International Law", [1944] 53 (3) Yale L.J. 385, (herein "Recognition of States in International Law") at p. 386.

Lauterpacht observes one paradox related to this view when he notes:

> But the dominant fact remains that the very commencement of the international personality of States and their legal right to existence are declared by these writers to be outside the orbit of international law[48].

The same contradiction could be asserted about the dependence upon the recognition of a State for the existence of the right of "nationality".

Recognition has been defined by Peterson as follows:

> In international law, the term "recognition" means formal acknowledgment that some entity or situation exists, coupled with an assurance that the legal consequences of such existence will be respected[49].

Recognition of a state and of the government of the state are different matters. Whether a state exists, in general terms, can be measured by means of the criteria set out in Art. 1 the 1933 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States as follows:

> The state as a person of international law should possess the following qualifications:
>
> a) a permanent population;
> b) a defined territory;
> c) government; and
> d) capacity to enter into relations with the other states[50].

---

[48] Ibid.

[49] PETERSON, M.J., "Political Use of Recognition: The Influence of the International System", 34 (3) World Politics 324 at p. 325.

[50] Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, League of Nations Treaty Series, vol. 165, p. 20, Art. 1. It is worth noting that this convention, frequently referred to as simply the Montevideo Convention, is a convention of the American states and has been only signed and ratified by states of the American system. However, it was drafted to represent a codification of customary international law and is widely regarded as such. See generally Harris, D.J. (ed) 2004 *Cases and Materials on International Law*, 6th Ed. Sweet and Maxwell, London at p. 99.

(b) Theories of Recognition

As noted above, Kelsen observed that issues of recognition of states are unresolved at international law. For example, while the definitional approach reflected in the Montevideo Convention, called the "declaratory theory" is considered by many writers as the means by which states come into existence another concept, called the "constitutive theory of statehood" also has its supporters. This second approach deems that states come into existence upon their recognition as such by other states. Kelsen wrote "The legal act of recognition is the establishment of a fact…".[51] He goes on to say that "Consequently, the legal existence of a state in this sense has a relative character. A state exists legally only in its relations to other states[52].

Recognition of *governments* of a state previously recognized to exist is a separate issue. According to Peterson, there is no obligation at international law to recognize any new government[53].

In recent decades there has been evolution in international law in terms of recognition, particularly with the emergence of new states first following WW II and later after the fall of the USSR. Sloane writes.

> But recognition no longer remains the exclusive province of sovereign states. Today, the international stage includes a number of non-state, quasi-state, and transnational actors that exert varying degrees of influence over recognition based on some set of reasonably objective legal criteria; and third, civil recognition, the force of popular moral opinion, as expressed by civil society through its representative institutions, both governmental and non-governmental[54].

---

[51] KELSEN, supra note 43 at p. 608.

[52] Ibid, At p. 609.

[53] PETERSON, supra Note 46 at p. 325. Some writers disagree and argue that recognition is required. Lauterpacht, for example argued that since the ability of a community to participate within the international system there was at least a moral claim that such a community could make to the international system for a right to be recognized. The concept of a system in which some states would recognize and other states not a particular community as a state would, he said, reflect gravely on the international system. See Lauterpacht, "Recognition of States in International Law" supra note 44 at p. 453-8.

[54] SLOANE, Robert D., "The Changing Face of Recognition in International Law: A Case Study of Tibet", (2002) 16 Emory Int. L. Rev. 107 at p. 108-9.

(c) Withdrawal of Recognition

Withdrawal of recognition, according to Lauterpacht, would appear to be related to whether a state has, in the first place, conferred *de jure* or *de facto* (provisional) recognition on the state. As Lauterpacht explains[55], *de facto* recognition is by its nature provisional; it depends upon whether the state entity in question in fact consolidates itself such as to present the required characteristics of a state and thus merit recognition *de jure*[56]. Although he recognizes that there are those who object to the idea that *de jure* recognition could be withdrawn, he argues that, in fact it is possible under certain conditions. He writes:

> In principle there would seem to be no reason why recognition should not be liable to withdrawal so long as that act, like that of granting recognition, is conceived not as an arbitrary act of policy, *but as one of application of international law*, namely, as a declaration that the objective requirements of recognition have ceased to exist[57]. (Emphasis added)

If the act of withdrawing *de jure* recognition ought to be an application of international law then the conditions giving rise to the new state of affairs ought also to reflect international law. How could the withdrawal of *de jure* recognition be based upon the application of international law if the underlying facts amounted to an international wrong? Can a withdrawal of *de jure* recognition result in denationalization?

Part Three: Recognition and Internationality Illegality

International law has had to deal with the relationship between recognition and questions of international legality and illegality. In the 19th century, States regarded recognition as matters falling within their prerogative, reflecting the constitutive theory of recognition[58]. After the founding of the League of Nations and within the context of international events of the 1930's a principle

---

[55] LAUTERPACHT, Hersch, "*De Facto* Recognition, Withdrawal of recognition and Conditional Recognition", (1945) 22 Brit. Y.B. Int. L. 164 (herein "*De Facto* Recognition").

[56] Ibid, at p. 179.

[57] Ibid.

[58] See for example the comments of Judge Skubiszewski in his dissenting opinion *East Timor (Port. v. Austl.), 1995 I.C.J. 90*, 224 at p. 264.

requiring non-recognition of internationally wrongful acts began to evolve. Thus, as Borgen writes:

> Nonetheless, no state is required to recognize an entity claiming statehood. To the contrary, a good argument may be made that states should not recognize a new state if such recognition would perpetuate a breach of international law[59].

(a) The Stimson Doctrine and Related Matters

The 1928 Pact of Paris (Kellogg-Briand Pact), which sought to outlaw aggressive war as an instrument of national policy included as parties the United States and the Empire of Japan. In 1932, however, the Japanese Empire, in its pre-WWII expansionary mode, was engaged in its efforts to occupy parts of the Republic of China. Their military operations included the brutal invasion and occupation of the region known as Manchuria.

As part of their plan to control Manchuria the Japanese set up within occupied Manchuria a puppet state called Manchukuo. On 7 January 1932, as the situation in Manchuria was evolving, the Secretary of State of the United States, Henry Stimson sent a diplomatic note to China and Japan indicating that the United States would not recognize any changes made in violation of the 1928 Kellogg-Briand Pact or any situation that came about as a result of an internationally wrongful act.

The question, however, was whether this was something more than United States government policy. Has it in fact become elevated to a rule of international customary law? Whether the Stimson Doctrine is accepted as part of customary international law can be assessed by reviewing academic writing, jurisprudence, and the practice of states.

(i) Academic Writing

The reaction of the academic community to the Stimson Doctrine evolved over time. For example, McNair, writing in 1933, did not regard the one year old Stimson Doctrine as binding on states.

---

[59] BORGEN, supra note 3 at p. 12.

> When, however, we turn to inquire in what way the merely negative policy of non-recognition can produce concrete legal consequences which will deter the wrongdoer, I think the answer must be a disappointing one[60].

Two years later, however, in 1935 Prof Quincy Wright had a different view. Because the Doctrine was based upon the legal obligations contained in the Briand-Kellogg Pact, he concluded that the Stimson Doctrine was binding on all states.

> It has not been considered a supplementary sanction to the Pact or the Covenant but as a statement of the course of action to which the parties to the Covenant and the Pact are legally obliged by their ratification of those instruments. All of the states of the world, of any political importance, are parties to one or the other of these instruments.' Consequently the doctrine now has the status of "universal international law"[61].

The above cited article by Prof. Wright is a contemporary perspective on the significance of the Stimson Doctrine at international law, but there are more recent writings to a similar effect. Turns writes as follows:

> However, the doctrine's precept of not recognising any situation (including the establishment of a new State), treaty or other agreement procured by illegal means—particularly by an unlawful use of armed force—has since 1932 acquired the force of customary international and treaty law, through its adoption by the League of Nations and, in the post-World War II period, the Charter and practice of the United Nations[62].

(j) The League of Nations

With regard to the League of Nations, the Assembly adopted a report which recommended that all members not recognize the new "Manchuko", which measures included not accepting its passports, postage stamps etc. The adoption

---

[60] Ibid, at p. 73.

[61] WRIGHT, Quincy, "The Legal Foundation of the Stimson Doctrine", (1935) 8 (4) Pac. Aff. 439 at p. 439-440.

[62] TURNS, David, "The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law", (2003) 2 Chin. J. Int. L. 105 at p. 107-8.

of these measures led to Japan becoming the first member state of the League of Nations to withdraw[63]. Turns draws the conclusion that: "Stimson's Doctrine had passed into history; his doctrine of non-recognition has become a principle, if not yet a rule, of international law"[64].

(k) United Nations

Evidence that the premises underlying the Stimson Doctrine survived into the Post WW II period can be found in the Draft Declaration on the Rights and Duties of States adopted in 1949 by the International Law Commission. Article 11 provides as follows:

> Every State has the duty to refrain from recognizing any territorial acquisition by another State acting in violation of article 9.[65]

This Draft Declaration was attached as an Annex to United Nations General Assembly Resolution 375 (IV) which deemed the entire declaration to be an important contribution to the progressive development and codification of international law, but did not adopt the Draft[66].

Although the General Assembly failed to adopt the Draft Declaration on the Rights and Duties of States, the fact that the essence of the Stimson Doctrine was included by the International Law Commission is a clear indication that the doctrine was still alive. This view is enhanced by Articles 2 (3) and 2 (4) of the Charter of the United Nations:

> **Article 2**
>
> The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.
>
> 3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.

---

63 Ibid., at p. 126-128.

64 Ibid. at p.128.

65 1949 Yearbook of I.L.C. Art. 11.

66 G/A Res. 375 (IV).

> 4 All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations….[67]

Although the Draft Declaration in the Rights and Duties of States was not adopted in 1949 by the General Assembly, G.A. Resolution 2625 was adopted by the General Assembly in 1970. This Resolution is entitled Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance With the Charter of the United Nations[68]. In Paragraph 1 of the Resolution, after citing Article 2 (4) of the Charter above noted, the following rule regarding recognition is set out:

> No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal[69].

It would be difficult to find a clearer re-statement of the essence of the Stimson Doctrine. Furthermore, G/A Res. 2625 has particular status: although General Assembly Resolutions are not generally recognized as statements of international law, this specific resolution, uniquely, is generally considered to contain a statement as to the state of customary international law as at the day it was adopted by the United Nations General Assembly. This resolution was passed unanimously, and concludes as follows:

> The principles of the Charter which are embodied in this Declaration *constitute basic principles of international law…*[70] (Emphasis added)

Clearly, therefore, there is a requirement at international law that the acquisition of territory in violation of the principles of the UN Charter, is not to receive recognition.

---

[67] Charter of the United Nations Art 2 (3) and 2 (4).

[68] Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance With the Charter of the United Nations (A/8092)G/A Res. 2625 1970.

[69] Ibid at p. 123.

[70] Ibid at p. 124.

Likewise, General Assembly Resolution 3314 of 29 November 1974, on the Definition of Aggression, after stating in the preamble that aggression is "… the most serious and dangerous form of the illegal use of force…"[71]provides in Article 5 (3) as follows:

> No territorial acquisition or special advantage resulting from aggression is or shall be recognized as lawful[72].

A specific application by the United Nations Security Council of the imposition of non-recognition as a consequence for an internationally wrongful act occurred in relation to the occupation of Namibia by the Republic of South Africa. When the South African Mandate over Namibia ended in 1966[73], South Africa continued to occupy the territory. Their occupation had been declared illegal by the Security Council[74]. After declaring the continued presence of South Africa in Namibia to be illegal, and any resulting acts in relation to Namibia to be invalid, the Security Council called upon all States:

> …*all States*, particularly those which have economic or other interests in Namibia, to refrain from any dealings with the Government of South Africa which are inconsistent with paragraph 2 of the present resolution[75]. (Emphasis added)

Subsequently, in S/C Res 283 of 29 July 1970, the Security Council went further. It called on all states to refrain from any relations with the Government of South Africa "(…) implying recognition of the authority of the Government of South Africa over the Territory of Namibia"[76]. It then called upon all states to declare their non-recognition of South African authority over Namibia[77]. In both of these resolutions, the act of denying recognition was determined to be

---

[71] G/A Res. 3314 Definition of Aggression, Preamble.

[72] Ibid., Art 5 (3).

[73] G/A Res 2145 (XXI) of 27 October 1966 and recognized by the United Nations Security Council in S/C Res. 264 of 20 March 1969.

[74] S/C Res 276.

[75] Ibid., para. 5.

[76] S/C Res 283 of 29 July 1970, para.1,

[77] Ibid., para 2,

one response to an internationally wrongful act, and was one which applied to all states, not only those with connections to Namibia.

The ghost of the Stimson Doctrine would appear to be continuing to haunt the corridors of international law.

(ii) Jurisprudence

The Namibia situation also gave rise to jurisprudence relating to the issue of state obligations in respect to recognition in the context of internationally wrongful acts. The Advisory Opinion (entitled Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)[78] ("Namibia Advisory Opinion") made a clear statement that resolutions of the Security Council are binding on all member States of the United Nations:

> Thus when the Security Council adopts a decision under Article 25 in accordance with the Charter, it is for member States to comply with that decision…To hold otherwise would be to deprive this principal organ of its essential functions and powers under the Charter[79].

The ICJ explained that a declaration of illegality by a competent organ of the United Nations, in this case the Security Council, entailed consequences and that the Court would be failing in its judicial functions if it did not declare the obligation of states to bring the state of illegality to an end[80].

The Security Council resolutions cited above, which declared the illegality of South Africa's occupation of Namibia, therefore imposed *legal obligations* on United Nations member States, according to the ICJ.

> The member States of the United Nations are, for the reasons given in paragraph 115 above, under obligation to recognize the illegality and invalidity of South Africa's continued presence in Namibia[81].

---

[78] Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1971, 17.

[79] Ibid., at p. 54.

[80] Ibid.

[81] Ibid., at p.54

It is noteworthy that these obligations were framed in terms of recognition and included the obligation to abstain from negotiating treaties with South Africa purporting to cover the territory of Namibia, applying bilateral treaties in such a way as to imply acceptance of South African authority over Namibia[82].

As noted, the ICJ made its pronouncement on State responsibilities in the face of the illegal actions of South Africa subject to the rights of the inhabitants of the illegally occupied territory. The ICJ said that the illegality of the South African occupation "(…) should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international co-operation"[83].

The Court went on to explain what this meant:

> In particular, while official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory[84].

This comment by the court is important for three reasons.

1. The list of matters that cannot be invalidated by the illegal act of South African occupation was not conclusive or comprehensive.
2. Clearly, matters that affect the inhabitants of the Namibia personally were not to be affected by the illegality of South Africa's occupation.
3. It is reasonable to conclude that personal and independent rights of the inhabitants exist and continue notwithstanding the illegal occupation of their territory.

Although the question of nationality was not put to the court[85], it seems a reasonable conclusion that an individual's nationality would be included on

---

[82] Ibid., at p.54

[83] Ibid., at p 56.

[84] Ibid.

[85] Additionally, of course, Namibia had never been a State. Its inhabitants had, at that point, no nationality of their own to lose.

the list of individual rights that cannot be extinguished by the illegal act of occupation of their State by another.

The ICJ also commented upon the obligations of non-member States of the United Nations to comply with the decision of the Court:

> In the view of the Court, the termination of the Mandate and the declaration of the illegality of South Africa's presence in Namibia are opposable to all States in the sense of barring *erga omnes* the legality of a situation which is maintained in violation of international law: in particular, no State which enters into relations with South Africa concerning Namibia may expect the United Nations or its Members to recognize the validity or effects of such relationship, or of the consequences thereof[86].

Thus, in the view of the Court, the internationally illegal nature of the South African conduct in Namibia placed an obligation *erga omnes* on all states to recognize this illegality and to act accordingly. Any dealings conducted or concluded with South Africa in violation of the decision could not be treated as valid by any member of the United Nations.

A later ICJ case in which a party sought to have the court deal with the issue of recognition was the Case Concerning East Timor(Portugal v. Australia), with Judgment dated 30 June 1995[87]. The Judgment of the court effectively avoided the issue by focusing on the fact that Indonesia was not a party to the case and that, accordingly, they could not make a decision raising issues of the legality of acts of a third party in the absence of that party. The majority did, however, make an important pronouncement on the *erga omnes* nature of the right of peoples to self-determination. They said:

> In the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable…it is one of the essential principles of contemporary international law[88].

---

[86] Ibid.

[87] *East Timor (Port. v. Austl.), 1995 I.C.J. 90.*

[88] Ibid., at p. 102.

Although the majority of the court did not confront the issue of recognition, the *ad hoc* judge, Judge Skubiszewski, in his dissenting opinion, dealt with the matter at great length. With respect to the issue of recognition, Judge Skubiszewski accepts that the policy of non-recognition evolved into an obligation. He writes:

> The *policy* of non-recognition, which goes back to before the First World War, started to be transformed into an *obligation* of non-recognition in the thirties. Through the Stimson doctrine, the United States of America played a pioneering -and beneficial -role in this development. The rule or, as Sir Hersch Lauterpacht says, the principle of non-recognition now constitutes part of general international law. The rule may be said to be at present in the course of possibly reaching a stage when it would share in the nature of the principle of which it is a corollary, ie the principle of the non-use of force. In that hypothesis non-recognition would acquire the rank of a peremptory norm of that law *(jus cogens).* But that is a future development which is uncertain and has still to happen. The Friendly Relations Declaration correctly states the law on the subject: "No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal." Contrary to what has been asserted (Counter-Memorial, para. 365; Rejoinder, para. 74) the obligation not to recognize a situation created by the unlawful use of force does not arise only as a result of a decision by the Security Council ordering non-recognition. The rule is self-executory[89].

To make his position even clearer, Judge Skubiszewski states the following:

> While recognition of States or Governments is still "a free act", it is not so with regard to the irregular acquisition of territory: here the discretionary nature of the act has been changed by the rule on the prohibition of the threat or use of force[90].

Accordingly, for Judge Skubiszewski there is no ambiguity about the matter. States do not have the discretion to recognize states or governments changed

---

[89] *East Timor (Port. v. Austl.), 1995 I.C.J. 90*, 224(Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski) at p. 262

[90] Ibid., at p. 264.

in violation of the prohibition against the use or threat of force. The operation of the rule does not depend upon a prior decision of illegality. He says the rule is "self-executory"[91].

Part Four: Self-Determination, Nationality and Recognition

The ICJ and international legal instruments have established that the right to self-determination is an *erga omnes* norm, and that there exists a right to nationality. Additionally, there is strong legal authority to argue that it is a principle, if not yet a rule, of international law that the results and advantages of internationally wrongful acts must not be legally recognized by the international community[92]. It is useful to survey how these principles might be applied to a small sample of situations which give rise to the issue of statelessness or loss of nationality by virtue of a possibly internationally wrongful act.

(a) Republic of Georgia

Georgia is one of the former constituent republics of the former Union of Soviet Socialist Republics (USSR) which gained its independence in 1992 and was internationally recognized with the same borders as had the former Georgian Soviet Socialist Republic[93]. Two regions of Georgia, South Ossetia and Abkhazia almost immediately sought to secede from Georgia and a short period of civil war ensued. This secession was not internationally recognized, though Georgia was limited in the amount of its administrative control in these areas. Though the Russian Federation (the successor State to the USSR, and referred to herein as "Russia") maintained an interest in these regions, no member State of the UN, including Russia, recognized their independence until 2008[94].

On 7 August 2008 Georgia sent its military into the two regions in an effort to exert its authority over the regions, but was defeated by a Russian military

[91] While it is valid to observe that Judge Skubiszewski's opinion was a dissent, his opinion was neither ratified nor overruled by the majority on the Court. As a result of their focus on the absence of Indonesia as a party to the case, they were silent on this issue. It goes without saying that the distinguished academic and intellectual history of Judge Skubiszewski well qualified him as a "noted publicist" of international law.

[92] According to Judge Skubiszewski a previous finding of illegality, for example by the United Nations Security Council is not required in order for this obligation to operate. It is, as he said, self-executory.

[93] BORGEN, supra note 4 at p. 4.

[94] Ibid., p. 5.

force which entered the region to protect the secessionist regimes[95]. On 26 August 2008, nineteen days after the Russian invasion, Russia recognized the independence of South Ossetia and Abkhazia. To date only Russia, Venezuela, Nicaragua and Nauru have recognized their independence[96]. Peters writes:

> (…) the overwhelming majority of States and international bodies, notably UN Security Council, the CoE, the Organization for Security and cooperation in Europe (OCSE) and the EU have continually insisted on the territorial integrity of Georgia[97].

In other words, their independence has been effectively rejected; Georgia is considered internationally as the *de jure* sovereign over these regions[98]. Given the definition of "aggression" set out above[99], Russian actions in this case would seem to fit given their previous recognition of Georgia's territorial boundaries.

The nationality issue has two components. First, there is the issue of the nationalities of the residents of South Ossetia and Abkhazia who wish to have their nationalities recognized by the world at large[100]. Failing renunciation of their Georgian citizenship within six months after independence, they are Georgian[101].

---

[95] DUBINSKY, Gregory, (2009) "The Exceptions That Disprove the Rule? The Impact of Abkhazia and South Ossetia on Exceptions to the Sovereignty Principle." 34 Yale J. Int'l L. 241.

[96] PETERS, supra note 4 at p. 635-6. Radio Free Europe has reported that the tiny Pacific island state of Tuvalu has also recognized the independence of South Ossetia and Abkhazia. See http://www.rferl.org/content/tuvalu_recognizes_abkhazia_south_ossetia/24338019.html (last reviewed 10 October 2011).

[97] PETERS, supra note 2 at p. 636.

[98] It has been observed that the fact that even such "near abroad" States as Belarus have not recognized the independence of South Ossetia and Abkhazia constitutes a major diplomatic embarrassment for Russia. See Brian Whitmore "One Year After 'Independence,' Abkhazia And South Ossetia In Legal Gray Zone" http://www.rferl.org/content/Year_After_Independence_Abkhazia_South_Ossetia_In_Legal_Gray_Zone/1808101.html (last reviewed 10 October 2011) quoting Columbia University professor Lincoln Mitchell.

[99] See notes 77 and 78 above.

[100] Among the allegations of Georgia in its 2008 Application to the International Court of Justice against Russia under the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) was the assertion that Russia was granting blanket Russian nationality to ethnic South Ossetians and Abkhazians and intimidating and discriminating against Georgians who refuse to renounce their Georgian nationality. See APPLICATION INSTITUTING PROCEEDINGS (filed in the Registry of the Court on 12 August 2008) (*Georgia v. Russian Federation*), paras. 11-14.

[101] PETERS, supra note 2 p. 638-40.

The second issue is the nationality of South Ossetian and Abkhazian residents who wish to retain their Georgian nationality. Twenty to thirty percent of the people in those regions are ethnic Georgians[102] so the problem is a practical given Georgia's allegations that ethnic Georgians are under pressure to renounce their Georgian nationality[103].

An interesting parallel exists with regard to the residents of the northern part of the Republic of Cyprus. The Turkish Republic of Cyprus (TRC) was established there following the 1974 invasion of by Turkey. Turkey aside, no State recognizes the TRC[104]; it exists through the unlawful use of force. Accordingly, says Peters, any TRC conferred "nationality" is, internationally, irrelevant and need not (indeed may not) be recognized[105].

The Cypriot situation resembles to that of Georgia. Although the ICJ has made no decision regarding the legality of the Russian invasion[106], the failure of the international community to recognize the independence of South Ossetia and Abkhazia is evidence that the international community at large regards their acts, and Russian acts in support, as illegal. If Judge Skubiszewski is correct and an ICJ decision is unnecessary, the following conclusions appear reasonable:

1. The occupation of South Ossetia and Abkhazia by Russian forces is an unlawful use of force and threfore constitutes an international "wrong";
2. "Nationality", being an individual right (as well as a State prerogative), may not be lost by operation of an international wrong;
3. As a result of the foregoing, all inhabitants of South Ossetia and Abkhazia who did not renounce Georgian citizenship in 1992, continue to be Georgian nationals, including at all times subsequent to the Russian military incursion, or the Russian recognition of their "independence".
4. Accordingly, no nationality imposed by any efforts by South Ossetian, Abkhazian and/or Russian authorities (apart from being a violation of

---

[102] TOOMEY, Michael, "The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?" (2009) 23 Temp. Int'l & Comp. L.J. 443 at p. 446

[103] See note 101 above.

[104] Sec. Co. Res. 541 (18 November 1983, para 7) and 550 (11 May 1984, para. 3) prohibit recognition.

[105] PETERS, supra note 2 at p. 657.

[106] The Georgian application referenced at note 101 above was dismissed by the ICJ at the Preliminary Objections stage on the grounds of lack of jurisdiction.

individual rights) may at international law be recognized by any State. Restrictions by such authorities on the residents from exercising their rights of Georgian nationality may constitute international wrongs.

5. Any recognition of South Ossetian and/or Abkhazian independence and nationality, such as those granted by Venezuela, Nicaragua, Nauru and (possibly) Tuvalu may well in themselves constitute international wrongs.

(b) Tibet

The case of Tibet is a situation in which disagreement on the historical facts makes it difficult to assess the international law position. Specifically, when the Chinese Army "liberated"[107] Tibet in 1950 - 1951 did this amount to the invasion, occupation and annexation of an independent State, or was it simply a move analogous to the Georgian movement into South Ossetia and Abkhazia in which China exercised its sovereignty over part of its territory? The difficulty arises in that, although the existence of a Tibetan Empire prior to the 13th century is a historically acknowledged fact[108], the subsequent history of Tibet, and the legal effects of various events, is subject to academic and political debate[109]. Analysis of Tibet's historical status is rendered more complicated by the nature of the Tibetan State and government which was a theocratic[110] and isolationist[111] administration.

There is no difficulty in defining Tibet as a State in terms of the Montevideo Convention. For example, Tibet has had for centuries a permanent population, self-identifying themselves as "Tibetans". They have a distinct language, culture,

---

[107] As China described its actions.

[108] See generally, for example, BELL, Sir Charles, "Tibet's Position in Asia Today", (1932) 10 For. Aff 134 at p. 134-135; PATTERSON, George N., "China and Tibet: Background to the Revolt", (1960) 1 China Quart. 87 at p. 87-89; BIANG, Yongmin, "Legal Autonomy of Tibet: A Chinese Lawyer's Perspective" (2008) 1 J. E. Asia & Int'l L. 357 at p. 358 (accepts that Tibet became part of China during the Yuan Dynasty in the 13th century)

[109] The official Chinese position on Tibet may be seen online in an English-language document entitled "Tibet-Its Ownership and Human Rights Situation" September 1992,Information Office of the State Council of The People's Republic of China, Beijing, China http://www.china.org.cn/e-white/tibet/ (last reviewed 10 October 2011).

[110] BELL, supra note 125 at p. 136.

[111] Rebecca R. French uses the word "xenophobic" to describe the Tibetan government. See "BOOK REVIEW: The Status of Tibet: History, Rights, and Prospects in International Law", (1990) 84 A.J.I.L. 996 at p. 998.

a particular version of Bhuddism[112]. Their religion translates into a special kind of allegiance to their political-religious leader, the Dalai Lama. They have resisted invasion, including against the Chinese at various times during the 20th century. Their ability to resist invasion has been complicated by their religious aversion to violence and killing which, for better or worse, does not fit neatly into western and Westphalian concepts of international law and sovereignty. Nonetheless, the passivity of Tibetans until pushed to the point of resistance (as seen at various times such as in 1959 and during the run-up to the 2008 Olympic, for example) ought not to be interpreted as acquiescence to China's occupation.

The geographical territory of Tibet is also well defined. Apart from Tibetan Autonomous[113] Region designated within China the territory of Tibet is well defined. It was the subject of Sino-Anglo negotiations prior to 1921[114]. In addition, although China argues that Tibet has always been a part of China, it also relies upon a "Seventeen Point Agreement" for the administration of Tibet[115]. Aside from the fact that Tibetan authorities entered into this agreement under armed compulsion, the question arises why and with whom was China "negotiating" this "agreement" if Tibet was, in fact, a part of China.

The question as to whether it has/had a government relates to the nature of the government. As stated above, Tibet, prior to the Chinese occupation had a theocratic government headed by the Dalai Lama. The key point is that this government, though limited by its own internal concepts of governance, had the capacity to raise armies to defend the state, had a bureaucracy and entered into trade agreements.

The ability to enter into trade agreements raises the issue of the final criteria of the Montevideo Convention, namely the ability to conduct international relations. Clearly, at an early stage, Tibet conducted international relations and entered into peace treaties…one such peace treaty is, according to academics,

---

[112] VAN PRAAG, Michael C. van Walt, "Tibet and the Right to Self- Determination", (1980) 26 Wayne L. Rev. 279 at p. 293-6.

[113] Given the iron control exercised by Beijing over Tibet, the Word "autonomous" would appear to be badly chosen.

[114] CHRISTIE, Clive, "Great Britain, China and the Status of Tibet 1914-21", (1976) 10 (4) Modern Asian Studies 481. An interesting question arises as to why, if China was sovereign over Tibet as it claims, it was negotiating with Britain over its rights to deal with Tibet.

[115] CLARK, Regina M., "China's Unlawful Control over Tibet: The Tibetan People's Entitlement to Self-Determination" (2002) 12 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 293 at p. 297-298.

carved on a stone pillar in the centre of Lhasa the capital of Tibet[116]. There are multiple reports of the Tibetan government dispatching diplomatic envoys to represent the country. A historical Tibetan diplomatic passport has even been discovered recently[117] . Muchmore writes "…passports are uniquely probative of nationality under international law"[118]. While the existence of passports as definitive evidence of statehood is subject to discussion, certainly the fact that a governmental entity issued such a document is some evidence that it considered itself representative of a State capable of conducting international relations.

Michael C. van Walt van Praag, after noting Tibet's 1911 declaration of independence, writes:

> Whatever the official Chinese view of their suzerainty over Tibet, from 1911 until the Communist Chinese invasion of Tibet in 1949, Tibet was at least *de facto* independent, and strong arguments point to *de jure* independence. Tibetans certainly did not consider themselves subordinate to China[119].

There seems little doubt that Tibetans meet the definition of a "people" and seem to have, historically been dealt with as such… as "Tibetans". If they were, in fact, a State at the time of the Chinese "liberation", then by all definitions of international wrong set out above, this annexation constitutes an international wrong. Accordingly, the international law consequences would logically include the non-recognition of the Chinese annexation and the obligation to recognize a Tibetan nationality. The fact that, for example the United States recognizes Tibet Autonomous Region as part of China[120] could well be argued to be in itself an international wrong.

---

[116] SANGAY, Lobsang, "Legal Autonomy of Tibet: A Tibetan Lawyer's Perspective", (2008) 1 J. E. Asia & Int'l L. 335 at p. 338. It should be noted that, in April 2011 the writer was elected the prime Minister of the Tibetan government in exile.

[117] SHARMA, Pawan,"First Tibetan Passport Found after 15 Years" 2 April 2004, Hindustan Times http://www.friendsoftibet.org/mediaonfot/20040402a.html

[118] MUCHMORE, Adam I., "Passports and Nationality in International Law", (2005) 26 Immigr. & Nat'lity L. Rev. 327 at p. 317.

[119] VAN PRAAG, supra note 128 at p. 298.

[120] SLOANE, Robert, "The Changing Face of Recognition in International Law: A Case Study of Tibet" (2002) 14 Emory Int. L. Rev. 107; U.S. Dept. of State, "2000 Country Reports on Human Rights Practices" U.S. Gov. Printing Office 25 Feb. 2001.

Part Five: Conclusion and Assessment

The birth of new States challenges the international system. It is difficult, for example, to understand why Kosovo must be recognized as a State but Somaliland not. Why may a State like Tibet be extinguished by military invasion if doing so violates fundamental rules of international law? How do Palestine and Taiwan continue as non-States while having many of the same attributes as other States? These questions matter because individual rights are tightly connected to the State, or non-State in which they reside.

It is clear that after WWII international law evolved such that the individual and his/her rights had a place in the law that did not exist before. Respect for certain personal rights became *ergo omnes* obligations. States became obliged to respect personal rights in ways that pre-WWII thinkers never had to consider.

The right to a nationality is one of those rights that have gained new recognition. Nationality is inextricably linked with self-determination, but is different. It is a right that stands on its own. It is also inextricably linked with the concept of the State.

This paper has sought to address the loss of nationality through internationally wrongful acts. It is based upon two principles now recognized at international law, namely:

(a) States may not acquire territory or advantage through the use of military force, and other states must not recognize the results of any such uses of force, and
(b) Individuals have a right to a nationality.

On the basis of these two propositions it appears to be obligatory to refuse to recognize changes in (or losses of) nationality brought about by international wrongful acts. States may not, through illegal actions, or inaction, render individuals stateless or change their nationality. Any purported changes achieved through such illegal acts must not be recognized. States which do so are themselves committing an internationally wrongful act.

Does this have any practical application in today's world? Arguably, any State accepting South Ossetian or Abkhazian passports, or refusing to recognize

the Georgian nationality of inhabitants of those regions commits an internationally wrongful act[121].

It is possible that Tibetan nationality ought to be recognized[122]. It is important to recognize that recognition of Tibetan nationality will not lead China to withdraw from Tibet and Russia will not be pulling out of Abkhazia and South Ossetia based upon recognition. Yet we know that states wish to justify their actions under international law[123].

Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner argue that "…the best explanation for when and why states comply with international law is not that states have internalized international law, or have a habit of complying with it, or are drawn by its moral pull, but simply that states act out of self-interest[124]. Even if they are right, the use of the figure of recognition can be an effective tool of international law. The failure of traditional Russian allies such as Belorussia to recognize South Ossetia and Abkhazia has been a source of embarrassment for Moscow. Peterson writes:

> Thus, recognition can be used for the individual purposes of states as well as for identifying those entities belonging to a certain class of actors in the international system. It is these other uses that are here termed "political uses of recognition"[125].

Non-recognition can therefore become a valuable political tool deter internationally wrongful acts. If a state contemplating an internationally wrongful act understood that the gains it sought to achieve would in fact be compromised by the simple fact of non-recognition then the consequences could make

---

[121] The declaration of independence of the Turkish Republic of Northern Cyprus was declared illegal by the United Nations Security Council. S.C. Res 541, 18 Nov 1983. It would seem reasonable to conclude that any recognition of this nationality or refusal to recognize the Cypriot nationality of residents of that entity ought to be considered as an international wrong.

[122] There are other entities which have seceded (or have sought to secede) from larger States but whose secession has received various degrees of international recognition. Examples include Kosovo, Somaliland and Transnistria. If the refusal to grant recognition to such entities violates a principle of international law, then rendering the inhabitants denationalized or stateless may well be an international wrong.

[123] Supra note 4.

[124] GOLDSMITH, Jack L. and POSNER, Eric A., The Limits of International Law, (2005) Oxford University Press, Oxford at p. 225.

[125] Supra note 53 at p. 325-326.

the action not worth the effort. The ICJ's pronouncements on the illegality of South Africa's acts in Namibia, as well as state obligations to not recognize the legality of South Africa's continued presence there likely contributed to Namibia's ultimate independence.

The journey of a thousand miles begins with a single step, as they say. In this case it is suggested that a good first step would be to recognize nationalities that others have illegally sought to extinguish.

Bibliography

Books and Government Documents

1949 Yearbook of I.L.C.

GOLDSMITH, Jack L. and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, (2005) Oxford University Press, Oxford.

HARRIS, D.J. (ed.) 2004 *Cases and Materials on International Law, 6th Ed.*, Sweet and Maxwell, London.

U.S. Dept of State, "2000 Country Reports on Human Rights Practices" U.S. Gov. Printing Office 25 Feb. 2001.

"Tibet-Its Ownership and Human Rights Situation" September 1992, Information Office of the State Council of the People's Republic of China, Beijing, China http://www.china.org.cn/e-white/tibet/.

International Legal Instruments, Conventions, Treaties

Charter of the United Nations.

Harvard Research Draft on The Law of Nationality", American Journal of International Law, (1929) Vol. 23, Spec. Suppl. 13.

Convention on the Reduction of Statelessness.

Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws, 1930.

"Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States with Commentaries" 1999, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II Part 2.

The Universal Declaration of Human Rights GA Res. 217A (III) 10 Dec 1948.

European Convention on Nationality, Strasbourg 6 XI 1997.

International Covenant on Civil and Political Rights, GA Res 2200A (XXI).

United Nations Convention on the Rights of the Child.

Explanatory Report to the *European Convention on Nationality*.

Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, League of Nations Treaty Series, vol. 165, p. 20.

G/A Res. 375 (IV.

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-Operation Among States in Accordance With the Charter of the United Nations (A/8092).

G/A Res. 3314 *Definition of Aggression*.

G/A Res 2145 (XXI) of 27 October 1966.

United Nations Security Council in S/C Res. 264 of 20 March 1969.

S/C Res 276.

S/C Res 283 of 29 July 1970.

APPLICATION INSTITUTING PROCEEDINGS (filed in the Registry of the Court on 12 August 2008) (GEORGIA *v*. RUSSIAN FEDERATION.

S.C. Res 541, 18 Nov 1983.

Case Law

Nottebohm Case, 1955 ICJ Reports 1955, p. 23.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1971, 17.

East Timor (Port. v. Aust.), 1995 I.C.J. 90.

Inter-American Court of Human Rights, *The Case of the Girls Yean and Bosico*, Judgment of 8 September 2005.

Articles

Lord ACTON. "Nationality", July 1862 *The Home and Foreign Review.*

BELL, Sir Charles. "Tibet's Position in Asia Today", (1932) 10 For. Aff 134.

BIANG,Yongmin. "Legal Autonomy of Tibet: A Chinese Lawyer's Perspective" (2008) 1 J. E. Asia & Int'l L. 357.

BLACKMAN, Jeffrey L., "State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law", (1998) 19 Mich. J. Int'l. L 1141.

BORGEN, Christopher J. "The Language of Law and the Practice of Politics: Great Powers and the Rhetoric of Self-Determination in the Cases of Kosovo and South Ossetia", (2009) 10 Chi. J. Int'l L. 1.

CHRISTIE, Cliv. "Great Britain, China and the Status of Tibet, 1914-21", (1976) 10 (4) Modern Asian Studies 481.

CLARK, Regina M. "China's Unlawful Control over Tibet: The Tibetan People's Entitlement To Self-Determination" (2002) 12 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 293.

DUBINSKY, Gregory. (2009) "The Exceptions That Disprove the Rule? The Impact of Abkhazia and South Ossetia on Exceptions to the Sovereignty Principle". 34 Yale J. Int'l L. 241.

FRENCH, Rebecca R. "BOOK REVIEW: The Status of Tibet: History, Rights, and Prospects in International Law", (1990) 84 A.J.I.L. 996.

GETTYS, C. Luella. "The Effect of Changes of Sovereignty on Nationality" (1927) 21 AJIL 268.

KELSEN, Hans. "Recognition in International Law: Theoretical Observations", (1941) 35 Am. J. Int. L.

LAUTERPACHT, Hersch. "Recognition of States in International Law", [1944] 53 (3) Yale L.J. 385.

_____. "De Facto Recognition, Withdrawal of recognition and Conditional Recognition", (1945) 22 Brit. Y.B. Int. L. 164.

MACLEAN, R.J. Blaise. "Fresh Hay from Old Fields: The Continuing Usefulness of Diplomatic Protection".

McNAIR, Arnold D. "The Stimson Doctrine of Non-Recognition: A Note on Its Legal Aspects", (1933) 14 Brit. Y. Intl. L. 65.

MUCHMORE, Adam I. "Passports and Nationality in International Law", (2005) 26 Immigr. & Nat'lity L. Rev. 327.

PETERS, Anne. "Extraterritorial Nationalizations: Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction" (2010) German YIL 623.

PETERSON, M.J. "Political Use of Recognition: The Influence of the International System", 34 (3) World Politics 324. PATTERSON, George N. "China and Tibet: Background to the Revolt", (1960) 1 China Quart. 87.

Radio Liberty/Radio Free Europe: http://www.rferl.org/content/tuvalu_recognizes_abkhazia_south_ossetia/24338019.html http://www.rferl.org/content/Year_After_Independence_Abkhazia_South_Ossetia_In_Legal_Gray_Zone/1808101.html.

SANGAY, Lobsang. "Legal Autonomy of Tibet: A Tibetan Lawyer's Perspective", (2008) 1 J. E. Asia & Int'l L. 335.

SHARMA, Pawan "First Tibetan Passport Found after 15 Years" 2 April 2004, Hindustan Times http://www.friendsoftibet.org/mediaonfot/20040402a.html.

SLOANE, Robert D. "The Changing Face of Recognition in International Law: A Case Study of Tibet", (2002) 16 Emory Int. L. Rev. 107.

TURNS, David. "The Stimson Doctrine of Non-Recognition: Its Historical Genesis and Influence on Contemporary International Law", (2003) 2 Chin. J. Int. L. 105.

TOOMEY, Michael. "The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?" (2009) 23 Temp. Int'l & Comp. L.J. 443.

WRIGHT, Quincy. "The Legal Foundation of the Stimson Doctrine", (1935) 8 (4) Pac. Aff. 439.

VAN PRAAG, Michael C. van Walt. "Tibet and the Right to Self- Determination", (1980) 26 Wayne L. Rev. 279.

Apostillas sobre la solución de controversias en instrumentos internacionales relacionados con recursos naturales compartidos y medio ambiente suscriptos por la República Argentina

Ernesto J. Rey Caro*

La posibilidad de que la aplicación o interpretación de las normas jurídicas internacionales puedan generar controversias entre los Estados ha sido una realidad indiscutida en la historia del derecho de gentes. Quizás el avance más significativo en esta materia fue la obligación que contrajeron los Estados en diversos instrumentos internacionales de tratar de solucionar los conflictos por la vía pacífica. Esta obligación constituyó uno de los pilares sobre los que se asentó la arquitectura de la Organización de las Naciones Unidas en 1945. Conocido es el deber de los miembros consagrado en el Artículo 2.3 de la Carta, de arreglar sus diferendos internacionales "por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia". Complementariamente este instrumento dedicó un capítulo –el VI– al arreglo pacífico de las controversias, que incluye una serie de mecanismos o procedimientos para lograr tal finalidad. Los estudios sobre estos aspectos de la Carta han sido abundantes y su consideración excede el propósito de estas reflexiones.

Es conocido el hecho de que la gestación del hoy llamado derecho internacional del medio ambiente ofrece alternativas muy particulares, aunque la incorporación integral de los problemas ambientales a este ordenamiento jurídico no es de larga data. Basta examinar el contenido de las obras generales de la disciplina de los años anteriores a la década del sesenta del siglo pasado para

* Catedrático de Derecho Internacional Público. Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro de Número de la Academia Nacional de Córdoba, Argentina.

constatar que esporádicamente aparecen abordados aspectos puntuales de algunas cuestiones que luego se incorporarían en el contenido de esta novel rama del derecho internacional.

En la medida que el cuerpo normativo en la materia se fue acrecentando, fundamentalmente con la adopción de instrumentos internacionales que crearon auténticas obligaciones jurídicas, la posibilidad cierta del surgimiento de "conflictos ambientales" constituyó un aliciente para reflexionar sobre los medios más apropiados para su solución. Ello sin perjuicio de que en las primeras controversias las partes invocaran y los tribunales aplicaran normas consuetudinarias y los principios generales del derecho. Constatación de este hecho fue el paradigmático caso de la Fundición de Trail, resuelto por un tribunal arbitral en la década del 40[1], que tanta trascendencia tuvo en el desarrollo jurisprudencial sobre la materia.

Una de las características de esta rama del DIP es la multiplicidad de instrumentos que regulan cuestiones específicas y que fueron adoptados en la medida de que éstas fueron adquiriendo relevancia. No hubo *ab inicio* un tratamiento global de la problemática, y aún ahora no constituye un objetivo a alcanzar, al menos a corto plazo.

Tal sectorización determinó que más allá de la obligación asumida por los Estados parte en muchos de los acuerdos o tratados adoptados de solucionar los diferendos, en general, por medios pacíficos, algunos pergeñaron mecanismos y procedimientos específicos. Asimismo, existen no pocos instrumentos internacionales que regulan los derechos y obligaciones de los Estados en torno a recursos naturales específicos y entre las cuestiones abordadas aparecen las vinculadas con la protección del medio ambiente. En estos casos, con frecuencia, los medios y los procedimientos para la solución de controversias que pudieran generarse por la aplicación o interpretación del tratado en todos sus aspectos, son aplicados a las cuestiones ambientales. Cabe señalar –v.g.–, los acuerdos suscritos por la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, en 1973 y 1975 sobre el río de la Plata y sobre el río Uruguay, respectivamente.

En ambos instrumentos se han establecido los mecanismos que los Estados involucrados consideraron apropiados y guardan alguna similitud. En el Tratado de 1973, en la Primera Parte, referida al río en particular, se estableció que cada parte "se obliga a proteger y a preservar el medio acuático y, en particular, a pre-

[1] ONU, Recueil des Sentences Arbitrales. 1941, vol. III, p. 1961-1965.

venir la contaminación, dictando normas y adoptando las medidas apropiadas de conformidad a los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales" (Art. 47). Los dispositivos siguientes consagran obligaciones concretas en torno a hacer efectiva la protección y preservación del curso de agua, entre ellas, la obligación de informarse recíprocamente sobre las normas que dictaren en relación a la contaminación de las aguas. Igualmente se establece expresamente la responsabilidad de las partes por los daños producidos como consecuencia de la contaminación causada por sus propias actividades. Cabe añadir que la Comisión Administradora (Art. 66), posee, entre las múltiples facultades conferidas, la de promover la realización de estudios e investigaciones en orden a la evaluación, conservación y preservación de los recursos vivos y la eliminación de la contaminación y otros efectos nocivos que pudieran derivar del uso, exploración y explotación de las aguas del río.

Para el caso de las controversias que pudieran surgir entre las partes en relación con el río, estas pueden ser consideradas por la Comisión a propuesta de cualquiera de ellas (Art. 68), estipulándose, que si no se lograre una solución, las partes deben recurrir a las negociaciones directas (Art. 69).

En lo referente a la parte marítima, el Capítulo XVII, referido a la contaminación, prohíbe el vertimiento de hidrocarburos provenientes del lavado de tanques, achique de sentinas y de lastre y cualquier otra acción que pudiera tener efectos contaminantes en una zona que se demarca expresamente (Art. 78). La Comisión Técnica Mixta, entre otras facultades, posee la de promover la realización conjunta de la evaluación, conservación y preservación y racional explotación de los recursos vivos, como así también para la preservación y eliminación de la contaminación. La parte IV del Tratado regula, en general, la solución de controversias. Establece que cualquier diferendo que no pudiera ser resuelto mediante las negociaciones directas, puede ser sometido por cualquiera de las partes a la Corte Internacional de Justicia, opción que también se otorga a las partes para el caso de que el procedimiento ya reseñado (prescripto en los artículos 68 y 69) no permitiera el arreglo del diferendo.

Similares normas vinculadas con el recurso ante la Corte Internacional de Justicia, se encuentran en el Tratado que estableció el Estatuto del río Uruguay, ya mencionado. También consagra normas de procedimiento para el caso de que alguna parte proyecte la construcción de canales que, entre otras consecuencias, pudiera provocar una alteración significativa de la calidad de las aguas, proce-

dimiento que puede llevar a la aplicación de los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Capítulo xv del Tratado.

El río Uruguay fue motivo de numerosos conflictos entre ambos Estados desde la época de la independencia de ambos países, inicialmente provocados por problemas de delimitación. Tras no pocos intentos de arreglos la cuestión, en principio, fue zanjada en el Tratado de Límites, adoptado el 7 de abril de 1961[2]. Igualmente, convinieron la sanción de un estatuto sobre el uso del río, que debía abordar diversas materias vinculadas al uso, aprovechamiento y conservación de las aguas compartidas. En 1971, ambos países suscribieron una Declaración Conjunta en la que se enunciaron principios básicos para la utilización de los ríos internacionales y sus afluentes, entre ellos el compromiso de evitar en cualquier forma la contaminación de los ríos internacionales y sus afluentes y a preservar los recursos ecológicos en las zonas de sus respectivas jurisdicciones. Se incluyó un precepto que estableció que los diferendos que se suscitaran en relación con los procedimientos allí mencionados aplicables para el caso de que cualquiera de los Estados proyectara obras que podrían producir perjuicios sensibles al otro ribereño, fueran sometidos a la decisión de una Comisión Técnica Mixta, agregando que "En caso de desacuerdo entre los técnicos, éstos elevarán un informe a los Gobiernos expresando sus puntos de vista. Los Gobiernos tratarán de encontrar una solución por la vía diplomática o por otro medio que escojan de común acuerdo, procurando siempre llegar a una solución amistosa y equitativa"[3].

El Estatuto previsto fue adoptado en febrero de 1975[4]. Dispone en su primer dispositivo que su fin es "establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes". Este instrumento, contiene varios capítulos, entre ellos los dedicados al aprovechamiento de las aguas, recursos del lecho y subsuelo, conservación, utilización y explotación de otros recursos naturales y a la contaminación.

En relación con la contaminación, prescribe que por tal debe entenderse "la introducción directa o indirecta, por el hombre, en el medio acuático, de

---

[2] Cf. texto en Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1961.

[3] Cf. texto en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1974, vol. II, segunda parte, p. 352.

[4] Cf. texto en Boletín Oficial de la República Argentina, 7 de septiembre de 1975.

sustancias o energía de las que resulten efectos nocivos" (Art. 40). Igualmente se establecen obligaciones concretas a cargo de los Estados, que no difieren mayormente de las establecidas en el Tratado sobre el río de La Plata al respecto[5].

La Comisión Administradora creada en el Estatuto, está investida (Art. 56) de amplias funciones vinculadas con la adopción de normas reglamentarias para la conservación y preservación de los recursos vivos y la prevención de la contaminación.

El procedimiento para el caso de construcción de canales, mencionado supra ha sido regulado en los artículos 7 a 12 del Tratado. Puede sintetizarse así: a) El Estado que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes, o la realización de cualquier otra obra de entidad suficiente para afectar la navegación o el régimen del río o la calidad de las aguas, debe comunicarlo a la Comisión. Esta debe determinar en forma sumaria y dentro del plazo máximo de treinta días si el proyecto puede producir un perjuicio sensible al otro ribereño. Si así lo constatare o no se llegara a una decisión al respecto, la parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra por intermedio de la Comisión. En la notificación se debe incluir los aspectos esenciales de la obra y en su caso el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada el efecto probable de tales proyectos u obras (Art. 7); b) La parte notificada del proyecto dispondrá de un plazo de 180 días para expedirse sobre el mismo. Si la documentación fuera incompleta dispondrá de 30 días para hacerle conocer esta circunstancia a la otra parte. Aquel plazo de 180 días puede ser prorrogado si la complejidad del proyecto lo justificara (Art. 8); c) Si la parte notificada no formulara objeciones o no contestare dentro del plazo establecido precedentemente, la otra puede realizar o autorizar la realización de la obra proyectada (Art. 9); d) La parte notificada tiene el derecho de inspeccionar las obras que se estén ejecutando para comprobar si se ajustan al proyecto presentado (Art. 10); e) Si la parte notificada concluyera que la ejecución de la obra o el programa de operación podría producir un perjuicio

[5] Art. 41: "Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales; b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1. Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2. La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vista a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos".

sensible a la navegación, al régimen del río o la calidad de las aguas, debe comunicarlo a la otra parte por intermedio de la Comisión en un plazo de 180 días. La comunicación debe precisar los aspectos que estimare el Estado notificado avalar tal conclusión pudiendo sugerir modificaciones al proyecto o programa de operación (Art. 11); f) Si no se llegara a un acuerdo dentro de los 180 días contados desde esta última comunicación, se debe observar el procedimiento establecido en el Capítulo xv del Estatuto (Art. 12);

Este último capítulo contiene un artículo –el 60–, que prescribe que toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado de 1961 y del Estatuto, que no pudiera ser solucionada por las negociaciones directas, puede ser sometida por cualquiera de las partes a la Corte Internacional de Justicia.

Cabe destacar que la aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia por la República Argentina, solo ha sido consagrada en unos pocos instrumentos internacionales convencionales, como los tratados sobre el río de La Plata y en el Estatuto del río Uruguay ya examinados. La República Argentina no ha efectuado la declaración prevista en el Artículo 36 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Es precisamente, por aplicación del artículo 60 del Estatuto mencionado que la República Argentina llevó al más alto tribunal internacional, en el año 2006, la cuestión de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, o vulgarmente conocida como "cuestión de las pasteras". En razón de haber sido el único caso en que la República Argentina ha formado parte en un litigio ante la Corte Internacional de Justicia y que tuvo que abordar cuestiones vinculadas con la conservación de un recurso natural que comparte con el país vecino, examinaremos en forma muy somera las consideraciones del Tribunal, vinculadas con la materia en litigio.

La Corte, en la sentencia[6], tuvo que examinar e interpretar no pocas cláusulas del Acuerdo de 1975. Para ello, el Alto Tribunal abordó las diferentes cuestiones planteadas por las partes en litigio. Al respecto, el Tribunal deja sentado que:

> La controversia sometida a la Corte concierne a la interpretación y aplicación del Estatuto de 1975. Se refiere en particular a la cuestión de saber si,

[6] Cf. Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Arrêt, 20 avril 2010. Disponible en Internet: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=135&code=au&p3=4

> por una parte, Uruguay cumplió con las obligaciones de naturaleza procesal que le incumben en virtud del Estatuto de 1975 al otorgar las autorizaciones para la construcción de la planta CMB (ENCE), así como para la construcción y puesta en servicio de la planta ORIÓN (Botnia) y su puerto adyacente, y, por la otra, si el Uruguay cumplió las obligaciones de fondo que le incumben en virtud del Estatuto de 1975, después de la puesta en servicio de la planta ORIÓN (Botnia) en el mes de noviembre de 2007.

El Tribunal divide las obligaciones de las partes en el Estatuto en estas dos categorías, división esta sobre la que se planteó una marcada discrepancia entre los Estados en conflicto.

La disputa abarcaba también algunas reclamaciones presentadas por Argentina, como la contaminación aérea y molestias acústicas, visual y otras presuntamente causadas, incluyendo daños en el sector turístico y "malos olores". Uruguay sostuvo que Argentina no podía presentar reclamos concernientes a todo tipo de daño ambiental, negándole competencia a la Corte por aquel reclamo. No obstante, Uruguay admite que una contaminación aérea que causara efectos dañinos sobre la calidad de las aguas del río al medio acuático se encontraría dentro del ámbito de la competencia de la Corte. Argentina sostuvo que no podía afectarse una interpretación restrictiva de las normas pertinentes del Estatuto.

La CIJ se pronuncia en el sentido que la contaminación acústica y visual no se encontrarían cubiertas en el artículo 60 del Estatuto del río Uruguay y analiza el artículo 36 de ese instrumento que dispone "las partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de mantener el equilibrio ecológico y controlar plagas y otros nocivos en el río y sus áreas de influencia". Asimismo, la Corte desestima el reclamo de "malos olores", agregando que tampoco habían sido probados.

La Corte efectuó una interpretación extremadamente restrictiva de las disposiciones del Estatuto atinentes a las obligaciones de las partes vinculadas con la contaminación de las aguas del río, que en nuestro parecer no se compadece con la dinámica que ha experimentado el concepto de "contaminación" y su actual contenido.

El Tribunal luego aborda la alegada violación por parte de Uruguay de las obligaciones de naturaleza procesal que impone el Estatuto de 1975.

La Corte estimó que el Estado que proyecta las actividades previstas en el artículo 7 del Estatuto debe informar a la CARU ni bien tenga un proyecto

suficientemente elaborado para permitir a la Comisión determinar de manera somera si esa actividad podría tener el riesgo de causar un perjuicio sensible a la otra parte[7].

Luego de analizar la documentación acompañada, el Tribunal señala que Uruguay no transmitió a la CARU la información requerida en la primera parte del precepto citado del Estatuto respecto de las dos plantas, pese a los requerimientos que le hizo la Comisión en varias ocasiones, como también en relación a la terminal portuaria.

A continuación, el Tribunal examina la obligación de Uruguay de notificar sus proyectos a la Argentina. Toma como base la premisa de que tal obligación tiene como propósito generar las condiciones para que la cooperación entre las partes sea exitosa, permitiéndoles evaluar los impactos del proyecto en el río, sobre la base de una información lo más amplia posible y, de ser necesario, negociar los ajustes pertinentes para evitar el perjuicio eventual que pudiera producirse.

La Corte analiza los hechos y los argumentos presentados por las partes, concluyendo que Uruguay "no pudo, previo a la notificación, otorgar las autorizaciones ambientales iniciales y las autorizaciones para construir sobre la base de los estudios de impacto ambiental sometidos a DINAMA", agregando que este país no podía argüir que estaba obligado a dar prioridad a su propia legislación, en razón de que le estaba vedado invocar las disposiciones de derecho interno como justificativo del incumplimiento del Protocolo, como lo establece el expresamente el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que según el Tribunal "refleja una norma consuetudinaria bien establecida sobre el tema"[8].

Luego del análisis de la cuestión del cumplimiento por Uruguay de las obligaciones de carácter "procesal" previstas en el Estatuto, la Corte concluye que Uruguay había violado sus obligaciones de naturaleza procesal de informar, de notificar y de negociar, pasando de inmediato a analizar el tema del respeto de las "obligaciones de sustancia" previstas en el Estatuto[9]. Aquella conclusión es reiterada en la parte resolutiva del fallo, con el agregado de que "la declaración de la Corte de esta violación constituye satisfacción apropiada". En lo que hace a la obligación instituida en el artículo 36, de coordinar medidas para evitar

[7] Ibid., párr. 105.

[8] Ibid., párr. 121.

[9] Ibid., párr. 158.

cambios en el equilibrio ecológico, la Corte fue de la opinión que Argentina no demostró convincentemente que Uruguay se hubiera negado a llevar a cabo tal cooperación[10].

En cuanto a la obligación de prevenir la contaminación y de preservar el medio acuático prevista en el artículo 41 del instrumento en consideración, la Corte examina la postura de las partes y reafirma algunos principios fundamentales medioambientales, recordando que "la existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas más allá del control nacional es ahora parte del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente"[11]. El Tribunal aborda, acto seguido, la cuestión de los estándares y normas por las cuales todas las violaciones alegadas debían ser medidas, y más específicamente, por las cuales la existencia de "efectos nocivos" debía ser determinada.

Examinadas las pruebas rendidas sobre estos aspectos del litigio, la Corte sostiene:

> De lo que precede surge que no hay evidencia concluyente en las actuaciones que muestre que las descargas de efluentes de la planta ORIÓN (Botnia) haya tenido efectos deletéreos o causado daño a los recursos vivos o a la calidad del agua o al equilibrio ecológico del río desde que comenzó a funcionar en noviembre de 2007. Consecuentemente, sobre la base de la evidencia que le ha sido sometida, la Corte no puede concluir que Uruguay ha violado sus obligaciones bajo el artículo 41.

Estas conclusiones avalan la resolución del Tribunal, por 11 votos contra 3, "que la República Oriental del Uruguay no ha violado sus obligaciones sustantivas bajos los artículos 35,36 y 41 del Estatuto del río Uruguay de 1975".

Es necesario destacar que por una cuestión conexa y derivada del conflicto de las "pasteras", vinculada con el corte de rutas y puentes entre Argentina y Uruguay fue sometido a los mecanismos de solución de controversias vigente en el Mercosur –Protocolo de Olivos– siendo dirimida por el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc, de septiembre de 2006[12].

---

[10] Ibid., párr. 189.

[11] Ibid., párr. 193.

[12] Cf. Laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" de Mercosur constituido para entender de la controver-

En el campo de las relaciones bilaterales, y sin pretender examinar todos los instrumentos existentes, el aprovechamiento de los recursos naturales y su conservación, y la previsión de mecanismos para la solución de controversias, fueron materias abordadas también en el Acta de Santiago sobre cuencas hidrográficas firmada entre la República Argentina y la República de Chile, en 1971[13]. Allí se establece que los diferendos que surgieren en relación con la aplicación de las obligaciones convenidas, debían ser sometidos a una Comisión Técnica Mixta y en caso de desacuerdo los gobiernos tratarían de encontrar una solución por la vía diplomática o por otro medio que eligieran de común acuerdo. Disposiciones análogas se encuentran en el Acta de Buenos Aires sobre cuencas hidrográficas, firmada entre la República Argentina y la República de Bolivia, también en 1971[14].

Los recursos hídricos compartidos por la República Argentina con Estados limítrofes dieron origen a otros instrumentos convencionales en las décadas siguientes. En mayo de 1980[15], se suscribió un acuerdo entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil para el aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos en los tramos limítrofes del río Uruguay y su afluente el río Pepirí-Guazú. Ambos países se comprometen a que los proyectos y obras a ser ejecutados debían tener presente la necesidad de preservar el medio ambiente, la fauna, la flora y la calidad de las aguas de los citados ríos, evitando la contaminación (Art. I). Se regula especialmente el aprovechamiento hidroeléctrico y en materia de solución de controversias que pudieran surgir por la aplicación o interpretación de tratado, se establece que las partes contratantes las resolverán por los "medios diplomáticos usuales" (Art. XIV).

En 1991, la República Argentina y la República de Chile, adoptaron dos importantes acuerdos atinentes a la materia en consideración. El Tratado General sobre Medio Ambiente, de carácter general, y el Protocolo Específico Adicional

---

sia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer casar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay". Disponible en Internet: http:// www.mercosur.org.uy, solución de controversias, laudos.

[13] Cf. Texto en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1974, vol. II, Segunda parte, p. 351-352.

[14] Ibid., p. 352

[15] Cf. texto en Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de febrero de 1983.

sobre Recursos Hídricos Compartidos[16]. Este último, incluye una definición interesante, cual es que las partes entienden "como recurso hídrico compartido el agua que escurriendo en forma natural cruza o coincide total o parcialmente con el límite internacional terrestre argentino-chileno". Ninguno de estos dos instrumentos incluye normas sobre la solución de controversias.

En 1994 se formalizó entre la República Argentina y la República de Paraguay, un acuerdo por canje de notas por el que se adoptó el Estatuto de la Comisión Bilateral Administradora de la Cuenca Inferior del río Pilcomayo[17]. Entre sus facultades, se le atribuyó la facultad de elaborar y supervisar los estudios y la adopción de medidas referidas a la preservación del medio ambiente y la calidad de las aguas (Art. IV). En materia de solución de controversias se estableció que toda disputa que se suscitare entre ambas partes en relación con el río o a los emprendimientos binacionales, sería sometida a la consideración de la Comisión a propuesta de cualquiera de ellas. Si en el término de 120 días no se lograre arribar a un acuerdo, las partes procurarán solucionarla por las "negociaciones directas" (Art. XIV).

Entre la República Argentina y la República de Bolivia se firmó en 1995 un acuerdo para el aprovechamiento múltiple de los recursos de la Alta Cuenca del río Bermejo y del río Grande de Tarija y la creación de una Comisión Binacional[18]. Esta tendría entre sus múltiples funciones la de optimizar el aprovechamiento de los recursos naturales y la preservación de las aguas. Se estableció un dispositivo expreso sobre solución de controversias (Art. 13). En primer lugar se establecieron las "negociaciones directas" y en su defecto de conformidad con el régimen especial de solución de controversias que las Partes se comprometían a adoptar. Subsidiariamente, se aplicaría el Tratado General de Arbitraje vigente entre ambas partes, de 3 de febrero de 1902. También se previó un sistema de solución de controversias entre la Comisión y sus dependientes.

La nómina de acuerdos suscritos por nuestro país con los Estados vecinos sobre las materias en consideración es amplísima, y comprende los más variadas actividades que pueden ser emprendidas unilateralmente o en forma conjunta[19].

---

[16] Cf. textos en Boletín Oficial de la República Argentina, 6 de agosto de 1992.

[17] La República Argentina lo aprobó por Ley 24.697 de 4 de septiembre de 1996.

[18] Cf. texto en Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de mayo de 1996.

[19] Una reseña de estos instrumentos suscriptos hasta comienzo del presente siglo, puede consultarse en la obra "Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales Vigentes en la República Argentina y en el Mercosur", Zlata Drnas de Clément (Directora), La Ley, 2001, p. 1-88; 1087-1103.

En lo que atañe a las relaciones multilaterales, cabe destacar el Acuerdo de agosto de 2010 suscrito entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay sobre el Acuífero Guaraní[20], recurso natural de gran importancia compartido entre ellos. Es necesario resaltar que en el ámbito del Mercosur, la cuestión había centrado la atención de los Estados miembro desde comienzos de este siglo, habiéndose efectuado importantes contribuciones[21]. Se examinarán solo alguno de los aspectos de este instrumento, que tiene como finalidad –*inter alia*– el aprovechamiento del recurso, su uso racional y sustentable, y respetar la obligación de no causar un perjuicio sensible a las partes ni al medio ambiente.

El artículo 3 prevé que ellas ejercen el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el "aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del sistema" y de utilizar tales recursos sobre la base del criterio del uso racional y sustentable, "respetando la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás partes ni al medio ambiente". Las partes deben, igualmente, -artículo 4- promover la conservación y la protección ambiental del Sistema Acuífero Guaraní, debiendo asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de los recursos hídricos. El artículo 5 del Acuerdo establece que cuando las partes se propusieran emprender estudios, actividades u obras relacionadas con las partes del acuífero localizadas en sus respectivos territorios y que pudieran tener efectos más allá de sus respectivas fronteras deben actuar "de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicables".

En los artículos 9,10 y 11 se han consagrado las "normas de procedimiento" para el caso de que un Estado parte se proponga ejecutar o autorizar obras en su territorio que pudieran tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní, más allá de sus fronteras.

Tal procedimiento podría sintetizarse así:

a) Cada parte debe informar a la otra u otras, las actividades y obras que contemplen el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio, y que pudieran tener efectos en el Sistema más allá de sus fronteras;

---

[20] Disponible en Internet: www.siagua.org/archivos_adjuntos/documentos/?acuifero_guarani pdf

[21] Cf. nuestro trabajo "El acuífero guaraní y el Mercosur" en Cuaderno de Derecho Ambiental. Número 2, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, p. 29 y ss.

b) La información debe ir acompañada de los datos técnicos disponibles para que las partes a las que se le hace llegar la información puedan evaluar los posibles efectos de tales actividades u obras;
c) Si la parte informada estimara que las actividades u obras podrían causarle un perjuicio sensible, podrá solicitarle a esa parte que le transmita los datos técnicos disponibles, incluyendo los resultados de las evaluaciones ambientales;
d) Cada parte debe facilitar los datos y la información que se sean requeridas por otra u otras partes sobre actividades y obras proyectadas en su territorio que puedan tener efectos más allá de sus fronteras;
e) Si la parte que recibe la información solicitada en la hipótesis mencionada supra (punto c), llegara a la conclusión de que las actividades u obras podrían causarle un perjuicio sensible, comunicará sus conclusiones a la otra parte "con una exposición documentada de las razones en que ellas se fundan";
f) En esta hipótesis, las partes deben analizar la cuestión para, de "común acuerdo y en el plazo más breve", llegar a una solución equitativa "sobre la base del principio de buena fe y teniendo cada parte en cuenta los derechos y los legítimos intereses de la otra parte";
g) La parte que proporciona la información, según el artículo 11, no debe ejecutar ni permitir la ejecución de actividades u obras proyectadas, cuando la Parte receptora demostrara, prima facie, que las actividades u obras le causarán un perjuicio sensible en su espacio territorial o su medio ambiente.

En este caso, la parte que pretende realizar las actividades u obras debe abstenerse de iniciar o de seguirlas mientras duran las consultas y negociaciones, las que deberán concluirse dentro de un plazo máximo de seis meses.

En el plano institucional se creó, en el marco del artículo IV del Tratado de la Cuenca del Plata –Comité Intergubernamental Coordinador–, una Comisión que se integrará con las cuatro partes. Tendrá como función coordinar la cooperación entre ellas en orden al cumplimiento de los principios y objetivos del Acuerdo.

El sistema de solución de controversias relativo a la interpretación y aplicación del Acuerdo, se consagra en los artículos 16, 17, 18 y 19. Se establece, como primera etapa, las negociaciones directas y la información de las negociaciones a

la Comisión anteriormente mencionada. De no lograrse un acuerdo "dentro de un plazo razonable" o si solo se arribara a una solución parcial, las partes en la controversia podrán solicitar, de común acuerdo, que la citada Comisión evalúe la situación y si fuera pertinente, formulara recomendaciones. En este último caso el procedimiento no puede extenderse más allá de los sesenta días a partir de la fecha en que las Partes solicitaran la intervención de la Comisión. Estimamos que podría haberse establecido también un plazo para el caso de que fracasaran las negociaciones directas, ya que la razonabilidad de un plazo es una cuestión muy subjetiva y susceptible de diferentes apreciaciones.

Si la controversia no se hubiera podido solucionar a través de las instancias señaladas por el artículo 19, las partes pueden recurrir al arbitraje, poniendo en conocimiento de la Comisión ya citada tal determinación.

Se ha seguido el criterio de establecer, para el Acuerdo, mecanismos de solución de controversias autónomos y diferentes del sistema general de solución de controversias vigente en el Mercosur. La diversificación de mecanismos es una cuestión que da margen para discrepancias, en lo que atañe a su conveniencia. No es esta la oportunidad para abordar esta cuestión.

Como ya lo manifestáramos no es la intención de estas reflexiones examinar *in totum* el cuerpo normativo internacional referido al medio ambiente vigente para la República Argentina, tarea esta que no deja de ser atrayente. Hemos preferido, para no excedernos en la extensión de este aporte para el homenaje al jurista colombiano, señalar algunas peculiaridades de algunos convenios, tratados y actas suscritos entre nuestro país y los Estados vecinos.

Puede observarse que la mayoría de estos instrumentos vinculados con recursos naturales compartidos, tienen como principal finalidad su utilización, conservación y preservación del recurso, incluyéndose normas sobre la preservación del medio ambiente.

En ellos se han establecido procedimientos a los cuales los Estados deben ceñirse en caso de que se efectuaran obras o se planificara emprendimientos o usos que pudieran causar perjuicios sensibles a los otras partes. Se ha manejado siempre el concepto de "daño sensible". Es decir no cualquier daño. Se ha seguido al respecto la tendencia consagrada tempranamente en la doctrina y en los primeros instrumentos vinculados con la materia.

En casi todos los casos se han previsto mecanismos para la solución de controversias. En la mayoría se ha contemplado una etapa en la que deberán intervenir los órganos -usualmente "comisiones" o "comisiones mixtas"-, creados

para asegurar el cumplimiento de los objetivos fundamentales de los tratados, acuerdos o actas, consagrándose también con preferencia, las negociaciones directas. Sin perjuicio de la libertad otorgada a los Estados para la elección de otros medios, se han instituido procedimientos jurisdiccionales, a saber, el arbitraje y el recurso a la Corte Internacional de Justicia. Como lo señaláramos, la aceptación de la competencia del más Alto Tribunal Internacional, solo se encuentra vigente para la República Argentina como consecuencia de preceptos expresos incluidos en determinados tratados.

La adopción de estos instrumentos ha sido fundamental para solucionar problemas de límites que se encontraban irresolutos desde la Independencia, y para afrontar muchos conflictos vinculados con el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos entre los Estados de este extremo del continente americano. Son perfectibles, como lo han puesto de manifiesto algunas desavenencias que mostraron ciertas omisiones, pero generalmente han resultado eficaces.

Las iniciativas para instaurar un sistema de solución de controversias de aplicación general para esta suerte de divergencias entre los Estados, aunque sea solamente de alcance regional o subregional, si bien resulta una idea atrayente, creemos que por el momento carece de factibilidad. Estas iniciativas, por su trascendencia, merecerían una consideración particular, que excedería los límites que nos hemos impuesto para estas notas.

Nos sumamos, con estas modestas reflexiones, al merecido homenaje al reconocido jurista colombiano y noble amigo Marco Gerardo Monroy Cabra, a quien presentamos y destacamos su brillante hoja de vida en la oportunidad en la cual se incorporó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Bibliografía

Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de octubre de 1961. Ley 15868, "Tratado de límites entre la republica argentina y la República Oriental del Uruguay firmado en la ciudad de Montevideo el 7/4/61".

Boletín Oficial de la República Argentina, 13 de mayo de 1996. Aprobación del Acuerdo para el Aprovechamiento Múltiple de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija, suscripto con Bolivia. Ley Nacional 24.639, BUENOS AIRES, 17 de Abril de 1996.

Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de febrero de 1983. Tratado de Aprovechamiento de los Recursos Hídricos Compartidos de los Tramos Limítrofes del Río Uruguay y su Afluente, el Río Pepirí Guazú.

Boletín Oficial de la República Argentina, 6 de agosto de 1992. Tratado General sobre Medio Ambiente, de carácter general, y el Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos.

Boletín Oficial de la República Argentina, 7 de septiembre de 1975.

Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales Vigentes en la República Argentina y en el Mercosur", Zlata Drnas de Clément (Directora), La Ley, 2001.

Cour internationale de Justice. Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Arrêt, 20 avril 2010. Disponible en Internet: http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=135&code=au&p3=4

Informe del Secretario General sobre los problemas jurídicos relativos al aprovechamiento y uso de los ríos internacionales. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1974, Volumen vol. II, Segunda Parte.

Laudo del Tribunal Arbitral "Ad Hoc" de Mercosur constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer casar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay". Disponible en Internet: http:// www.mercosur.org.uy, solución de controversias, laudos.

Ley 21413, Estatuto del Río Uruguay. 09/09/1976 Aprobación del Estatuto del Río Uruguay, suscripto entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay el 26/2/75 en Salto (R.O.U.).

Ley 24.697 de 4 de septiembre de 1996. República Argentina.

ONU, Recueil des Sentences Arbitrales. 1941, v, Vol. III, 1941, pp. 1961-1965.

Rey Caro, Ernesto J. "El acuífero guaraní y el Mercosur" en Cuaderno de Derecho Ambiental. Número 2, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

La noción de los crímenes de lesa humanidad*

Rafael Nieto Navia**

Historia

Antecedentes

La fuente primaria del concepto de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad hay que encontrarla en los conceptos de derecho natural de Santo Tomás de Aquino en adelante[1]. Estas teorías, que se encuentran también en la escolástica española[2], en Grocio, en Vattel y en otros, consideran que el poder estatal tiene un límite, y condenan la tiranía y las violaciones a los derechos de la humanidad[3]. La expresión "crimes against humanity" aparece en una

---

* En el presente ensayo el lector encontrará las citas en la lengua original cuando no existe traducción oficial al castellano.

** Miembro del Institut de Droit International; miembro del Grupo Colombiano de la Corte Permanente de Arbitraje; ex embajador de Colombia ante los países escandinavos; exjuez de la Cámara de Apelaciones de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda; exjuez y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; exmiembro de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores de Colombia; profesor distinguido de derecho internacional público de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y profesor invitado a diversas universidades y centros de estudio de Colombia y el exterior; autor de varios libros y ensayos sobre derecho internacional. El autor agradece a Ideamérica y a María Teresa Nieto, directora, Cielo Alemán, coordinadora de proyectos, Alejandro Barragán Cruz y María Fernanda Jaramillo, investigadores, su colaboración en la investigación de algunos aspectos tratados en este artículo.

1 Ver: NIETO Navia, Rafael. La ley, la justicia y la guerra en Santo Tomás de Aquino. En: Vniversitas, noviembre, 1987, no. 73, p. 113. Universidad Javeriana, Bogotá.

2 Ver: NIETO Navia, Rafael. Derecho natural y de gentes en la escolástica tardía española. En: Vniversitas, junio 1990, no. 78, p. 269. Universidad Javeriana, Bogotá.

3 En MAY, Larry. Crimes against Humanity. A Normative Account. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, aparece un capítulo sobre Contemporary Natural Law Theory and its Critics, 35-39. Históricamente se recuerda el caso de Peter von Hagenbach, *Landvogt* o *Landsknecht* del Alto Rin, quien fue juzgado y ejecutado en 1474 por los crímenes de guerra –no se llamaban así en aquella época– o atrocida-

carta que George Washington Williams, un afroamericano que visitó el Congo Belga en 1890, dirigió al secretario de Estado de los Estados Unidos, James G. Blaine, en la que dijo que "The State of Congo […] is actively engaged in the slave trade and is guilty of many crimes against humanity"[4].

En el preámbulo del Segundo Convenio de La Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y en el Cuarto Convenio de La Haya de 1907[5], se apeló al ámbito de protección de la población civil y los combatientes propio de las "leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública", como fuentes de obligación de los Estados.

En los textos de la conocida Cláusula Martens[6] no hubo cabida para el establecimiento de sanción alguna en contra de conductas que constituyeran este tipo de crímenes contra la humanidad[7].

En 1906 Robert Lansing dijo que el tráfico de esclavos era un "crime against humanity"[8].

En la Conferencia de Paz de París, luego de la Gran Guerra, los Aliados crearon una Comisión encargada de investigar los crímenes de guerra cometidos en la confrontación, tal como estaban establecidos por el Convenio de La Haya, la que encontró conductas criminales cometidas en el campo de batalla por los

---

des cometidos en la ocupación de Breisach. SCHABAS, William A., An Introduction to the International Criminal Court, Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2007. Disponible en Internet: http://assets.cambridge.org/97805218/81258/excerpt/9780521881258_excerpt.pdf An Introduction to the International Criminal Court

[4] Transcrita en FRANKLIN, John Hope, George Washington Williams: A Biography. Chicago: University of Chicago Press, 1985, p. 253, *cit.* en GERAS, Norman. Crimes against Humanity: Birth of a Concept, Manchester: Manchester University Press, 2011, p. 4.

[5] El Cuarto Convenio de La Haya sobre las Leyes y costumbres de la Guerra terrestre de 1907 estableció: […] *Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience* […]. Disponible en Internet: http://icrc.org/ihl (visitado en octubre de 2011), el resaltado no es del original.

[6] Ver, en general, CASSESE, Antonio. The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky. En: European Journal of International Law, Issue 1, no. 11, 2000, p. 187-216.

[7] WERLE, Gerhard. Tratado de derecho penal internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. 463 p.

[8] LANSING, Robert. Notes in World Sovereignity. En: American Journal of International Law [AJIL] 15 (1921), 25. Aunque la fecha de publicación es 1921, el artículo es de 1906. Ver Geras, N., Crimes against Humanity, *cit. supra,* 5.

alemanes[9]. Francia, Gran Bretaña y Rusia consideraron que a las autoridades turcas les eran imputables "crímenes contra las leyes de la humanidad" por el genocidio de los armenios, ocurrido durante la guerra.

Los delegados de los Estados Unidos, Robert Lansing y James Brown Scott, dos monumentos del derecho internacional en aquella época en los Estados Unidos, sostuvieron que, a diferencia de los crímenes de guerra, los principios y leyes contra la humanidad (laws and principles of humanity) cambian según los individuos, lo que, por sí mismo, los excluye de poder ser considerados como crímenes en una corte de justicia. "There is no fixed and universal standard of humanity", añadieron[10].

Este criterio oficial de los Estados Unidos cambió cuando Herbert C. Pell, representante americano en la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, establecida en 1943[11], sostuvo que los crímenes cometidos por razones de raza o religión eran crímenes contra la humanidad susceptibles de llevarse a un tribunal, independientemente de si estaban o no vinculados a crímenes de guerra. Esta vez fueron otros representantes los que criticaron esta posición.

En el artículo 6º, literal c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, adoptado el 6 de octubre de 1945[12], se hace una definición expresa de los crímenes contra la humanidad:

---

[9] BASSIOUNI, M. Cherif. Crímenes contra la humanidad. En: Crímenes de guerra – Lo que debemos saber, Barcelona: Debate, 2003, p. 141.

[10] COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON THE ENFORCEMENT OF PENALTIES. REPORT PRESENTED TO THE PRELIMINARY PEACE CONFERENCE, AJIL 14, 1920, 133-4 y 144. Otras referencias al uso de la expresión "crímenes contra la humanidad" antes de la Carta de Núremberg pueden verse en GERAS, N., Crimes against Humanity, cit. supra 7-11. En los tratados que pusieron fin a la I Guerra Mundial (Versalles, St-German-en-Laye, Trianon y Neuilly-sur-Seine), no se hace mención a leyes humanitarias sino solamente a las leyes y costumbres de la guerra. ROBERGE, Marie-Claude. Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide. En: International Review of the Red Cross, 31 December, 1997, no. 321, footnote 6.

[11] GERAS, N., Crimes against Humanity, *cit. supra* 10. Puede verse, en general, United Nations War Crimes Commission, disponible en Internet: http://www.enotes.com/united-nations-war-crimes-commission-reference/united-nations-war-crimes-commission (visitado en enero de 2012) y United Nations War Crimes Commission, ed. (1948). *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War,* London, H.M. Stationary Office, 1948.

[12] El texto puede verse en MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P. An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. New York: Transnational Publishers: 1995, p. 675-686 y disponible en Internet: http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp .

II. Competencias y principios generales

Artículo 6

El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

[…]

(c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan[13].

[13] Disponible en Internet: http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf (visitado en enero 2012). Un lenguaje similar utiliza el artículo 5, c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, promulgado en Tokio el 19 de enero de 1946 (Tribunal de Tokio). El artículo II (1) (c) de la Control Council Law, no. 10 de 20 Diciembre de 1945, que fue adoptado "para establecer una base legal uniforme en Alemania" para su aplicación por las autoridades ocupantes en sus respectivas zonas "para procesar criminales de guerra y otros delincuentes similares distintos de aquellos bajo la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional" (preámbulo), usa esta misma definición pero incluye expresamente "prisión, tortura y violación". También elimina la conexión con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra, usa la expresión "incluyendo pero no limitada a", para indicar que la enumeración es indicativa y no exhaustiva y elimina la expresión "antes de la guerra o durante la misma", lo que explica varias de las jurisprudencias emanadas de esta ley, como el caso *Einsatzgruppen*. Ver NIETO Navia, Rafael. Introductory Remarks on the Establishment and Operation of the International

Este instrumento establece, pero no define, las conductas tipificadas como crímenes contra la humanidad. Aunque en Núremberg se dictaron sentencias por estos crímenes, el concepto se sobreponía con los crímenes de guerra y se usó casi exclusivamente para los crímenes cometidos por la potencia ocupante en territorios ocupados. El Tribunal dijo: "The Tribunal therefore cannot make a general declaration that the acts before 1939 were Crimes against Humanity within the meaning of the Charter"[14].

El propósito de esta norma fue el de castigar actos sistemáticos de violencia contra la población civil, aún en tiempo de paz. Sin embargo, en Núremberg el Tribunal juzgó solamente actos cometidos después de la iniciación de la guerra. Se incluyeron actos de Alemania contra su propia población (judíos y otros) o contra la población de otros países del Eje[15]. Los artículos 9 y 10 del Estatuto permitían que ciertos grupos u organizaciones fueran considerados y declarados de naturaleza criminal[16].

Una resolución de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1946[17] confirmó los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias del Tribunal del 1 de octubre de 1946. Esto fue un mero reconocimiento de la aplicación del derecho penal por

---

(*ad hoc*) Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. En: Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro. Buenos Aires: Drnas-Lerner Editores, 2002, vol. II, p. 819-858, nota de pie de página 10.

[14] Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. International Military Tribunal, Nuremberg 1947, vol. 1, 254. Diferencias de traducción entre los textos inglés, francés y ruso, llevaron a que se modificaran los dos primeros para dejar claro que se requería una conexión entre los crímenes de lesa humanidad con otros crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal (crímenes de guerra y crímenes contra la paz). ROBERGE, Marie-Claude. Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide", Op. cit. nota de pie de página 8.

[15] La bibliografía sobre el tema es abundantísima. Ver, en general JESCHEK, Hans-Heinrich. Nuremberg Trials. En: Bernhardt, R., Encyclopedia of Public International Law, Elsevier, Amsterdam, 1997, vol. III, p. 747-754.

[16] *Artículo 9,* En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal […].

Artículo 10, En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada.

[17] UN GA Res. 95 (I).

los Aliados contra los alemanes, pero no tenía carácter vinculatorio. Se iniciaba, sin embargo, la marcha hacia la conversión de estos principios en derecho consuetudinario.[18] Luego, la Resolución GA 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, confió a la recién creada Comisión de Derecho Internacional (CDI) preparar un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad que incorporara esos principios. La CDI resolvió que su labor era simplemente formular esos principios.[19] Las resoluciones GA 488 (V) de 12 de diciembre de 1950 y 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, ésta última sobre el proyecto de código preparado sobre la CDI, no avanzaron en la materia –por los obstáculos que presentaba la definición de agresión–. Mediante Resolución 36/106 la Asamblea invitó a la CDI a ocuparse de nuevo del tema. El proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad fue finalmente aprobado por la CDI en 1996[20].

El Informe dice que se trató de que los miembros de la CDI llegaran a un consenso y, por esa razón, la CDI redujo sustancialmente el contenido de su proyecto de Código. Los crímenes contra la humanidad se definen así: "A crime against humanity means any of the […] acts, when committed in a systematic manner or on a large scale and instigated or directed by a Government or by any organization or group"[21].

Antes de esa fecha, el CS había aprobado y puesto en marcha, con base en el capítulo VII de la Carta, los Estatutos de los Tribunales Penales para la Antigua Yugoslavia (ICTY)[22] y Ruanda (ICTR)[23].

En la materia que nos atañe, el Estatuto del ICTY dice:

---

[18] CASSESE, Antonio. Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg. Disponible en Internet: http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_95-I/ga_95-I.html (visitado enero 2012).

[19] YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 1950, vol. II, párr. 96.

[20] ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1996, vol. II (Segunda parte).

[21] Art. 17(21). Disponible en Internet: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l522.pdf (visitado febrero 2012).

[22] SC/RES/827 (1993) (25 May 1993). Ver NIETO Navia, Rafael. Introductory Remarks on the Establishment and Operation of the International (*ad-hoc*) Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, *cit. supra,* p. 825-844.

[23] S/1994/1405 (8 November 1994).

Article 5
Crimes against humanity

> The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population:
> (a) murder;
> (b) extermination;
> (c) enslavement;
> (d) deportation;
> (e) imprisonment;
> (f) torture;
> (g) rape;
> (h) persecutions on political, racial and religious grounds;
> (i) other inhumane acts.

Aunque la enumeración de los crímenes es idéntica en el artículo 3 del Estatuto del ICTR, hay diferencias en la definición: mientras el Estatuto del ICTY habla de conflicto armado, en el del ICTR no se hace mención a tal hecho pero, en cambio, se habla de "crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds", lo último[24] inspirado en la definición del genocidio que habla de "national, ethnical, racial or religious group[s]" a lo cual no hace mención el Estatuto del ICTY[25].

Cuando el ICTY discutió la famosa Moción contra su competencia y la del Consejo de Seguridad (para establecer el Tribunal[26], se refirió, a solicitud del

---

[24] Esas condiciones aparecen en el artículo 5 del ICTY pero califican solamente el delito de "persecución" (literal h) y únicamente en razón de "political, racial and religious grounds".

[25] The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds. (Artículo 3 del Estatuto del ICTR). El Preparatory Commitee on the Establishment of the International Criminal Court pensó incluir la intención discriminatoria en el hoy artículo 7 del Estatuto, pero finalmente no aceptó la idea.

[26] ICTY. Prosecutor v. Dusko Tadić A/K/A "Dule", Case IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995. Disponible en Internet: http://www.TPIY.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm (en adelante ICTY, Tadić Appeal on Jurisdiction), para. 140.

Fiscal, al tema de la vinculación de los crímenes de lesa humanidad con los conflictos armados internos o internacionales. El Fiscal dijo que ese requisito, que venía de la Carta de Núremberg era obsoleto, que había sido eliminado en la Control Council Law no. 10 del 20 de diciembre de 1945[27] y que no aparecía en la Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio de 9 del diciembre de 1948[28], ni en la Convención internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid del 30 de noviembre de 1973[29]. El Tribunal decidió que:

> It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law[30].

Cuando el Secretario General propuso al CS la Resolución que creaba el ICTY dijo que "[…] the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise". En la opinión del Secretario General, las Convenciones de Ginebra de 12 de agosto de 1949,

---

[27] Telfor Taylor, el Fiscal en jefe en estos casos, indicó en ese entonces que él consideraba que el requisito de la vinculación con el conflicto, había sido eliminada. Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10, US Government Printing Office, Washington, 1949, p. 64 y 65.

[28] Convención sobre la prevención y represión del delito de genocidio de 9 de diciembre 1948, cuyo art. 1, dice que "el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional". ver, en general, NIETO Navia, Rafael. Responsabilidad internacional del Estado por genocidio. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Srebrenica. En: International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. Diciembre 2010, no. 16, p. 17-44.

[29] Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del Apartheid de 30 de noviembre de 1973, en cuyo art. I se dice que el crimen del apartheid es un crimen de lesa humanidad, pero no hace referencia alguna a conflicto armado interno o internacional, precisamente porque cuando se adoptó la Convención aparentemente no había conflicto armado en Sudáfrica.

[30] ICTY, Tadić Appeal on Jurisdiction, para. 141.

la Convención IV de La Haya de 1907 sobre Leyes y Usos de la Guerra y sus anexos, la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio y la Carta del Tribunal Militar de Núremberg[31] forman parte de ese acervo.

Los crímenes contra la humanidad, dice el informe del Secretario General, tienen como objetivo la población civil y están prohibidos independientemente de si son cometidos en un conflicto armado, de carácter internacional o interno ("regardless of whether they are committed in an armed conflict, international or internal in character")[32].

No obstante lo dicho por el Secretario General en su Informe sobre la antigua Yugoslavia sobre el carácter consuetudinario de la Carta de Núremberg, la Comisión independiente de Expertos establecida de acuerdo con la Resolución 935 de 1994 para Ruanda dijo que los crímenes contra la humanidad "as a legal category is not as clear in content or legal status as 'genocide' or breaches of the Geneva Conventions or Protocols additional thereto. A certain level of ambiguity in the content and legal status of 'crimes against humanity' derives partly from its formulation in the Nuremberg Charter and partly from the way it was interpreted by the Nuremberg Tribunal"[33].

La Comisión de Expertos sobre la Antigua Yugoslavia, establecida por el SC en Resolución 780 (1992) definió los crímenes contra la humanidad como "gross violations of fundamental rules of humanitarian and human rights law committed by persons demonstrably linked to a party to the conflict, as part of an official policy based on discrimination against an identifiable group of persons, irrespective of war and the nationality of the victim"[34].

Esta definición es antecedente a la que contiene el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), creada en Roma el 17 de julio de 1998 por una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada con ese propósito. Como los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* no son aplicables fuera de su jurisdicción territorial o temporal, aunque aún no exista jurisprudencia de la

---

[31] UNSC documento S/25704, paras. 34, 35 y 47.

[32] Ibid., para 47.

[33] Preliminary Report of the Independent Commission of Experts established in accordance with Security Council resolution 935 (1994) S/1994/1125 4 October 1994, para. 109.

[34] Preliminary Report of the Independent Commission of Experts cit. supra, para. 49. La definición fue tomada literalmente por el Comité de Expertos sobre Ruanda en su Preliminary Report of the Independent Commission of Experts cit. supra, para. 118. Ver BASSIOUNI, S. Crimes against Humanity in International Criminal Law, 1992, chap. 11.

CPI sobre la materia, necesariamente vamos a tener que referirnos a este artículo, pues el Estatuto de Roma ha sido ratificado por 120 Estados[35]. El artículo dice en su párrafo 1 lo siguiente:

Artículo 7
Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático[36] contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque[37]:
a) Asesinato;
b) Exterminio;
c) Esclavitud;
d) Deportación o traslado forzoso de población;
e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
f) Tortura;
g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;
h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
i) Desaparición forzada de personas;

---

[35] Disponible en Internet: http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf (visitado enero 2012).

[36] Según el artículo 128 del Estatuto, los textos en árabe, chino, inglés, francés, ruso y español son igualmente auténticos. El texto inglés dice "[…] *widespread* or systematic attack directed against *any* civilian population […]". El texto francés dice "[…] une attaque *généralisée* ou systematic lancée contra *toute* population civile […]". El francés coincide parcialmente con el castellano. Hay diferencias importantes en los textos que, en su momento, deberán ser dilucidadas por las partes (interpretación auténtica), en aplicación de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 33.4.

[37] Este elemento final es tomado del Estatuto del ICTR. En el Estatuto del ICTY no aparece.

j) El crimen de apartheid;
k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Convención sobre el genocidio

El 9 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, en cuyo Preámbulo se lee: "considerando que la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946, ha declarado que el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena." No se usa la expresión crímenes contra la humanidad literalmente, pero si hay algún crimen que merezca este nombre es este, aunque la Convención respectiva no requiere el "ataque generalizado o sistemático". Por razón de haberse suscrito y entrado en vigor cuando la noción de crímenes de lesa humanidad no estaba formada, el genocidio adquirió personalidad autónoma. Es así como, por ejemplo, los Estatutos del ICTY y del ICTR tienen un artículo separado del referente a crímenes contra la humanidad para tratar el genocidio (arts. 3 y 2, respectivamente). Ambos definen el genocidio como "any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such"[38].

Según la Corte Internacional de Justicia (CIJ)[39], el genocidio es un crimen bajo la legislación internacional que choca con la conciencia de la humanidad y es contrario a la moral y a los propósitos de las Naciones Unidas (UNGA, Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946). Sus principios son reconocidos

[38] Los Estatutos del ICTY y del ICTR pueden conducir a que una misma conducta pueda ser considerada como genocidio o como crimen contra la humanidad. En Kayishema y Ruzindana, el ICTR se planteó esa circunstancia: "Thus, all necessary elements exist for the conclusion that the accused could be convicted for crimes against humanity (murder) and crimes against humanity (extermination). However, in this particular case the crimes against humanity in question are completely absorbed by the crime of genocide. All counts for these crimes are based on the same facts and the same criminal conduct. These crimes were committed at the same massacre sites, against the same people, belonging to the Tutsi ethnic group with the same intent to destroy this group in whole or in part." ICTR. The Prosecutor versus Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1- Trial Chamber Judgement, 21 May 1999 (en adelante, "ICTR, Kayishema et al. Trial Judgement"), para. 577, disponible en Internet: http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/kayishema/judgement/990521_judgement.pdf.

[39] Reservations to the Convention on Genocide Case (Advisory opinion). En: ICJ Reports, 1951, vol. 15, p. 23.

como vinculantes para todos los Estados, aún sin obligación convencional. Su condenación tiene carácter universal como universal es la cooperación requerida "in order to liberate mankind from such an odious scourge"[40].

La primera condena histórica por genocidio, la dictó el ICTR en el caso Akayesu[41]. El genocidio escapa como tal al tema de este trabajo que se concentra en los crímenes contra la humanidad.

Convención sobre el Apartheid

La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, suscrita el 30 de noviembre de 1973, habla claramente en su preámbulo y en su art. I de que se trata de un crimen de lesa humanidad. Dice el Preámbulo: "Observando que, conforme a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 'los actos inhumanos debidos a la política de apartheid' están calificados de crímenes de lesa humanidad; Observando que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado varias resoluciones en las que se condenan la política y las prácticas de apartheid como crímenes de lesa humanidad"[42].

La Convención tenía, en su momento, nombre propio: África del Sur. Pero, por supuesto, es aplicable *inter partes* en cualquier caso en el que se presente un apartheid. Sin perjuicio, por supuesto, de que el apartheid, como tal sea sin duda un crimen de lesa humanidad.

Convención sobre imprescriptibilidad

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad[43], del 26 de noviembre de 1968, dice en su artículo 1:

---

[40] Como dice el Preámbulo de la Convención.

[41] Ver, PRIETO Sanjuán, R. et al. Akayesu, el Primer Juicio internacional por Genocidio. Bogotá: PUJ, 2006. La sentencia original puede verse en ICTR, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. 96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998 (en adelante, ICTR, Akayesu Trial Judgement) disponible en Internet: http://www.unhcr.org/ refworld/docid/40278fbb4.html.

[42] La Resolución 2202 (XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966 condena el Apartheid como "crimen de lesa humanidad".

[43] En inglés se denomina Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity, dado que la figura de la prescripción, como tal, es desconocida en algunos ordenamientos del *common law*. Ver AGUILAR Cavallo, Gonzalo. Crímenes internacionales y la impres-

Artículo I

> Los crímenes siguientes son imprescriptibles, **cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido**:
> a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg […]
> b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos (Negrillas añadidas).

Todos sabemos que la Carta de Núremberg ignoró el principio de que la ley penal no puede ser retroactiva, algo explicable –no justificable- dados los crímenes cometidos y el daño causado, además de que era un sistema diseñado por el vencedor contra el vencido. La Convención a que nos venimos refiriendo, inspirada en la misma Carta, dice que la imprescriptibilidad se aplica a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad "cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido", incurriendo por consiguiente en el mismo problema. Para la fecha de esta Convención, agentes israelíes habían secuestrado a Adolf Eichmann en la Argentina y lo habían juzgado en Israel, en un proceso en el que el Tribunal israelí no aceptó las excepciones de prescripción de la acción penal[44]. Pero esta y otras decisiones estaban directamente relacionadas con los procesos de Núremberg, cuyas condenas se dieron por actos constitutivos de crímenes contra la humanidad o por crímenes de guerra, y en juicios derivados de la Control Council Law no. 10.

---

criptibilidad de la acción penal y civil: Referencia al caso chileno. En: Revista Praxis. Talca, 2012. Disponible en Internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200006&script=sci_arttext.

[44] AFFAIRE EICHMANN. Jerusalem First district Court. 12.12.1961, ILR36, 76-79.

Con posterioridad a la Convención, son famosos el caso Barbie (1985) en Francia, en el que la Cour de Cassation casó la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Lyon que había declarado prescrita la acción[45] y el caso Touvier (1992)[46] resuelto de la misma manera con base en la jurisprudencia del caso Barbie[47].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) afirmó en una sentencia lo siguiente: "esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, [el Estado] no puede dejar de cumplir esta norma imperativa"[48]. La Corte no sustenta su afirmación ni se refiere para nada a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que define qué es el *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general –no simplemente "norma de Derecho Internacional General"– en su artículo 53 como "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"[49]. Sin entrar en un análisis que escapa al objeto de este trabajo, baste decir que la Convención sobre la Imprescriptibilidad, firmada en 1968, tiene hoy, más de 40 años después, solamente 54 ratificaciones (apenas 25% de la comunidad internacional de Estados) de los cuales 15

---

[45] COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE. Audience publique du 20 décembre 1985, N° de pourvoi: 85-95166, Bulletin criminel 1985 n° 407, Gazette du Palais, 8 mai 1986, n° 127 - 128. Disponible en Internet: http://www.haguejusticeportal.net/ Docs /NLP/France/Barbie_Cassation_Arret_Renvoi_20-12-85.pdf (visitado en enero de 2012).

[46] COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE. Audience publique du vendredi 27 novembre 1992, N° de pourvoi: 92-82409, Bulletin criminel 1992, N° 394, p. 1082, cit. Aguilar Cavallo, Gonzalo, "Crímenes internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción penal y Civil" *cit. supra*, nota de pie de página 94.

[47] Ver, PAUST, Jordan J. et al. Human Rights Module on Crimes against Humanity, Genocide, Other Crimes against Human Rights, and War Crimes. Durham: Carolina Academic Press (2nd ed.), 2006, especialmente las secciones 2 (Eichmann Trial) y 3 (Barbie, Touvier and Papon Trials) del capítulo 1, p. 15-34.

[48] CORTE IDH. Almonacid Arellano vs Chile. Sentencia sobre Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006, Serie C, no 154, para. 153.

[49] Ver un análisis de esta norma en el caso del Derecho Internacional Humanitario en NIETO Navia, Rafael, International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law. En: VOHRAH, L.C. et al. (eds.). Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Judge Antonio Cassese. Netherlands: Kluwer, 2003, p. 595- 640.

firmaron con reservas o declaraciones[50]. ¿Es esta la comunidad internacional de Estados en su conjunto? Hay que anotar que Colombia no ha ratificado esa Convención que, como todos los tratados –excepto los mencionados en el artículo 38 de la Convención de Viena– solamente rige *inter partes.* Tampoco es posible afirmar que esta Convención es derecho consuetudinario porque no hay jurisprudencia que así lo pruebe ni una masa importante de autores que así lo demuestre.

Convenciones de Ginebra de 1969 y Protocolos

No se puede cerrar este capítulo sin una mención a las Convenciones de Ginebra de 1969 y sus Protocolos.

La Convenciones encierran el corazón del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y de la protección a los civiles y no combatientes en tiempos de conflicto armado. Algunas de sus normas (como una parte del artículo 3 común) son *ius cogens*. Pero no hablan de los crímenes de lesa humanidad.

Los crímenes de lesa humanidad

Según la definición del Estatuto de la CPI "se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos [que enumera el artículo 7 del Estatuto] cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque" (Art. 7), teniendo en cuenta lo que dice el Preámbulo: que se trata de "atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad [y] constituyen una amenaza para el bienestar de la humanidad [well-being of the world]"[51].

Según el Estatuto de la CPI:

a) se trata de crímenes atroces y de extrema gravedad;
b) se cometen como parte de un i) ataque contra la población civil, ii) generalizado o sistemático; y
c) el perpetrador tiene conocimiento de dicho ataque.

---

[50] Disponible en Internet: http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=435&ps=P (visitado en enero 2012).

[51] Puede verse, en general, ZOLLER, Elisabeth. La définition des crimes contra l'humanité. En: Journal de droit internationale. 1993, p. 549-68.

Los elementos de los crímenes[52] clarifican cada uno de los elementos[53]:

a) […] los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto […] y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo.
b) Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad[54] describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole.

    a) Los crímenes de lesa humanidad son particularmente horrendos y de extrema gravedad[55] y repugnan a la conciencia de la humanidad[56]. Erdemović los describe muy bien:

---

[52] UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2(2000), disponible en Internet : http://www1.umn.edu/humanrts/instree/ Scrimeelementsicc.html

[53] El ICTY habla en Blaskić de dos elementos: un criterio material, que es la comisión de los actos enumerados en el artículo 7 del Estatuto y un criterio mental, la *mens rea*, pero es una diferencia de semántica. ICTY, The Prosecutor v. Tihomir Blaskić, Case No. It-95-14-T, Trial Chamber Judgement, 3 March 2000 (en adelante, ICTY, Blaskić Trial Judgement), para. 199, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf

[54] En los elementos de cada uno de los crímenes enumerados en el artículo 7, aparecen estos dos: "Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil [y] que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo".

[55] UNSC doc. S/25704, para. 48. Ver ILC Reports 1994, Supplement no. 10 (A/49/10).

[56] Remitimos al lector a GERAS, Norman. Crimes against Humanity, *cit. supra*, especialmente al capítulo 2 (32 a 74) "Why against Humanity", donde se discuten ampliamente las diversas opiniones sobre por qué estos crímenes se llaman "contra la humanidad". Para el autor del presente ensayo, son actos inhumanos de especial gravedad, pero es una apreciación subjetiva. "What offend the public conscience in

27. Generally speaking, crimes against humanity are recognised as very grave crimes which shock the collective conscience […]

28. Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity[57].

b) En Kunarac la Cámara se refirió al artículo 5 del Estatuto y dijo que se refería a ofensas que, si fueren cometidas en el contexto de un conflicto armado (requisito estatutario) y como parte de un ataque dirigido contra la población civil, serían crímenes contra la humanidad. Explicó que "ataque contra la población civil" incluiría los siguientes sub-elementos:

   (i) Debe haber un ataque.
   (ii) Los actos cometidos por el perpetrador deben ser parte de ese ataque.
   (iii) El ataque debe estar dirigido contra la población civil.
   (iv) El ataque debe ser general (widespread) o sistemático [58].
   (v) El perpetrador debe conocer el contexto más amplio en el que sus actos ocurren y saber que son parte de tal ataque[59].

---

international crimes is that humans are treated in ways that no human should have to hear – namely, to be made to suffer arbitrarily", MAY, Larry. Crimes against Humanity*, cit. supra,* 35.

[57] ICTY, The Prosecutor v. Drazen Erdemović, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, 29 November 1996 (en adelante "*Erdemović Sentencing Judgment*"), paras. 27 and 2, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojli971007e.pdf . Los crímenes contra la humanidad "aterrorizan" a todo el mundo, dice GERAS, Norman. Crimes against Humanity*, cit. supra,* 59.

[58] Recordemos que el Estatuto de la CPI dice "general" en español y francés y "*widespread*" en inglés.

[59] ICTY Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgement, 22 February 2001(en adelante ICTY, Kunarac Trial Judgement), para 410, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf

Debemos analizar cada uno de estos elementos.

(i) Debe haber un ataque.

El ICTR dijo, respecto del significado de "ataque" lo siguiente:

> The attack is the event in which the […] crimes must form part. Indeed, within a single attack, there may exist a combination of the enumerated crimes, for example murder, rape and deportation. The elements of the attack effectively exclude from crimes against humanity, acts carried out for purely personal motives and those outside of a broader policy or plan […][60].

Los Protocolos[61] definen los "ataques" como "[…] los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos"[62]. El CICR comenta: "Se especifica que se trata de actos ofensivos o defensivos porque el término 'ataques' no alude solamente a los actos de quien toma la iniciativa de las hostilidades; es un término técnico que se refiere a una operación militar determinada, limitada en el tiempo y en el espacio"[63]. Según el ICTY el término "ataque" tiene un significado ligeramente diferente en el contexto de las leyes de la guerra del que tiene en los crímenes contra la humanidad. En este último caso no se limita a la conducción de hostilidades, pues puede referirse al ultraje a personas que no toman parte en ellas. Pero ambas nociones aseveran que la guerra se lleva a cabo entre fuerzas armadas o grupos armados y que la población civil no debe ser parte de esos ataques[64].

El ataque contra la población civil está prohibido de manera general en el derecho de guerra y en el derecho internacional humanitario, tanto en conflictos internos como internacionales[65]. Los civiles son los que no pertenecen a las

---

[60] ICTR, Kayishema et al. Trial Judgement, para. 122.

[61] Anota el CICR en sus *Comentarios*: "Desde el inicio de los trabajos de la Conferencia se estuvo de acuerdo en que este término debería tener el mismo alcance en los dos Protocolos." Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, disponible en Internet: http://www.icrc.org/ spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm 4763, nota de pie de página 428.

[62] Protocolo I, artículo 49,1.

[63] Comentarios, para. 4783.

[64] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 416.

[65] Artículo 51 (2) Protocolo adicional I y artículo 13 (1) Protocolo adicional II. Puede considerarse también una norma de derecho consuetudinario. El artículo 3 común a los Convenios de 1949, no contiene disposiciones relativas a la protección de la población civil como tal.

fuerzas armadas del Estado o de un grupo levantado en armas, según el caso[66], y la expresión incluye, para este efecto, a los que están "hors de combat".

La expresión "ataque" excluye los hechos aislados, realizados por uno o pocos individuos, como las masacres cada vez más frecuentes en escuelas o edificios o lugares públicos[67]. El 30 de mayo de 1946 el Legal Committee of the United Nations War Crime Commission sostuvo que: "Isolated offences did not fall within the notion of crimes against humanity. As a rule systematic mass action, particularly if it was authoritative, was necessary to transform a common crime, punishable only under municipal law, into a crime against humanity, which thus became also the concern of international law. Only crimes which either by their magnitude and savagery or by their large number or by the fact that a similar pattern was applied at different times and places, endangered the international community or shocked the conscience of mankind, warranted intervention by States other than that on whose territory the crimes had been committed, or whose subjects had become their victims"[68].

---

[66] El CICR propuso específicamente la exclusión de los levantados en armas de la población civil en el Protocolo II pero finalmente eso no se aceptó. Sin embargo, ese parece ser el derecho consuetudinario porque lo contrario es absurdo, pone en peligro a la propia población civil y desbalancearía las fuerzas entre el Estado y los levantados en armas. CASSESE, Antonio (editor in chief). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Great Britain: OUP 2009, p. 263. El artículo 13 (3) del Protocolo II dice "Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación," de donde es fácil deducir que quien se haya levantado en armas no forma parte de la población civil. Los *Comentarios* dicen lo siguiente: "Es innegable que, en las situaciones de conflictos armados no internacionales en particular, la población civil ampara a veces a algunos combatientes y que puede ser difícil verificar la condición de los individuos que la componen. Hay que destacar, no obstante, que, si la sola presencia de algunas personas no protegidas en el sentido del párrafo 3 del presente artículo [13] permitiera un ataque contra un grupo entero de civiles, la protección de que goza la población civil resultaría completamente ilusoria. El silencio que guarda el Protocolo tanto sobre este punto como sobre otros no debiera, pues, considerarse como si fuera una autorización.", para. 4782. El artículo 50 (3) del Protocolo I prevé expresamente que "la presencia en el seno de la población civil de personas aisladas que no correspondan a la definición de persona civil no priva a esta población de su condición".

[67] "The elements of the attack effectively exclude from crimes against humanity, acts carried out for purely personal motives and those outside of a broader policy or plan" (ICTR, Kayishema et al. Trial Judgement, para. 122), tales como el ataque terrorista cometido por Timothy McVeigh el 19 de abril de 1995 en Oklahoma City, aunque haya producido 168 muertos y más de 500 heridos.

[68] Ver HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION AND THE DEVELOPMENT OF THE LAWS OF WAR, Compiled by the United Nations War Crimes Commission, 1948, 179, cit. en ICTY, Prosecutor v Tadić, Case IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999 (en adelante "Tadić Appeals Judgement"), nota de pie de página 119, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf

Por supuesto, al hablar de un ataque contra la población civil debe considerarse que un número suficiente, aunque impreciso y de acuerdo con las circunstancias, de individuos fueron el blanco del ataque[69] y este concepto debe distinguirse del caso en el que el ataque se dirigió contra un número muy limitado de individuos o escogidos al azar[70].

Los actos cometidos por el perpetrador deben ser parte de ese ataque

No es lo mismo la ofensa que el ataque, pero la primera debe formar parte del segundo. La Cámara de Apelaciones del ICTY lo expresó de la siguiente manera: "it may be inferred from the words 'directed against any civilian population' in Article 5 of the Statute that the acts of the accused must comprise part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and that the accused must have known that his acts fit into such a pattern"[71].

En una decision en el caso de Vukovar Hospital, el ICTY estatuyó que "[c]rimes against humanity are to be distinguished from war crimes against individuals. In particular, they must be widespread or demonstrate a systematic character. However, as long as there is a link with the widespread or systematic attack against a civilian population, a single act could qualify as a crime against humanity. As such, an individual committing a crime against *a single victim or a limited number of victims* might be recognised as guilty of a crime against humanity if his acts were part of the specific context identified above"[72].

El ataque debe estar dirigido contra la población civil

El ataque dirigido contra la población civil significa que ésta es el objetivo primordial del ataque[73]. La Cámara del ICTY dijo que esta expresión considera ge-

---

[69] Como el bombardeo a la iglesia de Bojayá en Colombia, un humilde pueblo de población negra, atacado por las Farc el 2 de mayo de 2002 con cilindros de gas, que produjo la muerte de 120 civiles.

[70] ICTY. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vuković, Case IT-96-23&IT-96-23/1-A, Appeal Chamber Judgement, 12 June 2002 (en adelante, "TPIY, *Kunarac Appeals Judgement*"), para. 105, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf

[71] ICTY. Prosecutor v.Duško Tadić, Case It-94-1-A, Appeals Chamber Judgement, 15 July 1999 (en adelante, ICTY, Tadić Appeals Judgement), para. 248.

[72] Resaltado fuera del original. "Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence", The Prosecutor v. Mile Mrksić et al., Case No.: IT-95-13-R61, Trial Chamber I, 3 April 1996, para. 30. Podría constituir un crimen de lesa humanidad un ataque con limitado número de víctimas, siempre y cuando se haga en el contexto del ataque sistemático o generalizado y pueda decirse razonablemente que está conectado con ese ataque (ICTY, Tadić Appeals Judgement, para. 100).

[73] ICTY, Tadić Appeals Judgement, para. 421.

neralmente que el ataque no es un acto aislado sino una conducta, lo que excluye los actos al azar, como se puntualizó atrás[74].

La expresión población civil incluye, naturalmente, la población del propio Estado que haga el ataque, si fuere el caso y no es necesario demostrar que la población está de un lado u otro. No significa que la atacada sea "toda" la población del área geográfica en cuestión, pero comprende los que no son combatientes, a la luz de lo especificado en los Protocolos Adicionales[75].

La presencia de no civiles en medio de la población civil no le cambia a ésta el carácter, a menos que los civiles no sean representativos y estén siendo utilizados como escudo, en cuyo caso el daño colateral tiene que ser calculado frente a la ventaja militar[76].

El ataque debe ser general o sistemático

La noción de "general" o "sistemático" es de carácter relativo y en cada caso es necesario analizar a la luz de los medios, métodos, recursos y el resultado del ataque, si llenó la condición de ser general (widespread) o sistemático[77], teniendo en cuenta que hay una conjunción disyuntiva y no copulativa[78]. Esta es una calificación del ataque y no de los actos considerados crímenes contra la humanidad, de donde el ICTY concluyó que "[a] single act could therefore be regarded as a crime against humanity if it takes place in the relevant context". Pero un acto aislado, fuera del contexto, no lo es[79].

"General" se refiere a la escala del ataque y el número de víctimas. Lo dijo la CDI en su Comentario al Proyecto de Código contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la siguiente manera: "Inhumane acts must be committed on a large scale meaning that the acts are directed against a multiplicity of victims.

---

[74] ICTY, Prosecutor v Tadić, Case IT-94-1-T, Decision on the Form of the Indictment, 14 Nov 1995, par 11.

[75] ICTY, Tadić Appeals Judgement, paras. 422-425.

[76] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 426. Ver Arts 43, 48 y 57 del Protocolo Adicional I. Como lo señala el CICR, todo el sistema establecido en La Haya en 1899 y 1907 y en Ginebra de 1864 a 1977 se basa en esta regla de derecho consuetudinario (Sandoz, Swinarski and Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987), p 598 (nota del original).

[77] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 430.

[78] ICTY, Kunarac Appeals Judgement, para. 93; TPIY, Tadić Appeals Judgement, para 648.

[79] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 431 y 649; TPIY, Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber Judgement, 14 January 2000 (en adelante "*Kupreškić* et al. *Trial Judgement*") para. 550, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf .

This requirement excludes an isolated inhumane act committed by a perpetrator acting on his own initiative and directed against a single victim"[80].

"Sistemático" se refiere a que la naturaleza de los actos sea organizada y no accidental. Un hecho que sigue un patrón, que no es repetición accidental de una conducta criminal, puede ser expresión de "sistemático"[81]. "The consequences of the attack upon the targeted population, the number of victims, the nature of the acts, the possible participation of officials or authorities or any identifiable patterns of crimes, could be taken into account to determine whether the attack satisfies either or both requirements of a 'widespread' or 'systematic' attack vis-à-vis this civilian population"[82].

"Sistemático" no significa que deba existir un plan o una política para cometer tales crímenes. La Cámara de Apelaciones en Kunarac consideró que el Estatuto no menciona tal requisito ni existía a la época de los hechos una costumbre internacional que lo estableciera y, por consiguiente, no era necesario, en el caso en cuestión, probar su existencia. Más bien, al contrario, el hecho de que el ataque sea sistemático podría servir para probar que hubo un plan o una política. Lo cual tendría relevancia probatoria, pero no es parte de los elementos del crimen[83].

El perpetrador debe conocer el contexto más amplio en el que sus actos ocurren y saber que son parte de tal ataque

Las definiciones de crimen de lesa humanidad en los Estatutos del ICTY y ICTR no mencionan expresamente la *mens rea* o la intención de cometer el crimen, pero todo crimen que no sea culposo la requiere. El artículo 7 del Estatuto de la CPI exige "conocimiento de dicho ataque"[84]. La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* es abundante en esta materia.

---

[80] Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Eighth Session (1996) GAOR, 51st Sess, Supp No 10, UN Doc A/51/10, 94-95. ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 428.

[81] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 429; ICTY, Blaskić Trial Judgement, para. 203; y Prosecutor v Tadić, Case IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999 (en adelante, ICTY, Tadić Trial Judgement), para. 648, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-tsj70507JT2-e.pdf . Ver también ICTR, Akayesu Trial Judgement, para. 580.

[82] ICTY, Kunarac Appeals Judgement, para. 95.

[83] Ibid., para. 98.

[84] "Article 7(1) of the Statute of the International Criminal Court thus articulates a definition of crimes against humanity based solely upon the interplay between the mens rea of the defendant and the existence of a widespread or systematic attack directed against a civilian population". ICTY, Tadić Appeals Judgement, nota de pie de página 354.

En Tadić, la Cámara de Apelaciones del ICTY dijo que un crimen contra la humanidad puede ser cometido por razones puramente personales[85]. Pero el perpetrador debe saber que existe un ataque contra la población civil; que sus actos forman parte de tal ataque aunque no conozca los detalles del mismo; y debe saber o haber considerado la posibilidad de que la víctima de su acto sea un civil[86].

Respecto de la *mens rea*, en Blaskić la Cámara menciona tres aspectos: i) Conocimiento del contexto, como se dijo en Tadić: "the perpetrator must know of the broader context in which his act occurs"[87]; ii) conocimiento del nexo existente entre su acto y ese contexto[88]: "through the functions he willingly accepted, he knowingly took the risk of participating in the implementation of that context"[89]; pero eso no significa que el perpetrador haya tenido la intención, en su caso, de apoyar el régimen involucrado o que haya tenido la intención de actuar como su intermediario, pues basta la prueba de la intención maliciosa (conocimiento del plan criminal) directa o indirecta, sin más aditamentos[90]; iii) hay que probar que el perpetrador tenía el conocimiento del contexto político en el que encaja la ofensa, lo cual puede inferirse de ciertos factores concretos, tales como "- the historical and political circumstances in which the acts of violence occurred; - the functions of the accused when the crimes were committed; - his responsibilities within the political or military hierarchy; - the direct and indirect relationship between the political and military hierarchy; - the scope and gravity of the acts perpetrated; - the nature of the crimes committed and the degree to which they are common knowledge"[91].

---

[85] ICTY, Tadić Appeals Judgement, paras. 248 and 252. "Such prejudice [as a result of the National Socialist rule of violence and tyranny] ("Gewalt- oder Willkürherrschaft") can also arise from an attack committed against an individual victim for personal reasons." Decision of the Supreme Court of the British Zone dated 26 October 1948, S. StS 57/48, *in Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen,* vol. I., p. 122-126 at p. 124 (unofficial translation) (nota del original).

[86] ICTY, Kunarac Trial Judgement, paras. 433-435.

[87] ICTY, Tadić Trial Judgement, para. 656. "[…] to be guilty of crimes against humanity the perpetrator must know that there is an attack on a civilian population and that his act is part of the attack." Ver ICTR, Kayishema et al. Trial Judgement, para. 133.

[88] ICTY, Blaskić Trial Judgement, para. 246

[89] Ibid., para. 251.

[90] ICTY, Blaskić Trial Judgement, para. 254. ICTR, Kayishema et al. Trial Judgement, para. 133 y TPIY, Tadić Appeals Judgement, para. 248.

[91] Ibid. ICTY, Blaskić Trial Judgement, para. 257.

De ninguna manera se exige intención deliberada de discriminar por razones raciales, nacionales, religiosas o políticas, excepto en el caso del crimen de persecución, que lo exige específicamente[92].

Hay un aspecto que no forma parte propiamente de los elementos, excepto como ya se ha dicho en el caso del ICTY, pero que es necesario considerar por aparte para que la noción quede completa:

La conexión con un conflicto armado

El Tribunal de Núremberg se abstuvo de considerar los crímenes cometidos por los Nazis antes de la guerra. Como ya dijimos, desde entonces se discute si debe existir una conexión entre el crimen y un conflicto armado, interno o internacional, para que se pueda verdaderamente hablar, desde el punto de vista legal, de crímenes de lesa humanidad. El Estatuto del ICTY exige esa conexión mientras que el del ICTR no la exige.

Respecto de la conexión de los crímenes con un conflicto armado, la Cámara de Apelaciones del ICTY dijo, en la Decisión interlocutoria del caso Tadić, que

> 141. It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law. There is no question, however, that the definition of crimes against humanity adopted by the Security Council in Article 5 comports with the principle of *nullum crimen sine lege*[93].

[92] Ibid., para. 260. Recordemos que el artículo 7, h) del Estatuto de la CPI, referente al delito de "persecución" habla de "un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte," lo que, en este caso, amplía notablemente las características del grupo.

[93] Por supuesto, como en Yugoslavia había existido un conflicto armado, la afirmación de la Cámara era puramente *obiter dictum.* La definición de la CPI tampoco contiene ese elemento.

Sin embargo, por ser el Estatuto una ley especial, añadió:

> We conclude, therefore, that Article 5 may be invoked as a basis of jurisdiction over crimes committed in either internal or international armed conflicts. In addition […], we conclude that in this case there was an armed conflict[94].

La Cámara del caso Kunarać dijo que "[t]he requirement that there exists an armed conflict does not necessitate any substantive relationship between the acts of the accused and the armed conflict whereby the accused should have intended to participate in the armed conflict. […] The armed conflict requirement is satisfied by proof that there was an armed conflict at the relevant time and place"[95]. Esto convierte el presupuesto del Estatuto en una figura puramente decorativa pues bastaría que el acto se cumpliera mientras existe un conflicto armado aunque no tuviera ninguna relación con él, lo cual puede ser válido en general pero no específicamente en el caso de ICTY que perentoriamente dice "when committed in armed conflict". "The nature of the nexus required under Article 5 of the Statute is merely that the act be linked geographically as well as temporally with the armed conflict"[96].

Igualmente dijo la Cámara que "[…] although the attack must be part of the armed conflict, it can also outlast it"[97]. La Cámara de Apelaciones agregó "Under customary international law, the attack could precede, outlast, or continue during the armed conflict, but it need not be a part of it"[98]. Hay que entender que "precede" inmediatamente o de lo contrario no habría conexión alguna con el conflicto.

La conclusión es que el ataque a la población civil y la existencia de un conflicto armado son nociones diferentes, siendo el segundo simplemente un requerimiento estatutario en el caso de ICTY y no consuetudinario ni parte de la

---

[94] ICTY, Tadić Appeal on Jurisdiction, paras. 141 y 142.

[95] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 413. La Cámara cita ICTY, Tadić Trial Judgement, paras. 249 y 251.

[96] Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber Judgement, 14 January 2000 (en adelante, "ICTY, Kupreškić Trial Judgement"), para. 546, disponible en Internet: http://www.icty.org/x/cases/ kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf

[97] ICTY, Kunarac Trial Judgement, para. 420.

[98] ICTY, Kunarac Appeals Judgement, para. 99.

noción de crimen contra la humanidad, como ya se señaló. Por consiguiente, lo que se requiere es que exista un nexo entre el acto del perpetrador con el ataque a la población y no con el conflicto armado[99].

La jurisdicción universal

Los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales[100], pero no están vinculados necesariamente a un conflicto armado internacional o interno existente en ese momento y pueden provenir, por ejemplo, de la represión política de un gobierno contra su pueblo, como la existente en Siria desde finales de 2011 que el CS quiso condenar y cuyo proyecto de resolución fue vetado por Rusia y China[101]. Pero esto no significa que este tipo de crímenes sea cometido exclusivamente por los representantes del Estado. Estos crímenes pueden ser cometidos también, como ya se mencionó, por miembros de algún tipo de organización, como un grupo rebelde o terrorista.

Recordemos que la Carta de Núremberg hablaba de delitos cometidos por personas[102] "ya fuera individualmente o como miembros de *organizaciones*" (cursivas añadidas). El artículo 5 del Estatuto del ICTY y el artículo 7 del Estatuto de la CPI no hacen mención alguna de las "organizaciones" de que hablaba Núremberg. Sin embargo, el Proyecto de Código elaborado por la CDI en 1996 se refiere a crímenes "instigated or directed by a Government or by any *organization* or group" (cursivas añadidas). Aunque siempre (Núremberg, ICTY, TPYR y CPI) se trata de responsabilidad de individuos, los Estados y cierto tipo de organizaciones podrían ser instigadores de tales crímenes. Sobre este tema, dice el profesor Bassiouni:

---

[99] ICTY, Tadić Appeals Judgement, para. 251.

[100] La labor de la CDI, iniciada en 1950, sobre los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto de Núremberg y las sentencias del Tribunal, culminó en 1995/1996 con el proyecto Thian de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad, que contempló los crímenes de agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el personal de Naciones Unidas, como especialmente graves. (Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48° periodo de sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), Asamblea General , Documentos Oficiales, 51° periodo de sesiones, suplemento no. 10 (A751/10)

[101] Disponible en Internet: http://www.un.org/News/Press/docs//2012/sgsm14093.doc.htm (consultado febrero de 2012).

[102] "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced". The Trial of Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, 1950, Part 22, 467

> […] there are a number of problems of both a legal and factual nature that will have to be address If the extension of CAH [crimes against humanity] is to encompass nonstate actors. For example, nonstate actors include organized crime groups, and to internationally criminalize this conduct would transform what is now a well-established domestic crime into an international crime. At least at this stage of world affairs, the legal elements of such a transformed crime would have to be carefully articulated. This include: the size of the perpetrator group; the quantum of harm required to be within the definition of CAH; the overall of the civilian victim group; the geographic within which the prohibited conduct take place; and what is meant by spread or systematic in this new context[103].

La jurisprudencia del ICTY y del ICTR no ha estudiado a fondo este problema, dado que los implicados siempre han pertenecido a una entidad militar o paramilitar estatal o paraestatal y no a "organizaciones" de otro tipo. En el caso de los Tribunales *ad hoc* se ha dado por sentado que los Estatutos, al hablar de "conflicto armado" –interno o internacional– cobijan tanto al Estado establecido como a los que combaten contra él –por ejemplo, Bosnia Herzegovina y las fuerzas de la República Sprska–. ¿Qué sucede, por ejemplo, con grupos sublevados, reconocidos o no, contra el poder central del Estado? Pensamos que el profesor Bassiouni se refiere más bien a bandas criminales[104], mafias o gangs, con interés puramente delincuencial y no político, y que –en virtud del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra– los sublevados aún sin estar reconocidos cometen crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Precisamente por tratarse de crímenes internacionales, se ha dicho que sobre ellos existe jurisdicción universal (Weltrechtsprinzip). Este tipo de jurisdicción existe y es muy antigua: se aplica a la piratería, a la trata de blancas y a la trata de esclavos, estos últimos llamados hoy generalmente "trata de personas". Son casos en los que todos los Estados tienen jurisdicción y pueden juzgar a los perpetradores de acuerdo con sus leyes, siempre y cuando se cumplan algunos requisitos en cada caso. Por ejemplo, en el caso de la piratería se requiere que los

---

[103] BASSIOUNI, M. Cheriff. Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, XXXV.

[104] Como las llamadas *bacrim* en Colombia, residuos de grupos levantados en armas desmovilizados posteriormente.

piratas sean capturados en alta mar, donde no existe jurisdicción particular de ningún Estado[105]. La jurisdicción universal sobre estos delitos viene, pues, de antiguo, constituye derecho consuetudinario[106] y ha sido, además, consagrada en instrumentos internacionales[107].

En materia de crímenes contra la humanidad se ha pretendido por algunos Estados que existe jurisdicción universal. España reclamó jurisdicción en el caso de Augusto Pinochet, ex presidente chileno, que a la sazón se encontraba en el Reino Unido. En este caso Chile alegaba inmunidad, en virtud de su condición de exjefe de Estado, por supuestos crímenes cometidos mientras lo fue y porque viajaba con pasaporte diplomático y era miembro del Congreso chileno. En los artículos 10 y 12 del Proyecto Harvard de 1935[108] se dice que existe una jurisdicción del Estado sobre extranjeros que se encuentren en su territorio y hayan cometido un delito distinto de aquellos contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda y otros instrumentos o piratería en otro Estado. Lo que se destaca es que se requiere la presencia del implicado ante el juez (no pueden ser juzgados *in absentia*), como se exige hoy para el ejercicio de la jurisdicción del ICTY y del ICTR. La jurisdicción española fue rechazada por el gobierno chileno y la extradición solicitada de Pinochet también lo fue por el Reino Unido[109].

---

[105] JENNINGS, Robert and WATTS, Arthur (eds.) Oppenheim's International Law (9th ed.), London Longman, vol. I, 753; ROBERTSON, Geoffrey. Crimes against Humanity, (3rd ed.). Victoria: Penguin Books, 2006, p. 240. En los casos de piratería en el Cuerno de África, los Estados son conscientes de que tendrían la posibilidad de juzgar a los piratas que han capturado pero, en general, han preferido hacer acuerdos con otros Estados –Kenya, por ejemplo– para que estos los juzguen.

[106] Artículo 1.2 del Proyecto de Código de la CDI, cit. *supra* y artículo 22.3 del Estatuto de la CPI.

[107] La Convención sobre Derecho del Mar de 1982 muestra muy bien lo que significa la *jurisdicción universal* respecto de la piratería cuando dice que "todo Estado" puede ejercerla.

Artículo 105. Apresamiento de un buque o aeronave pirata. Todo Estado puede apresar, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

El artículo 110.1 permite el derecho de visita en los casos de trata de esclavos.

[108] Draft Convention on Jurisdiction with respect to Crime. En: AJIL. 1935, Supl., p. 439-442. Disponible en Internet: http://www.jstor.org/stable/2213634

[109] Ver REMIRO Brotóns, Antonio. El caso Pinochet. Los límites de la impunidad. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999, *cit*. REMIRO Brotóns, Antonio. La responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal, Creación de una jurisdicción penal internacional. En: Colección Escuela Diplomática 4, no. 194, p. 193-235, 194. Valga la pena mencionar que el juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón, quien fue el pivote del caso contra Pinochet, fue condenado el 17 de

Bélgica estableció en 1993 una jurisdicción universal para juzgar a cualquiera por crímenes de lesa humanidad independientemente del lugar y otras limitaciones[110]. Con base en ella dictó orden de captura contra el Ministro de Relaciones Exteriores del Congo por las atrocidades que se cometían en ese país, pero el caso fue a la CIJ la que los obligó a retirarla porque el ministro tenía inmunidad[111], pero sin negar el derecho belga a perseguir los horrendos crímenes que se cometían en ese país. Aprovechando la ley, se habían presentado quejas ante los tribunales contra el presidente de los Estados Unidos, George Bush, por la primera guerra de Irak, y contra el primer ministro de Israel, Ariel Sharon, éste último por las masacres de Sabra y Shatila en el Líbano en 1983, lo que creó una tensión diplomática muy grave que obligó a los belgas a dictar una nueva ley –que eliminó el término jurisdicción universal– de manera que el caso debería tener alguna relación con Bélgica, es decir, que las víctimas fueran belgas o hubieran sido residentes en Bélgica durante los tres años anteriores al caso, o el victimario fuera belga o residente habitual. Se estableció además la obligación de respetar las reglas de inmunidad.

Lo anterior deja claro que los crímenes de lesa humanidad no tienen el mismo tratamiento de jurisdicción universal que han tenido aquellos que men-

---

enero de 2012 por "prevaricación" por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español (causa 20716/2009, sentencia 79/2012), aunque no por el caso de Pinochet sino por otro. Ver MÁRQUEZ Carrasco, Carmen et al. El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro. En: XI Anuario mexicano de Derecho internacional, 2011, p. 251-307, disponible en Internet: http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/ derint/cont/11/art/art9.pdf. Sobre los riesgos de la jurisdicción universal Robertson menciona el caso de John Demjanjuk, extraditado de los Estados Unidos a Israel por los crímenes de Treblinka. Demjanjuk, luego de un juicio *show*, fue condenado a muerte. En la apelación se demostró que había sido identificado erróneamente, y así lo aceptó el juez de alzada (Robertson, Crimes against Humanity, *cit.*, 277).

[110] Probablemente como tardía expiación por las atrocidades cometidas por los belgas durante el reinado de Leopoldo en el Congo, anota Robertson, Crimes against Humanity, *cit.*, 276. Ver LOI DU 16 JUIN 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, Moniteur Belge, 5 August 1993, p. 17751, adicionada el 23 de marzo de 1999, p. 9286 y derogada el 7 de mayo de 2003, p. 24846.

[111] "61 […] after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as wel1 as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity."

ICJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo *V.* Belgium), (Merits) Judgment of 14 February 2002. En: ICJ Reports 2002, p. 3, disponible en Internet: http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf .

cionamos anteriormente y que no hay derecho convencional ni consuetudinario sobre el particular.

Conclusiones

La noción de los crímenes de lesa humanidad, con los elementos que hemos mencionado, está hoy bien establecida en el derecho internacional. Puede decirse que la definición del Estatuto de Roma es la que se aplica en estos días. Igualmente, puede decirse que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad constituye derecho imperativo internacional (*jus cogens*), es decir, que si los Estados pactaran un tratado que contemple cometer esos crímenes, ese tratado tendría objeto ilícito a la luz del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados. Pero la calificación de derecho imperativo alcanza solamente hasta ahí y no va más allá. Por ejemplo, esto no significa que a tales crímenes les sea aplicable la Convención sobre imprescriptibilidad de 1968. Esa convención, como todos los tratados excepto aquellos contemplados en el artículo 38 de la Convención de Viena, rige solamente entre las partes que hayan manifestado su consentimiento en obligarse, a la luz de lo estatuido en el artículo 34 de la misma convención.

Es obvio que los Estados que han manifestado su consentimiento en obligarse por el Estatuto de Roma de la CPI, o los Estados sujetos a los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*, incluso los tribunales mixtos de Camboya, Sierra Leona, y otros, tienen que regirse por las normas de sus respectivos estatutos.

El hecho de que los crímenes de lesa humanidad estén prohibidos en la comunidad internacional no quiere decir que sobre ellos se pueda aplicar la llamada jurisdicción universal. Esta existe por derecho consuetudinario principalmente sobre la piratería y la trata de personas, pero los Estados no tienen derecho de juzgar otros crímenes cometidos fuera de su territorio por ciudadanos de otra nacionalidad sobre los que el derecho internacional no les da jurisdicción.

Por supuesto, como no existe una patente sobre la denominación "crímenes de lesa humanidad" o "crímenes contra la humanidad", en ejercicio de su soberanía los Estados pueden regular tales crímenes en su derecho interno de la manera como les plazca siempre y cuando atiendan sus compromisos internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, los que regulan los derechos de los procesados.

Bibliografía

Decisiones judiciales

International Court of Justice

Reservations to the Convention on Genocide Case (Advisory opinion), ICJ Reports 1951.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), (Merits), ICJ Reports 2002.

Tribunales ad hoc

ICTR. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. 96-4-T, Trial Judgement, 2 September 1998.

_____, The Prosecutor versus Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1- Trial Chamber Judgement, 21 May 1999.

ICTY. Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A "Dule", Case IT-94-1-A, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

_____, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, The Prosecutor v. Mile Mrksić et al., Case No.: IT-95-13-R61, Trial Chamber I, 3 April 1996.

_____, The Prosecutor v. Drazen Erdemović, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, 29 November 1996.

_____, Prosecutor v Tadić, Case IT-94-1-A, Appeals Judgement, 15 July 1999.

_____, Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber Judgement, 14 January 2000.

_____, The Prosecutor v. Tihomir Blaskić, Case No. It-95-14-T, Trial Chamber Judgement, 3 March 2000.

_____, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Trial Chamber Judgement, 22 February 2001.

_____, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vuković, Case IT-96-23&IT-96-23/1-A, Appeal Chamber Judgement, 12 June 2002.

Otras decisiones judiciales

Cour de Cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 20 décembre 1985, N° de pourvoi: 85-95166, Bulletin criminel 1985 n° 407, Gazette du Palais, 8 mai 1986, n° 127-128. Internet : http://www.haguejusticeportal.net/ Docs /NLP/France/Barbie_Cassation_Arret_Renvoi_20-12-85.pdf .

Cour de Cassation, Chambre criminelle, Audience publique du vendredi 27 novembre 1992, N° de pourvoi: 92-82409, Bulletin criminel 1992, N° 394.

Jerusalem First District Court. Affaire Eichmann, 12.12.1961, ILR36.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de septiembre de 2006, Serie C, No 154.

Decision of the Supreme Court of the British Zone, dated 26 October 1948, S. StS 57/48, in Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen, vol. I.

Otros documentos internacionales

Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties. Report Presented to the Preliminary Peace Conference, 14. En: American Journal of International Law, 1920.

Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime. En: American Journal of International Law, 1935, Supl.

International Military Tribunal. Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg 1947, vol. 1.

United Nations War Crimes Commission, ed. (1948). History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War. London, H.M. Stationary Office (1948)

US Government Printing Office. Final Report to the Secretary of the Army on the Nuremberg War Crimes Trials under Control Council Law No. 10, Washington, US Government Printing Office 1949.

The Trial of Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany, 1950, Part 22.

Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II.

Preliminary Report of the Independent Commission of Experts Established in Accordance with Security Council Resolution 935. (1994) S/1994/1125 4 October 1994.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1996, vol. II (Segunda Parte).

UNSC doc. S/25704.

ILC Reports 1994, Supplement No. 10 (A/49/10).

UN. Doc. PCNICC/2000/1/Add. 2(2000),

Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session. (1996). GAOR, 51st Sess, Supp No 10, UN Doc A/51/10.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Labor Realizada en su 48° Periodo de Sesiones (6 de mayo a 26 de julio de 1996), Asamblea General, Documentos Oficiales, 51° periodo de sesiones, suplemento no. 10 (A751/10).

Comentario del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Internet: http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm 4763.

Otros documentos y web links

LOI DU 16 JUIN 1993, relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, Moniteur Belge, 5 August 1993.

http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=435&ps=P

http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf

http://www.un.org/News/Press/docs//2012/sgsm14093.doc.htm

Libros y artículos

AGUILAR Cavallo, Gonzalo. Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: Referencia al caso chileno. En: Ius et Praxis, , 2008, vol.14, no. 2 p. 147-207.

BASSIOUNI, M. Cherif. Crimes against Humanity in International Criminal Law. Amsterdam, Kluwer: 1992, cap. 11.

BASSIOUNI, M. Cherif. Crímenes contra la humanidad. Crímenes de guerra – Lo que debemos saber. Barcelona: Debate, 2003.

BASSIOUNI, M. Cheriff. Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application. Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

CASSESE, Antonio. Afirmación de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Disponible en Internet: http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_95-I/ga_95-I.html

CASSESE, Antonio. The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky. En: European Journal of International Law [EJIL], 2000, vol. 11.

CASSESE, Antonio (editor in chief). The Oxford Companion to International Criminal Justice. Great Britain: OUP, 2009.

FRANKLIN, John Hope. George Washington Williams: A Biography. Chicago: University of Chicago Press, 1985

GERAS, Norman. Crimes against Humanity: Birth of a Concept. Manchester: Manchester University Press, 2011.

JENNINGS, Robert and Watts, Arthur (eds.), Oppenheim's International Law (9th ed.), vol. I, 753; Robertson, Geoffrey, Crimes against Humanity. Victoria: Penguin Books (3rd ed.), 2006.

JESCHEK, Hans-Heinrich. Nuremberg Trials. En: Bernhardt, R., Encyclopedia of Public International Law, 1997, vol. III.

LANSING, Robert. Notes in World Sovereignity. En: 15 American Journal of International Law, 13, 1921.

MÁRQUEZ Carrasco, Carmen, et al. El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro. En: XI Anuario mexicano de Derecho internacional, 2011, 251-307. Disponible en Internet: http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/pdf/ derint/cont/11/art/art9.pdf.

MAY, Larry. Crimes against Humanity, a Normative Account. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MORRIS, Virginia; SCHARF, Michael P. An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. New York: Transnational Publishers, 1995.

NIETO Navia, Rafael. La ley, la justicia y la guerra en Santo Tomás de Aquino. En: Vniversitas, noviembre, 1987, no. 73, Universidad Javeriana, Bogotá.

_____, Derecho natural y de gentes en la Escolásticatardía española. En: Vniversitas, junio, 1990, no. 78, Universidad Javeriana, Bogotá.

NIETO Navia, Rafael. Introductory Remarks on the Establishment and Operation of the International (ad hoc) Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. En: Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro. Buenos Aires: Drnas-Lerner Editores, 2002, vol. II, p. 819-858.

_____, International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law. En: Vohrah, L.C. et al. (eds), Man's Inhumanity to Man, Essays in Honour of Judge Antonio Cassese. Netherlands: Kluwer, 2003, p. 595-640.

_____, Responsabilidad internacional del Estado por genocidio. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Srebrenica. En: International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Enero-junio 2010, no. 16. p. 17-43.

PAUST, Jordan J. et al. Human Rights Module on Crimes against Humanity, Genocide, Other Crimes against Human Rights, and War Crimes (2nd ed.). Durham: Carolina Academic Press, 2006.

PRIETO Sanjuán, R. et al. Akayesu, el primer juicio internacional por genocidio. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006. REMIRO Brotóns, Antonio. El caso Pinochet. Los límites de la Impunidad. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.

_____, La Responsabilidad penal individual por crímenes internacionales y el principio de jurisdicción universal. Creación de una jurisdicción penal internacional. Colección Escuela Diplomática no. 4. Madrid: Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación, 2000.

ROBERGE, Marie-Claude. Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide. En: International Review of the Red Cross. December, 1997, no. 321, p. 2.

SANDOZ, Swinarski and Zimmermann (eds). Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneve, ICRC 1987.

SCHABAS, William A. An Introduction to the International Criminal Court. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WERLE, Gerhard. Tratado de derecho penal internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

ZOLLER Elisabeth. La définition des crimes contre l'humanité. En: Journal de droit internationale. Juillet/août/septembre 1993, no. 120, (3) p. 549-568.

Los principios de autonomía y libre autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales en el derecho internacional*

Juan Ramón Martínez Vargas**
Andrés Contreras Fonseca***

Planteamiento del problema

El 1 de febrero de 2009, el Cabildo de Jambaló, autoridad de la comunidad Nasa (Colombia), emitió la Resolución 002 de 2009 por medio de la cual las autoridades indígenas reivindicaban sus derechos sobre el territorio ancestral, así como el pleno ejercicio de su autonomía sobre éste, ordenando el desalojo de todos los laboratorios de producción de narcóticos que se encontraran dentro de su territorio[1]. Tal decisión, acarreó que las Farc pusieran en la mira de sus

* Este artículo es producto del proyecto de investigación "Los derechos fundamentales en el derecho internacional y el derecho comparado", que pertenece a la línea de investigación de Derecho Internacional y Globalización, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá. Colombia.

** Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Máster en Cuestiones Actuales de Derecho Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Profesor de carrera académica en Derecho Internacional de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Contacto: juan.martinez@urosario.edu.co

*** Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes de Colombia. Abogado de la Universidad del Rosario de Colombia. Joven Investigador del Grupo de Derecho Internacional de la facultad de Jurisprudencia de la misma Universidad. Profesor de Derecho Internacional y Teoría del Derecho Internacional. Asistente a la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Washington College of Law 2010. jaime.contreras@urosario.edu.co

[1] COLOMBIA. CABILDO DE JAMBALÓ. Resolución 002 de 2009. Dispone: "Se notifica a los dueños de las cocinas o laboratorios que se han instalado dentro del territorio para que en el término de tres días, contando a partir de la firma y publicación de la presente resolución, desalojen voluntariamente del territorio (…). En caso de que lo provisto por la resolución no se cumpla, la ley indígena ordena que los Nasakiwe Tegnas (Guardias Indígenas) ubiquen a actores armados, armas y laboratorios, y procedan a desalojarlos. "Comuníquese, aplíquese y cúmplase".

actividades armadas a los dirigentes de la comunidad, resultando en el asesinato de dirigentes de dicha comunidad, además de la detonación de varios cilindros bomba dentro del territorio indígena[2].

A lo anterior se sumó la postura unánime proclamada el 24 de febrero de 2011, fecha en la cual alrededor de 10.000 indígenas de cuatro etnias colombianas, se reunieron en el sur del país para reiterar su neutralidad frente al conflicto armado[3], esa característica que se atribuían en el marco de la guerra puede resumirse en las palabras de Élides Pechene, Consejero Mayor del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) expuso lo que puede ser tenido con el resumen de la situación: "El dolor por la violencia que a diario nos golpea es muy fuerte, pero lo es más nuestra determinación de no participar en esta guerra que es ajena a nuestros pueblos"[4].

En el marco de los acontecimientos que nos permiten ejemplificar, es posible resaltar que en los últimos años la reivindicación de los derechos de tales pueblos, y sobre todo de su autonomía, ha tenido grandes avances. Ello se evidencia en las manifestaciones efectuadas por organizaciones internacionales[5], a través de la creación de instrumentos encaminados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas[6], así como en los avances jurisprudenciales

---

[2] MORALES, L. Los indígenas desafían al narcotráfico. En: Revista *Semana*. Edición virtual. Disponible en Internet: http://www.semana.com/conflicto-armado/indigenas-desafian-narcotrafico/126360-3.aspx

[3] En los primeros días del mes de julio de 2012, la imagen de un grupo de indígenas de la comunidad Nasa arrastrando de pies y manos a un sargento del Ejército Colombiano, en medio de la controversia en el Cerro Berlín del municipio de Toribío en el norte del departamento del Cauca, convulsionó el panorama político y de opinión en Colombia. Las reacciones en diversos sectores sociales no se hicieron esperar, en voces divergentes entre respeto y apoyo a hacia la Fuerza Pública, señalamientos de la posible infiltración de grupos al margen de la ley en el movimiento indígena y el llamado de los pueblos indígenas al respeto de su autonomía y autodeterminación.

[4] AFP. Indígenas reiteran su neutralidad frente a conflicto armado, Diario *El Espectador*. Disponible en Internet: http://www.elespectador.com/noticias/paz/articulo-253060-indigenas-reiteran-su-neutralidad-frente-conflicto-armado.

[5] ONU. Asamblea General. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007.

[6] OIT. Convenio OIT, no. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 27 de junio de 1989.

en materia de protección de la población y territorio indígena, tanto en los tribunales nacionales[7] como en los internacionales[8].

A pesar de los esfuerzos de la sociedad internacional, orientados a generar un marco jurídico para los pueblos indígenas, todavía existen vacíos en torno aspectos cruciales como por ejemplo, los límites a su autonomía y el rol que están llamados a desempeñar dentro de la estructura estatal, careciendo por tanto de una definición fundamental en el derecho internacional, que en casos como el colombiano permitiría un manejo adecuado y justo de las circunstancias. A lo sumo, el derecho internacional se ha preocupado por establecer prohibiciones generales sobre el involucramiento de los pueblos indígenas en conflictos armados que les son ajenos[9], sin embargo, nunca un pronunciamiento se ha adentrado en el complejo sistema de relaciones entre los pueblos indígenas y las autoridades estatales.

El presente escrito, en honor del Maestro Marco Gerardo Monroy Cabra, no pretende entrar a estudiar detalladamente cuál es el rol de los pueblos indígenas y tribales dentro de un conflicto armado. Sin embargo, la situación de los indígenas del departamento del Cauca, nos permite identificar que existe un desconocimiento por parte de las autoridades estatales de la definición, límites y estándares de los principios de autonomía y libre autodeterminación de los pueblos en lo que respecta a pueblos indígenas y tribales, es por ello que consideramos que para dar solución a un contexto problemático como el presentado, es preciso hacer un alto en el camino y estudiar el alcance que en la actualidad tienen estos principios, como eje principal del desarrollo de una política clara hacia esta población, basada en el diálogo y respeto de la protección internacional de la que son sujetos.

De esta manera, el presente trabajo aborda el alcance actual de los precitados principios, para establecer una propuesta de lectura de las obligaciones que del derecho internacional surgen en la forma de interactuar con los pueblos indíge-

---

[7] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Infra,* no. 99. BELICE. CORTE SUPREMA. Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros Vs. Procurador General de Belice y otros, casos 171 y 172 de 2007. Sentencia de 18 de octubre de 2007. BOLIVIA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006. I. ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo de 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI, a la p. 4.

[8] CORTEIDH. Infra, no. 80.

[9] ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Supra, no. 7. Artículo 30.

nas y tribales. Atendiendo a ese objetivo nos adentraremos en los fundamentos sociológicos, políticos y jurídicos del principio de autonomía de los pueblos indígenas y tribales, para posteriormente dilucidar *si estos son entes paralelos al desarrollo social de los Estados, si forman parte de la estructura Estatal, o si deben ser consideradas como comunidades autónomas dentro de los Estados,* pero que requieren de un constante diálogo y relación con las autoridades Estatales.

En este orden de ideas, para dar respuesta a nuestro problema jurídico, nos disponemos a desarrollar el principio de autonomía de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional y a precisar la naturaleza jurídica que ostentan estos pueblos en el marco de este principio.

Autonomía de los pueblos indígenas

El principio de autonomía reconocido a las comunidades indígenas y pueblos tribales varía a la hora de ser aplicado en los ordenamientos internos de los Estados. De esta manera, nos encontramos con un escenario lleno de contrastes, que van desde legislaciones absolutamente garantistas a la hora de reconocer el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, al menos en el papel[10], hasta legislaciones que carecen de contenido en torno a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas[11].

A pesar de lo anterior, encontramos que con el paso de los años diversos órganos internacionales han generalizado la figura de los derechos propios de los pueblos indígenas, llegando incluso a hacer aplicables disposiciones establecidas en instrumentos no ratificados por los Estados a los que se les hace efectiva[12], generando de esta manera amplias interpretaciones a favor de estos pueblos que surgen del núcleo mismo del derecho internacional de los derechos humanos, lo que en términos generales nos permite hablar de un estándar mínimo de respeto hacia los pueblos indígenas y tribales y su autonomía en el derecho internacional.

---

[10] COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. Artículos 7, 246 y 286 (entre otros). MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 1917. Artículo 2. REPÚBLICA DE FILIPINAS. THE INDIGENOUS PEOPLES RIGHTS ACT OF 1997. 29 de octubre de 1997. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. INDIAN CIVIL RIGHTS ACT. 1968. NUEVA ZELANDA. TREATY OF MAITANGI ACT. 1975.

[11] Un ejemplo claro es el del Estado de Surinam, donde su Constitución y demás legislación vigente no hace referencia alguna a los derechos de los pueblos indígenas. El reconocimiento a la libre determinación de las naciones es el único punto destacado que podría ser interpretado a favor de los pueblos indígenas. Constitución del Estado de Surinam. 1987. Artículo 1.

[12] CORTEIDH. Caso del Pueblo Saramaka. Infra, no. 81.

Aspectos generales de la autonomía de los pueblos indígenas

Para dar claridad en la comprensión del principio de autonomía, es útil profundizar en primera instancia, en el significado del vocablo *territorio indígena.* Toda vez que no encuentra éste identidad exacta con el significado corriente del término tierra, entendido como un bien ubicado dentro de una jurisdicción estatal específica susceptible del ejercicio del derecho de dominio bajo las normas civiles y/o comerciales que le rigen, siendo entonces un activo alienable que, además, se caracteriza por estar vinculado jurídica y materialmente con un sujeto de derechos. Por el contrario, la referencia al territorio indígena dota a esa extensión física de suelo de una especial condición, intrínsecamente relacionada con elementos religiosos, culturales, de identidad y supervivencia de un grupo de personas en general y, por tanto, no se puede predicar de él la pertenencia a un patrimonio individual; generando un vínculo no sólo material, sino más bien espiritual y *único* respecto del lugar y sus componentes naturales[13].

El mencionado carácter especial del concepto de territorio, se sitúa entonces en que es mucho más amplio y abarca aspectos que van ligados a los elementos constitutivos del pueblo indígena. En ese contexto, la autonomía en el uso y administración del territorio debe ser protegida por el derecho internacional público, garantizando la efectividad del concepto de unidad entre el hombre y el territorio, que torna en no fungible el suelo habitado por una comunidad y del cual depende en gran medida su permanencia.

En palabras del antropólogo y ex relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, el concepto de territorio incluye la función productiva de la tierra, pero también abarca el concepto de patria, cultura, religión, lugares espirituales, ancestros, el entorno ambiental, y otros recursos como lo son el agua, los bosques y los recursos subterráneos[14]. Desde tiempos inmemoriales, agrega Stavenhagen, los pueblos indígenas han

---

[13] ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE - AIDA. Guía para la Defensa del Medio Ambiente, 2008. p. 86.

[14] STAVENHAGEN, Rodolfo. *Indigenous Peoples: Land, Territory, Autonomy, and Self-Determination*. Disponible en Internet: http://www.foodfirst.org/files/bookstore/pdf/promisedland/11.pdf . Este criterio ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en casos como Kychwa de Sarayaku. En: CorteIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 145.

mantenido una relación especial con la tierra, la fuente de su supervivencia, sustento y la base de su existencia como una comunidad territorial identificable[15].

Es por ello que cuando nos encontramos frente a coyunturas como la que se vive en el departamento del Cauca (Colombia), es imposible desligar el concepto de territorio ancestral del de autonomía, esto por tener una relación directa la preservación y protección del territorio con la existencia misma de la cultura indígena que lo habita. Así, la simple presencia de grupos armados dentro de un territorio considerado como sagrado para las comunidades indígenas del departamento del Cauca implica *per se* una amenaza a su existencia como grupo, y en el peor de los escenarios la causa efectiva de su destrucción.

En lo que respecta a los alcances que debe tener la autonomía de estos pueblos, Miguel Bartolomé afirma que uno de los niveles cruciales que ostenta este concepto, alude al manejo autónomo de los recursos existentes en las regiones étnicas por parte de sus poseedores. Son recursos naturales, territoriales y económicos, pero también culturales y políticos. El control, y no sólo el derecho al uso de estos recursos económicos, de acuerdo con sus propias necesidades y sus propias lógicas de producción y consumo, representa un paso fundamental para la concreción de un modelo autonómico[16].

De acuerdo con todo lo anterior, podemos concluir, en concordancia con la profesora Elena Lazos[17], que el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas tiene dos dimensiones, una *espacial*, y otra *de procesos.* En lo que respecta a la dimensión espacial, la autonomía se refiere específicamente, al uso, goce y manejo de los recursos naturales que estén dentro de su territorio ancestral. En lo que respecta a la autonomía de procesos, Lazos establece que se refiere al control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural para asegurar la reproducción y continuidad material y cultural del grupo.

Desde una perspectiva sociológica, creemos pertinente resaltar, que en el contexto ideal de protección y respeto hacia los pueblos indígenas, la presencia de grupos armados de carácter estatal y no estatal dentro del territorio ancestral

---

[15] Ibid.

[16] BARTOLOMÉ, Miguel. Gente de costumbre y gente de razón. Las identidades étnicas en México. México: Siglo XXI, 1997. En: LAZOS, Elena. Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios. Disponible en internet: http://www.latautonomy.org/CH_ideasIdenTerr.PDF

[17] LAZOS, Elena. Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios. Disponible en internet: http://www.latautonomy.org/CH_ideasIdenTerr.PDF

de estas comunidades, debería estar proscrita, permitiendo el control administrativo y jurisdiccional a las autoridades ancestrales.

No obstante, las anteriores posturas se encuentran sustentadas desde puntos de vista no jurídicos y apelan exclusivamente a los derechos inmanentes de los pueblos en virtud de sus prácticas ancestrales, y la lucha por la protección y preservación de los grupos indígenas y los pueblos tribales en el marco internacional actual. Es por eso que para darle una solución adecuada al problema que nos hemos planteado, es preciso adentrarnos en los aspectos jurídicos y políticos de la autonomía de los pueblos indígenas, análisis imprescindible, por cuanto la realidad de que estos grupos se desarrolla dentro de Estados soberanos, con legislaciones propias, fines estatales propios y contextos históricos y políticos especiales. Es ésta una situación inocultable y pretender omitir su existencia, sería cuando menos idealista e impreciso.

En este sentido, nos detendremos a analizar el concepto de *multiculturalismo*, a la luz de las teorías de la concepción moderna del Estado, para después abordar el asunto del *principio de libre autodeterminación de los pueblos*, y la posibilidad de aplicarlo a los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo la aplicación que se le ha dado desde diversas instancias internacionales en el tema específico.

Multiculturalismo y pueblos indígenas

Desde la Alta Edad Media hasta mediados del siglo xx, se dio en Europa el proceso de desarrollo, consolidación y apogeo de lo que hoy conocemos como Estado-nación. Ariel Français identifica dos características principales para poder definir este concepto, en primer lugar, hablamos de la existencia de una conciencia de que el orden político transcendía a las personas de los gobernantes[18], es decir, que existe una escisión entre el gobernante y el Estado mismo y, en segundo lugar, encontramos el concepto de nación, entendido como la colectividad forjada por la historia y determinada a compartir un futuro común, la cual es soberana y constituye la única fuente de legitimidad política[19]. Así, a pesar de su importancia histórica, el concepto de Estado-nación no resulta preciso a la hora de definir la población que compone un Estado, en cuanto omite

[18] Français, Ariel. El crepúsculo del Estado-Nación. unesco. 2000. Disponible en internet: http://www.unesco.org/most/francais.htm#autor

[19] Ibid.

completamente el estudio de las minorías étnicas, culturales y sociales, y su rol dentro del desarrollo de la actividad social, así como su interrelación y posición frente al grupo nacional dominante.

Actualmente, la teoría multicultural es la oponente de la clásica concepción del Estado-nación que tradicionalmente se venía manejando[20]. La aplicación de la teoría multicultural surge, como Yoav Hammer afirma, debido a que desde hace más de dos décadas, las democracias occidentales han incrementado su conciencia sobre la existencia de minorías culturales dentro de su territorio, y además, el deseo de estas de preservar su identidad y cultura[21]. Actualmente, agrega Hammer, existe una amplia consciencia dentro de los Estados acerca del error que se comete cuando se intenta subsumir a las minorías culturales dentro de la mayoría dominante, y por este motivo existe la concepción de que en muchas ocasiones, los Estados deben tomar medidas para proteger los derechos las minorías y así preservar su identidad y cultura[22].

A raíz de la creación de la conciencia sobre la existencia y los derechos de las minorías se creó la teoría del multiculturalismo. El profesor Caleb Rosado define el multiculturalismo como un sistema de creencias y comportamientos que reconoce y respeta la presencia de diversos grupos en una organización o sociedad, reconoce y valora sus diferencias socioculturales, y alienta y permite su contribución continua dentro de un contexto inclusivo que beneficia a todos dentro de la organización o sociedad[23]. De otro lado, Will Kymlicka sostiene que cualquier intento por formular una única definición que comprenda múltiples variantes está abocado a ser demasiado vago[24], sin embargo, plantea que el multiculturalismo consiste en que los Estados no solo deben garantizar el conjunto habitual de los derechos civiles, políticos y sociales que están protegidos constitucionalmente en todas las democracias liberales, sino también, adoptar diversos derechos y políticas concretas en relación con diferentes grupos que

---

[20] RODRÍGUEZ, Simone y DOMÍNGUEZ, Carlos. Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. En: Revista Política y Cultura. Abril, 2011, no. 35. México DF.

[21] HAMMER, Yoav. Multiculturalism and the Mass Media. Journal of Law and Ethics of Human Rights. En: Academic Center of Law and Business - Ramat Gan Law School. 2007, vol. 1, no. 169. 1.

[22] Ibid., p. 2.

[23] ROSADO, Caleb. Toward a Definition of Multiculturalism. 1996. Disponible en internet: http://rosado.net/pdf/Def_of_Multiculturalism.pdf

[24] KYMLICKA, Will. Las odiseas multiculturales. Barcelona: Paidós, 2000, p. 75.

intentan otorgar reconocimiento y acomodo a las identidades y aspiraciones específicas de los grupos etnoculturales[25].

De esa manera, teóricos del liberalismo han planteado repensar el liberalismo y su individualismo filosófico, encontrando que además de la diversidad de concepciones sobre la vida digna que acaban coexistiendo en una sociedad plural, propuesta por Rawls y Dworkin, se puede desarrollar una teoría que dé cuenta del estatus de las minorías[26].

De tal forma, en el caso de los pueblos indígenas, Kymlicka y Banting han propuesto un índice de políticas multiculturales, que para ellos puede llegar a medir el avance de los Estados en la aplicación de la teoría multicultural, específicamente con respecto a los derechos de los pueblos indígenas[27]. Este índice consiste en:

1. Reconocimiento de los derechos territoriales.
2. Reconocimiento de los derechos de autogobierno.
3. Mantenimiento de los tratados históricos y/o firma de nuevos tratados.
4. Reconocimiento de los derechos culturales (lengua, caza, pesca, etc.).
5. Reconocimiento del derecho consuetudinario.
6. Garantía de representación o consulta en el gobierno central.
7. Afirmación constitucional o legislativa del estatus especifico de los pueblos indígenas.
8. Ratificación o apoyo de los mecanismos internacionales en materia de derechos indígenas.
9. Discriminación positiva a favor de los miembros de las comunidades indígenas[28].

Vemos cómo, al adoptar una perspectiva multicultural, los Estados se convierten en entes incluyentes y respetuosos de los derechos de las minorías, llevándonos a afirmar que cualquier Estado que pretenda adoptar una perspectiva multicultural dentro de sus políticas y fines, indefectiblemente debe desarrollar mecanismos de otorgamiento de autonomía a sus pueblos indígenas y tribales, y adicionalmente

---

[25] Ibid.

[26] RODRÍGUEZ y DOMÍNGUEZ. Supra, no. 22, p. 51.

[27] KYMLICKA. Supra, no. 26, p. 81.

[28] Ibid., p. 82.

crear canales efectivos de dialogo que garanticen la fluidez de comunicación con estos grupos y el máximo respeto por su cultura y visión del mundo.

Libre autodeterminación de los pueblos

La aplicación del principio de la libre autodeterminación de los pueblos ha sido protagonista en la composición del panorama internacional como hoy lo conocemos. El origen del reconocimiento de la autodeterminación en el plano político se puede rastrear en el periodo de entre guerras, con la inclusión del principio dentro de los 14 puntos de la doctrina para articular las relaciones internacionales después de la Gran Guerra de W. Wilson, y su utilización por parte del marxismo-leninismo como fundamento de la necesidad de devolver al proletariado la soberanía usurpada por los Estados capitalistas[29]. Sin embargo, la mutación de lo que había sido considerado como una mención política[30] en un principio de derecho internacional se dio después de la Segunda Guerra Mundial, con la consagración del principio de libre autodeterminación de los pueblos dentro de la Carta de San Francisco[31].

Para Brotons, lo que se consagró como una de las bases del fomento de relaciones de amistad entre las naciones, y aparentaba ser una mención programática, incluso retórica, "se convirtió en el motor de un proceso histórico de descolonización, transformando el principio al galope en imperativo gracias a una muchedumbre de declaraciones de la AG [Asamblea General de las Naciones Unidas] y a su misma inclusión como pórtico (artículo 1) de los Pactos sobre Derechos Humanos"[32].

Para poder entender el principio de la libre autodeterminación de los pueblos, debemos establecer de dónde se deriva su consagración. E. M. Morgan establece que el principio "deriva de un presupuesto filosófico, la existencia de un impulso en el ser humano que le lleva a traducir la aspiración en realidad; así como de un postulado, el de la igualdad inherente de todas las personas"[33].

---

[29] BROTONS, Antonio Remiro. Derecho internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 165.

[30] Comisión designada por la Sociedad de Naciones en el asunto de las Islas Aaland (Finlandia c. Suecia). 1920. Citada en: BROTONS. Supra, no. 31.

[31] ONU. Carta de San Francisco. 1945. Artículos 1.2 y 55.

[32] BROTONS. Supra, no. 31.

[33] MORGAN, E. M. The Imagery and Meaning of Self-Determination. New York: New York University Journal of International Law and Politics. MES, 20, 1998, no. 20. Citado en: AMAYA. Infra, no. 39, p. 137.

De otro lado, Iris Marion Young ha entendido la autodeterminación como un valor necesario y esencial para la consecución de una verdadera justicia social[34]. Young define este elemento de la justicia como la posibilidad de ser capaz de participar en la determinación de las acciones propias y las condiciones de dichas acciones, al contrario de la dominación[35].

A pesar de que la teoría de Young no está expresamente enfocada a ver la autodeterminación desde una perspectiva colectiva, como es el caso de *los pueblos,* podemos apreciar cómo el fundamento de este principio está en contacto directo con las bases mismas de los valores que sustentan las teorías modernas de derechos humanos[36]. Así, su posición resulta de gran importancia en la medida en que si analizamos el sentido de lo que implica la autonomía de tomar decisiones para una colectividad conforme esta interpretación, dentro de un contexto de reconocimiento de los otros *pueblos* como comunidades independientes y que son sujetos de una especial protección a la luz del derecho internacional, podemos encontrar que en la medida en que un Estado garantice independencia y una verdadera autogestión de todas sus actividades a los pueblos que tradicionalmente no han sido reconocidos, se estaría acercando a un ideal de justicia e igualdad que permite el desarrollo de estas colectividades como parte de la sociedad.

En la actualidad, la doctrina no es pacífica a la hora de establecer si el campo de aplicación y desarrollo del principio de libre autodeterminación de los pueblos va más allá de los procesos de descolonización[37]. Sin embargo, podemos identificar, además de los pueblos coloniales, los pueblos étnicos o nacionales, y los pueblos indígenas[38]. Dentro de su obra, James Anaya, actual Relator de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece que,

> la autodeterminación se refiere a seres humanos, no sólo como individuos dotados de una voluntad autónoma, sino sobre todo en su condición de seres sociales responsables de la organización y funcionamiento de las comunidades en las que viven. En su sentido más evidente, el término pueblos

---

[34] YOUNG, Iris Marion. Inclusion and Democracy. Norfolk: Oxford Political Theory, 2000, p. 3.

[35] Ibid.

[36] Estamos hablando de la concepción de igualdad y libertad que fundamenta dicha teoría.

[37] ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Andalucía: Editorial Trotta, 2005.

[38] BROTONS. Supra, no. 31, p. 166

> engloba sin duda a muchos grupos indígenas (…) que forman comunidades diferenciadas, cada una de ellas con sus propias características sociales, culturales y políticas, firmemente enraizadas en la historia[39].

El problema que se nos presenta en este punto es el de si realmente podríamos hacer extensible la aplicación del término "pueblos" a las comunidades indígenas y tribales, o simplemente debemos limitarnos a visiones mucho más conservadoras, tradicionalistas y restrictivas de la autodeterminación. Esto, al interpretar el principio desde alguna de las posturas doctrinales que limitan su aplicación a pueblos bajo dominio colonial, a las poblaciones agregadas de los Estados independientes, o por esferas perceptibles de cohesión etnográfica y soberanía territorial ejercida históricamente[40].

James Anaya, es uno de los más grandes críticos de las visiones restrictivas del principio de la libre determinación de los pueblos, para él, la interpretación del principio debe estar ligada a una visión coherente con el rumbo en el que evoluciona el mundo[41].

Así, Anaya establece que:

> Un concepto de autodeterminación que no tome en cuenta las múltiples pautas de asociación e interdependencia humana es cuanto menos incompleta y está seguramente distorsionada (...) Si se interpreta correctamente, el principio de autodeterminación, al igual que los valores que esté incorpora, beneficia a todos los grupos –es decir, a los "pueblos" en el sentido ordinario del término– a lo largo del espectro de la compleja red de interrelaciones y lealtades, y no solo a los pueblos definidos por fronteras de soberanía, sean estas ya existentes o simplemente percibidas. (...)
>
> Dentro de un concepto que vincule consideraciones de derechos humanos con consideraciones de estabilidad política, el término pueblos, debe interpretarse de forma que incluya todas las esferas de la comunidad, definidas por elementos de identidad y conciencia colectivas en las que se desenvuelve la vida de los pueblos; y ello con independencia de consideraciones de

[39] ANAYA. Supra, no. 39, p. 141.

[40] Ibid. p. 144 y 145.

[41] ANAYA. Supra, no. 39, p. 147.

> soberanía histórica o de postulados de soberanía preexistente. El término pueblos se refiere tanto no solo a poblaciones agregadas de los estados y territorios coloniales, sino a otras esferas de la comunidad que definen la existencia humana y la sitúan en el mundo[42].

Con respecto al contenido del principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional de Colombia se ha encargado de aterrizar lo que puede considerarse como la garantía de autonomía de las comunidades indígenas y tribales, así la Corte ha establecido:

> […] a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural[43].

De esta manera, a luz de las interpretaciones expuestas podemos entender que en un sentido amplio y garantista, la libre autodeterminación de los pueblos se constituye como un principio incluyente, que se puede aplicar a un espectro mucho más amplio del que tradicionalmente se le dio, y que resulta un excelente catalizador para garantizar los derechos de minorías de muchas índoles al interior del Estado.

En el caso concreto de los pueblos indígenas, es posible descartar la idea de que la autonomía que tradicionalmente han solicitado, lleve implícito un derecho de emancipación del Estado donde se encuentran asentados, y en cambio, estaríamos hablando de una necesidad de reconocimiento de un derecho de autogobierno, entendido como lo establece Shin Imai, como un haz de relaciones jurídicas dinámicas, aspiraciones políticas y la afirmación de la continuidad

---

[42] ANAYA. Supra, no. 39, p. 147 y 148.

[43] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

cultural[44]. Sin embargo, consideramos que la autodeterminación de los pueblos indígenas, debe incluir, como ha expuesto la Corte Constitucional de Colombia, una garantía amplia de autonomía administrativa y jurisdiccional de las comunidades, lo que por fuerza se traduce, en una libertad organizacional suficiente para salvaguardar la supervivencia del grupo.

Reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en el derecho internacional

Después del análisis de los fundamentos del reconocimiento de los derechos de autonomía de los pueblos indígenas nos corresponde hacer un análisis del desarrollo que se le ha dado al tema a la luz del derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo los instrumentos internacionales, pronunciamientos judiciales y cuasi judiciales que han desarrollado este derecho.

Instrumentos internacionales

En el seno de la Organización Internacional del Trabajo, encontramos uno de los instrumentos más representativos en materia de protección de pueblos indígenas, hablamos del "Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989". La importancia de este instrumento internacional es innegable para el desarrollo actual en la materia, pues como veremos posteriormente, ha constituido el cimiento del razonamiento jurídico expuesto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de minorías indígenas y tribales[45].

A pesar de su peso en el contexto internacional, el Convenio 169 no es una herramienta demasiado útil a la hora de determinar cuáles son los límites que se pueden trazar a la autonomía de los pueblos indígenas y tribales dentro del contexto de un conflicto armado, y menos de la capacidad de decisión que puedan tener las autoridades indígenas en dicho contexto.

Lo anterior, en cuanto el texto del Convenio se enfoca en el reconocimiento de las autoridades indígenas como actores fundamentales de la vida en sociedad al interior del Estado, sujetos de protección especial en temas vitales como el

[44] IMAI, Shin. Indigenous Self-Determination and the State, Indigenous Peoples and the Law. Padstow: Osgoode Readers, 2009, p. 290.

[45] CORTEIDH. Infra, no. 78.

derecho de participación en los asuntos que les conciernen[46], reconocimiento de tierras[47], situación laboral[48], educación,[49] seguridad social, salud[50] y formación profesional[51].

Desde una perspectiva histórica, el Convenio 169 constituye un instrumento de protección inigualable para los pueblos indígenas, ya que en su momento representó un gran esfuerzo internacional por regular la situación específica de sus derechos. Pero en la actualidad se queda corto en temas centrales como la autonomía de las comunidades indígenas frente a las autoridades Estatales, incluso con la consagración de la figura de la consulta previa en el texto del Convenio[52], y la posibilidad de ejercer una participación activa y determinante en la toma de decisiones, tanto en aquello que de manera directa repercute en su vida así como en aquellos asuntos que pese a no afectar de manera directa a la comunidad sí están revestidos de interés para la misma, contribuyendo, además, a la realización de los principios y fines rectores del Estado.

Empero, el Convenio estipula una herramienta crucial en lo que respecta a la comunicación entre las autoridades estatales y las comunidades, así en el artículo 6 se establece que los Estados deben consultar a los pueblos "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"[53]. De igual forma, prescribe que dichas consultas deben hacerse "de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas"[54].

Luego encontramos otro de los grandes avances en materia de protección de pueblos indígenas. El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los De-

---

[46] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. 27 de junio de 1989. Ginebra. Artículo 2.

[47] Ibid., artículos 13 y ss.

[48] Ibid., artículo 20.

[49] Ibid., artículos 26 y ss.

[50] Ibid., artículos 24 y 25.

[51] Ibid., artículos 21 y ss.

[52] Ibid., artículo 6.1.

[53] Ídem.

[54] Ibid., artículo 6.2.

rechos de los Pueblos Indígenas". Este instrumento, aunque no es vinculante para los Estados, resulta de vital importancia en cuanto demuestra la existencia de una conciencia más o menos general en el seno de las Naciones Unidas con respecto a la necesidad de reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas.

En su artículo 3, la Declaración reconoce expresamente el derecho a la *libre autodeterminación* de los pueblos indígenas, y en virtud de este derecho, reconoce la potestad de determinar libremente su condición política, y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural[55]. Adicionalmente, la Declaración, garantiza los derechos de autonomía y autogobierno[56]. Con respecto a la participación de los pueblos indígenas dentro de la estructura estatal, el instrumento otorga a las mismas comunidades la posibilidad de elegir si desean cumplir un rol dentro de las actividades económicas, políticas, sociales y culturales de los Estados, dentro de un contexto de respeto por el derecho de las comunidades a conservar y reforzar sus instituciones tradicionales[57], además de una prohibición expresa a la utilización de territorio ancestral indígena para el desarrollo de actividades armadas[58], que será analizado con posterioridad.

Con el paso de los años, la Declaración sobre Pueblos Indígenas de 2007 ha ido cobrando fuerza en el ámbito internacional. James Anaya, en calidad de Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, presentó su declaración frente al Foro Permanente de Asuntos Indígenas de las Naciones Unidas en 2011, y resaltó los enormes avances que se han efectuado en lo referente a las adhesiones por parte de distintos gobiernos al contenido de la Declaración, es el caso de los gobiernos de Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos de América[59], que tradicionalmente se abstuvieron o votaron en contra de la consagración específica de los derechos de los pueblos indígenas.

---

[55] ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007. Artículo 3

[56] Ibid., artículo 4.

[57] Ibid., artículo 5.

[58] Ibid., artículo 30.

[59] ANAYA, James. Statement by Professor James Anaya, Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the Tenth Session of the UN Permanent Forum on Indigenous Issues. Nueva York. 19 de mayo de 2011.

La importancia de las nuevas adhesiones de los Estados se evidencia especialmente por dos motivos, en primer lugar, le da vigencia a las discusiones internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, lo que significa su discusión continúa ocupando un lugar importante en la agenda internacional de los Estados; y en segundo lugar ya que los Estados mencionados anteriormente tienen un alto número de población indígena que habita dentro de su territorio, lo que representa un paso más en la tradicional lucha de las comunidades indígenas por el reconocimiento de sus derechos ancestrales.

En la misma línea, Anaya ha resaltado algunas de las características más importantes de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la importancia que para estos reviste[60].

Dentro de los aspectos relevantes para nuestro objeto de estudio encontramos en primer lugar, la naturaleza jurídica de la Declaración que si bien no pretende crear nuevos derechos, sí hace uso de los principios de igualdad y de autodeterminación, para construir un enfoque de derechos colectivos aplicable al análisis de los derechos humanos, que goza de plena vigencia en el contexto de los pueblos indígenas[61]. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta la posición de Anaya al resaltar la necesidad de un trabajo conjunto de los pueblos indígenas y las autoridades estatales, con el fin de lograr la adecuada implementación de los principios trazados dentro de la Declaración, y el cabal cumplimiento de sus disposiciones, en cuanto el instrumento sólo constituye un plano de los objetivos a alcanzar, pero su implementación se hace exclusivamente a nivel doméstico[62].

Así, queda claro que la "Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", representa un instrumento de importancia trascendental en el marco de protección de los pueblos indígenas, que pone de presente el proyecto básico de creación de estándares mínimos que en un ideal de completa realización garantizaría la dignidad, igualdad, autonomía y demás derechos necesarios para garantizar la protección de los pueblos indígenas y su supervivencia. A pesar de lo anterior, la declaración solo representa un paso en el camino de la obtención del reconocimiento pleno de los derechos de los pueblos indígenas.

---

[60] ANAYA, James. Keynote Speech at the 2011 New South Wales Aboriginal Land Council Conference. Australia. 5 de abril de 2011.

[61] Ibid.

[62] Ibid.

En lo que respecta a instrumentos regionales en materia de derechos humanos, podemos identificar cláusulas que pueden ser interpretadas extensivamente a favor de los derechos de los pueblos indígenas[63], de allí que este tema lo abordaremos de una manera más profunda y a la luz de los pronunciamientos de los tribunales y demás órganos encargados de interpretar dichos instrumentos.

Dicho proyecto de "Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", pretende desarrollar los derechos allí contenidos de una manera similar a la que se utilizó dentro de la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Específicamente en el tema de la autonomía y autogobierno, el proyecto de declaración estipula que los pueblos indígenas tienen derecho de administración sobre todos los aspectos relativos a "cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas"[64].

De ser aprobado el proyecto de Declaración en el seno de la OEA, nos encontraríamos frente a una ratificación de la voluntad política de los Estados de la región en torno al fomento de políticas claras de respeto por el derecho de los pueblos indígenas. Esto toma especial relevancia cuando nos encontramos en una de las regiones en las que tradicionalmente se ha presentado una mayor vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, y donde sistemáticamente se les ha negado el reconocimiento de sus derechos ancestrales[65].

En términos generales, podemos concluir que aún queda un gran camino por recorrer en materia de creación de instrumentos internacionales que garanticen los derechos de los pueblos indígenas, en especial porque el único que tiene carácter vinculante es el Convenio 169. Especialmente encontramos un

---

[63] Es el caso de los artículos 1.1, 3, 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 2, 3, 5, 17, 19, 20, 21, 22 y 60 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

[64] OEA. Proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

[65] En su último informe sobre la situación general de los pueblos indígenas en América, la Relatoría sobre los Derechos de los pueblos indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló: "En el hemisferio americano habitan más de 40 millones de personas que se identifican como integrantes pueblos indígenas, y se calculan en no menos de 400 las etnias y pueblos que los agrupan. En términos generales, y particularmente en Latinoamérica, los indígenas son los pobres entre los pobres y los excluidos entre los excluidos, es decir los más pobres y excluidos de nuestras sociedades". En CIDH. Relatoría sobre los Derechos de los pueblos indígenas. Situación de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas en las Américas. Washington DC. 2000.

enorme vacío en lo que respecta al contorno y contenido del derecho a la libre autodeterminación y, por ende, a la autonomía que merecen estos pueblos.

El siguiente paso para estudiar la autonomía de los pueblos indígenas frente a las autoridades estatales es desarrollar el tratamiento que le han dado a la materia, los tribunales internacionales y otros órganos especializados en materia de derecho internacional y derecho internacional de los derechos humanos.

Pronunciamientos judiciales y cuasijudiciales del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es el órgano encargado de la promoción y prevención de vulneraciones de derechos humanos creado en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA). La CIDH realiza un trabajo permanente encaminado a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, que incluye, entre otras cosas, la creación de la Relatoría Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Desde sus primeros pronunciamientos, la CIDH ha reconocido la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas y tribales en la coyuntura latinoamericana[66]. Así, la Comisión ha entendió que los Estados "(…) deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel de afectación que soportan por las violaciones a sus derechos humanos"[67].

Dentro de una atrevida propuesta de protección de las comunidades indígenas, la CIDH ha llegado a solicitarle a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH), que reconozca la existencia de una norma internacional de carácter consuetudinario, que obliga a los Estados, por lo menos americanos, a proteger y respetar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales[68]. Realizar tal afirmación requiere de un desarrollo mucho más profundo a la luz

[66] CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. 30 de diciembre de 2009, párr. 50.

[67] Ibid., párr. 49.

[68] CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v.

del sistema de fuentes del derecho internacional, sin mencionar que la voluntad de protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales de la comunidad internacional debería ser diametralmente más clara, con el fin de probar el sentimiento de vinculatoriedad que los Estados tendrían con esta consagración, lo que se traduciría en la implementación real de normas y acciones tendientes a fortalecer a estas comunidades, no obstante tal ideal no se encuentra plasmada en la coyuntura internacional actual.

En este contexto, recientemente, la Comisión presentó ante la CORTEIDH la demanda dentro del caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, fallado en 2012, en dicho caso, la CIDH analiza la responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de una de las expresiones más claras de la autonomía de los pueblos indígenas, el derecho sobre el territorio[69].

La CIDH reitera su precedente y el de la CORTEIDH, en lo que respecta a la interpretación de la obligaciones generales de los Estados frente a los pueblos indígenas así, la CIDH reitera que en virtud del artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[70], los Estados se encuentran obligados a brindar una participación efectiva en la toma de decisiones sobre las afectaciones que se puedan dar sobre su territorio ancestral[71]. Para la Comisión, este derecho forma parte de las obligaciones de permitir la asunción de control sobre las instituciones y territorios de los pueblos indígenas, que se deriva del Convenio 169 de la OIT[72].

Nicaragua. Referidos en: CorteIDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(d).

[69] CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador. Caso 12.465. Demanda del 26 de abril de 2010. Los hechos del caso versan sobre la posible vulneración de los derechos de la comunidad Kichwa, por la omisión del Estado en la realización de una consulta previa, antes de autorizar desarrollar un proyecto en territorio ancestral indígena.

[70] El artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que la CADH no puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados." Esta disposición ha sido utilizada en reiteradas oportunidades por la Corte Interamericana para darle una interpretación amplia y garantista a los derechos consagrados dentro de la CADH. Ver: CORTEIDH. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, no. 146, párr. 117.

[71] Ibid., párr. 158.

[72] Ibid.

En lo que respecta a la protección del territorio ancestral, la Comisión ha expresado la importancia del reconocimiento por parte de los Estados de un concepto amplio de territorio, es así como en el Informe de Seguimiento de Acceso a la Justicia y a la Inclusión Social en Bolivia, la CIDH reitera el contenido del vocablo territorio indígena al *entender que dentro de este concepto se encuentran* "(…) no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso. La Comisión considera que esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general"[73].

Adicionalmente, la CIDH ha hecho extensivas disposiciones consagradas en otros instrumentos internacionales que no establecen específicamente derechos a favor de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue objeto de análisis en el caso de las comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice[74]. En dicha oportunidad la CIDH concluyó que la interpretación de los instrumentos internacionales en materia de protección de derechos humanos debe ser compatible con la evolución del derecho internacional y, por tanto, no es posible dejar de lado aquellas disposiciones que si bien emanan de instrumentos que no tienen carácter vinculante para el caso concreto sí permiten efectuar una interpretación actualizada y completa de la norma a aplicar[75]. Así, la Comisión se inclina por proteger el núcleo esencial de la existencia de los pueblos indígenas, entendiendo que a la luz de los principios del derecho internacional, y de acuerdo con una interpretación respetuosa de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de los pueblos indígenas es de vital importancia dentro de la coyuntura internacional actual[76], y es un deber de todos los Estados propender por el respeto de los territorios indígenas y su autonomía sobre ellos[77].

---

[73] CIDH. Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II. 135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.160.

[74] CIDH. Caso de las comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo vs. Belice. Fondo. Informe de 12 de octubre de 2004. Caso 12.053

[75] Ibid., párr. 87.

[76] Ibid., párr. 115.

[77] Ibid.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CORTEIDH es el órgano jurisdiccional de protección de derechos humanos de la OEA y al igual que la CIDH, se ha caracterizado por desarrollar una línea jurisprudencial fuerte con respecto a la protección de la población indígena y tribal en el hemisferio americano.

Desde la primera sentencia sobre pueblos indígenas y tribales, caso Mayagna, la Corte entendió la necesidad de desarrollar la autonomía de los pueblos indígenas, dando inicio a una línea jurisprudencial fuerte de desarrollo de los derechos que emanan de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la Población Indígena y Tribal.

Es así como la Corte ha desarrollado un concepto de autonomía indefectiblemente ligado a la posesión y control del territorio ancestral por parte de las comunidades, lo que se hace visible en el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua[78]. Lo anterior se ha desarrollado a través de una interpretación de las obligaciones consagradas de la Convención a la luz del *corpus iuris* de derecho internacional en materia de protección de derechos humanos, lo que incluye el Convenio 169 de la OIT, con sus cláusulas sobre los derechos de los pueblos indígenas respecto de su territorio ancestral, y la autonomía que estos consagran[79].

Así, la CORTEIDH ha creado un precedente garantista para los pueblos indígenas en lo que respecta a los derechos de autogobierno e independencia, reconociendo "que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana"[80]. En términos generales, el desarrollo de la línea jurisprudencial de la Corte sobre estos pueblos no presentó ninguna variación importante en lo referente al sustento normativo utilizado para proteger los derechos de que son titulares sobre su territorio ancestral hasta que se emitió el fallo del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.

---

[78] CORTEIDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C, no. 66. Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, no. 125, Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, no. 146 y CORTEIDH. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, no. 214.

[79] CORTEIDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Supra, no. 70.

[80] CORTEIDH. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa. Supra n. 80, párr. 118.

En el caso del pueblo Saramaka[81], la Corte se percató de que el Estado de Surinam no había ratificado el Convenio 169 de la OIT[82], lo que generaba una diferencia sustancial con respecto a los casos anteriormente evaluados, en cuanto al no estar el Convenio dentro del derecho internacional aplicable al Estado, no procedía una interpretación a la luz del artículo 29 de la CADH[83], imposibilitando, por tanto, la aplicación de su precedente jurisprudencial. Así, el órgano judicial se vio en la necesidad de interpretar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP), el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC) y las decisiones de sus respectivos Comités, con el fin de dotar de contenido jurídico vinculante para el Estado involucrado, a los derechos que ya eran de amplio reconocimiento internacional a favor de las comunidades indígenas.

La Corte trajo a colación la interpretación del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al recordar que el artículo 1 del PDESC[84], sobre la libre determinación de los pueblos, podría ser aplicado a pueblos indígenas y por ende a pueblos tribales[85]. Adicionalmente, a la luz de la interpretación del Comité de Derechos Humanos sobre el PDCP, la Corte entendió la autonomía de gobierno sobre el territorio indígena como parte fundamental del derecho a la cultura que establece el Pacto y que se encuentra dentro del artículo 27 de dicho instrumento[86]. De tal manera, es preciso resaltar que la Corte ha creado un estándar de interpretación del derecho a la propiedad privada que incluye diferentes escenarios de respeto por el derecho a la propiedad comunitaria, la libre autodeterminación de los pueblos y el derecho a la cultura. Bajo este supuesto de interpretación, la Corte ha intentado crear un "blindaje" jurídico sobre las pretensiones ancestrales de los pueblos indígenas y tribales, y ha hecho un desarrollo importante en lo que respecta a la autonomía de estos pueblos ligada necesariamente al uso, organización y goce de su territorio ancestral.

---

[81] CORTEIDH. Caso del pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

[82] En el caso de la comunidad Moiwana, la Corte no entra a analizar el *corpus iuris* internacional para aplicar el estándar que venía utilizando, a pesar de que el Estado de Surinam no había ratificado el Convenio 169 de la OIT. Ver: CORTEIDH. Caso de la comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006, Serie C, no. 145.

[83] Supra, no. 71.

[84] Pacto de derechos económicos sociales y culturales. 16 de diciembre de 1966. Artículo 1.

[85] Pacto de derechos civiles y políticos. 16 de diciembre de 1966. Artículo 27.

[86] CORTEIDH. Caso del pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Supra, no. 82, párr. 93 y 94.

A pesar de lo anterior, la CORTEIDH se ha preocupado por crear un marco de delimitación del ejercicio de poder de la autonomía del uso y goce del territorio por parte de los pueblos indígenas y tribales, al afirmar que el derecho de estos pueblos sobre su territorio ancestral y los recursos que en este yacen no tienen un carácter absoluto a la luz del derecho internacional de los derechos humanos[87].

El estudio del estándar de limitación al derecho de la autonomía de los pueblos indígenas y tribales que ha creado la Corte Interamericana representa la única aproximación a un verdadero límite dentro del haz de derechos y potestades que el derecho internacional y la doctrina han otorgado con respecto a la utilización del territorio. Así, conforme a su precedente sobre el derecho a la propiedad privada[88], la Corte estableció que las medidas de restricción al derecho a la propiedad privada, y a la autonomía sobre los territorios ancestrales están permitidas dentro del derecho internacional. Sin embargo, la Corte estableció que estas limitaciones deben: i) estar dados por ley, ii) ser necesarias, iii) cumplir con los criterios de proporcionalidad y iv) perseguir fines legítimos dentro de una sociedad democrática[89]. Accesoriamente, en atención a las condiciones especiales de los pueblos indígenas y tribales, la Corte establece un criterio de estudio adicional a tener en cuenta a la hora de restringir los derechos de autonomía sobre el territorio, que es la verificación de que la medida restrictiva que se adopte no constituya una denegación de las tradiciones y costumbres de tal manera que ponga en peligro la existencia del grupo y sus integrantes[90].

Finalmente, en el marco de la garantía del derecho de autonomía de los pueblos indígenas, la CORTEIDH ha resaltado la importancia de los procesos de *consulta* con respecto a las medidas que puedan resultar restrictivas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales[91]. Dentro del fallo de fondo en el caso del Pueblo Kychwa de Sarayaku, la CORTEIDH estableció que la obligación de realizar consulta a los pueblos indígenas y tribales es parte de un principio del derecho internacional[92], lo anterior implica que "está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales

[87] Ibid., párr. 127.

[88] CORTEIDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C, no. 111, párr. 96.

[89] CORTEIDH. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Supra, no. 82, párr. 127.

[90] Ibid.

[91] CORTEIDH. Caso del pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Supra no. 82, párr. 129.

[92] CORTEIDH. Caso pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Supra, no. 16, párr. 164.

y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas"[93]. Con respecto la forma en la que los procesos de consulta se deben adelantar, la Corte estableció que estos "deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados"[94].

En conclusión, la Corte se ha basado en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para afirmar que, "la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional"[95].

Sin embargo, la Corte no se conforma con reafirmar las obligaciones de los Estados en la realización de una consulta previa. Para el Tribunal, en los casos en los que se trate de grandes proyectos que puedan tener un impacto profundo en el derecho a la propiedad de los pueblos, los Estados deben obtener un consentimiento previo, libre e informado, de acuerdo con las tradiciones y costumbres de la comunidad afectada para realizar el proyecto[96].

A pesar de que los pronunciamientos de la Corte están enfocados exclusivamente hacia la autonomía de los pueblos indígenas y tribales sobre el manejo de su territorio, consideramos que si se analizan los fundamentos de derecho de la Corte a la hora de interpretar la Convención Americana, y de crear subreglas jurisprudenciales, podemos concluir que en virtud del principio de la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho a la cultura, a la propiedad y los diferentes pronunciamientos a favor de los pueblos indígenas y tribales, los Estados se encuentran obligados a vincular a estos pueblos en los procesos de toma de decisiones que les afecten a ellos y a su territorio ancestral, y que dependiendo del nivel de afectación que las medidas administrativas, judiciales o legislativas puedan tener sobre el nivel de vida y la existencia misma del grupo las opiniones de estos pueblos alcanzan un mayor o menor grado de vinculatoriedad para las autoridades estatales.

---

[93] Ibid., párr. 165.

[94] Ibid.

[95] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión 70, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

[96] CORTEIDH. Caso del pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Supra, no. 82, párr. 137.

Conclusión

Al momento de plantear el problema jurídico que concita este artículo, se evidenció la falta de claridad que existe en el ámbito internacional sobre los alcances de los principios de autonomía y libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Así, a través del presente documento hemos desarrollado los diferentes elementos que componen estos principios.

En primer lugar, hemos encontrado que el fundamento mismo del reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas radica en la necesidad de proteger y preservar la existencia de estos grupos, lo que se hace más difícil a medida que se ven "contaminados" por factores ajenos a sus dinámicas, como lo es un contexto de conflicto armado. Adicionalmente, hemos encontrado que la relación de los pueblos indígenas y tribales con su territorio ancestral está vinculada en gran medida con la garantía de supervivencia y preservación de la comunidad.

En segundo lugar, debemos resaltar que en la coyuntura actual es preciso hablar de Estados con tendencias multiculturalistas, lo que necesariamente implica la creación de políticas de respeto y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

En tercer lugar, el principio de la libre autodeterminación de los pueblos, implica que al aplicarse para los pueblos indígenas y tribales, estos tengan una capacidad de acción autónoma frente a los entes estatales, que garantice el libre desarrollo de estos como comunidad. En este punto, es muy importante resaltar que desde una perspectiva multiculturalista del Estado, el principio de libre autodeterminación debe ser entendido de una manera mucho más amplia, en el sentido de incluir la autonomía administrativa y jurisdiccional de los pueblos indígenas de las autoridades centrales.

Sobre este particular, encontramos bastante útil traer a colación lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia, quien ha entendido que la autonomía de los pueblos indígenas se puede verificar en tres ámbitos diferentes, dos externos, que son el derecho a participar en las decisiones que les afectan, que se traduce en la realización de consultas a los pueblos, y el derecho de participación política, y uno interno que se traduce en el autogobierno y autodeterminación, lo que implica el poder de decisión sobre su forma de gobierno, poder jurisdiccional y el ejercicio del derecho de propiedad sobre el territorio[97].

[97] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-973 de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio Gonzáles Cuervo.

Finalmente, encontramos que en el derecho internacional el principio de autonomía de los pueblos indígenas es muy amplio, sin embargo, como se ve en la jurisprudencia de la CORTEIDH este no es absoluto y, a pesar de que existen múltiples requisitos para su restricción, esta es posible. Así, vemos que la realización efectiva del derecho de los pueblos indígenas a ser escuchados termina siendo la máxima expresión de respeto y cumplimiento de los derechos que el derecho internacional les otorga, en cuanto permite la creación conjunta, entre los pueblos y los gobiernos, de programas y proyectos que logren beneficiar a la comunidad y el desarrollo de los fines estatales sin caer en una vulneración al derecho internacional, y siempre entendiendo que estas comunidades hacen parte primordial de los Estados y la estructura Estatal que los rodea.

Bibliografía

Doctrina

ANAYA, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional. Andalucía: Editorial Trotta. Andalucía. 2005.

_____. Statement by Professor James Anaya, Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the Tenth Session of the UN Permanent Forum on Indigenous Issues. Nueva York. 19 de Mayo mayo de 2011.

_____. Keynote Speech at the 2011. En: New South Wales Aboriginal Land Council Conference (Australia. 5 de abril de 2011, Australia).

BROTONS. Antonio Remiro. Derecho Internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, p. 165.

FRANÇOIS, Ariel. El Crepúsculo del Estado-Nación. UNESCO. 2000. Disponible en Internet: http://www.unesco.org/most/francais.htm#autor

HAMMER. Yoav. Multiculturalism and the Mass Media. En: Journal of Law and Ethics of Human Rights. 2007, vol. 1, no. 169. Academic Center of Law and Business - Ramat Gan Law School. 2007.

IMAI, Shai. Indigenous Self-Determination and the State. En: Indigenous Peoples and the Law. Padstow: Osgoode Readers. Padstow. 2009.

KYMLICKA, Will. Las odiseas multiculturales. Barcelona: Paidós, 2000.

LAZOS, Elena. Ideas sobre identidad, pueblos indígenas y territorios. Disponible en Internet: http://www.latautonomy.org/CH_ideasIdenTerr.PDF

MORGAN, E.M. The Imagery and Meaning of Self-Determination. Disponible en: New York University Journal of International Law and Politics. 1998, no. 20, New York.

RODRÍGUEZ, Simone y DOMÍNGUEZ, Carlos. Sociedades Plurales, Multiculturalismo y Derechos Indígenas en América Latina. En: Revista Política y Cultura. Abril, 2011, no. 35, México DF.

ROSADO, Caleb. Toward a Definition of Multiculturalism. 1996. Disponible en Internet: http://rosado.net/pdf/Def_of_Multiculturalism.pdf

STAVENHAGEN, Rodolfo. Indigenous Peoples: Land, Territory, Autonomy, and Self-Determination. Disponible en Internet: http://www.foodfirst.org/files/bookstore/pdf/promisedland/11.pdf

YOUNG, Iris Marion. Inclusion and Democracy. Norfolk: Oxford Political Theory. Norfolk, 2000.

Instrumentos internacionales

Organización Internacional del Trabajo. Convenio OIT, no. 169 Sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes. 1989.

OEA. Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

ONU. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007.

ONU. Carta de San Francisco. 26 de junio de 1945.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH

Caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice. Fondo. Informe de 12 de octubre de 2004. Caso 12.053.

Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador. Caso 12.465. Demanda del 26 de abril de 2010.

Derechos De Los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. 30 de diciembre de 2009.

Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.

Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Situación de los Derechos Humanos de las Personas y Pueblos Indígenas en las Américas. Washington DC. 2000.

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – CORTEIDH

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145

Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Jurisprudencia nacional

Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Comunidad Indígena Eben Ezer c/provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo" de 30 de septiembre de 2008, C. 2124. XLI, a la p. 4).

Belice. Corte Suprema. Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros Vs. Procurador General de Belice y otros, casos 171 y 172 de 2007. Sentencia de 18 de octubre de 2007.

Bolivia. Tribunal Constitucional. Sentencia 0045/2006, 2 de junio de 2006. I.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-973 de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio Gonzáles Cuervo.

Legislación nacional

Colombia. Constitución Política de Colombia. 1991. Artículos 7, 246 y 286. (entre otros).

Estados Unidos de Norteamérica. Indian Civil Rights Act. 1968.

México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917. Artículo 2.

Nueva Zelanda. Treaty of Maitangi Act. 1975.

República de Filipinas. The Indigenous Peoples Rights Act of 1997. 29 de octubre de 1997.

Medios de comunicación

Revista *Semana*. Edición virtual.

Diario *El Espectador*. Edición virtual.

Pronunciamientos de pueblos indígenas

Colombia. Cabildo de Jambaló. Resolución 002 de 2009.

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

Carlos Mauricio López Cárdenas*

Un indio sin tierra, es como un pájaro sin nido.
La esencia y el origen de la vida
para nosotros está en la tierra.
No hay vida si no hay tierra,
no hay dignidad si no hay tierra,
no hay cultura si no hay tierra,
no hay costumbres que no se puedan
realizar dentro de la tierra,
no hay supervivencia si no tenemos tierra.
La Madre Tierra nos da todo,
por eso la consideramos como nuestra Madre…

Feliciano Valencia, líder del Consejo Regional Indígena del Cauca (Colombia)

Nota introductoria

Los pueblos indígenas, guardianes y poseedores originarios de los territorios con la mayor diversidad biológica que existe en América, históricamente han sido los más afectados por nuestra concepción de desarrollo, inversión extranjera y progreso social, etc. No han sido ajenos a los conflictos sociales, al desplaza-

* Abogado y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá D. C., Colombia); magíster en Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid (España), en donde actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho. Profesor de carrera académica e investigador de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: carlosm.lopez@urosario.edu.co / carloslop12@hotmail.com.

miento forzado de las tierras ancestrales, a la falta de consulta de las decisiones que los afectan, son supervivientes que habitan en territorios con abundantes recursos naturales.

Como sujetos, los pueblos indígenas han tenido que luchar por su reconocimiento, han batallado en contra de sofisticados modos burocráticos para salvaguardar sus costumbres, han enfrentado al poder para solicitar justicia y han obtenido algunas victorias por la protección de sus derechos y territorios.

El presente artículo pretende mostrar algunas luchas, batallas y victorias que los pueblos indígenas han tenido que afrontar en el ámbito internacional de protección de los derechos humanos para proteger su derecho a la propiedad. Específicamente, se presentará la respuesta jurídica que el Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos (en adelante también "Sistema Interamericano") ha ofrecido para dar solución a las reclamaciones de estos pueblos.

Para tal fin, se examina el marco jurídico interamericano, que permite el reconocimiento y protección de las personas y los pueblos indígenas, asimismo se abordan los primeros casos del sistema de peticiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también Comisión o COMISIÓN IDH), se evidencia la efectividad del mecanismo de solución amistosa y se presentan los diferentes casos que ha conocido y fallado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también CORTE IDH).

El recorrido por las diferentes respuestas jurídicas del Sistema Interamericano, permitirá, por último, evidenciar los desafíos a los que actualmente se enfrentan los pueblos indígenas para lograr la protección efectiva de sus derechos por el uso, gestión, aprovechamiento y manejo de sus territorios y los recursos que en ellos se encuentran.

Instrumentos internacionales: marco jurídico interamericano

El antecedente más remoto de la acción interamericana para reconocer y proteger los derechos de las personas y de los pueblos indígenas data de 1923, cuando la V Conferencia Internacional Americana –organismo antecesor de la Organización de los Estados Americanos (OEA) solicitó a los gobiernos del continente que tomaran las primeras medidas de protección a favor de estas comunidades[1]. En

[1] Estas medidas se referían al estudio de las lenguas aborígenes y la adopción de medidas para proteger los monumentos arqueológicos. Protección de Documentos Arqueológicos. Conferencias Internacionales Americanas 188-1936. México, 1990, p. 241-242.

la actualidad y aproximándonos a la centuria, tras muchos desarrollos jurídicos en el ámbito interamericano, los pasos para concretar un instrumento independiente que reconozca los derechos de estas comunidades aún no ha sido posible.

En efecto, ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948[2] ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, así como ninguno de los restantes instrumentos interamericanos sobre derechos humanos, contienen disposiciones que permitan la protección de los derechos de los miembros y pueblos indígenas[3]. Sólo recientemente[4], en el seno de la OEA[5], ha venido discutiéndose el Proyecto de Declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas[6], que luego de haber sido presentado hace más de una década por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[7], continúa en la etapa de negociación política y búsqueda de consensos[8].

Sin embargo, la protección judicial que han venido proporcionando la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos centrales en

---

[2] El artículo XXIII de la Declaración contiene una cláusula general de protección del derecho a la propiedad que, en ocasiones, ha permitido proteger el derecho que tienen los pueblos indígenas. CIDH. Informe 75/02, Caso 11.140 Fondo-Mary y Carrie Dann (Estados unidos) de 27 de diciembre de 2002. Documento OEA/Ser.L/V/II.117Doc. 1 rev. 1 de 7 de marzo de 2003, párr. 124 a 131.

[3] La Carta Interamericana de Garantías Sociales, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en 1948, estable que los Estados deben crear "instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños". Sin embargo, este instrumento no es catalogado como parte de los instrumentos básicos del Sistema Interamericano de Protección, susceptible de ser conocido por los órganos encargados de resolver situaciones contenciosas de la OEA.

[4] Es de destacar que con anterioridad, en abril de 1940, se llevó a cabo el Primer Congreso Indigenista Interamericano en Patzcuaro, Michoacán, México, en donde los Estados Americanos profirieron 72 acuerdos y declaraciones sobre los derechos indígenas, que incluía el reparto de tierras. Conferencias Internacionales Americanas: Primer Suplemento 1938-1942. México, 1990, p. 297-298.

[5] La Asamblea General de la OEA, ha proferido varias resoluciones en las que solicita redactar un instrumento independiente que contenga los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito interamericano. Resoluciones AG/RES. 1022 (XIX-O/89), AG/RES. 1044 (XX-O/90), AG/RES. 1169 (XXII-O/92), AG/RES. 1269 (XXII-O/94) y AG/RES. 1331 (XXV-O/95).

[6] Documento OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. de 14 marzo 1997.

[7] El Proyecto fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997.

[8] Al respecto, se pueden consultar las Resoluciones AG/RES. 2294 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2368 (XXXVIII-O/08) y AG/RES. 2498 (XXXIX-O/09). GÓMEZ Rivera, María Magdalena. El derecho indígena frente al espejo de América Latina. En: Revista IIDH.1997, 26, p. 54-58, STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción. En: Revista IIDH, 1997, 26, p. 101-102 y CINELLI, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra: breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: Cuadernos Electrónicos. 2006, no. 3, p. 63.

materia de protección y promoción de los derechos humanos en el hemisferio, ha permitido que el sistema interamericano, a modo interpretativo[9], haya acogido dos instrumentos internacionales, codificados por iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[10] para proteger de manera efectiva los derechos de los pueblos indígenas en las Américas.

En efecto, el alcance de los instrumentos básicos del sistema interamericano, en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, se lleva a cabo a través del Convenio 107 relativo a la Protección e integración de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes de 1957, y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989. Este último instrumento, que constituye una revisión del anterior y no se encuentra vigente en todos los países del sistema interamericano, ha permitido interpretar el alcance del derecho de propiedad de la Convención Americana (Art. 21), para establecer las formas particulares de transmisión, posesión, utilización y acceso que tienen los pueblos indígenas, respecto de sus territorios ancestrales[11].

Al mismo tiempo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone un marco general de protección respecto de las minorías étnicas[12], que en consonancia con la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece el marco general de protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, en lo relacionado especialmente con el derecho a la tierra (Art. 25 al 30), el derecho al patrimonio cultural y la propiedad intelectual (Art. 31) y el derecho al desarrollo o utilización de sus territorios y otros recursos (Art. 32)[13].

Igualmente, dentro de este repertorio de instrumentos internacionales, ajenos al sistema interamericano, tanto la Comisión como la CORTE IDH han

---

[9] Art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CORTE IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, no. 10, párr. 37.

[10] CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C, no. 125, párr. 124 a 131 y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Serie C, no. 146, párr. 117.

[11] Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (2009), cap. II.B, párr. 12 a 14.

[12] CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Serie C No. 17, párr. 92 a 96. ONU, Comité de Derechos Humanos, Comentario General no. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), Documento ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párr. 1 y 3.2.

[13] ONU. Resolución A/61/L.67 y Add.1 de la Asamblea General de 13 de septiembre de 2007.

recurrido a las interpretaciones que ha realizado el Comité para la eliminación de la discriminación racial respecto de la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial[14], el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales respecto del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales[15] y el Comité de Derechos del Niño en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño[16]. Esta amalgama de normas internacionales, a veces denominada *corpus iuris*, ha permitido que los órganos judiciales del sistema interamericano a través de remisiones indirectas, que han provocado serias reacciones por parte de los Estados, apliquen de manera extensiva el principio *pro homine*[17] desde una perspectiva cultural.

En suma, el Sistema interamericano de Derechos Humanos no cuenta con instrumentos que permitan una protección directa de los derechos de las personas y de los pueblos indígenas. No obstante, ello no ha sido impedimento para que los organismos del sistema, en cumplimiento de su función de promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, realicen recomendaciones y obliguen jurídicamente a los Estados a adoptar y desarrollar medidas necesarias en el derecho interno para garantizar la vigencia de estos derechos[18]. Las remisiones indirectas a instrumentos universales e interpretaciones de órganos de supervisión ha sido el mecanismo que ha permitido que el sistema interamericano, a falta de una norma precisa, pueda reconocer y proteger de manera efectiva el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas que aún hoy habitan el territorio americano.

---

[14] Recomendación General no. XXIII: Los pueblos indígenas. Documento ONU. CERD/C/51/Misc. 23/rev. 1, de 18 de agosto de 1997, párr. 5.

[15] Observación General no. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Documento ONU. E/1998/22, anexo IV, de 16 de mayo de 1997, párr. 10.

[16] Observación General 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU. CRC/C/GC/11 (2009), de 12 de febrero de 2009, párr. 16.

[17] Surge de la aplicación amplia del artículo 29.b de la Convención Americana que prohíbe la interpretación restrictiva de los derechos de este instrumento interamericano.

[18] La Comisión, por ejemplo, en cumplimiento de su mandato de supervisión y promoción a realizado "Informes Especiales" que dan cuenta de la situación de los pueblos indígenas en los países del hemisferio. Ver, por ejemplo, el informe de las Comunidades Cautivas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58 (2009), el informe Democracia y derechos humanos en Venezuela OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54 (2009), párr. 1.050 a 1.080, el informe Acceso a la justicia e inclusión social (Bolivia) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34 (2007), párr. 216 a 297 y el informe Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1 (2003), párr. 210 a 247.

Las respuestas del sistema interamericano de protección de derechos humanos

El reconocimiento, garantía y protección del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas –sobre los cuales se basa su desarrollo económico, social y cultural y que "va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines"[19]– ha sido un proceso que se ha desarrollado de manera progresiva por parte de los órganos del sistema interamericano.

En efecto, la Comisión IDH fue el primer organismo en conocer, a través del sistema de peticiones individuales, de presuntas violaciones al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas del hemisferio. En sus primeros años, la Comisión fue la responsable de sustanciar los primeros casos y, en algunas ocasiones, lograr por medio del procedimiento de solución amistosa, el arreglo de las controversias que surgían entre los Estados americanos y los pueblos indígenas.

Asimismo, ha sido la Comisión la encargada de adoptar medidas cautelares a favor de las poblaciones indígenas, cuando ha observado la existencia de una situación de gravedad y urgencia que amerita tomar medidas de protección con el propósito de prevenir un daño irreparable, al mismo tiempo que la CORTE IDH ha ordenado también adoptar medidas provisionales en aquellos casos remitidos por la Comisión, en la que es necesario tomar medidas urgentes para proteger de manera efectiva los derechos de los miembros de las poblaciones indígenas.

La respuesta más contundente del sistema interamericano ha venido de la resolución de las controversias judiciales suscitadas ante los estrados de la CORTE IDH, que ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia única en el campo de los derechos humanos y que constituye un faro para los Estados del continente americano.

El presente acápite, por lo tanto, pretende evidenciar a través de algunos casos emblemáticos, las respuestas a las que se ha hecho mención:

Los primeros casos: el sistema de peticiones ante la Comisión IDH

El caso de los Guahíbos en Colombia, le permitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conocer por primera vez, sobre una situación de

[19] CIDH. Informe 40/04, Caso 12.053 Fondo - Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) de 12 de octubre de 2004. Documento OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 de 23 de febrero de 2005, párr. 129.

presunta vulneración del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas en el continente americano[20].

La petición, presentada el 26 de agosto de 1960, denunciaba actos de persecución y tortura a poblaciones indígenas en la región de Planas, en el departamento del Meta, que presuntamente habían sido cometidas por miembros del liquidado Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)[21] y las fuerzas armadas del Estado colombiano, los cuales habían penetrado junto con colonos las tierras ancestrales de la comunidad de los Guahíbos[22]. A modo general, la petición denunciaba una situación de presión y desplazamiento, así como comportamientos intimidatorios para que las poblaciones indígenas abandonaran sus territorios.

Aunque la Comisión IDH tramitó este caso durante varios años, decidió archivar el expediente al recibir la información que le había solicitado al Gobierno colombiano y al no encontrar elementos de juicio que le hubieran permitido deducir una violación[23].

Posteriormente, fue sometido a consideración de la Comisión en 1980 el caso del grupo selvático seminómada Yanomami del noroeste de Brasil (Estados de Mato Grosso y Roraima), cuyos territorios tradicionales habían sido invadidos por colonos y empresas transnacionales interesadas en la explotación minera y la construcción de la autopista transamazónica.

Luego de un largo proceso, la Comisión IDH adoptó en 1985, la primera resolución a favor de una comunidad indígena relacionada con el derecho a la propiedad[24]. La decisión, ampliamente comentada en el campo internacional, recomendaba al gobierno de Brasil delimitar y demarcar el parque Yanomami, lo que incluía más de 9 millones de hectáreas de bosque amazónico, lugar de refugio de los aproximadamente 12.000 integrantes de la comunidad Yanomami[25].

---

[20] Documento OAS/Ser.L/V/II/.27 Doc. 11 rev. de 6 de marzo 1972. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 (2000), cap. III.2.

[21] Mediante el Decreto Ley 4057 del 31 de octubre de 2011, expedido por el gobierno de la República de Colombia, esta entidad fue suprimida.

[22] Documento OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41, rev. 2 de 13 de marzo 1973.

[23] Documento OEA/Ser.L/V/II.32 Doc. 3, rev. 2 de 14 de febrero 1974. DULITZKY, Ariel. Los pueblos indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: Revista IIDH. 1997, 26, p. 138-139.

[24] Resolución 12/85, Caso No. 7615 (Brasil) de 5 de marzo de 1985. Documento OEA/Ser.L/V/II.66 Doc. 10 rev. 1.

[25] La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62 (2000), cap. III.2.

Con esta decisión, el sistema interamericano iniciaba un largo recorrido jurídico mediante el cual, no solo tenía que reconocer los derechos de las poblaciones indígenas a su territorio, sino tomar medidas jurídicas y simbólicas que fueran eficaces para proteger el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas del hemisferio americano, aún en contra de los intereses económicos de los Estados de la región.

Con posterioridad, la Comisión debió afrontar el caso de la población nicaragüense de origen Miskito, que de 1981 a 1983, fue desplazada de sus lugares de origen por operaciones militares del Ejército Popular Sandinista y que reclamaba una indemnización integral sobre la existencia de un derecho inherente de los pueblos indígenas de origen Miskito a poseer, usar y gozar de sus tierras ancestrales, así como de sus recursos y riquezas[26].

Sin embargo, la dificultad para conciliar las reclamaciones de las comunidades indígenas y los intereses económicos y de unidad territorial de la República de Nicaragua, llevaron a que la Comisión, en un pronunciamiento infortunado, indicara que no se encontraba en condiciones de pronunciarse sobre la validez estrictamente legal del reclamo de las comunidades indígenas sobre sus tierras ancestrales[27]. Lo que en su entender no significaba que ignorara que dicho asunto era uno de los problemas más graves que existían para las comunidades de origen miskito en Nicaragua[28].

La resolución de este caso, recuerda las tristes palabras de Berthold Brecht cuando dijo que "cuando la política entra por la puerta, la justicia sale por la ventana". La decisión de la Comisión de no tomar medidas sobre este asunto quedará grabada en los anales y en las raíces del propio sistema interamericano, que con sus acciones posteriores ha demostrado que en ocasiones la justicia puede estar condicionada por la política.

Con estos célebres casos, la Comisión estableció todas las condiciones para que los pueblos indígenas solicitaran la protección judicial por la vulneración

---

[26] Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. Documento OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3 (1983), Cap. II.E. sección F y Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la situación de los Derechos Humanos de un sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito, Caso No. 7964 (Nicaragua) de 16 de mayo de 1984. Documento OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 26.

[27] DULITZKY, Ariel. Los pueblos indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: Revista IIDH. 1997, 26, p. 149-150.

[28] Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. Documento OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3 (1983), Cap. II.E. sección F, párr. 6.

de los instrumentos básicos del sistema interamericano[29], referidos a la protección del derecho a la propiedad, con lo cual se demostraba que los organismos interamericanos de protección de derechos humanos eran capaces de conocer y dar una solución adecuada a los problemas de las comunidades indígenas del hemisferio.

Los primeros casos tramitados por el mecanismo de solución amistosa

El caso del pueblo enxet-sanapana de Paraguay, es el primero de solución amistosa que restablece los derechos legítimos de propiedad de las comunidades indígenas en el continente Americano. En este caso, las comunidades lamenxay y riachito (Kayleyphapopyet), alegaban la reivindicación de tierras de ocupación ancestral, sobre las que terceros habían logrado título de propiedad, luego de que el Estado las vendiera a extranjeros. En el acuerdo formalizado por la Comisión el 25 de marzo de 1998, el Estado paraguayo se comprometió a adquirir 21'884.44 hectáreas para ser transferidas y entregadas a las comunidades indígenas y titularlas a su nombre ante los órganos competentes[30].

Asimismo, el Estado paraguayo se comprometió a proveer "la asistencia necesaria a estas comunidades, consistente en la provisión de víveres, medicamentos, herramientas y medios de transporte para el desplazamiento de las distintas familias y sus pertenencias desde su residencia actual hacia su nuevo lugar de asentamiento, y garantizó a las comunidades indígenas el retiro del personal que trabajaba en los terrenos adquiridos (…)"[31].

En julio de 1999, la Comisión efectuó una visita *in-loco*[32] a Paraguay, en donde el Presidente de la República entregó a los representantes de las mencionadas comunidades indígenas, los títulos de propiedad de las tierras que hacían parte de la solución amistosa, con lo cual se cumplían algunos de los compro-

---

[29] En específico el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

[30] DULITZKY. Op. cit., p. 152-153.

[31] Informe 90/99, CASO 11.713. Solución amistosa - Comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet -Riachito- (Paraguay) de 29 de septiembre de 1999. Documento OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 de 13 de abril de 2000.

[32] Estas visitas, son un mecanismo con el que cuenta la Comisión para obtener pruebas y corrobar los hechos alegados en las denuncias individuales, mediante una visita de los miembros de la Comisión al país denunciado (art. 48(d) de la Convención Americana).

misos inmediatos adquiridos por el gobierno[33]. Así las cosas, la capacidad de intermediación de la Comisión entre los intereses legítimos de las comunidades indígenas y el Estado de Paraguay, demostró que la solución amistosa es una ruta ideal para reconocer y garantizar el derecho a la propiedad.

Por otra parte, el 24 de agosto de 1993, la Comisión tuvo la oportunidad de conocer el famoso caso denominado "Los Cimientos" de Guatemala, que se refería al despojo de la propiedad de tierras de comunidades indígenas. En efecto, los peticionarios denunciaron que 672 familias indígenas propietarias del sector ubicado en el Chajul, departamento Quiché en Guatemala, habían sido desalojadas violentamente por el ejército en 1981, 1994 y 2001, de las propiedades de las cuales eran legalmente propietarias, por vecinos y otras personas que aparentemente eran apoyadas por el gobierno.

En este caso, la Comisión nuevamente pudo facilitar un arreglo de solución amistosa entre el gobierno y los representantes de las víctimas, para lo cual se acordó que el gobierno trasladaría definitivamente a toda la población afectada (propietarios, poseedores y causahabientes) a un terreno que, acordado con anticipación por las partes, remediaba la situación. Igualmente, se acordó como medida de reparación, la puesta en marcha de proyectos de carácter urgente que reactivaran la capacidad productiva y de carácter económico y social de los afectados, con el propósito de contribuir al desarrollo y bienestar de la comunidad indígena[34].

Estos dos casos, representan una nueva apertura del sistema interamericano para dar solución integral a los problemas territoriales de las comunidades indígenas en el hemisferio[35]. Igualmente, muestran que cuando existe voluntad política, las reivindicaciones de territorios ancestrales no requieren un proceso contencioso, sino de diálogo entre las comunidades afectadas y los gobiernos de la región.

---

[33] Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52 (2001), Cap. IX, párr.6 y 7.

[34] Informe 68/03, PETICIÓN 11.197. Solución amistosa - Comunidad San Vicente los Cimientos (Guatemala) de 10 de octubre de 2003. Documento OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2, de 29 de diciembre de 2003.

[35] DULITZKY. Op. cit., p. 153.

Las medidas cautelares: el mecanismo de protección de la Comisión IDH

El mecanismo de medidas cautelares empleado por la Comisión IDH[36] ha sido uno de los instrumentos con los que el sistema interamericano ha dado respuesta oportuna para prevenir daños irreparables cuando se evidencian situaciones de gravedad y urgencia respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Precisamente, las recientes modificaciones a este mecanismo han permitido que las medidas puedan ser de naturaleza colectiva y recaer sobre grupos o comunidades de personas determinadas o determinables, lo cual las hace ideales para proteger los derechos de esta clase de comunidades.

Debido a que su uso se ha extendido en los últimos años, la presente sección hará referencia a algunas de las últimas medidas adoptadas por la Comisión IDH, con el fin de evidenciar las situaciones que ameritan su adopción y alcance.

Posiblemente, la medida cautelar que más controversia ha generado en el sistema interamericano, en los últimos años, sea la decisión adoptada el 1 de abril de 2011[37], mediante la cual, la Comisión IDH otorgó medidas cautelares a favor de los miembros de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu[38] en Pará (Brasil), quienes solicitaban ser protegidos del impacto de la construcción de la usina hidroeléctrica de Belo Monte que según los peticionarios implicaría la inundación de 1.500 km^2 de tierras y el desplazamiento de más de 20.000 indígenas.

Mediante la medida cautelar, la CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender de manera inmediata el proceso de licencia del proyecto e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se realizaran los procesos de consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada con las comunidades indígenas afectadas, garantizándoles el acceso a los estudios de impacto social y ambiental del proyecto, en un formato accesible, entre otras medidas[39].

---

[36] Previsto en el artículo 25 del Reglamento de la Comisión IDH, aprobado en el 137 período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, y modificado el 2 de septiembre de 2011.

[37] CIDH. Medida Cautelar 382/10 - Comunidades Indigenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil.

[38] En concreto las comunidades indígenas protegidas son las siguientes: Arara de la Volta Grande do Xingu, Juruna de Paquiçamba, Juruna del "Kilómetro 17", Xikrin de Trincheira Bacajá, Asurini de Koatinemo, Kararaô y Kayapó de la tierra indígena Kararaô, Parakanã de Apyterewa, Araweté del Igarapé Ipixuna, Arara de la tierra indígena Arara, Arara de Cachoeira Seca, y las comunidades indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingu.

[39] Como adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos

La molestia del Estado de Brasil por la interferencia en un proyecto cuyo costo aproximado se acerca a los 11.000 millones de dólares, ocasionó que el 29 de julio de 2011, la Comisión IDH tuviera que revisar el alcance y objeto de su medida. Así, la Comisión indicó que los aspectos relacionados con la "consulta previa y el consentimiento informado" trascendían del procedimiento de las medidas cautelares y procedió a dejar sin efecto los alcances de su decisión inicial. En su nueva versión, la medida cautelar tiene por objeto el diseño e implementación de medidas de mitigación relacionadas con la salud e integridad personal de los miembros de las comunidades, así como garantizar que los territorios ancestrales no sean ocupados por colonos o sufran explotación o deterioro.

La nueva posición de la Comisión IDH respecto de esta medida cautelar muestra que en ocasiones los Estados no están dispuestos a cumplir con las obligaciones internacionales y que los órganos del sistema interamericano tampoco desean confrontarse con los gobiernos del hemisferio para solicitar el cumplimiento de sus cautelas. Aunque parezca contradictorio, la Comisión decidió retractarse de aplicar su jurisprudencia, así como la doctrina que ha elaborado en aquellos casos en los que se encuentra en peligro el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas.

Dejando de lado el precedente citado, la Comisión ha proferido de manera exitosa diferentes medidas cautelares. Así, en su decisión de 20 de junio de 2011, la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de 14 comunidades indígenas Q'echi que habían sido desalojadas forzadamente del municipio de Panzos en el Estado de Guatemala y ordenó tomar medidas para garantizar sus derechos[40]. Igualmente, el 5 de abril de 2011, se otorgó una medida cautelar para proteger los derechos de las comunidades indígenas Kuna de Mandungandi y Emberá de Bayano ubicados en Panamá, que vieron afectados sus territorios ancestrales por la invasión de colonos que destruyen la selva virgen, así como los bosques y medios de subsistencia de las comunidades[41].

---

indígenas en aislamiento voluntario y prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas.

[40] CIDH. Medida Cautelar 121/11-14 Comunidades Indígenas Q'echi del municipio de Panzos, Guatemala. Entre las medidas a adoptar se solicitó brindar asistencia humanitaria, lo que incluye alimentación y albergue para los beneficiarios de la medida.

[41] CIDH. Medida Cautelar 105/11 - Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, Panamá. Consultar también el Informe 58/09, Caso 12.354 Admisibilidad - Pueblo indígena kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros (Panamá) de 21 de abril 2009. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1 de 30 de diciembre de 2009.

Es emblemática, por ejemplo, la medida cautelar adoptada por la Comisión el 6 de abril de 2011 a favor de los miembros de la comunidad Lof Paichil Antriao del pueblo indígena Mapuche del Estado argentino que han solicitado la protección de un lugar sagrado conocido como Rewe ubicado en territorio ancestral[42]. En este caso, la Comisión solicitó que además de proteger la integridad física del lugar, se garantice a los miembros de la comunidad el acceso para que estos desarrollen sus prácticas y rituales de conformidad con su cultura.

En definitiva, las medidas cautelares se han constituido en un instrumento indispensable en el sistema interamericano para proteger los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre su territorio. Como dirían Augusto Mario Morello y Enrique Véscovo "se trata de buscar la eficacia de la justicia frente a situaciones de urgencia que requieren decisiones también de urgencia"[43].

Las medidas provisionales: el mecanismo de protección de la CORTE IDH

La CORTE IDH, al igual que la Comisión, también cuenta con un instrumento efectivo de protección de derechos humanos. Las medidas provisionales, establecidas en virtud del artículo 63.2 de la Convención Americana, son un instrumento idóneo, mediante el cual la CORTE IDH puede tutelar una determinada situación jurídica siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de extrema gravedad, urgencia y prevención de daños irreparables respecto de las personas sobre las cuales recae la medida cautelar[44].

Aunque el empleo de las medidas provisionales por parte de la CORTE IDH no ha sido extensivo y de amplia utilización, sus efectos son jurídicamente más vinculantes que las medidas cautelares proferidas por la Comisión, toda vez que la norma que establece su mecanismo de funcionamiento tiene rango convencional[45]. Igualmente, son escasos los casos en los cuales la CORTE IDH ha salvaguardado el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas.

---

[42] CIDH. Medida Cautelar MC 269/08 – Miembros de la comunidad Lof Paichil antriao del pueblo indígena Mapuche, Argentina.

[43] Citados por REY Cantor, Ernesto y REY Anaya, Ángela. Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005. p. 147.

[44] Al respecto se puede consultar: REY Cantor, Ernesto y REY Anaya, Ángela. Ibid.

[45] Las medidas provisionales, también tienen desarrollo reglamentario en el artículo 27 del Reglamento de la CORTE IDH aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Coincidencialmente, el primer caso sobre el que la Corte tuvo la oportunidad de proferir medidas provisionales a favor de una comunidad indígena, fue también el primer caso contencioso que conoció la Corte sobre la protección del derecho a la propiedad privada y sobre el cual, nos referiremos en profundidad en el acápite posterior. Así, el emblemático caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni respecto Nicaragua, es el caso que abrió las puertas a nivel contencioso en el sistema interamericano de derechos humanos.

En lo referente a la medida provisional, los peticionarios solicitaron a la CORTE IDH la adopción de una serie de medidas judiciales con el propósito de preservar la integridad del derecho al uso y goce de la comunidad sobre sus tierras y recursos, tal y como había sido reconocido por la sentencia de la Corte sobre el fondo y reparaciones del mismo caso. En otras palabras, la Corte se vio enfrentada, por primera vez, a proferir una orden judicial para garantizar el cumplimiento de sus decisiones, adicional al sistema de supervisión de cumplimiento de sentencias[46].

Así las cosas, en este caso la Corte ordenó la adopción, sin dilación, de cuantas medidas fueran necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente tendientes a evitar daños provenientes de actividades de terceros que aprovechando la falta de delimitación, demarcación y titulación definitivas de tierras de la comunidad habían aprovechado para explotar abusivamente los recursos naturales de dichos territorios[47]. Afortunadamente, la medida provisional cumplió un papel protector y fue levantada por la Corte, toda vez que consideró que los aspectos relacionados con el caso debían ser abordados a través del procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias[48].

Con posterioridad, la Corte tuvo la oportunidad de conocer la solicitud de adopción de medidas provisionales a favor de los miembros del pueblo indígena Kankuamo de Colombia que requerían la protección de su vida, integridad personal, identidad cultural y su especial relación con el territorio ancestral, debido al desplazamiento forzado al cual estaban sometidos, el bloqueo de alimentos

[46] Artículo 69 del actual Reglamento de la CORTE IDH.

[47] CORTE IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni respecto Nicaragua. Resolución de 6 de septiembre de 2002.

[48] CORTE IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni respecto Nicaragua. Resolución de 26 de noviembre de 2007.

y el reclutamiento forzado de algunos miembros de la comunidad por parte de grupos armados que ejercían poder en la zona.

La Corte mediante decisión de 5 de julio de 2004, decidió amparar los derechos de la comunidad y ordenó al Estado colombiano asegurar a los integrantes del pueblo indígena Kankuamo, integrado por aproximadamente 6.000 personas, su residencia habitual y las condiciones necesarias para que las personas desplazadas pudieran regresar a sus hogares[49]. Tras múltiples revisiones de las medidas adoptadas por el Estado colombiano para proteger los derechos de la comunidad afectada, la CORTE IDH decidió, el 21 de noviembre de 2011, levantar las medidas cautelares en vista a que las situaciones fácticas no justificaban la permanencia o nuevas órdenes judiciales de protección[50].

De forma paralela al caso anterior, es decir, el 6 de julio de 2004, la Corte IDH decidió amparar los derechos de los miembros del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku de Ecuador, con el propósito de que se proteja su vida, integridad personal, derecho de circulación y su relación con el territorio ancestral, en especial el uso y disfrute de la propiedad colectiva y de los recursos naturales existentes en la zona, a fin de evitar daños irreparables resultantes de las actividades de terceros que ingresen en el territorio y exploten sus recursos naturales[51]. En la actualidad, este caso continua su trámite en el sistema interamericano a la espera de una decisión de fondo.

El último caso en el cual la CORTE IDH tuvo la oportunidad de conocer una solicitud de protección tendiente a proteger el derecho a la propiedad de una población indígena está relacionado con la resolución de 28 de mayo de 2010, en la que negó el otorgamiento de medidas provisionales sobre el asunto de cuatro comunidades indígenas ngöbe localizadas en Panamá y que según la información allegada al proceso, verían afectados sus derechos como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica Chan-75 que ocasionaría la reubicación de algunos de sus miembros de sus lugares habituales de asentamiento[52]. En este caso, la Corte estimó que la medida cautelar proferida, en primer lugar, por la

---

[49] CORTE IDH. Asunto pueblo indígena Kankuamo respecto Colombia. Resolución de 5 de julio de 2004.

[50] Ibid. Resolución de 21 de noviembre de 2011.

[51] CORTE IDH. Asunto pueblo indígena Sarayaku respecto Ecuador. Resolución de 6 de julio de 2004.

[52] CORTE IDH. Asunto cuatro comunidades indígenas Ngöbe y sus miembros respecto Panamá. Resolución de 28 de mayo de 2010.

Comisión IDH protegía a los miembros de la comunidad[53] y que, adicionalmente, la presentación del caso no reunía las condiciones de urgencia que requiere esta clase de solicitudes.

Como puede observarse, son pocos los casos en los cuales la Corte ha podido emplear sus facultades convencionales para proteger de manera inmediata el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas. Sin embargo, su otorgamiento ha sido riguroso y el nivel de cumplimiento por parte de los Estados ha sido elevado, toda vez que la Corte ha podido levantar las medidas en aquellos casos en los cuales las circunstancias no ameritaban continuar con la cautela. Las medidas provisionales, son un mecanismo que aún no ha sido desarrollado respecto de esta temática, esperemos que las situaciones de las comunidades indígenas en el hemisferio no ocasionen el empleo continuo de este mecanismo de protección.

Los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A pesar de que el sistema interamericano, como se mencionó en el primer acápite, no cuenta con instrumentos independientes que permitan una protección directa de los derechos de las personas y de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana ha tenido la posibilidad de establecer que cuando se trata de la aplicación de la Convención Americana, hay que tener en cuenta las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas para darle alcance a los artículos de la Convención[54].

De esta forma, la CORTE IDH, por primera vez en 1998, tuvo la oportunidad de conocer de un caso relacionado con el derecho a la propiedad de la comunidad indígena Mayagna (Sumo) de Nicaragua, mencionado en la sección anterior. En efecto, según la demanda presentada por la Comisión, el Estado de Nicaragua violaba el artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad privada), debido a la falta de demarcación y de reconocimiento oficial del territorio ancestral de dicha comunidad[55].

---

[53] CIDH. Medida Cautelar 56/08 – Comunidades indígenas Ngöbe y otras, Panamá. 18 de junio de 2009.

[54] CORTE IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Serie C, no. 15, párr. 62, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Serie C, no. 91, párr. 81 y Caso Yatama Vs. Nicaragua. Serie C No. 127, párr. 225 y 259. Así mismo, quedo establecido en la medida provisional adoptada por la Corte en el asunto del pueblo indígena sarayaku respecto Ecuador. Resolución de la Corte de 17 de junio de 2005, párr. 9.

[55] Demanda de la CIDH. Comunidad indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni (Caso 11.577) contra la República de Nicaragua de 4 de junio de 1998, párr. 91 a 150.

La CORTE IDH, realizando una interpretación evolutiva de la Convención, estableció que el artículo 21 protegía el derecho a la propiedad comunal. Para ello, indicó que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no era solamente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual que debía protegerse por parte del sistema interamericano, como parte del legado cultural[56].

Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que el Estado de Nicaragua había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, ya que no había delimitado y demarcado su propiedad comunal. En este sentido, consideró, adicionalmente, que la posesión de la tierra por parte de la comunidad debía ser suficiente para que las comunidades indígenas que carecieran de un título real sobre la propiedad de la tierra obtuvieran el reconocimiento oficial del Estado y el consiguiente registro[57].

Posteriormente, la CORTE IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la propiedad en el contexto de un caso de violencia generalizada y de desplazamiento forzado interno de la comunidad n'djuka naroon de Moiwana en Suriname, que había tenido que abandonar sus territorios tradicionales desde 1986, como consecuencia de la violencia de la que fueron víctimas.

En la sentencia de 15 de junio de 2005, la CORTE IDH consideró que se había violado el derecho al uso y goce comunal de la propiedad tradicional de la comunidad indígena al no haberse establecido las condiciones, ni provisto los medios para que los miembros de la comunidad pudieran vivir en su territorio ancestral en forma segura y pacífica. Adicionalmente, reiterando su jurisprudencia, indicó que la posesión de la tierra era suficiente para que se realizara el reconocimiento oficial de la propiedad comunal y el consiguiente registro[58].

---

[56] CORTE IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Serie C, no. 79, párr. 143 a 152.

[57] Ibid., párr. 153 a 155. NASH Rojas, Claudio. Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Derechos humanos y pueblos indígenas. Chile: IEI, 2004, p. 35-37.

[58] CORTE IDH. Caso de la comunidad Moiwana Vs. Surinam. Serie C No. 124, párr. 128 a 135. TORO Huerta, Mauricio Iván. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2010, no. x, p. 62-66 y CINELLI, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra: breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: Cuadernos Electrónicos. 2006, 3, p. 69-70.

Paralelamente, llegaron a la CORTE IDH los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa y Sawhoyamaxa de Paraguay, las cuales a pesar de haber tramitado las respectivas solicitudes de reivindicación de sus territorios ancestrales, no habían obtenido una respuesta efectiva por parte del Estado, lo que en el sentir de la Comisión generaba un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia e integridad de las comunidades al imposibilitárseles el acceso a la propiedad y posesión de sus territorios, muchos de los cuales habían sido ocupados por terceros de buena fe[59].

En ambos casos, la CORTE IDH usó los criterios señalados en algunos asuntos fallados con anterioridad[60] y sostuvo que los conceptos de propiedad y posesión de las comunidades indígenas, tenían una significación colectiva, toda vez que su pertenencia "no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad"[61]. De esta forma, la CORTE IDH abrió el camino para realizar el pronunciamiento más novedoso respecto del derecho de propiedad de las comunidades indígenas, estableciendo que los criterios para definir la posesión de estas tierras, eran los siguientes:

> "1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad"[62].

---

[59] Demanda de la CIDH. Comunidad indígena Sawhoyamaxa del pueblo Enxet-lengua y sus miembros (Caso 12.419) contra la República de Paraguay de 2 de febrero de 2005, párr. 34 a 88.

[60] CORTE IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Serie C, no. 79, párr. 149.

[61] CORTE IDH. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Serie C, no. 146, párr. 120, Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C, no. 125, párr. 140 y 146 y Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Serie C, no. 79, párr. 149.

[62] CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Serie C, no. 146, párr. 128.

El desarrollo del concepto de posesión sobre territorios ancestrales, le permitió a la CORTE IDH establecer que la posesión no podía ser un requisito que condicionara la existencia del derecho para reivindicar los territorios indígenas, toda vez que mientras existiera una relación entre las comunidades indígenas y sus territorios, el derecho a la reivindicación permanecería vigente[63].

Sin embargo, estableció que en aquellos casos en los que el Estado, por motivos objetivos y fundamentados, se viere imposibilitado para devolver los territorios ancestrales, asumía la responsabilidad de entregarles tierras alternativas de igual calidad y extensión, que deberían ser escogidas por los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias costumbres[64].

De esta forma, tanto en el caso Yakye Axa, como en el de la comunidad sawhoyamaxa, la CORTE IDH le ordenó al Estado de Paraguay tomar todas las medidas indispensables, a fin de realizar la identificación de las tierras solicitadas por reivindicación y entregarlas de manera física, gratuita y formalmente a los miembros de las comunidades. Indicó, además, que le correspondía al Estado valorar la posibilidad de comprar los terrenos ancestrales para entregarlos a las comunidades o la legalidad, necesidad y proporcionalidad de ejecutar medidas de expropiación a fin de recuperar los territorios, titulados a terceros de buena fe[65].

En el año 2007, la Corte Interamericana se pronunció sobre la violación del derecho de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka –una presunta comunidad tribal[66] que vive en la región superior del río Surinam– y a quienes el Estado de Surinam no había reconocido el derecho al uso y goce del territorio que habían ocupado y usado tradicionalmente[67].

---

[63] Ibid., párr. 131 a 134. TORO. Op. cit., p. 72-74.

[64] CORTE IDH. Op. cit., párr. 135 a 141 y Caso comunidad indígena yakye axa Vs. Paraguay. Serie C, no. o. 125, párr. 149 a 152.

[65] CORTE IDH. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Serie C, no. 146, párr. 210 a 215 y Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C, no. 125, párr. 144 a 156. CINELLI. Op. cit., p. 71-75.

[66] Según art. 1 del Convenio 169 de la OIT, un pueblo es tribal cuando las "condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial". La comunidad saramaka es un presunto pueblo tribal, toda vez que no es originario de la región en la que actualmente habita, pero tiene tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes a las de la comunidad nacional, se identifica con sus territorios ancestrales y tiene costumbres o tradiciones propias. CORTE IDH. Caso del pueblo saramaka. Vs. Surinam. Serie C, no. 172, párr. 79 a 84.

[67] Demanda de la CIDH. Caso de los 12 clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Suriname de 23 de junio de 2006, párr. 6 y 7.

La CORTE IDH, nuevamente, recordó que los Estados americanos tienen el deber de respetar la relación que los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio con el fin de garantizar su supervivencia social, cultural y económica[68]. Así mismo, indicó que los integrantes de dichas comunidades tienen el derecho de obtener la titulación de su territorio, con el fin de garantizar su uso y goce permanente[69].

El punto más novedoso del pronunciamiento de la CORTE IDH, se relaciona con el derecho que tienen los pueblos indígenas de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en y dentro de su territorio, incluso bajo la superficie. Al respecto, la CORTE IDH afirmó que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho sobre aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son indispensables para la supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida[70].

Sin embargo, la CORTE IDH consideró que los Estados democráticos pueden restringir legítimamente el uso y goce de la propiedad de las comunidades indígenas, siempre y cuando dichas restricciones "a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo"[71].

A pesar de lo anterior, la CORTE IDH indicó que los Estados, para poder entregar concesiones para la explotación de los recursos naturales dentro de los territorios indígenas, tenían el deber de realizar una consulta previa, de buena fe, que conforme con las costumbres y tradiciones de cada pueblo, permita obtener el consentimiento libre, informado y previo de los miembros de las comunidades que habitan el territorio sobre el cual se entregará la concesión[72].

---

[68] CORTE IDH. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Serie C, no. 146, párr. 118 a 121, Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C, no. 125, párr. 124, 131, 135 y 154. CIDH. Informe 75/02, Caso 11.140 Fondo - Mary y Carrie Dann (Estados unidos) de 27 de diciembre de 2002. Documento OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1 de 7 de marzo de 2003, párr. 128 e Informe 40/04, Caso 12.053 Fondo - Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo (Belice) de 12 de octubre de 2004. Documento OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 de 23 de febrero de 2005, párr. 114.

[69] CORTE IDH. Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam. Serie C, no. 172, párr. 87 a 96 y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C, no. 125, párr. 215.

[70] Ibid., párr. 119 a 123 y Caso comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Serie C, no. 146, párr. 118 a 121.

[71] CORTE IDH. Caso del pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Serie C, no. 172, párr. 127.

[72] Ibid., párr. 133.

Para la CORTE IDH, los Estados deben cumplir además las siguientes condiciones: primero, asegurar la participación de las comunidades en los planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción de los recursos naturales según sus usos, costumbres y tradiciones; segundo, garantizar que las comunidades se beneficien razonablemente de los proyectos y; tercero, realizar un estudio previo de impacto social y ambiental[73].

Con este caso, la CORTE IDH estableció un marco general de protección sobre los territorios de las comunidades indígenas, que no sólo incluye su derecho al reconocimiento, titulación y posesión efectiva, sino que establece los estándares interamericanos para que puedan desarrollarse proyectos dentro de sus territorios ancestrales, previa consulta con sus integrantes.

El último caso que ha revisado la CORTE IDH[74], se relaciona con la imposibilidad de la comunidad indígena Xákmok Kásek de Paraguay de acceder a la propiedad y posesión de su territorio ancestral a pesar de haber iniciado los procedimientos administrativos correspondientes para obtener la delimitación, demarcación y titulación de sus territorios. En su decisión, el 24 de agosto de 2010, la Corte recordó los precedentes relacionados con la devolución de tierras tradicionales perdidas por las comunidades indígenas, aún cuando las mismas se encuentran bajo dominio privado y observó que la duración del procedimiento administrativo había sobrepasado cualquier término razonable (17 años), por lo que ordenó, principalmente, proceder a titular los territorios reclamados por la comunidad o en su lugar, entregar territorios alternativos[75]. Asimismo, ordenó al Estado de Paraguay "adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad"[76] y ponga

---

[73] Ibid., párr. 129.

[74] Con posterioridad a la remisión, aprobación y revisión de la presente contribución, la CORTE IDH profirió sentencia de fondo en el caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku que se relaciona con el otorgamiento por parte del Estado de Ecuador de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en el territorio de la citada comunidad. Por razones de carácter editorial, este caso no fue analizado en el presente documento. CORTE IDH. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

[75] CORTE IDH. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Serie C No. 214, párr. 279 a 295.

[76] Ibid., punto resolutivo de disposición no. 25.

fin a las múltiples reclamaciones que ha tenido que conocer el sistema interamericano en otras situaciones similares.

Este último caso, solo concreta los precedentes que ha venido desarrollando la jurisprudencia del sistema interamericano y refuerza el concepto de la obligación internacional del Estado de reconocer y respetar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas en el hemisferio.

Los casos antes mencionados, muestran que, aun cuando el sistema interamericano no cuenta con un instrumento de protección independiente de los derechos de los miembros y comunidades indígenas, una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención, ha significado un avance en el proceso de protección integral de estas comunidades.

Conclusión: los desafíos del sistema interamericano

Son muchos los retos y desafíos que tiene que asumir el sistema interamericano de derechos humanos, para proteger de manera adecuada y efectiva el derecho de propiedad y posesión que tienen los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales.

En primer lugar, es urgente que el sistema logre una negociación política que le permita adoptar definitivamente el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Aunque la evolución del sistema interamericano para reconocer y proteger los derechos de las comunidades indígenas se ha hecho mediante la interpretación evolutiva y armónica de los instrumentos interamericanos y universales, la concreción de un instrumento independiente pondría fin a las discusiones sobre la capacidad de los órganos del sistema interamericano para emplear interpretaciones provenientes de otros sistemas de protección y elevaría el nivel de compromiso de los Estados del hemisferio respecto del reconocimiento, promoción, defensa y protección de los derechos de los miembros y pueblos indígenas en el continente americano.

En segundo lugar, es preciso que la CORTE IDH y la Comisión continúen tramitando aquellos casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, y en especial, incluyan la relación que existe entre el derecho a la familia y los derechos de los niños, con el derecho a la propiedad, entre otros derechos. En este sentido, la interpretación que realiza la Corte en el caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek parece ser la adecuada y muestra que los estándares de defensa y protección de los pueblos indígenas, deben comprender un catálogo más amplio de derechos.

En tercer lugar, es necesario fortalecer el sistema de seguimiento que adelanta la Comisión, a través de visitas *in loco* e informes temáticos, que den cuenta de la situación de los pueblos indígenas en el hemisferio. En especial, sería interesante desarrollar este sistema de seguimiento en aquellos casos que por su especial interés para la región, merecen respuestas más allá del ámbito jurídico v.gr. comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu en Pará (Brasil), respecto de la construcción de la usina hidroeléctrica de Belo Monte.

Al mismo tiempo, la Comisión está llamada a emplear sus competencias de oficio para decretar medidas cautelares o emplear sus facultades quasi-jurisdiccionales para defender los derechos de las comunidades indígenas, o en su caso solicitar, de forma urgente, la adopción de medidas provisionales a la CORTE IDH.

En cuarto lugar, el sistema interamericano debe fortalecer los mecanismos de seguimiento para el cumplimiento efectivo de sus sentencias y pronunciamientos. En este sentido, los últimos pronunciamientos de la Corte, respecto de las formas de cumplimiento de sus sentencias parecen ser una herramienta adecuada para forzar a que los Estados cumplan las decisiones de la Corte.

Por último, el sistema debe realizar mayores esfuerzos para que los Estados, a través de sus órganos jurisdiccionales, asimilen de forma completa, directa y eficaz los pronunciamientos del sistema interamericano y los adopten como estándares propios de derecho interno[77].

Bibliografía

Tratados e instrumentos internacionales

Carta Interamericana de Garantías Sociales. Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, 1969.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (xx), de 21 de diciembre de 1965.

[77] TORO. Op. cit., p. 89-91.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado por la 76 Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, el 27 de junio de 1989.

Convenio 107 Relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes. Adoptado por la 40 Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, el 26 de junio de 1957.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 107 sesión plenaria, celebrada el 13 de septiembre de 2007, mediante la Resolución A/61/L.67 y Add.1.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (xxi), de 16 de diciembre de 1966.

Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1.333 durante su 95 Período Ordinario de Sesiones.

Informes de organismos internacionales

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996. Documento OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. de 14 marzo 1997.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1971. Documento OAS/Ser.L/V/II/.27 Doc. 11 rev. de 6 de marzo 1972.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1972. Documento OEA/Ser.L/V/II/.29 Doc. 41 rev. 2 de 13 de marzo 1973.

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973. Documento OEA/Ser.L/V/II.32 doc. 3 rev. 2 de 14 de febrero 1974.

Informe por País de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983. Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito. Documento OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 10 rev. 3 de 29 de noviembre 1983.

Informe Temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. Documento OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62 de 20 de octubre 2000.

Informe por País de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay. Documento OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52 de 9 de marzo 2001.

Informe por País de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003. Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala. Documento OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 5 rev. 1 de 29 de diciembre 2003.

Informe por País de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2007. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34 de 28 de junio 2007.

Informe Temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Comunidades Cautivas: situación del Pueblo Indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58 de 24 de diciembre 2009

Informe por País de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Democracia y derechos humanos en Venezuela. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54 de 30 de diciembre de 2009.

Informe Temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 de 30 de diciembre de 2009.

ONU. Comité de Derechos del Niño. Observación General 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. Documento ONU. CRC/C/GC/11 (2009), de 12 de febrero de 2009.

ONU. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Documento ONU. E/1998/22, anexo IV, de 16 de mayo de 1997.

ONU. Comité de Derechos Humanos. Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías. Quincuagésima sesión, 1994. Documento ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, de 4 de agosto de 1994.

ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. XXIII: Los pueblos indígenas. Documento ONU. CERD/C/51/Misc. 23/rev. 1, de 18 de agosto de 1997.

Resoluciones internacionales

Primer Congreso Indigenista Interamericano. Acta Final. Celebrado en Patzcuaro, Michoacán, México del 14 al 24 de abril de 1940. Conferencias Internacionales Americanas: Primer Suplemento 1938 – 1942: Recopilación de tratados y otros documentos. 2da reimpresión. Dirección General del Acervo Histórico – Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1990.

OEA AG/RES. 1022 (XIX-O/89) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 18 de noviembre de 1989.

_____. AG/RES. 1044 (XX-O/90) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la octava sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 1990.

_____. AG/RES. 1169 (XXII-O/92) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la octava sesión plenaria, celebrada el 23 de mayo de 1992.

_____. AG/RES. 1269 (XXII-O/94) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 1994.

_____. AG/RES. 1331 (XXV-O/95) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 9 de junio de 1995.

_____. AG/RES. 2294 (XXXVII-O/07) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007.

_____. AG/RES. 2368 (XXXVIII-O/08) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008.

_____. AG/RES. 2498 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General de la OEA, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.

Resolución sobre la Protección de Documentos Arqueológicos – Quinta Conferencia Internacional Americana. Celebrada en Santiago entre el 25 de marzo y el 3 de mayo de 1923. Conferencias Internacionales Americanas 1889 – 1936: Recopilación de tratados y otros documentos. 2da reimpresión. Dirección General del Acervo Histórico – Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1990.

Documentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos contenciosos (sentencias)

Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, no. 15.

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, no. 91.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, no. 79.

Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, no. 124.

Asunto del Pueblo Indígena Sarayaku Respecto Ecuador. Resolución de la Corte de 17 de junio de 2005.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, no. 125.

Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, no. 127.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, no. 146.

Caso Del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, no. 172.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C, no. 214.

Opiniones consultivas

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, no. 10.

Medidas provisionales

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Respecto Nicaragua. Resolución de 6 de septiembre de 2002.

Asunto Pueblo Indígena Kankuamo Respecto Colombia. Resolución de 5 de julio de 2004.

Asunto Pueblo Indígena Sarayaku Respecto Ecuador. Resolución de 6 de julio de 2004.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Respecto Nicaragua. Resolución de 26 de noviembre de 2007.

Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros Respecto Panamá. Resolución de 28 de mayo de 2010.

Asunto Pueblo Indígena Kankuamo Respecto Colombia. Resolución de 21 de noviembre de 2011.

Documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Sistema de peticiones individuales

Informe 90/99, Caso 11.713. Solución amistosa - Comunidades indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet -Riachito- (Paraguay) de 29 de septiembre de 1999. Documento OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 de 13 de abril de 2000.

Informe 75/02, Caso 11.140. Fondo - Mary y Carrie Dann (Estados unidos) de 27 de diciembre de 2002. Documento OEA/Ser.L/V/II.117Doc. 1 rev. 1 de 7 de marzo de 2003.

Informe 68/03, Caso 11.197. Solución amistosa - Comunidad San Vicente los Cimientos (Guatemala) de 10 de octubre de 2003. Documento OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 70 rev. 2 de 29 de diciembre de 2003.

Informe 40/04, Caso 12.053. Fondo - Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) de 12 de octubre de 2004. Documento OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 de 23 de febrero de 2005.

Informe 58/09, Caso 12.354. Admisibilidad - Pueblo indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros (Panamá) de 21 de abril 2009. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1 de 30 de diciembre de 2009.

Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. Caso No. 7964 (Nicaragua) de 16 de mayo de 1984. Documento OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 26.

Resolución 12/85, Caso no. 7615. (Brasil) de 5 de marzo de 1985. Documento OEA/Ser.L/V/II.66 Doc. 10 rev. 1.

Medidas cautelares

Medida Cautelar 56/08 - Comunidades indígenas Ngöbe y otras, Panamá. 18 de junio de 2009.

Medida Cautelar 105/11 - Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, Panamá. 5 de abril de 2011.

Medida Cautelar MC 269/08 - Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del pueblo indígena Mapuche, Argentina. 6 de abril de 2011.

Medida Cautelar 121/11 - 14 Comunidades indígenas Q'echi del Municipio de Panzos, Guatemala. 20 de junio de 2011

Medida Cautelar 382/10 - Comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu, Pará, Brasil. 1 de abril de 2011; revisión de la medida 29 de julio de 2011.

Demandas presentadas por la Comisión IDH

Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni (Caso 11.577) contra la República de Nicaragua de 4 de junio de 1998.

_____. Comunidad indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros (Caso 12.419) contra la República de Paraguay de 2 de febrero de 2005.

_____. Caso de los 12 clanes Saramaka (Caso 12.338) contra la República de Suriname de 23 de junio de 2006.

Libros y artículos de revistas especializadas

CINELLI, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra: breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: Cuadernos Electrónicos. 2006, p. 3.

DULITZKY, Ariel. Los pueblos indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, p. 26.

GÓMEZ RIVERA, María Magdalena. El derecho indígena frente al espejo de América Latina. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1997, p. 26.

NASH ROJAS, Claudio. Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos En: Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto

chileno, Temuco: Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, 2004, p. 29-43.

REY CANTOR, Ernesto y REY Anaya, Ángela. Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción. En: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, MES, 1997, p. 26.

TORO HUERTA, Mauricio Iván. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2010, X.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos: especial referencia al Consejo de Europa y su labor en este ámbito

María Isabel Torres Cazorla*

Introducción

Hace algunos meses, cuando recibí la amable invitación por parte de uno de los destacados profesores de la Universidad del Rosario –Ricardo Abello Galvis– con el objeto de participar en el presente libro homenaje a este insigne jurista, Marco Gerardo Monroy Cabra, una de las dudas que me asaltaron fue la siguiente: ¿qué tema habría de elegir para que el mismo, además de suscitar interés *per se*, constituyese un ámbito que a su vez hubiese merecido el interés y la atención del homenajeado? De alguna manera, un libro homenaje constituye un pequeño acercamiento a la persona, a la vez que a su obra, por parte de la doctrina, de sus amigos y de todos sus seres cercanos y apreciados; en suma, es una especie de pequeño regalo, que no pretende ser otra cosa que un modesto tributo a toda una vida de dedicación y esfuerzos, en este caso en el ámbito del derecho internacional como un todo, tanto en su vertiente pública como privada. Tras una observación de la trayectoria vital de este insigne profesor y jurista, me he decantado por tratar de ofrecer en las líneas que siguen algunas pinceladas de un tema al que el mismo ha estado siempre muy vinculado: los derechos humanos. Y ello, al provenir estas líneas del otro lado del océano Atlántico, se encuentra indisolublemente unido con la que se puede definir como el *alma mater* en este sector en el ámbito geográfico europeo: el Consejo de Europa y su labor progre-

* Universidad de Málaga, España.

siva, que cabría calificar como de cuasirrevolucionaria para el avance en pos de la consecución de un mundo mejor. Sirvan estas líneas como sentido homenaje a los denodados esfuerzos que desde el ámbito jurídico latinoamericano se han realizado con la vista puesta en lograr idéntico objetivo: que los derechos humanos y su defensa efectiva no constituyan una meta sino una realidad al alcance de todos los pueblos.

* * *

Para comenzar a desgranar los logros, sin duda destacables, del Consejo de Europa en pos de la defensa efectiva de los derechos humanos, hemos de indagar previamente en lo que constituye un lugar común en la doctrina: ¿cuál es el germen que permite hablar de la necesidad de proteger dichos derechos? ¿Qué antecedentes ofrecen los cimientos de este sistema, imperfecto pero bastante evolucionado que nos ha conducido a lo que hoy conocemos? Mucho se ha escrito sobre ello, por lo que nos limitaremos a ofrecer una respuesta general, que nos permita acercarnos a la realidad actual con cierto conocimiento de causa. Para ello hemos de remontarnos a los siglos XVII y XVIII, momentos en que una burguesía en ascenso como clase social en Europa comenzará a reclamar la igualdad de todos ante la ley y a reivindicar derechos civiles y políticos (de sufragio, libertades de reunión, de asociación, de expresión, etc.). Ello se plasmará en este contexto geográfico en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789[1]. Ahora bien, desde mediados del siglo XIX la lucha en favor de los derechos humanos va a aparecer conducida por una nueva clase social: el proletariado. Este factor motivó reivindicaciones de nuevos derechos: los derechos de contenido social, económico y cultural (por ejemplo, manifestados en la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado, de 4 de enero de 1918)[2].

[1] Por supuesto, contando con precedentes en otros continentes, como lo ocurrido en América en 1776 en la Declaración de independencia. Un análisis histórico de la evolución experimentada por los derechos humanos véase en la obra de HUNT, L. La invención de los derechos humanos (trad. al castellano de J. Beltrán Ferrer). Barcelona: Tusquets, 2009. Como señala en p. 220, "las declaraciones de 1776, 1789 y 1948 aportaron una piedra de toque para esos derechos de la humanidad, inspirándose en el sentido de lo que "ya no es admisible", y a su vez contribuyeron a que las violaciones de derechos fueran todavía más inadmisibles".

[2] A este respecto, véase la introducción relativa a la protección internacional de los derechos humanos que se contiene en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ

En la actualidad, coexisten en Europa tres sistemas de protección de derechos humanos, que operan en ámbitos geográficos no exactamente coincidentes. Nos referiremos en las líneas que siguen al más desarrollado de ellos, esto es, al sistema auspiciado por el Consejo de Europa, y en concreto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Debemos pasar por alto, dada la brevedad de este escrito, el sistema seguido en el ámbito de la Unión Europea[3], junto con el de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)[4]. A renglón seguido, procedemos a desglosar a grandes rasgos los primeros logros alcanzados por el Consejo de Europa, como Organización internacional regional, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos[5].

DE SANTA MARÍA, P. Derecho internacional público*,* 4ª ed. Revisada., Madrid: Civitas, 2008, p. 835-875, en especial p. 837-839 relativas a los orígenes en materia de protección; igualmente, un análisis global de la protección de los derechos humanos en Europa, en RENUCCI, J. F. Droit européen des droits de l'homme, 3ª ed. París: L.G.D.J., 2002, p. 5 y ss.

[3] Los trabajos relacionados con este tema son innumerables y de igual manera la diversidad de aspectos que presenta el mismo en la UE. Entre otros, pueden consultarse CARRILLO SALCEDO, J. A. Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En: Revista de Derecho Comunitario Europeo,2001, p. 7-26; del mismo autor La exigencia del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la Unión Europea. En: Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2005, no. 82, p. 115-124; FERNÁNDEZ TOMÁS, A. La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea, 2001, no. 214, p. 15-30; MANGAS MARTÍN, A. (dir.) et al., Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2009. Aún quedan múltiples cuestiones pendientes, en el escenario dibujado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, entre las que destaca la adhesión de la UE a la CEDH. Véase al respecto ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y CASADO RAIGÓN, R. Curso de derecho de la Unión Europea. Madrid: Ed. Tecnos, 2014, p. 95-97, en el epígrafe elaborado por SALINAS DE FRÍAS, A. En otro orden de cosas, la lucha contra el terrorismo ha motivado diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia y un intenso tratamiento doctrinal, que pone de manifiesto la necesaria imbricación entre sistemas, como señalan entre otros muchos PIERNAS LÓPEZ, J. La sentencia Al Barakaat y Kadi del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En: REDI, 2008, no. 55, p. 682-689, así como el número monográfico que recoge el coloquio celebrado en el CEDIN (Université Paris Ouest Nanterre La Défense) en el no. 529 de la Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (junio 2009), e inclusive el pronunciamiento del TJUE emitido durante el verano de 2013 sobre el polémico caso Kadi.

[4] Entre otros, véase CASTRO–RIAL GARRONE, F. El *mecanismo* de la dimensión humana de la CSCE. En: Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993, p. 197–221; FERNÁNDEZ SOLA, N. La dimensión humana en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa. Zaragoza: Civitas, 1993. En relación con las fórmulas empleadas por la Organización para llevar a cabo su labor de protección de los derechos humanos en la actualidad, véase http://www.osce.org/what/human–rights. Todos los enlaces han sido consultados por última vez el 27 de septiembre de 2014, si bien este escrito fue elaborado en su versión inicial a comienzos de enero de 2012.

[5] Un análisis de esta cuestión, véase en BENOÎT-ROHMER, F. Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen. Estrasburgo : Consejo de Europa, 2005.

La protección de los derechos humanos, signo distintivo del Consejo de Europa[6]

El año 1949 marca el comienzo en que se instaura en Europa esta organización internacional regional, de cooperación intergubernamental y parlamentaria, cuyo Estatuto se abre a la firma en Londres el día 5 de mayo de dicho año, y que en su art. 3 dispondría que "cada uno de los Estados miembros reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". La organización se diseñaba con unos objetivos muy amplios, que sólo dejaban fuera de su ámbito de actuación los aspectos defensivos y militares. Asimismo, su sede, de conformidad con lo previsto en el art. 11 de su Estatuto, se fijaba en Estrasburgo, una ciudad con una carga simbólica insoslayable: como señala García Picazo, "tres guerras en un siglo y la reconciliación franco–alemana constituyen la "piedra angular" de esta elección"[7].

Han transcurrido más de 60 años desde que se creó el Consejo de Europa. Durante este tiempo, la organización ha tenido que hacer frente a diversos retos respecto a uno de sus objetivos esenciales, como lo es la protección y promoción de los derechos humanos. Uno de ellos lo constituye el amplio abanico de convenios internacionales que, respecto a la protección de estos derechos, se han elaborado en su seno. De ellos, el CEDH constituye el eje central, aunque no único, en lo que a la protección de estos derechos respecta. Pero también ha debido hacer frente a una transformación intrínseca, favorecida por el enorme número de Estados que se han incorporado al Consejo de Europa desde los años noventa, duplicando el número de Estados miembros de la organización, que debe adaptar su funcionamiento a una realidad radicalmente diferente a la existente hace algunas décadas. Después de las transformaciones políticas experimentadas en diversos Estados de Europa Central y Oriental (caída del muro de Berlín y transformaciones acaecidas en la URSS, Checoslovaquia o Yugoslavia), el Consejo de Europa fue la organización europea mejor situada para dar respuesta a las exigencias de cooperación planteadas por Estados de Europa Central y del

[6] Véase un tratamiento exhaustivo de esta cuestión en la obra del profesor CARRILLO SALCEDO, J. A. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Ed. Tecnos, 2003, de obligada lectura para cualquier aproximación a esta materia.

[7] Véase GARCÍA PICAZO, P. La idea de Europa: historia, cultura, política. Madrid: Ed. Tecnos, 2008, especialmente p. 61–67, enormemente ilustrativas en lo que concierne a los "símbolos de Europa".

Este, que fueron rápidamente admitidos como nuevos miembros. Era necesario colaborar con ellos para que consiguiesen abordar con éxito la transición entre un sistema político totalitario y la democracia y un respeto de derechos humanos incipiente; para ello, el Consejo de Europa puso en práctica procedimientos específicos de seguimiento del respeto de los compromisos asumidos por los Estados miembros (*monitoring*). Se confió esta labor a dos órganos políticos, la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros, creándose una unidad específica relativa a este seguimiento en la Secretaría del Consejo de Europa[8].

De esta forma, esta organización internacional regional dejaba de ser un club de democracias, como lo fue desde su creación en 1949 hasta las ampliaciones que siguieron a los acontecimientos de 1989–1990, para transformarse en una escuela de democracia[9]. Desde los comienzos de la vida de la organización, la democracia, y por ende el compromiso con los derechos humanos representaba una condición a satisfacer para los países que quisieran adherirse (art. 4 del Estatuto de Londres)[10] y mantenerse (art. 8)[11] en el Consejo de Europa, como señala Ripol Carulla[12].

---

[8] Véase CARRILLO. Op. cit., p. 14. Sobre esta cuestión en particular, WINKLER, G. The Council of Europe. Monitoring Procedures and the Constitutional Autonomy of the Member States. Viena, Nueva York: Springer, 2006.

[9] Véase CARRILLO. Op. cit., p. 14.

[10] Cualquier Estado europeo, considerado capaz de cumplir las disposiciones del artículo 3, y que tenga voluntad de hacerlo, podrá ser invitado por el Comité de Ministros a convertirse en Miembro del Consejo de Europa. El Estado así invitado tendrá la calidad de Miembro tan pronto como se remita en su nombre al Secretario General un instrumento de adhesión al presente Estatuto.

[11] El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente lo dispuesto en el artículo 3, e invitarle a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. Si no atiende a dicha invitación, el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité.

[12] Ver RIPOL CARULLA, S. El sistema europeo de protección de los derechos humanos. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. Madrid: Atelier, 2007, p. 18-19. A este respecto, este autor cita diversos supuestos en los que se puso de relieve la inexistencia de una democracia; pocas horas antes de que el Comité de Ministros recurriera a este artículo para expulsar a Grecia tras el golpe de Estado del régimen de los coroneles, el gobierno optó por denunciar el CEDH y retirarse de la Organización (12 de diciembre de 1969). En 1981 volvió a plantearse una situación similar cuando la Asamblea Parlamentaria retiró a la delegación turca el derecho a asistir y participar en sus sesiones. Sólo cuando se restableció la democracia, ambos Estados vieron sus derechos plenamente restituidos (en 1974 y 1984, respectivamente). Posteriormente, entre otros, la organización ha sancionado a Malta (1982), Chipre (1986) y Rusia (2000).

Este cambio de perspectiva al que se enfrentó el Consejo de Europa en la última década del siglo xx trajo consigo múltiples consecuencias, que aún perviven. Muchos de estos países vieron en el Consejo de Europa un medio para afianzar sus procesos de transición a la democracia y en Estrasburgo una antesala a Bruselas, esto es, un paso previo necesario para reforzar sus aspiraciones de posterior incorporación a la Unión Europea[13]. Esto ha cambiado drásticamente el panorama que presenta este Consejo de Europa: si en 1989 tenía 23 Estados miembros y abarcaba a 400 millones de seres humanos, actualmente esta cifra alcanza ya casi una cincuentena de Estados Miembros (47 hoy día), comprendiendo una población de más de 800 millones de personas[14]. Su composición actual es tan diversa que algunos han llegado a rebautizarlo como Consejo de Eurasia, en vez de Europa, siguiendo al profesor Carrillo Salcedo[15].

Los elementos básicos que conforman este marco de protección

En el seno del Consejo de Europa, los Estados miembros han concluido hasta la fecha un total de 217 tratados multilaterales[16] en distintas materias de las que entran en el ámbito de competencias de la Organización, convenios que sin duda alguna han contribuido al desarrollo progresivo del derecho internacional; dentro de ese entramado de normas convencionales, cobran especial relevancia las relativas a la protección de los derechos humanos, signo distintivo del Consejo de Europa[17]. Tanto es así que a partir de 1990 se concibe como condición para

---

[13] Como señala CARRILLO. Op. cit., p. 75-76. A este respecto véase TORRES CAZORLA, M.I. La adhesión a la Unión Europea y al Consejo de Europa: ¿fenómenos provocadores de cambio en la nacionalidad? En: BLANC Altemir, A. (ed.). Europa Oriental: en la encrucijada entre la Unión Europea y la Federación Rusa. Lleida, 2008, p. 195-215.

[14] A este respecto, ver en Internet: http://www.coe.int/home.

[15] Véase CARRILLO. Op. cit., p. 76.

[16] Conforme a la información suministrada en el espacio relativo a esta cuestión de la web de la Organización, http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG, donde se incluyen además Protocolos y otros instrumentos que complementan tratados internacionales anteriores.

[17] El Consejo de Europa ha tratado de cubrir con su labor normativa infinidad de sectores, cuya mera cita escapa de los objetivos de este trabajo, y entre los que podemos mencionar la extradición, los derechos sociales plasmados en la Carta Social Europea y en sus versiones posteriores, la represión (y prevención) del terrorismo, el estatuto jurídico del trabajador migrante, la protección de las personas contra el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la protección de las minorías nacionales, la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina, la prohibición de la clonación de seres humanos, las pruebas genéticas con fines médicos, entre una multiplicidad de convenios cuyo listado puede consultarse en la web del Consejo de Europa anteriormente citada.

ser miembro del Consejo de Europa la adhesión al CEDH, sin que esto figurase ni en el Estatuto de la Organización ni en la propia Convención.

En la Declaración adoptada en Viena el 9 de octubre de 1993, en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembro del Consejo de Europa se determinó que: "... la adhesión presupone que el Estado candidato haya adaptado sus instituciones y su ordenamiento jurídico a los principios fundamentales del Estado democrático, a la preeminencia del Derecho y al respeto de los derechos humanos. (...) El compromiso de firmar el CEDH y de aceptar en breve plazo su mecanismo de control, es igualmente fundamental".

Asimismo, cabe destacar que, con ocasión del quincuagésimo aniversario del Consejo de Europa, el Comité de Ministros decidió, mediante su Resolución 99 (50) de 7 de mayo de 1999, la creación de la figura del Comisario para los Derechos Humanos, que ejercerá sus funciones con total independencia e imparcialidad, y presentará un informe anual al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Ejercerá su mandato con dedicación exclusiva por un período no renovable de seis años. Es una instancia no judicial, no pudiendo recibir quejas individuales. Entre sus funciones destacan fomentar e impulsar el interés por los derechos humanos en el interior de los Estados, facilitar asesoramiento e información en la materia, identificar insuficiencias en el derecho y la práctica de los Estados miembros, favorecer las actividades de los defensores del pueblo nacionales, responder a peticiones que le sean formuladas por el Comité de Ministros o la Asamblea Parlamentaria y cooperar con otras instituciones internacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos. Puede realizar visitas a los Estados miembro y emitir recomendaciones, opiniones e informes[18]. Sin duda, un logro que permite acercar los objetivos a lograr en el ámbito de los derechos humanos a un cúmulo de Estados cuyas divergencias saltan a la vista.

[18] El 5 de octubre de 2005 fue elegido el sueco Thomas Hammarberg por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (2006-2012), que sustituye al que fue primer Comisionado, el español Álvaro Gil-Robles (1999-2006). Actualmente dicho puesto es desempeñado desde 2012 por el letonio Nils Muižnieks. Como ejemplo ilustrativo de la labor de esta figura, ver el informe realizado en 2001, y especialmente en 2005 tras su visita a España, con particular énfasis en la situación en el País Vasco. A este respecto, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. Derechos Humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales. En: Pacis Artes. Obra homenaje al Prof. J. D. González Campos. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Eurolex, 2005, p. 229-248. A este respecto, véase una información detallada acerca de esta figura y su labor en Internet : http://www.coe.int/en/web/commissioner/the-commissioner.

El Convenio adoptado en Roma en 1950: una Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de la que todos los Miembros del Consejo de Europa forman parte

Breve referencia a los trabajos preparatorios del CEDH y su relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)

El origen del CEDH lo podemos encontrar en el Congreso de Europa, que se celebró en La Haya del 8 al 10 de mayo de 1948. En la reunión plenaria final del mismo, los participantes declararon entre otras cosas, en el denominado Mensaje a los Europeos: "Queremos una Carta de Derechos Humanos que garantice las libertades de pensamiento, reunión y expresión, así como el libre ejercicio de una oposición política. Queremos un Tribunal de Justicia capaz de aplicar sanciones necesarias para hacer respetar la Carta".

Fundamentándose en estas propuestas, el 12 de julio de 1949, el Movimiento Europeo sometió al Comité de Ministros del Consejo de Europa un proyecto, en el que enunciaba los derechos reconocidos y además preveía un mecanismo de control con competencias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. El proyecto final adoptado en agosto de 1950 sería abierto a la firma en Roma, en noviembre de ese mismo año. Entró en vigor tres años después, y el mismo tiene como uno de sus grandes logros concretar las disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos contenidas en el Estatuto del Consejo de Europa; además, transformó en obligaciones jurídicas precisas varios de los principios proclamados en la DUDH, a la que se refiere en tres ocasiones a lo largo de su Preámbulo, lo que da cuenta de que dicho texto fue un instrumento clave de inspiración.

La relación entre ambos instrumentos ha sido de tal calado que el proyecto de CEDH no definía los derechos reconocidos, sino que éstos quedaban enunciados mediante una referencia explícita a los artículos correspondientes de la DUDH, utilizando incluso los siguientes términos: "de conformidad con el artículo (...) de la Declaración de las Naciones Unidas". Ahora bien, finalmente se consideró que resultaba más conforme con la naturaleza de un tratado internacional definir de modo autónomo los derechos reconocidos, y no mediante referencias a otro texto. A pesar de ello, el Preámbulo de la CEDH pone claramente de relieve que la DUDH ha sido una importante guía inspiradora, como se señala en los párrafos primero, segundo y quinto:

> Considerando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;
> Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados;
> Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal.

La expresión "tomar las primeras medidas adecuadas", siguiendo el Preámbulo, puso de relieve que el Convenio no fue concebido como algo definitivo sino, por el contrario, como un primer paso y punto de partida en el desarrollo progresivo del reconocimiento y perfección internacionales de los derechos humanos. Esto queda patente en la existencia de dieciséis protocolos al mismo, adoptados hasta la fecha, seis de los cuales son adicionales y tienen contenido normativo, puesto que amplían el catálogo de los derechos protegidos en el CEDH, que pasamos a desglosar seguidamente. A ello han de sumarse dos nuevos Protocolos adoptados más recientemente –de junio y octubre de 2013– con la idea de mejorar el funcionamiento del Tribunal (especialmente el Protocolo 15)[19] o permitir un mayor diálogo entre los tribunales nacionales más importantes y el TEDH ampliando la posibilidad de solicitar dictámenes consultivos (situación prevista en el Protocolo 16)[20]; en el momento de redactar estas líneas aún no han entrado en vigor.

Los derechos reconocidos por el CEDH y los Protocolos de contenido normativo

El art. 1 del CEDH dispone que los Estados parte reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción –y no solo a sus nacionales– los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio. Por ello, el Convenio no se limita

[19] Hasta el momento son una decena los Estados que han aceptado el mismo, por lo que parece que el proceso se prevé largo. Toda la información sobre el mismo puede verse en http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=213&CM=8&DF=24/08/2014&CL=ENG.

[20] Aún no ha sido ratificado por ningún Estado miembro. Véase información sobre el mismo en Internet: http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=214&CM=8&DF=24/08/2014&CL=ENG.

a proteger a europeos, nacionales de los Estados Parte miembros del Consejo de Europa, sino que tiene un alcance mucho más amplio. Adquiere dimensión universal, puesto que toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado Parte[21], cualquiera que sea su nacionalidad e incluso si carece de ella, queda protegida por el Convenio en el goce de los derechos y libertades fundamentales que en él se reconocen.

Los derechos reconocidos en el CEDH son reducidos, sin perjuicio de las labores interpretativas de los mismos que el TEDH ha realizado, así como la ampliación que este catálogo ha experimentado a raíz de sus protocolos adicionales, aunque para ello sea precisa la ratificación de los Estados parte en el CEDH. Y no todos han ratificado el conjunto de los protocolos, con lo que el sistema de protección no es idéntico en el ámbito global de los Estados que conforman el Consejo de Europa. Aquí radica uno de los factores a tener en cuenta, desde una perspectiva plenamente realista.

De manera inicial, el CEDH consagra los siguientes derechos, que clasificamos retomando la fórmula que expuso R. Cassin en relación con la DUDH[22], trabajo que se puede considerar un clásico en esta materia:

Derechos que se reconocen al individuo en tanto que persona

- Derecho a la vida, de la que nadie podrá ser privado intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena (art. 2)[23].
- Derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3).
- Derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados u obligatorios (art. 4).

[21] Sobre este particular resulta esencial la lectura de CARRILLO SALCEDO, J. A. Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012). En: UNED. Teoría y realidad constitucional, 2013, no. 32, p. 285-291, y de acceso libre en Dialnet.

[22] CASSIN, R. La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme. En: 79 Rec. des Cours. 1951–II, no. 79, p. 241-367.

[23] Derecho respecto al que se ha producido un importante avance, tratando de erradicar la pena de muerte, en virtud de los Protocolos 6 y 13, como después señalaremos.

- Derecho a la libertad y seguridad y a los derechos del detenido (art. 5).
- Derecho a disfrutar de los derechos y libertades antes enunciados sin discriminación por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (art. 14).

Derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales de los que forma parte

- Derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia (art. 6).
- Derecho a no ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya un delito según el derecho nacional o el internacional, y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos (no hay pena sin ley) (art. 7).
- Derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8).
- Derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho (art. 12).
- Derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (art. 13).

Derechos encaminados a permitir que la persona pueda contribuir a la formación de los órganos del Estado y participar en sus actividades

- Las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), de expresión e información (art. 10), de reunión pacífica, de asociación y de sindicación (art. 11).

Otra distinción posible entre los derechos consagrados en el CEDH es la que permite hablar de los derechos que podrían considerarse como autónomos (arts. 2-12) frente a aquéllos que no lo son (derecho a un recurso efectivo: art. 13; prohibición de la discriminación: art. 14 y prohibición del abuso de derecho: art. 17).

Como se desprende de esa lista, el Convenio protege fundamentalmente derechos civiles y políticos, aunque algunos de ellos tengan una indiscutible di-

mensión social y económica. Además, los derechos contemplados se configuran como un mínimo puesto que, conforme al art. 53, ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidos en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte o en cualquier otro tratado de derechos humanos en que éste fuese igualmente parte.

Ahora bien, el catálogo de derechos reconocidos se ha ampliado a través de los Protocolos Adicionales 1, 4, 6, 7, 12 y 13, que han añadido nuevos derechos y libertades, con la finalidad de desarrollar el CEDH y lograr una mayor concordancia entre dicho texto y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), del que forman parte los Estados miembros del Consejo de Europa. Así, los derechos reconocidos en dichos Protocolos son los siguientes:

El Protocolo núm. 1 (1952)[24] incluye tres derechos:

a) derecho al respeto de los bienes, de los que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y por los principios de derecho internacional (art. 1);
b) derecho a la instrucción, respetando el Estado el derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones (art. 2); y
c) obligación del Estado de organizar periódicamente elecciones libres (art. 3).

El Protocolo núm. 4[25] contempla los siguientes:

a) prohíbe la privación de libertad por incumplimiento de una obligación contractual (art. 1);
b) reconoce el derecho de toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte a la libre circulación por el territorio de dicho Estado y a escoger libremente su residencia (art. 2); y

[24] España firmó este Protocolo el 23 de febrero de 1978 y lo ratificó el 27 de noviembre de 1990 (BOE de 12 de enero de 1991).

[25] Firmado por España el 23 de febrero de 1978, ratificado el 28 de agosto de 2009, entró en vigor para España el 16 de septiembre de 2009 (BOE 247, 13 de octubre de 2009).

c) los arts. 3 y 4 prohíben la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del Estado del que fuese nacional (art. 3) y la expulsión colectiva de extranjeros (art. 4).

El Protocolo núm. 6[26] establece la abolición de la pena de muerte; nadie puede ser condenado a tal pena ni ejecutado (art. 1)[27]. Su art. 2 permite a los Estados parte imponer la pena de muerte, con arreglo a su legislación, por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra.

El Protocolo núm. 7[28]: prohibición arbitraria de la expulsión de extranjeros (art.1); reconoce nuevas garantías procesales, como el derecho a recurso contra una condena penal (art. 2); derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial (art. 3); el principio *ne bis in ídem* (art. 4); proclama el principio de igualdad jurídica de los esposos en derechos y responsabilidades de carácter civil (art. 5).

El Protocolo núm. 12[29]: abierto a la firma en Roma con ocasión de las ceremonias conmemorativas del cincuentenario de la firma del CEDH, el 4 de noviembre de 2000; enuncia en su art. 1 una prohibición general de la discriminación al disponer que "el ejercicio de cualquier derecho reconocido por ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación".

El Protocolo núm. 13[30], relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, abierto a la firma en Vilna el 5 de mayo de 2002, y cuya entrada en vigor internacional se produjo el 1 de julio de 2003.

---

[26] Ratificado por España el 14 de enero de 1985 (BOE de 17 de abril de 1985).

[27] Complementa el art. 2 del CEDH, conforme al cual el derecho a la vida deja fuera de su ámbito de aplicación la ejecución de una condena pronunciada por un tribunal que, en el caso de que el delito esté castigado por ley con la pena capital, imponga dicha pena.

[28] Firmado por España el 22 de noviembre de 1984, ratificado el 28 de agosto de 2009, entró en vigor para nuestro país el 1 de diciembre de 2009 (BOE 249, 15 de octubre de 2009).

[29] Firmado por España el día 4 de octubre de 2005, en Roma, ratificado el 25 de enero de 2008, entró en vigor para España el 1 de junio de 2008 (BOE 64, 14 de marzo de 2008).

[30] Firmado por España el 3 de mayo de 2002; ratificado el 16 de diciembre de 2009. La entrada en vigor para España se produjo el 1 de abril de 2010 (BOE 77, 30 de marzo de 2010).

Limitaciones, restricciones y ampliaciones del contenido de dichos derechos: la labor interpretativa realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

En el sistema analizado del CEDH, el valor de la jurisprudencia alcanza una gran importancia. Es más, a pesar de que las sentencias afectan al caso controvertido, en diversas ocasiones se ha producido el siguiente hecho: cuando el TEDH ha declarado que ciertas normas internas son contrarias al CEDH, otros Estados diferentes al condenado en el caso sometido al Tribunal, se han apresurado a cambiar sus normas, para tratar de evitar así que un residente en su país se dirija posteriormente al Tribunal, teniendo presente el caso anteriormente resuelto en esta sede. Esto es lo que se conoce como el "efecto de cosa interpretada", en palabras de Ruiz Miguel[31].

Debe ponerse de relieve que los derechos antes mencionados, tanto los comprendidos en el CEDH como en los Protocolos Adicionales, no tienen un carácter absoluto. En lo concerniente a los derechos comprendidos en el CEDH, debido a que los arts. 8 a 11 contienen un párrafo 2 en el que se determina la posibilidad de limitar tales derechos, si bien no podrán ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzar alguna o algunas de las siguientes finalidades legítimas: seguridad nacional, seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Pero resaltaremos que el TEDH ha interpretado que las injerencias en el goce de un derecho, esto es, sus limitaciones y restricciones, han de ser proporcionadas[32].

De igual modo, el art. 15 del CEDH prevé que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, los Estados parte podrán derogar las obligaciones en él establecidas. Un caso en que esto se planteó sucedió

---

[31] RUIZ MIGUEL, C. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid: Ed. Tecnos, 1997, p. 55. Lo anteriormente dicho sucedió de forma muy clara respecto de Países Bajos, que teniendo un derecho de familia similar al existente en Bélgica, declarado contrario al CEDH en la sentencia Marckx, cambió dicha normativa para que no pudiera ser tachada de contraria al Convenio. Véase la sentencia de 13 de junio de 1979, en el asunto Marckx contra Bélgica. El acceso a la jurisprudencia del TEDH puede realizarse en Internet: http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case–Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/.

[32] A este respecto, CARRILLO. Op. cit., p. 27; igualmente, un tratamiento particularizado de este aspecto, en GARCÍA San José, D. Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.

tras los atentados contra las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, cuando el Reino Unido derogó en octubre de ese mismo año la aplicación del art. 5.1 del Convenio, emitiéndose una opinión por el Comisario para los Derechos Humanos, que sometió a escrutinio ciertos aspectos de la Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, promulgada por este país[33].

Además, existe una segunda circunstancia que establece un cierto grado de diferenciación entre los Estados Parte en el CEDH y sus Protocolos: si bien todos los Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por el CEDH, no todos lo están por los distintos Protocolos adicionales normativos que han ampliado la lista de derechos y libertades reconocidos. Inclusive los Estados pueden formular reservas y declaraciones interpretativas[34] que excluyen o interpretan de modo subjetivo las obligaciones jurídicas asumidas por los mismos (aunque algunos de los Protocolos adicionales no permiten reservas, como sucede en los Protocolos 6 y 13, relativos a la abolición de la pena de muerte).

Otra posibilidad de limitación de los derechos contemplados se prevé en el art. 56 del CEDH, en que se establece que "cualquier Estado podrá, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar (....) que el presente Convenio se aplicará (...) a todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable", lo cual puede limitar el ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones.

Ahora bien, debe afirmarse el alto grado de aceptación recibido por los Protocolos, y, en general, por los instrumentos convencionales de protección creados por el Consejo de Europa. De igual manera, debemos señalar que el TEDH ha sabido limitar los efectos potencialmente devastadores del subjetivismo de los Estados, gracias a la interpretación del Convenio que ha llevado a cabo a través

[33] La explicación de estas circunstancias y del contenido de la excepción, así como de la ley interna que la prevé puede consultarse en el BOE de 11 de junio de 2002, p. 20822-20824; el Reino Unido señala que "...en la medida en que el ejercicio de la potestad ampliada de la detención pueda no ser conforme con las obligaciones del Reino Unido en virtud del artículo 5.1, el Gobierno ha decidido acogerse al derecho de excepción conferido por el artículo 15.1 del Convenio, y ello hasta nuevo aviso". Un análisis de la jurisprudencia del TEDH relacionada directamente con casos vinculados a la lucha contra el terrorismo por los Estados miembros, véase en SALINAS DE FRÍAS, A. Detención, garantías esenciales y estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH. En: UNED. Revista de Derecho Político, septiembre-diciembre 2010, no. 79, p. 285-333.

[34] En este sentido, resulta crucial la sentencia del TEDH emitida el 29 de abril de 1988 en el caso Belilos c. Suiza, en que el Tribunal declaró nula una declaración interpretativa suiza, considerándola contraria al Convenio, con la virtualidad de que este órgano afirmó su competencia para determinar la validez de dicha reserva. A este respecto, véase un resumen de esta sentencia, así como bibliografía relacionada en BERGER, V. Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, 8ª ed. París: Sirey, 2002, p. 175-178.

de su jurisprudencia. El Tribunal ha procedido a una interpretación evolutiva del Convenio, adaptada a las cambiantes condiciones de vida, y no ya a las existentes en 1950, ampliando así el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados parte.

Por ejemplo, como señaló el TEDH en el asunto Selmouni c. Francia (párr. 101 de la sentencia de 28 de julio de 1999): "teniendo en cuenta que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales (...) determinados actos, antes calificados de "tratos inhumanos y degradantes" y no de "tortura", podrían recibir una calificación distinta en el futuro"[35].

El principio de proporcionalidad ha sido también utilizado por el TEDH en numerosas sentencias para modular las actuaciones estatales, interpretando las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados parte. Como sucedió en la sentencia de 27 de septiembre de 1995, dictada en el caso McCann y otros c. Reino Unido, relativo al derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, conforme al art. 2.2 del Convenio. En este caso las autoridades británicas, españolas y gibraltareñas tenían conocimiento de que terroristas del IRA iban a perpetrar un atentado en Gibraltar; en una acción llevada a cabo por agentes de un regimiento especial del ejército británico, tres miembros del comando del IRA fueron abatidos a tiros por los disparos de las fuerzas de seguridad. Aunque el Tribunal consideró que tales muertes no habían sido premeditadas, entendió que la muerte de los tres terroristas no había sido el resultado de una utilización absolutamente necesaria de la fuerza para asegurar la defensa de terceros frente a la violencia ilegal y decidió por 10 votos contra 9, que en el caso hubo violación del art. 2 del Convenio, atribuible al Reino Unido de Gran Bretaña[36].

Es más, de la propia jurisprudencia del TEDH se desprende la necesidad de que en ocasiones los Estados están vinculados a realizar obligaciones positivas, a fin de satisfacer el deber de asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. El Tribunal Europeo ha contribuido de esta forma a superar la clásica distinción entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, entre los que no existe un foso insalvable, a juicio del Tribunal[37].

---

[35] Al respecto, BERGER. Op. cit., p. 34–39.

[36] Al respecto, BERGER. Op. cit., p. 7-11.

[37] Ver CARRILLO SALCEDO, J. A. Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales. En: Revista de Instituciones Europeas, 1991, no. 18, p. 431–453.

Los derechos protegidos han de tener un contenido efectivo, no teórico ni ilusorio, y esto se hace patente especialmente cuando nos referimos a derechos que pudieran tener un contenido económico. Esta circunstancia se planteó en el caso Lallement c. Francia, en que el demandante alegaba que debido a la expropiación de que había sido objeto se encontraba desposeído de 60% de las tierras destinadas a la producción lechera, su actividad principal y fuente esencial de sus ingresos, y que la superficie restante sólo permitía el mantenimiento en explotación de una cabaña insuficiente para asegurar su subsistencia y la de su familia. El Tribunal estimó en su sentencia de 11 de abril de 2002 que las indemnizaciones percibidas por el demandante no estaban destinadas a compensar la pérdida de su "herramienta de trabajo", sino que se basaban en la posibilidad de que continuase su actividad en la superficie no expropiada, por lo que, vista la especificidad de la situación del demandante, decidió que la indemnización pagada no era razonable y que hubo violación del derecho reconocido en el art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 porque el demandante había sufrido una carga especial y exorbitante[38]. Un caso vinculado a un montante económico que afectó a España fue el asunto Muñoz Díaz, sentencia dictada el 8 de diciembre de 2009, en la que la demandante alegaba la violación del art. 14 de la Convención junto con el art. 1 del Protocolo no 1, en consonancia con el art. 12 de la Convención[39]. Todas estas argumentaciones las hizo suyas el Tribunal, salvo la última de ellas.

También la jurisprudencia del TEDH ha conseguido extender el ámbito del Convenio a derechos no expresamente reconocidos en el mismo; esto ha sucedido, por ejemplo, respecto a los derechos de los extranjeros, o al menos una protección indirecta de los mismos. En correlación con el art. 3 del CEDH, el Tribunal ha sostenido que los extranjeros no pueden ser objeto de una medida de expulsión o de extradición cuando la persona de que se trate pueda ser some-

---

[38] Al respecto CARRILLO. Op. cit., p. 104.

[39] En este procedimiento además se contó con la intervención en la fase escrita como *amicus curiae* de la Unión Romaní. El asunto se refiere a una demanda presentada por una señora perteneciente a la minoría gitana, que contrajo matrimonio por dicho rito y a la que se le había denegado una pensión de viudedad al fallecer su esposo. El TEDH consideró la existencia en este supuesto de una vulneración del art. 14 en conexión con el Protocolo 1 de la Convención. Además, algunos de los párrafos de la citada sentencia son ilustrativos de una manera de proceder progresista en lo que concierne a la defensa, respeto y garantía de los derechos de las minorías, al afirmar (véanse especialmente los párrs. 60 y 61 de la sentencia) que "the Court takes the view that, whilst the fact of belonging to a minority does not create an exemption from complying with marriage laws, it may have an effect on the manner in which those laws are applied (…) the vulnerable position of Roma means that some special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases".

tida en el país de destino a un trato inhumano (Caso Soering c. Reino Unido de Gran Bretaña, de 7 de julio de 1989)[40].

El Tribunal ha ampliado el alcance del CEDH al proteger un derecho al medio ambiente (no expresamente recogido en el Convenio) pero al que dio protección indirecta vinculándolo con el derecho al respeto del domicilio y de la vida familiar, que sí aparece contemplado en el art. 8[41]. Así lo hizo en la sentencia de 9 de diciembre de 1994 en el caso López Ostra c. España, en que una demandante alegaba violación de su derecho al respeto del domicilio y de su vida familiar a causa de los malos olores, ruidos y humos contaminantes provocados por una estación depuradora de aguas y de residuos químicos; en este caso, el Tribunal declaró que hubo violación del art. 8 del Convenio atribuible a España, porque el Estado demandado no había sabido lograr un justo equilibrio entre el interés del bienestar de la ciudad de Lorca –disponer de una estación depuradora– y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su vida privada y familiar[42]. Hace unos años, España fue condenada igualmente en un asunto relativo a la conculcación del derecho contenido en el art. 8, por los ruidos provocados por locales de diversión nocturna en Valencia[43] y más recientemente respecto de los ruidos procedentes de una discoteca en Cartagena (sentencia Martínez Martínez c. España, de 18 de octubre de 2011)[44].

---

[40] En este sentido, ver BERGER. Op. cit., p. 22–27. Igualmente, sobre la expulsión de extranjeros, vid. CARRILLO SALCEDO, J. A., Op. cit., p. 287-288, al estudiar en el caso Hirsi Jamaa la expulsión colectiva de extranjeros por parte de Italia, efectuada por patrulleras en alta mar, y las extrapolaciones al caso español y a las situciones que se viven en los últimos años.

[41] Un tratamiento amplio de este tema puede verse en MORTE, C. El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: EMBID IRUJO, A. (dir.). El derecho a un medio ambiente adecuado. Madrid: Iustel, 2008, p. 351-368. Como señala Casadevall, "(l)a noción de domicilio, en sentido amplio, incluye también el derecho a la protección contra injerencias resultantes de ruidos, emanaciones de gases, malos olores u otras molestias medioambientales que, sin implicar forzosamente un peligro para la salud, pueden perturbar el bienestar de las personas en su domicilio y afectarlas en su vida privada y familiar"; CASADEVALL, J. En: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 352.

[42] A este respecto, véase esta sentencia y un comentario a la misma en la obra de GARBERÍ LLOBREGAT, J. y MORENILLA ALLARD, P. Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España. Barcelona: Bosch, 1999, p. 317-339. Los elementos centrales de esta sentencia, en español, pueden verse en la recopilación que realizan LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y GARCÍA-COMENDADOR DONOSO, L. Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 214-218.

[43] Asunto Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004. Igualmente, puede consultarse en español en LÓPEZ. Op. cit., p. 858–864.

[44] Sobre este particular GARCÍA URETA, A. En: El ruido ante el TEDH. Otra llamada de atención a

En otro orden de cosas, pero también relacionado con los derechos contenidos en el art. 8 del CEDH, cabe destacar el caso recaído en la sentencia de 2 de diciembre de 2008 (K.U. c. Finlandia), donde la jurisprudencia del Tribunal cobra una enorme relevancia, al referirse a los límites que deben establecerse para controlar conductas de pedofilia en Internet[45]. También en relación directa con el art. 8, el caso Güzel Erdagoz c. Turquía, de 2 de octubre de 2008, se basa en la imposibilidad de esta señora, de origen kurdo, para acceder a una subvención agrícola que había solicitado porque su nombre no constaba escrito de la misma manera en los diferentes registros del Estado. En el registro civil se reflejaba la variante turca Güzel, mientras que en el de la propiedad se reflejaba la denominación correcta, en la variante kurda Gözel, según la demandante. Ante la imposibilidad de que se llevase a cabo la rectificación, pues las autoridades turcas alegaban que esa variante no se reflejaba en el *Diccionario de la lengua turca*, la demandante acude al TEDH alegando la vulneración de los arts. 8 y 14 del CEDH[46].

---

la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez v. España, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011. En: Actualidad Jurídica Ambiental. Noviembre, 2011, p. 1-12.

[45] A este respecto, véase el comentario que realiza BOUAZZA ARIÑO, O. Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: Revista de Administración Pública. 2009, no. 178, p. 341-357, y concretamente las p. 342–343 dedicadas a este caso. Los hechos, *grosso modo*, son los siguientes: una demanda interpuesta por el sr. K.U., menor de edad en el momento de producirse la situación lesiva, contra Finlandia, por la inexistencia de un mecanismo de reacción legal frente a un titular de un servidor de Internet de una página de contactos en la que un desconocido había subido un anuncio –en nombre del demandante– colgando los datos personales de este último (inclusive una foto y su teléfono, indicando que buscaba una relación íntima con un chico de su edad, o más mayor, para que "le enseñase el camino"). El demandante tenía entonces 12 años y tuvo conocimiento de este anuncio al recibir un mensaje de un hombre que se puso en contacto con él, proponiéndole conocerse. El padre del demandante pidió a la policía la identificación de la persona que puso el anuncio, siendo esto rechazado por el servidor de internet, sujeto a la confidencialidad de las telecomunicaciones exigida por el derecho finlandés. Los tribunales finlandeses (en primera instancia y en apelación) acogieron este mismo criterio, al considerar que no existía normativa interna que permitiese solventar este tipo de casos, aplicándose el derecho de secreto profesional del servidor de internet. Agotada la vía interna, se interpuso recurso ante el TEDH, por violación de los arts. 8 y 13 del CEDH, al producirse una invasión ilegítima en su vida privada y que en el derecho finlandés no existía un recurso efectivo para revelar la identidad de la persona que había colgado el anuncio. El TEDH consideró que el acto de colgar el anuncio constituyó un acto delictivo, al convertir al demandante en blanco de la pedofilia, en violación del art. 8 del CEDH.

[46] Véase el comentario recogido por BOUAZZA. Op. cit., p. 343-344. La demandante consideró que su nombre, de origen kurdo, había sido adaptado a la lengua turca, por lo que fue víctima de un trato discriminatorio basado en la lengua y en su origen kurdo. El tribunal estimó que, como los tribunales turcos sólo hicieron mención a la inexistencia del nombre real de la demandante en el Diccionario para denegar la rectificación, no se había justificado suficientemente la interferencia en el derecho de la demandante. Por unanimidad declaró que se había vulnerado el art. 8, sin necesidad de analizar separadamente la posible vulneración del art. 14 CEDH.

Cabe mencionar el asunto Opuz v. Turquía, de 9 de junio de 2009, "donde el TEDH condena por primera vez en su historia a un país miembro por violencia doméstica y malos tratos"[47]. El Tribunal se enfrenta en esta demanda a la cuestión de si existe una obligación concreta de protección frente a la violencia doméstica al amparo del Convenio y, en tal caso, su efectividad práctica en Turquía. Los hechos son los siguientes: el 15 de julio de 2002, Nahide Opuz presentó un escrito de demanda ante el TEDH alegando que las autoridades turcas no le habían protegido, ni a ella ni a su madre de los malos tratos y violencia continuada de su marido H.O., hasta causar la muerte de la madre por atropello. En su demanda ante el TEDH, Opuz alegó que las autoridades turcas habían incumplido su obligación de proteger el derecho a la vida de su madre, por la negligente actuación frente a los malos tratos, amenazas de muerte y delitos a la que se vio sometida ella misma durante años. Su demanda se apoyaba en el art. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes), 6 (derecho a un juicio justo en plazo razonable) y 13 (derecho a un recurso efectivo). Se alegaba además la falta de protección contra esta violencia y malos tratos en la aplicación de las normas turcas para la salvaguarda del derecho a la vida y la prohibición de torturas en contradicción con el principio de no discriminación del art. 14 del Convenio. Una de las conclusiones a la que llega el Tribunal es que el sistema criminal turco, tal y como se había aplicado en este caso, tiene un efecto contraproducente, pues no es capaz de asegurar una efectiva prevención frente a actos ilícitos de particulares y, en cambio, parece proteger los derechos del agresor[48].

Este caso es relevante, además, por la interpretación que realiza de la violación del art. 3 CEDH (nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes). Dicho artículo, conforme a la interpretación realizada por el TEDH, ampara los malos tratos que presenten un mínimo de gravedad. Desde hace años, el TEDH, al recordar la interpretación evolutiva del convenio a la luz de las "present day conditions", subraya que a la hora de interpretar el art. 3 se han de considerar las políticas criminales de los Estados miembro del Consejo de Europa. Hoy día caben pocas dudas acerca de que la violencia do-

[47] Ver LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: Anuario Español de Derecho Internacional.2009, no. xxv, p. 383-411, especialmente p. 384.

[48] LÓPEZ-JACOISTE. Op. cit., p. 399.

méstica puede ser considerada una forma más de trato inhumano, y se encuentra amparada por el art. 3 del Convenio.

Otro supuesto que cobró una relevancia innegable para España, viene de la mano de la jurisprudencia del TEDH vinculada a la ilegalización de partidos políticos, especialmente a raíz de la adopción de la Ley Orgánica de Partidos Políticos y la ilegalización por nuestro país de varios partidos vinculados a Batasuna y su círculo, por los lazos que vinculaban a los mismos con la organización terrorista ETA. El Tribunal plantea que existe una relación muy estrecha entre los arts. 10 y 11 del Convenio (en particular, en el asunto Herri Batasuna y Batasuna c. España). En dicho caso señala el TEDH que "el art. 11[49] es una disposición que debe ser interpretada a la luz del art. 10, pues la protección de las opiniones y la libertad para expresarlas públicamente, a través del diálogo y sin que medie ningún tipo de intimidación o violencia, es un objetivo que se encuentra indisolublemente unido a la libertad de asamblea y asociación, y por extensión, también, a la libertad de creación y de actividad de los partidos políticos"[50]. Esta es la cara de la moneda, a la que debemos sumar, como señala Lozano Contreras, la cruz, "una faz menos atractiva, que establece en el párrafo 2 del art. 11 lo siguiente:

> El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente

[49] Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

[50] Ver LOZANO CONTRERAS, F. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la ilegalización de partidos políticos y la anulación de candidaturas en España. En: Anuario Español de Derecho Internacional. 2009, no. XXV, p. 418. Téngase en cuenta que estos casos respecto a esta cuestión no son ni mucho menos los primeros a los que ha de enfrentarse el Tribunal a lo largo de su dilatada vida; véanse Asunto Partido comunista unificado de Turquía y otros c. Turquía, 30 de enero de 1998; Partido socialista y otros c. Turquía, 25 de mayo de 1998*;* Partido de la Libertad y de la Democracia c. Turquía, 8 de diciembre de 1999; Asunto Refah Partisi y otros c. Turquía, 31 de julio de 2001; y Asunto Yazar y otros c. Turqu*ía*, 9 de abril de 2002. Asimismo, LOZANO CONTRERAS, F. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de partidos políticos: el caso de Turquía. En: REDI. 2002, no. 54, p. 1008-1012; GARCÍA ROCA, J. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Mayo-agosto, 2002, no. 65, p. 295–334.

> artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

El TEDH consideró en los asuntos contra España mencionados que las medidas adoptadas por las autoridades judiciales españolas al amparo de lo establecido en la LOREG (Ley Orgánica del Régimen Electoral General) y en la LOPP (Ley Orgánica de Partidos Políticos), no excedieron el margen de apreciación legítimo y por lo tanto estuvieron debidamente justificadas, pues ambas leyes cumplían los requisitos de accesibilidad[51] y previsibilidad[52] requeridos.

Continuando con algunos pronunciamientos en los que el Tribunal ha matizado el contenido de determinados derechos –y en este caso al igual que en alguno de los anteriores sin dar la razón a los demandantes– cabe citar, en relación con el derecho contenido en el art. 9 (libertad religiosa) en conexión con el art. 2 del Protocolo 1 (derecho a la educación) los casos Drogu y Kervanci c. Francia, de 4 de diciembre de 2008, en los que se plantea el conflicto entre la protección del principio de laicidad y libertad religiosa en países oficialmente laicos, como Francia[53]. En otro asunto, en relación con las restricciones que el Estado puede imponer a la libertad religiosa para garantizar la seguridad pública (asunto Mann Singh c. Francia, sentencia de 27 de noviembre de 2008), se plantea la necesidad de que en las fotografías de los carnés de conducir se muestre el rostro descubierto y de frente, y la consiguiente denegación de la renovación del permiso de conducir a un *sij* que portaba un turbante en la fotografía de identificación de su permiso. El demandante acude al TEDH alegando que la nueva regulación adoptada en Francia no prevé un tratamiento diferenciado a la comunidad *sij*, violando su derecho al respeto de la vida privada (art. 8), a la libertad religiosa (art. 9), y que ello constituía un trato discriminatorio (art. 14)[54].

---

[51] La norma, como señala el TEDH, regula de manera suficientemente clara y precisa la organización y funcionamiento de los partidos políticos, así como los comportamientos susceptibles de provocar su disolución o suspensión judicial, por lo que considera que su contenido es claramente accesible.

[52] Como puso de relieve el TEDH, la LOPP entró en vigor el 29 de junio de 2002, mientras que la disolución de los partidos demandantes no tuvo lugar hasta el 23 de marzo de 2003, por lo tanto, era una disposición previsible.

[53] Ver BOUAZZA. Op. cit., p. 344-346. El Tribunal concluyó en este polémico caso que la interferencia en la libertad religiosa estaba justificada y era proporcional al fin legítimo perseguido, por lo que no se produjo una violación del art. 9, sin necesidad de entrar a analizar la presunta vulneración del derecho a la educación.

[54] Ibid., p. 346-347. A juicio del Tribunal, si bien la libertad religiosa constituye uno de los funda-

Otro derecho especialmente sensible, como la libertad de expresión (art. 10), también ha sido objeto de análisis en alguna sentencia relativamente reciente del TEDH, en particular ligada a la interdicción de expresiones que justifiquen el terrorismo. El caso Leroy c. Francia, de 2 de octubre de 2008 ofrece un ejemplo en el que el Tribunal da por buena la limitación de la libertad de expresión[55].

Una enorme polémica ha suscitado, por sus consecuencias jurídicas y prácticas, así como por el varapalo que ha supuesto el hecho de que el TEDH no haya dado por buena la interpretación que respecto al tiempo de cumplimiento de condenas en delitos especialmente graves venía aplicándose en España (la conocida como doctrina Parot). Ello en virtud de la sentencia de 21 de octubre de 2013, asunto del Río Prada c. España[56]. Sentencia esta por lo demás previsible, como numerosos sectores del ámbito penal venían alertando desde hace años[57].

---

mentos de toda sociedad democrática, este derecho, en el marco de la CEDH, no ampara cualquier acto. En otras sentencias anteriores el tribunal ha conocido de situaciones, en relación con mujeres que portaban el velo islámico u hombres que llevaban turbante, justificando la necesidad de su retirada por unos momentos para facilitar controles policiales o en consulados. En este caso, la normativa francesa estaba suficientemente detallada y justificada al perseguir el fin legítimo de garantizar la seguridad pública, al facilitar los controles policiales en carretera. Por ello, considera que dicha interferencia en el ejercicio del derecho de libertad religiosa del demandante está justificada y no hubo violación del art. 9.

[55] Información contenida en Ibid., p. 350-351. El demandante, dibujante que trabaja en un diario vasco con domicilio social en Bayona, envió al rotativo el mismo 11 de septiembre de 2001 una caricatura del ataque contra las torres gemelas, en la que decía lo siguiente: "Todos hemos soñado con ello... Hamas lo ha conseguido", dibujo que sería publicado el 13 de septiembre de 2001. El Fiscal de Bayona inició un proceso contra el dibujante y el director de la publicación, siendo condenados por los hechos al pago de una multa de 1.500 euros y a publicar la sentencia en su periódico y en otros dos, a su costa. La vulneración alegada por el demandante posteriormente ante el TEDH sería la del art. 10. El Tribunal parte de la base de que se trata de una interferencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante, que habrá que dilucidar si constituye o no una medida necesaria en una sociedad democrática, ofreciendo una respuesta afirmativa, y considerando la medida adoptada por los tribunales franceses como proporcionada y necesaria, al perseguir fines legítimos, como la prevención del delito y la protección de la seguridad pública.

[56] En ella, el Tribunal detectó la vulneración de los artículos 7 y 5.1 del Convenio por parte de España, con lo que no dio por válido el criterio jurisprudencial mantenido por el Tribunal Supremo español para el cómputo de las condenas, lo que ha dado lugar a la puesta en libertad –con la consiguiente polémica que ello ha conllevado- de personas vinculadas a ETA, así como a algunos autores de delitos especialmente graves. Véase el acuerdo de la Sala General de lo Penal del Tribunal Supremo tras la sentencia en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Sala_de_Prensa/Notas_de_prensa/Acuerdo_de_la_Sala_General_de_lo_Penal_del_Supremo_sobre_la__Doctrina_Parot__tras_la_sentencia_del_TEDH, así como el texto de la sentencia del TEDH disponible en Internet en: http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127680#{"languageisocode":["ENG"],"appno":["42750/09"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER"],"itemid":["001-127697"]}.

[57] Sobre ello, como señala CUERDA ARNAU, M. L. Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España). En: Revista Penal. Enero de 2013, no 31, p. 53-69, donde afirma que "son casos como este los que permiten descubrir a los verdaderamente con-

Tiempos de mudanza: principales retos a los que debe hacer frente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es un hecho innegable que el Tribunal de Estrasburgo ha consolidado a través de su jurisprudencia la posibilidad de proteger indirectamente derechos no expresamente reconocidos, con lo que su carácter progresivo, determinante del avance del Derecho Internacional en esta esfera, queda fuera de toda duda. Pese a todo, quedan muchos retos que afrontar, así como arduos problemas que resolver, pues no todo está logrado en el escenario europeo en materia de protección de derechos. No en vano, diversos Estados europeos han estado en la picota precisamente por llevar a cabo "entregas extraordinarias" y permitir la utilización de sus aeropuertos para que la CIA trasladase a "presuntos terroristas" a cárceles secretas para ser interrogados, siendo este aspecto investigado en profundidad por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que mediante la resolución de 14 de febrero de 2007, condenó la complicidad de países europeos en estas conductas sancionables[58]. Esto es simplemente un aviso de que no se puede "bajar la guardia" respecto a la necesidad de proteger los derechos humanos y velar porque ello siga siendo así en un contexto que, al menos en apariencia, parece caracterizarse (o al menos aspira a ello) como un "remanso de paz" en lo que a este tema concierne[59].

Junto al reto anterior, el TEDH se encuentra en una encrucijada en la actualidad, ante la necesidad de hacer frente al volumen ingente de casos pendientes. A comienzos de 2010, había más de 119.000 los casos pendientes ante el Tribunal, cifra que alcanzaba los 152.800 casos pendientes en noviembre de 2011[60], siendo así que la capacidad de dictar sentencias anuales solía ser de unos 700 u 800 asuntos. Bien es cierto que en 2014 la cifra de casos pendientes va en des-

---

vencidos de la absoluta prioridad de los derechos fundamentales, que no conocen distinciones en función del rechazo moral que nos generen quienes, pese a ello, son, en tanto que persona, titulares de los mismos" (p. 69).

[58] A este respecto, véanse entre otros los trabajos de SANTOS VARA, J. El desafío de las "entregas extraordinarias" a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos. En: REDI. 2007, no. 59, p. 175–196; LOZANO CONTRERAS, F. Convicts in Air: Implementation by the CIA of the Extraordinary Rendition Programme in European Territory, Special Reference to Spanish Practice. En: SYIL, 2006, no. 12, p. 51-79.

[59] Y ello sin hacer referencia a la necesidad de avanzar en el campo de los derechos sociales, donde, a pesar de la existencia de la Carta Social Europea y sus reformas, queda aún mucho camino por recorrer.

[60] Conforme a la información proporcionada en Internet en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956867932_pointer.

censo, siendo actualmente de 84.850, número nada desdeñable, pero que ha experimentado una reducción significativa[61]. Si realizamos una estadística teniendo presente la historia del TEDH, se puede decir que mientras que el número de demandas individuales interpuestas durante el período 1955–1998 (año de entrada en vigor del Protocolo 11) fue de 143.325 –y estamos hablando de más de tres décadas– durante los años 1999 a 2004 (cinco años) fueron 198.216 las demandas individuales interpuestas. Por otro lado, el Tribunal emitió 837 sentencias hasta 1998 inclusive, número que prácticamente se multiplica por cinco en el quinquenio 1999-2004 (4.026)[62].

El Tribunal se encuentra en la actualidad ante la necesidad de "reinventarse", para hacer frente a una realidad muy distinta a la de sus comienzos. Si bien es cierto que el gran cambio experimentado por el TEDH vino de la mano del Protocolo 11[63], abierto a la firma el 11 de mayo de 1994, los hechos han demostrado que se requieren cambios acuciantes que agilicen su labor. El Protocolo 14[64] trata de hacer frente a ese reto de reformar y adaptar el complejo mecanismo institucionalizado de garantía creado en 1950. La andadura inicial del Protocolo 14 se caracterizó por el escaso número de ratificaciones registradas poco tiempo después de su adopción[65], aspecto este que presagiaba un retraso sustancial de su entrada en vigor respecto del plazo de dos años fijado por los Estados miembro en el momento de su adopción. La negativa de Rusia a su ratificación por

---

[61] Cifra ésta que reflejaba el número de casos pendientes a finales de junio de 2014. Véase en Internet: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2014_BIL.pdf.

[62] Todos estos datos se contienen en los Informes anuales del TEDH, disponibles en Internet en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=echrpublications&c=#newComponent_1345118680892_pointer.

[63] Los trabajos doctrinales que han abordado el Protocolo 11 son muy numerosos, entre ellos: SALADO OSUNA, A., El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En: Revista de Instituciones Europeas. 1994, no. 21, p. 943–965; SÁNCHEZ LEGIDO, A. La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Colex, 1995; GARCÍA JIMÉNEZ, E. El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

[64] El mismo fue abierto a la firma el 13 de mayo de 2004 y puede consultarse en Internet en: http://conventions.coe.int/TREATY, o en Council of Europe Treaty Series, no. 194. Para un tratamiento exhaustivo de todo el sistema procedimental seguido ante el TEDH, en el que no podemos detenernos en esta sede por razones de espacio, ver el trabajo realizado por GARCÍA RICO, E. del Mar. Migraciones y Protección de los Derechos Humanos. Ginebra: OIM, 2005, p. 76-95; en particular, un estudio del Protocolo 14 y los aspectos sustanciales de esta reforma, en GARCÍA. Op. cit., p. 89-95.

[65] En efecto, transcurridos siete meses desde su firma, aún no se había producido la ratificación de este Protocolo por ninguno de los Estados miembros, de los cuales solo 20 procedieron en ese momento inicial a firmarlo.

la oposición de la Duma, aspecto este superado desde el 15 de enero de 2010, paralizó la entrada en vigor del Protocolo 14 y motivó la puesta en práctica de una "solución imaginativa": la aplicación provisional de determinadas disposiciones entre los Estados que así lo habían aceptado, mediante una Declaración adoptada en Madrid en la primavera de 2009– abierta a la firma el 27 de mayo– (el llamado Protocolo 14 *bis*) [66], que entró en vigor el 1 de octubre de 2009. La ratificación por parte de la Federación Rusa del Protocolo 14 en febrero de 2010 puso fin a este problema, produciéndose la entrada en vigor de dicho Protocolo para todos los Estados miembros el 1 de junio de 2010 y quedando sin efecto la aplicación provisional del 14 *bis* desde esa última fecha[67]. Tal vez el Protocolo no. 14 permita ofrecer respuesta a algunos de esos grandes retos que el TEDH debe afrontar en este siglo XXI, como es la formación del juez único, base del sistema prevista para evitar el colapso que actualmente sufre el Tribunal como consecuencia del volumen de asuntos pendientes, aunque la adopción del nuevo Protocolo 15, aún no en vigor, hace presagiar que ello no ha sido del todo así[68].

El sistema auspiciado por el CEDH, con sus enmiendas posteriores, supuso un cambio revolucionario respecto al previamente existente, contribuyendo a avanzar en el proceso de humanización experimentado por el derecho internacional contemporáneo a partir de la segunda mitad del siglo XX[69]. Por ello, a pesar de los diversos aspectos del mismo que resultan susceptibles de mejora,

---

[66] Desde el 1 de noviembre de 2009 surtía efectos para España la siguiente declaración: "En virtud del acuerdo adoptado por la Conferencia de Altas Partes Contratantes celebrada en Madrid el 12 de mayo de 2009, el Reino de España tiene el placer de comunicar que acepta que las disposiciones relativas a la nueva formación de juez único y a la nueva competencia de los comités de tres jueces tal como figuran en el Protocolo no. 14 del CEDH le serán de aplicación a título provisional conforme a las modalidades detalladas en el documento CM (2009)71 rev2" (texto publicado, así como el Protocolo 14 al que el mismo hace referencia en BOE 284, de 25 de noviembre de 2009).

[67] Tal y como se detalla en el enlace donde se contempla la información relativa a dicho Protocolo 14 bis, disponible en Internet: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=204&CM=8&DF=24/08/2014&CL=ENG.

[68] Resulta imposible referirnos en esta sede a los diversos cambios que introduce el Protocolo 14. Para ello, una obra reciente es la de SALINAS ALCEGA, S. El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo. Madrid: Ed. Iustel, 2009, que analiza en profundidad este tema.

[69] Como ha señalado RODRÍGUEZ CARRIÓN, para quien ese proceso de humanización se refleja, entre otros aspectos, "por la preocupación creciente por los derechos y libertades fundamentales de las personas individualmente consideradas y por el progresivo establecimiento de mecanismos efectivos de protección de esos derechos y libertades fundamentales", ver RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J., El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI. Málaga: Universidad de Málaga, 1999, p. 30.

la apuesta principal debe centrarse en avanzar en la senda iniciada hace ya más de 60 años, conscientes de que los retos actuales son numerosos, pero las bases del sistema permiten hablar de que el mecanismo del TEDH ha sido uno de los más sofisticados del mundo, a pesar de sus múltiples carencias[70]. Debemos permanecer vigilantes para evitar que las coyunturas negativas, bien de índole económica o de inestabilidad política, den al traste con logros que ha costado siglos alcanzar en el continente europeo. No deben caer en el olvido aquellas palabras del profesor Carrillo, alertándonos de que "con cada víctima de la barbarie también nosotros somos víctimas"[71], un magnífico lema a seguir en estos tiempos convulsos que el panorama internacional nos presenta.

Bibliografía

ALCAIDE Fernández, J. y CASADO Raigón, R. Curso de derecho de la Unión Europea. Madrid: Ed. Tecnos, 1ª ed., 2011 y 2ª ed. 2014, en el epígrafe elaborado por SALINAS De Frías, A.

BENOÎT-ROHMER F. Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2005.

BERGER, V. Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, 8ª ed. París: Sirey, 2002.

BOUAZZA Ariño, O. Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: Revista de Administración Pública. 2009, no. 178, p. 341-357.

CARRILLO Salcedo, J. A. Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales. En: Revista de Instituciones Europeas, 1991, no. 18, p. 431–453.

[70] Algunas de las recomendaciones formuladas desde 2004 (especialmente en 2004 y 2006 por el Comité de Ministros) han hecho factible que el Tribunal comience a incorporar en su jurisprudencia muchos de los avances sentidos como necesarios, entre otros diversos aspectos vinculados a la necesidad de ejecutar las sentencias. Tras la reunión de ministros de los 47 que tuvo lugar en Interlaken (Suiza) durante los días 18 y 19 de febrero de 2010, la declaración adoptada entonces puso el acento en los retos que deben alcanzarse aún, superado el escollo que impedía la entrada en vigor del Protocolo 14. Véase a este respecto el siguiente enlace en Internet: http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0132.File.tmp/final_fr.pdf.

[71] CARRILLO. Op. cit., p. 291.

CARRILLO Salcedo, J. A. Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En: Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2001, p. 7-26.

_____. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Ed. Tecnos, 2003.

_____. La exigencia del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la Unión Europea. En: Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2005, no. 82, p. 115-124.

_____. Reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hirsi Jamaa y otros contra Italia (sentencia de 23 de febrero de 2012). En: UNED. Teoría y realidad constitucional, 2013, no. 32, p. 285-291.

CASADEVALL, J. En: El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 352.

CASSIN, R. La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme. En: 79 Rec. des Cours. 1951–II, no. 79, p. 241-367.

CASTRO–RIAL Garrone, F. El mecanismo de la dimensión humana de la CSCE. En: Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco. Madrid: Tecnos, 1993, p. 197-221.

CUERDA Arnau, M. L. Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Río Prada c. España). En: Revista Penal, enero de 2013, nº 31, p. 53-69.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE Romaní, C. Derechos Humanos y orden interno: las consecuencias de la asunción de obligaciones internacionales. En: Pacis Artes. Obra homenaje al Prof. J. D. González Campos. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Eurolex, 2005, p. 229-248.

FERNÁNDEZ Sola, N. La dimensión humana en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa. Zaragoza: Civitas, 1993.

FERNÁNDEZ Tomás, A. La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea, 2001, no. 214, p. 15-30.

GARBERÍ Llobregat, J. y MORENILLA Allard, P. Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España. Barcelona: Bosch, 1999, p. 317-339.

GARCÍA Jiménez, E. El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

GARCÍA Picazo, P. La idea de Europa: historia, cultura, política. Madrid: Ed. Tecnos, 2008, p. 61–67.

GARCÍA Rico, E. del Mar. Migraciones y Protección de los Derechos Humanos. Ginebra: OIM, 2005, p. 76-95.

GARCÍA Roca, J. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Mayo-agosto, 2002, no. 65, p. 295–334.

GARCÍA San José, D. Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.

GARCÍA Ureta, A. En: El ruido ante el TEDH. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez v. España, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011, Actualidad Jurídica Ambiental, 21 de noviembre, 2011, p. 1-12.

GONZÁLEZ Campos, J. D., SÁNCHEZ Rodríguez, L. I. y ANDRÉS Sáenz de Santa María, P. Derecho internacional público, 4ª ed. Revisada., Madrid: Civitas, 2008.

HUNT, L. La invención de los derechos humanos (trad. al castellano de J. Beltrán Ferrer). Barcelona: Tusquets, 2009.

LÓPEZ Barja de Quiroga J. y L. GARCÍA-COMENDADOR Donoso, L. Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 214-218.

LÓPEZ-JACOISTE Díaz, J. Violencia doméstica y malos tratos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: Anuario Español de Derecho Internacional.2009, no. XXV, p. 383-411.

LOZANO Contreras, F. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de partidos políticos: el caso de Turquía. En: REDI. 2002, no. 54, p. 1008-1012.

_____. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la ilegalización de partidos políticos y la anulación de candidaturas en España. En: Anuario Español de Derecho Internacional. 2009, no. XXV, p. 418.

_____. Convicts in Air: Implementation by the CIA of the Extraordinary Rendition Programme in European Territory, Special Reference to Spanish Practice. En: SYIL, 2006, no. 12, p. 51-79.

MANGAS Martín, A. (dir.) et al., Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2009.

MORTE, C. El derecho a un medio ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: EMBID Irujo, A. (dir.). El derecho a un medio ambiente adecuado. Madrid: Iustel, 2008, p. 351-368.

PIERNAS López, J. La sentencia Al Barakaat y Kadi del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En: REDI, 2008, no. 55, p. 682-689.

RENUCCI, J. F. Droit européen des droits de l'homme, 3ª ed. París: L.G.D.J., 2002.

RIPOL Carulla, S. El sistema europeo de protección de los derechos humanos. La incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. Madrid: Atelier, 2007, p. 18-19.

RODRÍGUEZ Carrión, A. J., El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI. Málaga: Universidad de Málaga, 1999.

RUIZ Miguel, C. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid: Ed. Tecnos, 1997, p. 55.

SALADO Osuna, A., El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En: Revista de Instituciones Europeas. 1994, no. 21, p. 943–965.

SALINAS Alcega, S. El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo. Madrid: Ed. Iustel, 2009.

SALINAS de Frías, A. Detención, garantías esenciales y estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH. En: UNED. Revista de Derecho Político, septiembre-diciembre 2010, nº 79, p. 285-333.

SÁNCHEZ Legido, A. La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Colex, 1995.

SANTOS Vara, J. El desafío de las "entregas extraordinarias" a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos. En: REDI. 2007, no. 59, p. 175–196.

TORRES Cazorla, M.I. La adhesión a la Unión Europea y al Consejo de Europa: ¿fenómenos provocadores de cambio en la nacionalidad? En: BLANC Altemir, A. (ed.). Europa Oriental: en la encrucijada entre la Unión Europea y la Federación Rusa. Lleida, 2008, p. 195-215.

VV.AA., número monográfico que recoge el coloquio celebrado en el CEDIN (Université Paris Ouest Nanterre La Défense) en el no. 529 de la Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne (junio 2009) relativo al asunto Kadi.

WINKLER, G. The Council of Europe. Monitoring Procedures and the Constitutional Autonomy of the Member States. Viena, Nueva York: Springer, 2006.

Derecho Penal Internacional

El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?*

Héctor Olasolo Alonso**

Introducción: relevancia de la CPI en el marco de la comunidad internacional y principio de complementariedad

Coincidiendo con el décimo aniversario de la Corte Penal Internacional (CPI), esta se enfrenta a uno de los momento más críticos de su historia, al haber sido

* Por su relevancia para el debate contemporáneo sobre la aplicación del derecho penal internacional en Colombia y ante la intención del autor de divulgar las consideraciones al respecto en el presente libro de homenaje, se republica el presente artículo originalmente publicado en la Revista Electrónica, Via Inveniendi Et Iudicandi, Vol. 7 (2012), Núm. 2, ISSN: 1909-0528, también publicado en portugués en la Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. N. 8 (jul. / diciembre 2012). Brasília: Ministério da Justiça, 2012, ISSN 2175-5329, bajo el título: O princípio da complementaridade e as estratégias de atuação da corte penal internacional na fase de exame preliminar: por que a corte penal internacional mantém seu exame preliminar, mas não inicia um inquérito sobre a situação na colômbia?

** Magister en Derecho por Universidad de Columbia (Nueva York), licenciado y premio extraordinario de doctorado por la Universidad de Salamanca (España); profesor titular de Derecho Internacional de la Universidad de El Rosario y director de su clínica jurídica internacional; presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH); director del Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP); profesor visitante de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas. El autor ha sido también profesor titular de Derecho Penal Internacional en la Universidad de Utrecht (2010-2012); letrado de sala de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la asesoría jurídica y de la sección de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004); miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York (1999-2002). El autor ha escrito quince monografías y más de medio centenar de artículos en revistas de reconocido prestigio en español e inglés. Contacto: hectorolasolo@gmail.com

arrestados en Libia el 7 de junio de 2012 varios de los integrantes de una delegación de la oficina de apoyo a la defensa enviada para informar a Saif Al-Islam Gaddafi (quien desde el año pasado permanece detenido por las autoridades del Consejo Revolucionario de Libia) sobre sus derechos en el proceso actualmente abierto contra el mismo ante la CPI[1].

Este incidente pone de manifiesto la relevancia asumida en los últimos diez años por la CPI en el marco de la Comunidad Internacional como consecuencia de las más de 9.000 comunicaciones recibidas hasta el día de hoy, los exámenes preliminares sobre las situaciones de crisis en Afganistán, Colombia, Corea del Sur, Georgia, Guinea, Honduras, Irak, Nigeria, Palestina y Venezuela, y las investigaciones sobre las situaciones en Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Kenia, Libia, República Centroafricana, República Democrática del Congo y Uganda[2] a lo que hay que añadir situaciones como la relativa a la violencia sistemática y a gran escala desatada desde el año 2006 en México a raíz de la llamada "guerra contra los carteles del narcotráfico", que se encuentra en un estadio previo al examen preliminar propiamente dicho tras la comunicación recibida por la Fiscalía mexicana el 25 de noviembre de 2011[3].

Si se da un rápido repaso a los numerosos conflictos armados y situaciones de violencia sistemática o a gran escala que se han desarrollado en los últimos diez años en el mundo, la relevancia de la función de la CPI no era sino una cuestión de tiempo, teniendo en cuenta su mandato y fin último de terminar con la impunidad de los máximos responsables de aquellos delitos que más gravemente afectan a la comunidad internacional como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Sin embargo, nadie podía esperar en 2002, que la CPI se convirtiera en pocos años en un actor relevante en un número tan importante de situaciones ocurridas a lo largo y ancho de la geografía africana, latino-americana y asiática. De hecho, todavía se pueden recordar aquellos tiempos no muy lejanos cuando en 2004, la Fiscalía de la CPI tenía dificultades iniciar su primera investigación, centrándose finalmente en los delitos cometidos en Ituri, una provincia perifé-

---

[1] Disponible en Internet: http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/64EFE7B7-5951-4102-BF03-B1C758EB1AD0.htm

[2] Disponible en Internet: http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Communications+and+Referrals.htm

[3] Disponible en Internet: http://ww.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2011/11/111125_ultnot_mexico_solicitud_corte_penal_internacional_investigacion_calderon_jrg.shtml

rica de la República Democrática del Congo con una población de menos de cuatro millones de personas.

La relevancia del papel asumido por la CPI en el marco de la Comunidad Internacional en sus diez primeros años de existencia, y las numerosas situaciones en las que actúa de manera directa o indirecta, hace que la propia CPI, y en particular su Fiscalía, haya tenido que diseñar un plan de acción con respecto a cada una de ellas dependiendo de sus principales características y de los fines últimos del mandato de la CPI: de ahí que en 2003[4], 2006[5] y 2007[6] la Fiscalía haya presentado tres documentos relativos a distintos aspectos de su política criminal, además del documento que sobre exámenes preliminares apareció en 2010[7].

Una vez que la Fiscalía de la CPI se dio cuenta de la dimensión de las funciones que le habían sido encomendadas (y en particular de la relevancia del examen preliminar de las distintas situaciones de crisis a los efectos de terminar la procedencia de iniciar una investigación sobre los delitos cometidos en las mismas), preparó en mayo de 2010 un documento sobre los "exámenes preliminares" en el que se afirma que para distinguir aquellas situaciones en las que se justifica la apertura de una investigación de aquellas otras que esta medida no se justifica, la Fiscalía ha establecido un proceso de filtro que incluye la siguientes cuatro fases:

(a) La Fase 1 proporciona una valoración inicial de toda la información recibida sobre presuntos delitos conforme al artículo 15 ("comunicaciones"), a los efectos de filtrar toda la información relativa a delitos que se encuentran manifiestamente fuera de la jurisdicción de la Corte;
(b) La Fase 2, que representa el inicio formal del examen preliminar, consiste en un análisis de toda la información sobre presuntos delitos, incluyen-

---

[4] Fiscalía de la CPI, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 1-9, ICC-OTP 2003 (Sept. 2003), disponible en www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf

[5] Fiscalía de la CPI, Report on Prosecutorial Strategy, 1-11 (Sept. 14, 2006), disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf.

[6] Fiscalía de la CPI, Policy Paper on the Interests of Justice, 1-9, ICC-OTP 2007 (Sept. 2007), disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf

[7] Fiscalía de la CPI, "Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares", 4 de octubre de 2010, disponible en:

http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf

do las "comunicaciones" que no fueron rechazadas durante la Fase 1, la información relativa a las remisiones de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad, las declaraciones realizadas conforme al artículo 12 (3), información de fuentes públicas, así como declaraciones recibidas en la sede de la Corte;

a. En la Fase 2 (a), el análisis se centra en cuestiones relativas a la jurisdicción personal, temporal o territorial de la Corte;
b. En la Fase 2 (b) el análisis tiene por objeto los presuntos delitos dentro de la jurisdicción material da Corte.

(c) La Fase 3 se centra en el análisis de admisibilidad;
(d) La Fase 4 examina la cuestión de los intereses de la justicia para de esta manera poder realizar una recomendación final sobre la existencia de una base razonable para iniciar una investigación[8].

De estas cuatro fases, la tercera conlleva un análisis de admisibilidad mediante la aplicación de los criterios recogidos en el art. 17 del ER con independencia de que la situación de se trate haya sido remitida a instancia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de un Estado Parte, o por cualquier otra persona jurídica o natural a través de una comunicación[9]. Pero además, si tenemos en cuenta que el art. 53 (1) y (2) del ER requieren un análisis exclusivamente negativo de los llamados "intereses de la justicia" (de manera que la apertura de una investigación no requiere la misma sirva para promover los intereses de la justicia, sino que es suficiente con que no se haya identificado ningún factor en particular que recomiende no entrar a investigar una situación en un determinado momento)[10], se puede afirmar que, una vez afirmada la sistematicidad

[8] Ibid., párr. 86.

[9] Ibid., párr. 51-72. En 2011, el Fiscal anunció la apertura de una investigación sobre la base de la remisión por parte del Consejo de Seguridad de la ONU de la "situación" en Libia desde el 15 de febrero de 2011, tras concluir que "tras un examen preliminar de la información disponible […] una investigación está justificada". Véase el comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI abrirá una investigación en Libia", 2 de marzo de 2011.

[10] OLASOLO ALONSO, H. "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en OLASOLO ALONSO, H. Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch e Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio

o gran escala de la conducta punible, el análisis requerido en la fase de examen preliminar se va a centrar en si se dan las condiciones necesarias para que la CPI ejercite su jurisdicción teniendo en cuenta su carácter complementario.

En este sentido, el principio de complementariedad (que no de subsidiaridad como algunos autores lo han descrito), desarrollado por los arts.1, 17, 18, 19 y 20 ER, tiene como fundamento un sistema de soberanía compartida entre la CPI y las jurisdicciones nacionales[11]. Conforme a este principio, la CPI constituye una jurisdicción de *última ratio* que solo puede activarse y ejercitarse ante la inacción, la falta de disposición o la falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales[12]. De ahí que pueda afirmarse la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la CPI, con la que se pretende promover a nivel nacional las investigaciones y los enjuiciamientos de los "crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" con pleno respeto a los principios de justicia recogidos en el Estatuto de Roma (ER)[13].

Ahora bien, al mismo tiempo, se pueda observar también como el principio de complementariedad incluye un segundo aspecto consistente en la primacía material de CPI, puesto que es esta última la que tiene la última palabra sobre si, a la luz de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, una situación es admisible ante la CPI. La primacía material de la CPI se dirige a terminar con la impunidad en aquellos supuestos en los que haya conseguido impedir la investigación y enjuiciamiento por las jurisdicciones nacionales de los presuntos responsables de los delitos previstos en el Estatuto de Roma[14].

De esta manera, conforme al artículo 17 (1) del ER, la CPI podrá ejercitar su jurisdicción sólo si (i) las autoridades nacionales están inactivas, tienen falta de disposición o tienen falta de capacidad, y (ii) la situación o caso de que se trate

---

de la Justicia y el Derecho de Colombia), p. 86 [en adelante: OLASOLO ALONSO, H. "Admisibilidad de situaciones y casos"].

[11] OLASOLO ALONSO, H. "De los Riesgos y las Precauciones necesarias en la Aplicación del Principio de Complementariedad por la Corte Penal Internacional: El Estudio de la Determinación de las Penas como Objeto de Análisis de Admisibilidad", en OLASOLO ALONSO, H. Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional, Tirant lo Blanch e Instituto Iberoamericano de la Haya (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio de la Justicia y el Derecho de Colombia), p. 128.

[12] Ibid., p. 119.

[13] OLASOLO ALONSO, H. "Admisibilidad de situaciones y casos" (Supra nota 10), p. 60-61.

[14] Ibid., p. 61.

caso es lo suficientemente grave[15]. La primera parte de este análisis se refiere a las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados por las jurisdicciones nacionales. Así, en el art. 17 (1)(a) a (c) del ER, se establece que la CPI no podrá ejercer su jurisdicción por problemas de admisibilidad porque la situación de que se trate: (i) esté siendo realmente investigado o enjuiciado por un estado que tiene competencia sobre el mismo, (ii) haya sido realmente investigado por un estado que tiene competencia sobre el mismo y tal estado ha decidido no enjuiciar a la persona de que se trate; o (iii) la persona de que se trata ya ha sido realmente enjuiciada por la conducta a la que se refiere la denuncia y un juicio en la Corte violaría el principio un *bis in ídem*[16]. En estos supuestos, sólo si se puede verificar la existencia de un problema de falta de disposición o de falta de capacidad de las jurisdicciones nacionales de los estados afectados cabrá declarar la situación admisible y proceder a la apertura de la investigación[17].

Según el art. 17 (2) del ER, nos encontramos ante un supuesto de falta de disposición de las jurisdicciones nacionales aun en el caso de que estén o hayan investigado y/o enjuiciado, cuando, a la luz de los principios de un proceso con todas las garantías reconocidas por el derecho internacional, se puede afirmar que las actuaciones nacionales: (a) se llevan a cabo con el "propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"; (b) sufren una demora injustificada que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; o (c) no son sustanciadas de manera independiente o imparcial, y además no resultan compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia[18].

---

[15] Idem.

[16] Ibid., p. 61-62.

[17] Idem.

[18] WILLIAMS, S.A. "Article 17. Issues of Admissibility", en O. Triffterer (coord.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, p. 383-394 y 394; y HOLMES, T. "The Principle of Complementarity", en LEE, R.S. (coord.) The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute, Kluwer International Law, 1999, p. 41-78 y 54-55. Lógicamente, en los casos del art. 17 (1) (c) ER en los que las jurisdicciones nacionales han dictado sentencia firme, no cabe ya hablar de una demora injustificada en el desarrollo de unas actuaciones nacionales que ya han concluido. Por eso, en estos casos, el art. 20 (3) ER se refiere únicamente a que las actuaciones nacionales se hayan llevado a cabo con el "propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte"; o (b) no hayan sido sustanciadas de manera independiente o imparcial, ni sean compatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. En opinión del autor, este mismo tratamiento se debería haber dado a los supuestos del art. 17(1)(b) ER que se caracterizan porque las autoridades nacio-

Por su parte, el artículo 17 (3) del ER define los supuestos de falta de capacidad como aquéllos en los que las jurisdicciones nacionales afectadas, debido "al colapso total o sustancial de su administración de justicia o al hecho de carecer de la misma", no pueden hacer comparecer al acusado, no disponen de las pruebas o de los testimonios necesarios, o no se encuentran en condiciones de llevar a cabo el juicio oral. Se trata, en definitiva, de supuestos excepcionales que pueden tener lugar, por ejemplo, en un contexto de ausencia de un gobierno central, de una guerra civil o de un desastre natural que provoque un colapso total o sustancial en la administración de justicia[19].

Finalmente, la segunda parte del análisis de admisibilidad se refiere a la "gravedad" del asunto. El art. 17 (1) (d) del ER estipula que una situación es inadmisible cuando no es de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la CPI[20], lo que según las decisiones de autorización para la apertura de la investigación en las situaciones de Kenia y Costa de Marfil, requiere la aplicación de criterios como el número de víctimas, el tipo de delito, manera de cometerlo o su impacto en las comunidades afectadas[21].

---

nales han concluido su investigación y han decidido no ejercitar la acción penal. De otra manera, una vez que se toma la decisión de no incoar la acción penal, las actuaciones nacionales adolecerán necesariamente de una "demora injustificada" puesto que dicha decisión provocará el archivo de las actuaciones. Véase a este respecto OLASOLO, H. Corte Penal Internacional: ¿Dónde Investigar? Valencia: Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2003, p. 219-221

[19] OLASOLO ALONSO, H. "Admisibilidad de situaciones y casos" (Supra nota 10), p. 62.

[20] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO, E. "Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia", en OLASOLO ALONSO, H. Ensayos de derecho penal y procesal internacional. Valencia: Tirant lo Blanch e Instituto Iberoamericano de La Haya (IIH), 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio de la Justicia y el Derecho de Colombia), p. 98 [en adelante: OLASOLO ALONSO y CARNEJO ROJO, "Admisibilidad de la situación en Kenia"]

[21] Situation in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010, párr. 60-62 y 188. Véase también, Situation in Cote d'Ivorie, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d'Ivorie, 3 de octubre de 2011.

Aplicación del principio de complementariedad a través del análisis de admisibilidad de casos: consideraciones para afirmar la admisibilidad de los casos ante la CPI contra Germain Katanga, Joseph Kony y Jean Pierre-Bemba

El análisis de admisibilidad se realiza en dos momentos distintos. En primer lugar, en la fase de examen preliminar a los efectos de decidir si ha de iniciarse o no una investigación sobre una determinada situación de crisis ("análisis de la admisibilidad de una situación")[22]. Posteriormente, cuando una vez abierta la investigación, y a resultas de la misma, se dicta una orden de arresto o de comparecencia contra una persona por su presunta intervención en la comisión de ciertos delitos ("análisis de admisibilidad de un caso")[23].

La jurisprudencia de la CPI desarrolló primero los análisis de admisibilidad de casos, afirmando que en los mismos se analiza, además de la gravedad de la conducta imputada al sospechoso, las actuaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales con respecto a la posible responsabilidad penal del sospechoso en los delitos que se le imputan ante la CPI, a los efectos de determinar la acción o la inacción de las autoridades nacionales al respecto y, en caso de que se hayan desarrollado actuaciones judiciales a nivel nacional, analizar si las mismas no sufren de una falta de disposición o de capacidad[24].

Sólo con posterioridad, la CPI definió el análisis de admisibilidad de situaciones durante la fase de examen preliminar, afirmando que dicho análisis debe realizarse con respecto a los casos potenciales, definidos por categorías de personas y tipos de delitos, que centrarán la investigación de la Fiscalía de la CPI en caso de que se abra la misma[25]. De esta manera, la CPI analiza que actuaciones judiciales se han desarrollado sobre el grupo de casos potenciales de la situación de crisis bajo examen preliminar, a los efectos de determinar la acción o inacción de las autoridades nacionales, y, en su caso, la posible falta de voluntad o capacidad de las mismas[26].

En lo que se refiere a su aplicación práctica, los primeros análisis de admisibilidad fueron realizados con respecto a casos de Uganda, República Democrá-

---

[22] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO, E. "Admisibilidad de la situación en Kenia" (Supra nota 20), p. 94 a 97.

[23] Idem.

[24] Idem.

[25] Ibid., p. 107-110.

[26] Idem.

tica del Congo y República Centroafricana. Así, en el caso contra Joseph Kony y varios de los comandantes de más alto rango en el Ejército de Liberación del Señor (grupo armado de oposición que se enfrenta las fuerzas gubernamentales ugandesas desde el año 1985), la Sala de Cuestiones Preliminares II concluyó que el Acuerdo sobre responsabilidad y reconciliación entre la República de Uganda y el Ejército de Resistencia del Señor y su correspondiente Anexo (redactados tras la emisión de las órdenes de arresto contra los imputados), no cambian el escenario de inacción del estado por la ausencia de investigaciones y enjuiciamiento contra Joseph Kony y sus altos comandantes por los delitos que se les imputan ante la CPI[27]. La Sala de Apelaciones no encontró error en esta decisión[28].

En el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, la Sala de Primera Instancia afirmó la admisibilidad del caso con base, entre otros fundamentos, en que la decisión del gobierno de la República Democrática del Congo de no investigar o enjuiciar los delitos presuntamente cometidos por el mismo, y dejar así que la CPI lo hiciera en su lugar, no daba lugar a ninguna de las causales de inadmisibilidad enumeradas en el art. 17 (1) (a) a (c) del ER, y era coherente con el principio de "complementariedad"[29]. Esta interpretación fue confirmada por la Sala de Apelaciones[30].

Por su parte, la Sala de Cuestiones Preliminares III concluyó que Jean-Pierre Bemba no estaba siendo enjuiciado en la República Centroafricana (RCA) por los delitos alegados por la Fiscalía de la CPI, y que las autoridades judiciales de

---

[27] Ibid., p. 100. Vease también The Prosecutor vs Joseph Kony et al. Pre-Trial Chamber II, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009.

[28] The Prosecutor. Joseph Kony et al., Appeals Chamber, Judgment on the appeal of the Defence against the "Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute" of 10 March 2009, ICC-02/04-01/05-408, 16 de septiembre de 2009.

[29] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO, E. "Admisibilidad de la situación en Kenia" (Supra nota 20), p. 100-101. Véase también, The Prosecutor vs Germain Katanga, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, ICC- 01/04-01/07-4, 6 de julio de 2007, párr. 17-21; The Prosecutor vs Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/07-3, 6 de julio de 2007, párr. 17-22; y The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber II, Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 de junio de 2009, párr. 77-79.

[30] The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, párr. 85-86.

este estado habían abandonado todo intento de enjuiciarle, debido al reconocimiento de su inmunidad como vicepresidente de la RDC[31]. Por su parte, la Sala de Primera Instancia concluyó que la RCA no había tomado una decisión de "no enjuiciar" el caso contra Jean-Pierre Bemba en el sentido del art. 17 (1) (b) del ER, sino que había promovido que su enjuiciamiento lo realizara la CPI[32]. La Sala también concluyó que el sistema judicial nacional de la RCA era "incapaz" de llevar a cabo dicho enjuiciamiento porque no tenía la capacidad de hacer frente a la complejidad y la amplitud del caso contra el acusado, y por tanto, dicho sistema, no se encontraba disponible debido a su falta de capacidad (art. 17 (3) del ER). Esta interpretación ha sido también posteriormente confirmada por la Sala de Apelaciones[33].

La aplicación del principio de complementariedad a las situaciones objeto de examen preliminar, y la función de este examen en la promoción del actuar de las jurisdicciones nacionales y el fortalecimiento del estado de derecho

En relación con el análisis de la admisibilidad de situaciones, destaca la distinta forma de proceder en las situaciones de Libia, Sudán, Kenia y Colombia. Con respecto a la situación en Libia el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su resolución 1970, de 26 de febrero de 2011, refirió la situación de crisis existente en Libia desde el 15 de febrero de ese mismo año como consecuencia de la reacción de las fuerzas de seguridad del régimen de Gaddafi a las manifes-

[31] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO E., "Admisibilidad de la situación en Kenia" (Supra nota 20), p. 101. The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC- 01/05-01/08-14, 10 de junio de 2008, párr. 21. Este fallo sobre la admisibilidad del caso no fue modificado por la Sala de Cuestiones Preliminares II en su decisión confirmando los cargos contra el Jean-Pierre Bemba en 2009. Véase, The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 de junio de 2009, párr. 25-26.

[32] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO E., "Admisibilidad de la situación en Kenia" (Supra nota 20), p. 102. Véase también, The Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, ICC-01/05-01/08-802, 24 de junio de 2010, párr. 241-249.

[33] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO, E. "Admisibilidad de la situación en Kenia" (Supra nota 20), p. 102. Véase también, Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled "Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges", ICC-01/05-01/08-962, 19 de octubre de 2010, párr. 74 and 107-109.

taciones que desde aquella fecha se estaban llevando a cabo en las principales ciudades del país (Trípoli, Misrata y Benghazi). Apenas cinco días después, el 3 de marzo de 2011, la Fiscalía ponía fin a su examen preliminar y anunciaba la apertura de una investigación conforme al artículo 53 (3) (i) del ER.

Una dinámica similar en gran medida se produjo en el caso de la apertura de la investigación en Darfur (Sudán). En su Resolución 1593, del 31 de marzo de 2005, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas remitió la situación de los tres estados de Darfur de la República de Sudán a la Fiscalía de la CPI, solicitándole el inicio de una investigación sobre el los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra presuntamente allí cometidos. Tras dos meses de examen preliminar, la Fiscalía anunció la apertura de la investigación el 6 de junio de 2005.

Notablemente distinto, fue el actuar de la Fiscalía de la CPI antes de que se iniciase la investigación más de 2 años después de la apertura del examen preliminar como consecuencia de las primeras comunicaciones sobre los delitos de lesa humanidad que se estaban presuntamente generando tras las elecciones presidenciales de diciembre de 2007 en seis de las ocho provincias de Kenia[34].

Así, en febrero de 2008, la Fiscalía de la CPI emitió un comunicado en el que dio a conocer que estaba realizando un examen preliminar de la violencia postelectoral en Kenia;

> Kenia es un Estado parte del Estatuto de Roma. La Fiscalía considera cuidadosamente toda la información referente a crímenes dentro de su competencia supuestamente cometidos en el territorio de estados partes o por nacionales de estados partes, sin consideración de las personas o del grupo que supuestamente hayan cometido el crimen[35].

Un año después, la Fiscalía ratificó que estaba examinando la situación en Kenia, y aclaró que "continúa controlando si se están desarrollando procesos nacionales en relación con la violencia postelectoral de comienzos de 2008"[36]. El Fiscal también indicó que desde enero de 2008 había recibido 'comunicacio-

[34] OLASOLO ALONSO, H. y CARNEJO ROJO, E. "Admisibilidad de la situación en Kenia" (Supra, n. 20), p. 105-108.

[35] Fiscalía de la CPI, "Declaración en relación con los acontecimientos en Kenia", 5 de febrero de 2008.

[36] Hoja informativa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal reafirma que su Oficina sigue observando la situación en Kenia", 11 de febrero de 2009.

nes' de individuos y organizaciones no gubernamentales al respecto conforme al art. 15 del ER[37].

En julio de 2009 el Fiscal se reunió en la sede de la CPI con una delegación del gobierno keniano. Este último acordó transmitir al Fiscal un informe sobre las investigaciones y los enjuiciamientos que tuvieran lugar en Kenia en relación con la violencia postelectoral e informó al Fiscal que el parlamento keniano estaba debatiendo el establecimiento de un tribunal especial u otro mecanismo judicial para investigar y enjuiciar a los responsables de la violencia de 2008. Ambas partes acordaron que el gobierno de Kenia remitiría la situación al Fiscal conforme al art. 14 del ER si no se alcanzaba un acuerdo parlamentario para conseguir el "final de la impunidad de los máximos responsables por los crímenes más graves" dentro de los siguientes doce meses[38].

Como consecuencia del acuerdo con el gobierno de Kenia, la Fiscalía de la CPI recibió un informe del Fiscal General de Kenia sobre delitos cometidos durante la violencia postelectoral[39]. Además, la Comisión de Investigación sobre la Violencia Postelectoral en Kenia ("Comisión Waki") también transmitió a la Fiscalía los materiales que había recogido, junto con un sobre sellado que contenía una lista de personas que podrían estar implicadas en el desarrollo de dicha violencia[40]. Tras la recepción de estos materiales, el Fiscal de la Corte afirmó que:

> Consideraremos en particular la existencia de procedimientos nacionales. Las autoridades kenianas están discutiendo opciones para establecer una corte nacional que enjuicie estos casos. Según el Estatuto de Roma, la responsabilidad principal para la investigación y el enjuiciamiento de estos crímenes es de Kenia. Las conclusiones de la Comisión Waki son importantes pero no vinculantes para mi Oficina; debo alcanzar una conclusión imparcial[41].

---

[37] Idem.

[38] Fiscalía de la CPI, "Actas Acordadas de la reunión entre el Fiscal Moreno Ocampo y la delegación del Gobierno de Kenia", 3 de julio de 2009.

[39] Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI recibe materiales sobre la violencia postelectoral en Kenia", 16 de julio de 2009.

[40] Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "La lista de nombres preparada por la Comisión Waki está en manos del Fiscal de la CPI", 16 de julio de 2009.

[41] Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI recibe materiales sobre la violencia postelectoral en Kenia", 16 de julio de 2009.

Tras mantener consultas con el gobierno de Kenia, en septiembre de 2009, la Fiscalía de la CPI sugirió un enfoque de tres vías para tratar la violencia postelectoral de comienzos de 2008 en Kenia. La CPI enjuiciaría a "los más responsables"; procesos nacionales establecidos por el parlamento de Kenia se encargarían de "otros responsables"; y una "Comisión de Justicia, Verdad y Reconciliación" sería creada en Kenia para esclarecer toda la historia de los acontecimientos pasados y para sugerir mecanismos de prevención de delitos similares en el futuro[42].

En noviembre de 2009 no hubo suficiente quórum en el parlamento keniano para discutir la propuesta para el establecimiento de un tribunal nacional especial para la violencia postelectoral, pese a lo cual, el gobierno de Kenia decidió no remitir la situación en Kenia a la Fiscalía de la CPI. Como reacción a esta situación, la Fiscalía de la CPI, tras informar a las autoridades kenianas, notificó al Presidente de la CPI que tenía intención de pedir autorización judicial para comenzar a investigar la situación en Kenia según lo dispuesto en el art. 15 (3) del ER[43], e informó públicamente a las víctimas de la posibilidad de presentar sus observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares sobre si debería abrirse o no una investigación en relación con la violencia postelectoral sufrida en Kenia entre diciembre de 2007 y febrero de 2008[44].

Una vez que la situación en Kenia fue asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares II[45], la Fiscalía de la CPI presentó el 26 de noviembre de 2009 ante esta Sala su petición de autorización para la apertura de la investigación. Sobre la base de informes públicos de las autoridades kenianas, de la ONU y de varias ONG el Fiscal alegó en su petición que los actos cometidos en el territorio de Kenia a finales de 2007 y comienzos de 2008 eran constitutivos de delitos de lesa humanidad sobre los que la CPI tenía competencia (en particular, asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, deportación o traslado forzoso de

---

[42] Comunicado de prensa de la Fiscalía de la CPI, "El Fiscal de la CPI Apoya un Enfoque de Tres Vías para la Justicia en Kenia", 30 de septiembre de 2009.

[43] Hoja informativa de la Fiscalía de la CPI, "Las autoridades de Kenia se muestran comprometidas a cooperar con la CPI cuando el Fiscal de la CPI les informa de que en diciembre pedirá a los jueces de la CPI la apertura de una investigación sobre la violencia postelectoral", 5 de noviembre de 2009.

[44] Situación in the Republic of Kenya, Presidency, Decision Assigning the Situación in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1-Anx, 6 de noviembre 2009; Anuncio público de la Fiscalía de la CPI, "Las víctimas de la violencia postelectoral en Kenia tienen 30 días para presentar observaciones ante la CPI en La Haya", 23 de noviembre de 2009.

[45] Situación in the Republic of Kenya, Presidency, Decision Assigning the Situación in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II, ICC-01/09-1, 6 de noviembre de 2009.

la población y otros actos inhumanos, todos ellos supuestamente cometidos en un Estado parte tras su ratificación del ER)[46].

La Fiscalía sostuvo que los casos que surgieran de su investigación de la situación serían admisibles en ese momento porque no había pendientes investigaciones o procesos nacionales contra "los máximos responsables" por los delitos arriba mencionados. La Fiscalía declaró que según los informes de las autoridades kenianas, sólo un pequeño número de procedimientos penales por delitos menos graves había comenzado en Kenia en relación con los delitos presuntamente cometidos durante la violencia postelectoral. La Fiscalía sostuvo también que la información disponible en ese momento no indicaba la existencia de procedimientos nacionales en otros estados con competencia sobre la violencia postelectoral (art. 17 (1) (a) a (c) del ER)[47]. Además, el Fiscal afirmó que dichos delitos eran lo suficientemente graves, teniendo en cuenta su número de víctimas, su organización y planificación y su impacto sobre las comunidades locales (art. 17 (1) (d) del ER)[48].

Antes de decidir sobre la petición de la Fiscalía, la Sala de Cuestiones Preliminares II procedió al análisis de la admisibilidad de la situación. A estos efectos, en febrero de 2010, la Sala solicitó información adicional a la Fiscalía sobre (i) los episodios que probablemente serían el centro de su investigación; (ii) los grupos de personas involucradas que presumiblemente sería investigados, y (iii) las investigaciones nacionales existentes, en caso de que hubiera alguna, con respecto a los "casos potenciales" conformados por los dos elementos anteriores[49]. Sobre la base de la información proporcionada por la Fiscalía y las observaciones recibidas de supuestas víctimas[50], el 31 de marzo de 2010 la Sala de Cuestiones Preliminares autorizó la apertura de una investigación sobre la situación en Kenia[51].

---

[46] Situación in the Republic of Kenya, Office of the Prosecutor, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC-01/09-3, 26 de noviembre de 2009.

[47] Ibid., párr. 55.

[48] Ibid., párr. 56-59.

[49] Situación in the Republic of Kenya, Pre-Trial Chamber II, Decision Requesting Clarification and Additional Information, ICC-01/09-15, 18 de febrero de 2010, párr. 11 y 14.

[50] Situación in the Republic of Kenya, Registry, Public Redacted Version of Corrigendum to the Report on Victims" Representations, ICC-01/09-17-Corr-Red, 18 de marzo de 2010.

[51] Situación en la República de Kenia, Sala de Cuestiones Preliminares II, Decisión Conforme al Artículo 15 del Estatuto de Roma relativa a la Autorización de una Investigación de la Situación en la República de Kenia, ICC-01/09-19, 31 de marzo de 2010.

El distinto tratamiento dado por la Fiscalía durante la fase de examen preliminar a las situaciones de Libia, Darfur (Sudán) y Kenia, se encuentra estrechamente relacionada con el potencial de los exámenes preliminares de la Fiscalía para incentivar a las autoridades nacionales de los estados afectados a poner fin a los delitos y proceder a su investigación y enjuiciamiento. De ahí, que frente al desafío frontal a la legitimidad de la CPI, y a la negativa de las autoridades de Libia y Sudán a proceder de manera independiente e imparcial en un plazo razonable a la investigación de los presuntos responsables de genocidio, delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra que allí se estaban cometiendo, la respuesta inmediata de la Fiscalía haya sido la apertura en un espacio de días o semanas de la investigación (máxime después de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas acordara solicitar a la Fiscalía de la CPI que procediese a investigar dichos delitos).

Por su parte, en el caso de Kenia, la actitud más receptiva de las autoridades keniatas, y su inicial disposición para la creación de un tribunal especial a nivel nacional para que conociese de la violencia sistemática y a gran escala ocurrida tras las elecciones de diciembre de 2007, hizo que la Fiscalía tratara de impulsar, mientras ello parecía una opción viable, la creación de este tribunal o de otro mecanismo de justicia alternativa a nivel nacional, antes de proceder a solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares II la autorización para abrir la investigación. De hecho, solo tras la constatación de la ausencia de una voluntad real de las autoridades nacionales de establecer los instrumentos necesarios para proceder a la investigación y enjuiciamiento de los responsables dicha campaña de violencia, es cuando la Fiscalía, casi dos años después del inicio del examen preliminar, es cuando decidió presentar su solicitud de autorización para la apertura de la investigación.

En este sentido, es importante señalar, que a pesar de la falta de resultados positivos de la estrategia de la Fiscalía de promover en tanto en cuanto fuera posible el establecimiento de los instrumentos necesarios a nivel nacional para que fuera la jurisdicción keniata la que se encargara de la investigación y enjuiciamiento de los delitos objeto de la violencia postelectoral de diciembre de 2007 y enero/febrero de 2008, esta forma de operar ni contraviene el principio de complementariedad de la CPI ni presenta en todas las ocasiones resultados tan poco positivos como en el caso de la situación en Kenia.

Así como lo demuestran varios exámenes preliminares, incluidos aquellos relativos a las situaciones en Georgia[52], Guinea[53] y Palestina[54], el Fiscal, además de recibir testimonio y buscar información de diversos tipos de fuentes[55], puede: (i) enviar misiones a los estados afectados; (ii) recibir en su oficina de La Haya a delegaciones de gobiernos nacionales, representantes del poder judicial, líderes de la oposición y organizaciones no gubernamentales; (iii) recomendar aquellas medidas que deberían ser tomadas a nivel nacional para eliminar la amenaza de delitos atroces; (iv) discutir una estrategia de prevención con las Naciones Unidas, así como con otras organizaciones y estados interesados; (v) intercambiar información con actores nacionales e internacionales; y (vi) abordar en los medios de comunicación la evolución de los acontecimientos en los estados afectados, y el grado de cooperación de las autoridades nacionales[56].

La utilización de canales diplomáticos y medios de comunicación permite llamar la atención de la comunidad internacional sobre los delitos que están siendo cometidos y la impunidad de sus presuntos autores, al tiempo que se subraya la posibilidad de que las autoridades nacionales puedan evitar su inves-

---

[52] En relación con el examen preliminar de la situación en Georgia, desde que el Fiscal de la CPI lo hizo público el 14 de agosto de 2008: (i) el ministro de justicia de Georgia ha visitado al Fiscal de la CPI en la Haya; (ii) 3817 comunicaciones individuales han sido enviadas al Fiscal de la CPI desde Rusia (un Estado no parte); (iii) el Fiscal ha solicitado información a los gobiernos de Rusia y de Georgia el 27 de agosto de 2008, y ambos han respondido; (iv) dos visitas a Georgia han sido realizadas por personal de la Fiscalía de la CPI en noviembre de 2008 y en junio de 2010; y (v) una visita a Rusia ha sido realizada por personal de la Fiscalía de la CPI en marzo de 2010. Véase, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+And+Ref/Georgia/ accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

[53] En relación con el examen preliminar de la situación en Guinea, desde que el Fiscal de la CPI lo hizo público el 14 de octubre de 2009: (i) el Fiscal de la CPI ha sostenido en enero de 2010 consultas con el presidente de Burkina Faso (mediador del grupo de contacto para Guinea) y con el presidente de Senegal, a los efectos de asegurarse que ambos eran adecuadamente informados sobre el trabajo del Fiscal; (ii) dos visitas del personal de la Fiscalía a Guinea han tenido lugar en febrero y mayo de 2010 para reunirse entre otros con el Ministro de Justicia y varios magistrados. Véase a este respecto, www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Guinea/ accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

[54] En relación con el examen preliminar de la situación en Palestina, una delegación de la Autoridad Nacional Palestina, y Representantes de la Liga Árabe visitaron respectivamente al Fiscal de la CPI el 15 y 16 de octubre de 2009, y el 11 de enero de 2010. Véase www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Palestine/ accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

[55] Artículo 15 (2) ER, y reglas 104 y 105 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

[56] Véase en este sentido, W. Burke-White, 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice', en Criminal Law Forum, Vol. 19 (2008), p. 59 y ss., p. 61; y C. Hall, 'Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy', en C. Stahn/G. Sluiter, The emerging practice of the International Criminal Court, Brill, Leiden, 2009, p. 220 y ss.

tigación y enjuiciamiento ante la CPI si se toman las medidas necesarias para que las jurisdicciones nacionales cumplan con su obligación de investigar y enjuiciar dichos delitos ellas mismas.

Es en sentido, la Fiscalía de la CPI, en su informe sobre exámenes preliminares de 13 de diciembre de 2011, ha afirmado que en el marco del examen preliminar que se sigue con respecto a la situación de Colombia desde el año 2005 se han adoptado las siguientes medidas:

> La Oficina mantiene un diálogo constante con el gobierno de Colombia y ha recibido recientemente información actualizada sobre las actuaciones de las autoridades judiciales nacionales competentes. Más recientemente, el 21 de septiembre de 2011, el Fiscal se encontró con la nueva Fiscal General de Colombia, Vivian Morales. La autoridades colombianas han transmitido posteriormente nueva información actualizada sobre las actuaciones de JPL [Justicia y Paz]. […] La Oficina ha intervenido en discusiones públicas sobre la aplicación del principio de complementariedad en Colombia. En una reunión bi-anual con las ONGs mantenida el 20 de octubre de 2010, la Oficina sostuvo una sesión sobre la complementariedad en el marco del examen preliminar en Colombia, con panelistas comentando la respuesta de las autoridades colombianas a la lucha contra la impunidad. La sesión se centró específicamente en torno a las actuaciones de JPL […]. En mayo de 2011 en Londres, la Fiscalía participó en una conferencia de alto nivel, en la que estuvieron presentes un buen número de expertos, funcionarios colombianos, magistrados y representantes de ONGs, y que generó un saludable debate sobre el papel de la Oficina en el fortalecimiento del principio de complementariedad en Colombia […]. La Oficina continuará examinando la situación y las actuaciones nacionales en Colombia. En este contexto, y conforme al principio de complementariedad positiva que ha adoptado, la Oficina da la bienvenida a los actuales esfuerzos del gobierno colombiano de buscar mayor apoyo internacional para las actuaciones judiciales nacionales y de promover la cooperación, tal y como ha explicado el actual presidente de Colombia D. Juan Manuel Santos, durante la novena Asamblea de los Estados Partes en diciembre de 2010 […]. El nombramiento del juez español Baltasar Garzón, que ha trabajo para la Oficina como asesor en la Misión de Apoyo del Proceso de Paz en Colombia de la Organización de los Estados Americanos (OEA) es

> un ejemplo de la cooperación entre los Estados Partes, las organizaciones internacionales y la Oficina[57].

Los exámenes preliminares constituyen, por tanto, una herramienta importante para potencial el estado de derecho a nivel nacional, y favorecer la dotación de las herramientas necesarias para que las jurisdicciones nacionales puedan llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento de los delitos de la competencia de la CPI de manera independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable. Es por ello que la propia Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha subrayado que, en principio, no tienen una duración definida, sino que su extensión dependerá de las circunstancias específicas de cada situación:

> El examen preliminar de la información disponible con respecto a una situación es realizado de manera comprehensiva y detallada. El Fiscal está obligado a continuar con dicho examen hasta el momento en el que la información muestra que existe, o no existe, una base razonable para proceder a la investigación. Por ejemplo, los criterios de complementariedad pueden requerir el monitoreo de ciertos procedimientos nacionales para determinar si los mismos se refieren a los delitos más graves y si son genuinos. En consecuencia, el tiempo y duración de las actividades a desarrollar durante el examen preliminar se tendrán que basar necesariamente en la situación de que se trate[58].

En este contexto, todo incentivo a las autoridades nacionales para poner fin a la comisión de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, ha de ir acompañado de[59]:

---

[57] Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Report on the Preliminary Examination Activities, de 13 de diciembre de 2011, párr. 83-86, disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPReportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf

[58] Fiscalía de la CPI, "Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares", 4 de octubre de 2010 (Supra, nota 7), párr. 83.

[59] Tanto la complementariedad positiva como la complementariedad cooperativa parecen haber sido, en gran medida, implícitamente confirmadas por la decisión de la Sala de Apelaciones de 22 de junio de 2009 en el caso Katanga y Ngudjolo. Véase Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision of the Presiding Judge of the Appeals Chamber in the appeal of Germain Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, Appeals Chamber, ICC-01/04-01/07-1286, de 10 de julio de 2009.

(i) La asistencia a dichas autoridades nacionales para que puedan cumplir con su deber de investigar y enjuiciar los delitos ya cometidos ("complementariedad positiva")[60]; y
(ii) El reparto con la CPI, sobre todo cuando haya problemas serios de falta de capacidad, de la carga de investigar y enjuiciar dichos delitos ("complementariedad cooperativa")[61].

De esta manera, se puede afirmar que el apoyo a los estados afectados receptivos para que fortalezcan sus sistemas nacionales de justicia y lleven a cabo sus propias actuaciones, constituye un elemento esencial del mandato de la CPI en cuanto que pilar básico de su mandato preventivo[62].

A este respecto, William Burke-White[63] y Christopher Hall[64] han afirmado que la Fiscalía puede recurrir al tipo de medidas que acabamos de ver para cumplir con este mandato a través de sus exámenes preliminares e investigaciones. En particular, el Fiscal puede entrenar a los actores jurídicos nacionales en la

---

[60] Véanse BURKE-WHITE, W. "Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice" en Criminal Law Forum, Vol. 19 (2008), p. 59 y ss., p. 61; y HALL, C, "Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy" en STAHN, C., SLUITER, G. (coords.), The emerging practice of the International Criminal Court, Brill, Leiden, 2009, p. 220 y ss. Véase también, CROSS, M.E., WILLIAMS, S. "Recent Developments at the ICC: Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui: A Boost for Co-operative Complementarity?", en Human Rights Law Review, Vol. 10 (2010), p. 336 y ss., p. 339.

[61] CASSESE, A. "The Rome Statute: A Tentative Assessment", en CASSESE et al. (coords.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2002, p.1901 y ss., y 1906; KRESS, C. "'Self-Referrals' and 'Waivers of Complementarity': Some Considerations in Law and Policy", en Journal of International Criminal Justice, Vol. 2 (2004), p. 944 y ss., p. 947-948; y GIOIA, F. "State Sovereignty, Jurisdiction, and "Modern" International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court", en Leiden Journal of International Law, Vol. 19 (2006), p. 1095 y ss., p. 1115.

[62] OLASOLO ALONSO, H. "La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post-facto al concepto de responsabilidad de proteger y la intervención oportuna de la Corte Penal Internacional", en OLASOLO ALONSO, H. Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional, Tirant lo Blanch e Instituto Ibero-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio de la Justicia y el Derecho de Colombia), p. 50, 52 y 54 [en adelante: OLASOLO ALONSO, "Función de prevención de la CPI"].

[63] BURKE-WHITE, W. "Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice", en Criminal Law Forum, Vol. 19 (2008), p. 59 y ss., p. 61.

[64] HALL, C. "Developing and Implementing an Effective Positive Complementarity Prosecution Strategy" en STAHN, C., SLUITER, G. (coord.), The emerging practice of the International Criminal Court, Brill, Leiden, 2009, p. 220 y ss.

investigación y el enjuiciamiento de delitos atroces, y asistirles en el establecimiento de programas de diversa índole, incluyendo programas de protección de víctimas y testigos, y administración y gestión de la información. Así mismo, puede monitorear el desarrollo de las actuaciones nacionales y dar su parecer al respecto, así como trabajar en coordinación con los otros órganos de la CPI para incrementar la eficacia de las medidas preventivas adoptadas.

En cuanto a los resultados de esta forma de operar, y a pesar de la ausencia todavía de pruebas concluyentes, existen indicios de que el examen preliminar en Afganistán contribuyó a que la OTAN, y en particular los Estados Unidos, definiesen de manera más estricta las condiciones para el lanzamiento de bombardeos aéreos[65]. Los Estados Unidos también parecen haber reafirmado su compromiso de recurrir a sus propios mecanismos de investigación y enjuiciamiento internos[66], lo que parece haber provocado la apertura en abril de 2010 de una investigación de alto nivel con respecto a las muertes de civiles presuntamente provocadas por fuerzas especiales norte-americanas[67].

Por su parte, el examen preliminar en Iraq, que comenzó a raíz de las numerosas comunicaciones individuales recibidas por el Fiscal desde el año 2003, fue cerrado debido a las actuaciones iniciadas por el Reino Unido con respecto a todas y cada una de las instancias en las que nacionales británicos pudieron verse involucrados en la comisión de crímenes de guerra[68].

Ahora bien, la situación donde se pueden apreciar resultados más positivos hasta el momento, sobre todo a la luz de las sentencias que sobe la vinculación de parlamentarios y gobernadores aforados con los grupos paramilitares en Co-

---

[65] Véase D. Schwammenthal, "Prosecuting American 'War Crimes'", en The Wall Street Journal, Section Opinion Europa, The Hague, 26 de noviembre de 2009. Véase también, D. Filkins "U.S. Tightens Airstrike Policy in Afghanistan" en The New York Times, section Asia-Pacific, 21 de junio de 2009.

[66] Véase E. Barbour/M.C. Weed, "The International Criminal Court (ICC): Jurisdiction, Extradition, and U.S. Policy", en Congressional Research Service, de 16 de marzo de 2010 (disponible en http://assets.opencrs.com/rpts/R41116_20100316.pdf, accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010), p. 15.

[67] Véase L King, "Inquiry puts Spotlight on U.S. Special Forces in Afghanistan" The Los Angeles Times (Los Ángeles, 9 de abril de 2010), refiriéndose a una investigación de alto perfil abierta por el ejército norteamericano en abril de 2010 sobre las presuntas muertes de civiles causadas por las fuerzas especiales que, hasta entonces, habían sido ocultadas al público.

[68] Fiscalía de la CPI, "OTP Response to communications received concerning Iraq", de 9 de febrero de 2010, disponible en www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB774CDB2FDE-BEF7/143682/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf accedido por última vez el 20 de diciembre, p. 9.

lombia viene dictando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde 2009 (Sala de Casación Penal), y las comprehensivas sentencias de primera instancia que en el último año ha emitido la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (SJP) sobre la creación, consolidación y expansión de los grupos paramilitares en Colombia. Veamos a continuación la manera en que la estrategia de la Fiscalía durante el examen preliminar de la situación en Colombia ha venido operando desde su apertura en 2005.

El examen preliminar de la situación en Colombia y el actuar de los órganos jurisdiccionales (2005-2012)

Esta situación se pone de manifiesto al analizar el devenir de los acontecimientos en Colombia, y eso que las investigaciones sobre los paramilitares desmovilizados en Colombia a partir del año 2003[69] no comenzaron hasta que la Corte Constitucional colombiana se pronunció en mayo de 2006 sobre la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, pieza clave del proceso de desmovilización[70]. Poco después, el Fiscal de la CPI hizo público su examen preliminar[71], y en octubre de 2007 y agosto de 2008 realizó sendas visitas a Colombia[72]. Con posterioridad, en el año 2010, tanto el Fiscal General de Colombia, como una amplia representación de la Sala de Casación Penal, visitaron la Fiscalía de la Corte[73], y en septiembre de 2011 el Fiscal de la CPI realizó una nueva vista a Colombia donde se encontró la entonces recién nombrada fiscal General, Vivianne Morales[74].

Apenas tres meses después de esta última visita, la Fiscalía publicaba su informe sobre actividades en los exámenes preliminares en él explicaba que había recibido 86 comunicaciones en relación con Colombia, de las que 17 se referían a hechos sobre los que la CPI no tenía jurisdicción, que las otras 69 estaban siendo

---

[69] El proceso de desmovilización fue resultado del acuerdo de Santo Fe de Ralito firmado el 15 de julio de 2003. Dicho acuerdo se produjo entre el gobierno nacional de Colombia y las AUC.

[70] Véase la Sentencia de la Corte Constitucional Colombia, C-370/2006, de 18 de mayo de 2006. Véase también, ARVELO, J.E. "International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process", en Georgetown Journal of International Law, Vol. 77 (2006), p. 411 y ss.

[71] Véase www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Colombia accedido por última vez el 20 de diciembre de 2010.

[72] Idem.

[73] OLASOLO ALONSO, H. "Función de prevención de la CPI". (Supra, n. 62), p. 76.

[74] Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Report on the Preliminary Examination Activities, de 13 de diciembre de 2011 (Supra, n. 57), párr. 85.

analizadas como parte del examen preliminar sobre Colombia que la Fiscalía desarrolla desde 2005[75]. A continuación se mencionaba a los principales actores involucrados en el conflicto que ha asolado Colombia durante décadas, haciendo hincapié en la reducción del poder de los grupos paramilitares en los últimos años a través del proceso de desmovilización auspiciado por la Ley de Justicia y Paz, si bien observaba que un cierto número de desmovilizados había vuelto a tomar las armas reconfigurando unidades de menor tamaño y una alto grado de autonomía[76]. Finalmente, se procedía a un análisis numérico de las actuaciones desarrolladas en los últimos años por los órganos jurisdiccionales colombianos, en el que la Fiscalía de la CPI subrayaba los siguientes datos:

(a) Colombia tiene un aparato judicial que se encuentra disponible para investigar y enjuiciar los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma para este Estado[77].
(b) Los órganos jurisdiccionales colombianos están desarrollando actuaciones contra (i) dirigentes de los grupos armados al margen de la ley involucrados en los delitos; (ii) dirigentes paramilitares; (iii) oficiales de las fuerzas armadas y de la policía; (iv) políticos vinculados con dichos grupos armados; y (v) sospechosos de haber incurrido en casos de falsos positivos[78];
(c) Un número importante de altos dirigentes de los grupos de guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y Ejército de Liberación Nacional (ELN) ha sido sentenciado o imputado en ausencia por delitos de la competencia de la CPI[79];
(d) Se han presentado 451 escritos de acusación contra paramilitares desmovilizados en el proceso de Justicia y Paz, y han sido condenados once comandantes paramilitares (si bien entre septiembre de 2008 y marzo de 2009, las autoridades colombianas extraditaron a 29 miembros de grupos paramilitares, entre los que se encontraban diez de sus máximos

[75] Ibid., párr. 61.
[76] Ibid., párr. 63 y 64.
[77] Ibid., párr. 74.
[78] Idem.
[79] Ibid., párr. 75.

dirigentes, a los EE.UU. por cargos relativos al narcotráfico; siete de los comandantes paramilitares extraditados han sido condenados por delitos ordinarios en relación con hechos presuntamente constitutivos de delitos de la competencia de la CPI)[80];

(e) Desde agosto de 2011, 59 senadores, 48 miembros de la Cámara de Representantes, 33 gobernadores, 252 alcaldes, y 84 autoridades locales están siendo investigados a raíz de las confesiones realizadas por los paramilitares desmovilizados conforme a la Ley de Justicia y Paz. Además, se han emitido 16 condenas por concierto para delinquir con los grupos paramilitares y asesinato, lo que ha supuesto en algunas ocasiones penas de cuarenta años[81];

(f) Se están desarrollando actuaciones contra varios miembros y altos cargos de los servicios de inteligencia civil (Departamento Administrativo de Seguridad, DAS) en relación con escuchas telefónicas ilegales generalizadas, falsos positivos y vinculación con el paramilitarismo;[82]

(g) A raíz del proceso de Justicia y Paz se han iniciado actuaciones contra 191 oficiales del ejército colombiano y 57 miembros de menor rango, así como contra 121 oficiales de la policía nacional y 128 integrantes de la misma de menor graduación (seis oficiales del a marina se han visto afectados también por las mismas)[83]".

Ahora bien, tanto en el informe de la Fiscalía de la CPI de 13 de diciembre de 2011, como en otros informes presentados por organizaciones que monitorean el desarrollo de las actuaciones nacionales en Colombia (así, por ejemplo, el 31 de mayo de 2012, la organización abogados sin fronteras de Canadá presentó el último de estos informes en una mesa redonda en La Haya junto con miembros de la Federación Internacional de los Derechos del Hombre), se puede observar la falta de análisis detallado de las decisiones judiciales a las que se refieren. De esta manera, los informes se centran, en gran medida, en la presentación de cifras sobre el progreso (o la falta de progreso) de las actuaciones nacionales, limitándose por tanto a lo que se podría denominar como una "guerra de cifras",

[80] Ibid., párr. 76.

[81] Ibid., párr. 78.

[82] Ibid., párr. 77 y 79.

[83] Ibid., párr. 80.

en lugar de profundizar en el análisis jurídico de las decisiones a que se refieren. En otras palabras, se deja a un lado la cuestión relativa al detalle y precisión con que dichas decisiones describen la composición y el accionar de las estructuras armadas involucradas, y de los actores políticos, económicos, militares y administrativos que favorecieron su creación, consolidación y expansión.

En nuestra opinión, esta aproximación nos parece inadecuada, puesto que es la detallada contextualización de los distintos grupos armados al margen de la ley, y la investigación de los vínculos que los mismos pudieran tener con las distintas administraciones públicas, lo que realmente nos va a permitir determinar si las actuaciones judiciales nacionales van dirigidas a sacar a la luz la forma de organización, *modus operandi* y apoyo externo que permitió a los grupos paramilitares ejercitar a principios de los años 2000 un control tan amplio sobre una buena parte del territorio de Colombia, que el propio Salvatore Mancuso (comandante del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá, ACCU) llegó a afirmar que las autodefensas terminaron por conformar un "estado de facto", ejercieron el gobierno, cobraron impuestos, decidieron conflictos e incluso "hasta el poder eclesiástico fue reemplazado por nosotros en la zona".[84] En el mismo sentido, Iván Roberto Duque, alias "Ernesto Báez", comandante político del Bloque Central Bolívar, ha sido todavía más explícito al señalar que: "Las autodefensas construyeron unos Estados y a través de esos Estados administraron justicia, ejercieron autoridad, se dictaron leyes, se estableció un sistema impositivo de contribuciones, se pagó servicio militar, es decir todo lo que se hace en un Estado de derecho… Cuando en esas regiones el jefe del Estado de hecho mandaba llamar a alguien y ese alguien no se presentaba de inmediato, la amenaza era contundente y clara: o se presenta o mandamos por usted[85]".

Por esta razón, ya desde el año 2009, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia subrayó la importancia de centrar las investigaciones y enjuiciamientos relativos a grupos paramilitares en: (i) el patrón de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra a que se vio sometida la población civil; y (ii) la estructura, composición y apoyo externo recibido por los grupos paramilitares que cometieron estos delitos en su proceso de creación, consolidación y expan-

[84] Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Decisión de control de legalidad en el caso contra Gian Carlos Gutiérrez Suárez, alias El Tuerto (Bloque Calima), caso (radicado), núm. 110016000253200880786, de 30 de septiembre de 2010, párr. 120 [en adelante: "Control de legalidad en el caso contra alias el Tuerto"].

[85] Ibid., párr. 122.

sión[86] Estas directrices jurisprudenciales fueron reflejadas en el Protocolo para la Presentación de medios de prueba, adoptado el 23 de agosto de 2010 por la SJP.

De ahí, que más allá de las cifras ofrecidas por unos y otros, lo que resulta realmente relevante a la hora de analizar el funcionamiento del principio de complementariedad en una situación como la colombiana, es profundizar en un análisis detallado del contenido de las decisiones emitidas hasta el momento por sus órganos jurisdiccionales. Es precisamente esta tarea la que, a pesar de las limitaciones de espacio[87], nos proponemos realizar en las próximas secciones.

Análisis del fenómeno de la "parapolítica" en los hechos declarados probados por la Sala de Casación Penal y la SJP

En desarrollo de los criterios de investigación y enjuiciamiento establecidos en su propia jurisprudencia, la Sala de Casación Penal, a raíz de las confesiones (versiones libres) realizadas a partir del año 2007 por miembros de grupos paramilitares desmovilizados conforme a la Ley 975 de Justicia y Paz, ha procedido a la investigación y enjuiciamiento en única instancia de aquellos miembros de la Cámara de Representantes y del Senado, así como de aquellos gobernadores (todos ellos aforados), que formaron parte, o contribuyeron a la formación, consolidación y expansión de los grupos paramilitares. Este fenómeno, conocido como "parapolítica", afectó a amplios sectores de la clase política local, regional y nacional y ha sido definido por la propia Sala de Casación Penal en auto de 18 de noviembre de 2009 y sentencia de 23 de febrero de 2010 de la siguiente manera: "Como es ya de público conocimiento, la agrupación paramilitar se fijó como meta ingresar el mayor número de candidatos a todas las corporaciones públicas, siendo indiferentes los partidos políticos o vertientes representados por ellos, en tanto lo relevante era el compromiso con la expansión del proyecto *paramilitar*[88]. Ello determinó insólitas alianzas entre grupos tradicionalmente

---

[86] Ver, entre otras, las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Colombia en los casos contra: (i) Wilson Salazar Carrascal, alias, El Loro, Caso Núm. 31539, de 31 de julio de 2009; y (ii) Gian Carlo Gutiérrez Suarez, alias El Tuerto, Caso Núm. 32022, de 21 de septiembre de 2009.

[87] OLASOLO ALONSO, H. Tratado de Autoría y participación en Derecho penal internacional, Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda e Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), Valencia, 2013.

[88] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia condenatoria en el caso contra el ex senador Álvaro Alfonso García Romero, caso (radicado) núm.32805, de 23 de febrero de 2010 [en adelante: "Sentencia en única instancia contra el senador Álvaro Alfonso García Romero"].

opuestos ideológicamente, o entre enconados enemigos que representaban distintas vertientes de un mismo partido[89]".

Esta situación ha llevado a la Sala de Casación Penal a declarar que:

> Las evidencias históricas y probatorias que ahora hacen parte de los hechos notorios, revelan de manera incontrastable que el gran alcance estaba dado en apoderarse del Estado en su conjunto mediante la imposición y nombramiento de candidatos a diversos cargos públicos de la más alta jerarquía, valga decir, financiar, apoyar, controlar, las elecciones populares en los municipios, departamentos, a nivel nacional, propósito que se puso a andar a través de los diferentes pactos delictuosos que se firmaron de manera distribuida a lo largo y ancho del territorio colombiano". Y se agregó que todo ello ocurría dentro de un plan dirigido a la "refundación de la patria, de destrucción y construcción de un paraestado mafioso[90].

Por su parte, la SJP ha señalado en relación con las alianzas entre grupos paramilitares y la clase política colombiana:

> Estas alianzas no se limitaron a relaciones entre Bloques regionales y las elites locales, sino que incluyeron acuerdos de carácter nacional con el fin de "Refundar el País y hacer un nuevo contrato social", estrategia de la cual existe evidencia documental, como el "Pacto Santa Fé de Ralito", suscrito hace ya cerca de diez años, en el municipio de Tierra Alta, Córdoba, que implicó el apoyo a líderes nacionales en sus campañas al Congreso de la República. Como este pacto, ocurrieron diversos acuerdos entre grupos paramilitares y elites regionales; conocidos por la opinión pública y estrados judiciales son: El pacto de Chivolo, el pacto del Magdalena, el pacto de Granada, el pacto de Puerto Berrio, la denominada Reunión de Coordinación, el pacto de la Lorena, el denominado grupo "sindicato", los pactos de Pivijay y el pacto del Eje cafetero y Caldas[91].

---

[89] Idem.

[90] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 18 de noviembre de 2009, radicación 28540.

[91] Sentencia de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá de 16 de diciembre de 2011 en el caso contra el comandante del Bloque Elmer Cárdenas Fredy Rendón Herrera, alias El Alemán, caso (radicado), no. 11001600025320078270l, párr. 487 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso contra alias El Alemán], párr. 486.

Con respecto al llamado "Pacto de Ralito", la Sala de Casación Penal, en el caso contra los exsenadores Juan Manuel López Cabrales y Reginaldo Montes Álvarez, ha afirmado:

> Es muy posible que en un principio ese fenómeno obedeciera a la muy cuestionable pretensión de sustituir al Estado democrático para enfrentar un "estado guerrillero". Sin embargo, la dinámica del conflicto demuestra que no fue así. Al contrario, en nombre de una concepción fundamentalista de ultra derecha que no permitía la menor disidencia, luego de imponer "orden", las autodefensas armadas decidieron incidir en lo político, en lo económico y en lo espiritual. […] En ese contexto, cuyas manifestaciones de violencia no se pueden desconocer, Salvatore Mancuso, alias "Santander Lozada" y otros líderes de las autodefensas, convocaron a dirigentes políticos del más elevado nivel, a otros con influencia regional, y a empresarios y ganaderos a la denominada reunión de Ralito que se llevó a cabo el 23 de julio de 2001, sesión en la cual después de que dos conferencistas extranjeros expusieran su visión acerca de los conflictos políticos en un mundo globalizado, se suscribió un acuerdo "confidencial y secreto" en el que la "refundación de la patria" y la pretensión de firmar un "nuevo pacto social" fueron los ejes temáticos del documento mencionado[92].
>
> A la reunión de Santafé de Ralito y al documento suscrito se ha pretendido restarles importancia con el argumento de que allí no se habló de nada distinto a la posibilidad de avanzar hacia un proceso de paz y porque el texto no expresa nada diferente a una proclama afín con esa temática, tal cual ocurriera con ocasión del "acuerdo del Nudo del Paramillo". Sin embargo, el tema de la paz es un "acto de gobierno" cuya dirección le corresponde de manera "exclusiva" al Presidente de la República como responsable del orden público, razón por la cual lo menos que se podía esperar ante la supuesta "bondad" de la propuesta era que el senador Montes Álvarez, miembro de la Comisión de Paz, hubiese informado de ello al Gobierno Nacional, y por supuesto también el doctor López Cabrales. [...] Sin embargo, no por haber escuchado a algunos expositores disertar sobre los

[92] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia contra de los senadores Juan Manuel López Cabrales y Reginaldo Montes Álvarez, caso (radicado) núm. 26942, de 25 de noviembre de 2008.

> conflictos internos en otras latitudes ni por las alusiones que se hacen al Preámbulo y a otros artículos de la Constitución Política, el documento de Santafé de Ralito puede tenerse como un documento que nada dice a la finalidad de promover a un grupo ilegal. Por el contrario, aparte del "elegante toque de filantropía" al que pareciera invitar por su referencia a cláusulas del ordenamiento superior, lo que allí se consigna es un acuerdo para "refundar la patria" entre quienes al representar la institucionalidad no tenían por qué comprometerse a hacerlo por fuera de una política de Estado, y grupos al margen de la ley interesados en que se reconocieran sus acciones violentas como actos políticos. […] De manera que el pacto de Santafé de Ralito corresponde a un quehacer y a una estrategia de las autodefensas empecinadas en lograr acuerdos con la clase política para impulsar la expansión de sus acciones, y de allí que los convidados no fueran ciudadanos del común sin posibilidades de agenciar en ese propósito, sino personas con capacidad para actuar ante instancias del orden nacional o con posibilidad de hacerlo –como de hecho lo hicieron Eleonora Pineda, Rocío Arias y Miguel de la Espriella–, pero sobre todo con poder para influir en la vida de la región, propiciando de esa manera que el paramilitarismo hiciera posible su pretensión de incidir en las políticas públicas[93].

En relación con el Pacto de Pivijay, la Sala Casación de Penal ha declarado su conclusión por el Bloque Norte (comandado por alias "Jorge 40"), y políticos del departamento del Cesar, y que el mismo benefició a senadores como Álvaro Araujo Castro[94]. En palabras de la propia Sala de Casación Penal:

> Y es que demostrado que los resultados electorales del 10 de marzo de 2002 favorables a Álvaro Araújo Castro fueron producto de acuerdos celebrados con "Jorge 40", quien había convenido lo mismo con otros candidatos al Congreso, por lo que fue necesario dividir el departamento del Cesar, asignar zonas a los postulados para beneficiarlos, y a su vez ejercer la intimidación de la población dominada por el bloque norte de las AUC que se extendía aproximadamente al 70% de ese territorio, a fin de que se depositaran los votos por aquellos candidatos a quienes se había

[93] Idem.

[94] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, caso (radicado) núm. 27.032.

> destinado la respectiva comarca[95] […] no solamente la violencia física y moral a que fue sometida la comunidad impidiéndosele optar libremente por la alternativa política de sus preferencias, cuando dan cuenta de los asesinatos, inclusive de copartidarios del acusado, así como de las amenazas, desplazamientos y demás actividades ilegales que el grupo armado ilegal perpetró, precisamente para lograr el resultado electoral acordado, pues la forma en que ese organismo de poder actuaba era de conocimiento público en la región, y, por lo tanto, también del acusado, quien de acuerdo con su propia versión, tuvo la oportunidad de advertirlo dado el recorrido que hacía del departamento en su gestión pública, aún antes de desarrollar su campaña política al Senado 2002, época ésta en la que igualmente pudo hacerlo sin contratiempo, a diferencia de otros aspirantes que ni siquiera se atrevían a visitar poblaciones alejadas de Valledupar, como lo señaló Luis Alberto Monsalvo Gnecco, y de aquellos que al desconocer las amenazas por ir en contravía de lo determinado por el grupo armado, se convirtieron en sus víctimas[96].

La Sala de Casación Penal también ha afirmado que el Pacto del Eje Cafetero y Caldas fue concluido entre el Bloque Cacique Pipintá ligado al Bloque Central Bolívar y los líderes regionales, beneficiando, entre otros, a los representantes a la Cámara Dixon Ferney Tapasco y Emilio Enrique Rangel[97]. Según explica la Sala:

> La sectorización con fines electorales y su refrendación no tendría mayor relevancia en circunstancias normales; más su desvalor surge desde el momento en que se refrenda, no ya con los líderes del partido, sino con las autodefensas, el compromiso de garantizar la consolidación de la fuerza electoral afecta al grupo armado ilegal, que veía en el norte de Caldas una zona que le garantizara hacia el futuro a "Báez", el afianzamiento de la línea política del paramilitarismo[98]. […] Ahora bien, pese a que la naturaleza ilícita de los acuerdos, por la estructura del tipo penal, no requiere que el

---

[95] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Pena, sentencia en el caso contra el ex senador Álvaro Araujo Castro, caso (radicado) núm. 27032, de 18 de marzo de 2010.

[96] Idem.

[97] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, caso (radicado) núm. 26 584.

[98] COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso contra el ex representante a la cámara Dixon Ferney Tapasco Triviño, caso (radicado) núm. 26584, de 3 de febrero de 2010.

> mismo se materialice, sí es esencial que cuando el consenso gira alrededor de temas electorales, el asunto pueda verificarse a través de datos objetivos, tal como se ha dicho en otras ocasiones[99]. En ese orden no puede pasar desapercibido el hecho de que Dixon Ferney Tapasco Triviño hubiese aceptado sin mayores discusiones la inclusión del estudiante Sánchez en la lista del partido, algo sin duda muy difícil de concebir dentro de la dinámica proselitista, por lo cual se ofrece mucho más admisible la explicación de alias "Diana", según la cual fue "Ernesto Báez" quien le brindó apoyo a un muchacho sin mayor experiencia política, y quien sin ese respaldo no habría tenido la oportunidad para aspirar como candidato a la Cámara en una lista cuyo éxito estaba garantizado, primero por el respaldo de los jefes liberales y segundo por el inconfesable apetito de poder de las autodefensas[100].

Con respecto al Pacto del Chivolo, ha sido la SJP la que ha concluido que el mismo se llevó a cabo el 28 de septiembre de 2000 por iniciativa del comandante del Bloque Norte, alias "Jorge 40", con el fin de controlar los departamentos de la Guajira, Cesar y Magdalena y seleccionar a los candidatos a gobernaciones y alcaldías[101]. Según la Sala, del mismo fue electo el gobernador José Domingo Dávila Armenta, quien posteriormente ha sido condenado por la Sala de Casación Penal por sus vínculos con grupos paramilitares[102].

En definitiva, debido a que este fenómeno de connivencia entre grupos paramilitares y miembros de la clase política nacional, regional y local colombiana (que según la Sala de Casación Penal y la propia SJP se extendió por buen parte del país), afectó a personas aforadas que, por razón de su cargo, solo podían ser investigadas y enjuiciadas por la Sala de Casación Penal, no puede sorprender la enorme relevancia de:

(i) La función de este órgano jurisdiccional en la exposición ante la sociedad nacional e internacional de este fenómeno; y
(ii) La jurisprudencia que ha generado en relación con la formas de responsabilidad penal de quienes desde la política han trabajado "codo con

---

[99] Idem.

[100] Idem

[101] Sentencia de primera instancia contra alias El Alemán (Supra nota 91), párr. 486, nota al pie 246.

[102] Idem.

codo" con grupos paramilitares (e incluso en ocasiones han formado parte de su aparato político).

Análisis del fenómeno de la "paraeconomía" en los hechos declarados probados por la Sala de Casación Penal y la SJP

Las actuaciones adelantadas por la Sala de Casación Penal y la SJP a raíz de las confesiones presentadas desde 2007 por los paramilitares desmovilizados reflejan el notable impacto que tuvieron gremios económicos y grupos empresariales nacionales, así como multinacionales de terceros países, en la promoción y financiación de los grupos paramilitares (fenómeno conocido como "paraeconomía").

Al no tener la condición de aforados, ni haberse desmovilizado conforme a la Ley 975 de Justicia y Paz, las actuaciones frente a los integrantes de estos gremios, grupos empresariales y multinacionales no son competencia de la Sala de Casación Penal, ni de la SJP. Ello ha provocado que las mismas se encuentren todavía en un estado incipiente. Este retraso en las actuaciones, no significa, sin embargo, que de acuerdo con los hechos declarados probados por dichas Salas, la "paraeconomía" no haya constituido un pilar esencial en la constitución, desarrollo y consolidación de los grupos paramilitares en Colombia. De hecho, sin los recursos provenientes de la "paraeconomía" el paramilitarismo en Colombia no hubiera podido alcanzar el grado de expansión que tuvo entre 1999 y 2005.

Un buen ejemplo de esta situación lo describe la SJP en relación con el Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las ACCU, que operó en la ciudad de Barranquilla y en sus municipios aledaños. Según la SJP, después de un periodo inicial de financiación directa por la Casa Castaño (Carlos y Vicente Castaño fueron los máximos dirigentes de las ACCU), este Frente recurrió a las siguientes fuentes de financiación:

(i) El cobro de porcentajes de participación sobre contratos públicos; así, en diferentes archivos provenientes de los computadores incautados a alias "Don Antonio" (comandante del Frente José Pablo Díaz), se encontró información sobre las múltiples irregularidades cometidas en la contratación pública en los departamentos del Atlántico, Magdalena y Bolívar por gobernaciones, alcaldías, hospitales, empresas prestadoras de servicios de salud (IPS, EPS y ESE), mataderos y otras empresas de

servicios públicos[103]; notables porcentajes del valor de los contratos (relacionados en particular con obras públicas y salud) fueron a parar, según la SJP, a las arcas de este Frente paramilitar, que infiltró completamente las finanzas de centros como el hospital materno infantil del municipio de Soledad[104];

(ii) Los aportes a la causa paramilitar requeridos a comerciantes, funcionarios públicos, ganaderos y agricultores (a estos últimos con base en el número de cabezas de ganado que poseían y la extensión de sus fincas); y

(iii) El impuesto a las operaciones del narcotráfico realizadas en el área de influencia del Frente[105]; en particular se impuso un impuesto de gramaje a los estupefacientes y sustancias ilícitas que atravesaban municipios de dicha región como Puerto Colombia, Juan de Acosta, Tubará y Piojó[106].

Otro ejemplo de la paraeconomía lo encontramos en el Bloque Elmer Cárdenas de las ACCU, operativo en la región del Urabá de los departamentos de Antioquia, Córdoba y El Chocó. Con respecto al mismo, la SJP de Bogotá ha subrayado que dicho Bloque experimentó desde el año 2000 un fuerte incremento en sus fuentes de financiación debido un mayor acceso a los recursos de los impuestos sobre el narcotráfico, el contrabando y la tala de madera[107], de manera que los aportes de los ganaderos (incluyendo los impuestos sobre bienes raíces) dejaron de ser su principal fuente de financiación[108]. En particular, la SJP explica como al quitarle el control de los territorios de coca a los grupos de guerrillas, los ingresos del Bloque aumentaron considerablemente[109], convirtiéndose las actividades relacionadas con el narcotráfico en el factor de mayor importancia en su crecimiento entre 1995 y 2006 (generándole unos ingresos de 70 millones

[103] Sala de Justicia y Paz de Bogotá, sentencia de 7 de diciembre de 2011 en el caso contra el comandante del Bloque Norte, Edgar Ignacio Fierro Flores, alias Don Antonio, Radicado 110016000253-200681366, párr. 13 [en adelante: "Sentencia de primera instancia en el caso contra alias Don Antonio"].

[104] Idem.

[105] Ibid., párr. 12 y 21.

[106] Ibid., párr. 15.

[107] Sala de Justicia y Paz de Bogotá, sentencia de primera instancia de 16 de abril de 2012 en el caso contra Orlando Villa Zapata, Radicado 110016000253200883280, párr. 419 [en adelante: "Sentencia de primera instancia en el caso contra Orlando Villa Zapata"].

[108] Ibid., párr. 422.

[109] Ibid., párr. 421.

de dólares, equivalente a 80% de sus ingresos, de los que 25% de lo recaudado se enviaba a los hermanos Castaño)[110].

La SJP ha señalado también que, además del narcotráfico, existían otras fuentes de financiación del Bloque Elmer Cárdenas. Entre ellas destacan los peajes en las carreteras de la región (se cobraban peajes a los conductores de toda clase de vehículos automotores que circulaban por la vía)[111]. Se aplicó un impuesto a la entrada y salida de mercancías de la zona de operaciones del Bloque. Se impuso un impuesto al comercio (que se recogía en las cabeceras municipales) y a los establecimientos de apuestas y billares[112]. Se cobró, además, un gravamen por el gas, que a partir del año 2001 se exigió a todas las empresas que se dedicaban a este negocio en el norte de Antioquia y la región del Urabá (como Cartagás, Intergás, Corona, Gas de Urabá y Batigás)[113]. Finalmente, se grabaron también la madera (siendo Maderas del Darién el principal "contribuyente") y las actividades de contrabando.

Según la SJP, fueron particularmente importantes las relaciones económicas de este Bloque con las multinacionales, especialmente las exportadoras de bananos[114]. Desde el año 1997, las ACCU, lideradas por Carlos Castaño, se reunieron con importantes ejecutivos de multinacionales del sector bananero para concertar los mecanismos de seguridad y "normalización o pacificación laboral" en la región[115]. Charles Káiser, director general de Banadex S. A. y los grupos paramilitares operativos en la región (los bloques Elmer Cárdenas y Bananero de las ACCU) acordaron un aporte de la multinacional de tres centavos de dólar por cada caja exportada, lo que supuso un ingreso en siete años de un millón setecientos mil dólares[116]. A cambio la industria bananera, según la SJP se benefició de la función de "pacificación" de conflictos laborales y mantenimiento de la seguridad desempeñada por los grupos paramilitares. La SJP dio credibilidad a las declaraciones de alias H.H. (comandante del Bloque Bananeros), en las que afirma que "a medida que fuimos tomando control sobre esta zona, todos los

[110] Ibid., párr. 441.
[111] Ibid., párr. 422.
[112] Ibid., párr. 425.
[113] Idem.
[114] Idem.
[115] Ibid., párr. 426.
[116] Idem.

beneficios laborales se fueron perdiendo, por lo que creo que nuestro accionar sí perjudico al empleado bananero y benefició enormemente a los empresarios"[117].

La SJP ha subrayado también que el Bloque Elmer Cárdenas fue un "agente facilitador" en el desarrollo de proyectos agroindustriales de hoja de palma en el área del Bajo Atrato y Norte del Chocó[118]. Según la SJP, este Bloque jugó un papel sustancial en la consolidación de este tipo de proyectos vinculados a circuitos internacionales en perjuicio de comunidades afrodescendientes que habían poseído históricamente miles de hectáreas de tierra en la región[119]. Parte del territorio abandonado por estas comunidades debido a la violencia ejercida por el Bloque Elmer Cárdenas (3.406 hectáreas según cifras de la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite) fue invadido por empresarios de empresas palmicultoras y madereras, con el fin de desarrollar proyectos agroindustriales, y por nuevos pobladores sin vínculo alguno con los territorios históricos de las comunidades del norte del Chocó[120]. Este despojo permitió además la entrada de capitales privados nacionales e internacionales para financiar dichos proyectos[121].

Un tercer ejemplo lo constituye el Bloque Montes de María, operativo en los departamentos de Sucre y Bolívar, con respecto al cual la SJP de Bogotá ha subrayado lo siguiente:

> Se financió este bloque, como lo hicieron los demás que debían obediencia a la casa Castaño, con: 1) tributos concertados a propietarios de fincas a razón de $10.000 por hectárea una vez al año, a cambio de seguridad, 2) extorsiones a tenderos, transportadores, estaciones de servicio (aporte consistente en combustible), al comercio en general, empresarios (a manera de ejemplo, Postobón pagaba $10.000.000 mensuales), contratistas de Ecopetrol y con la empresa de gas encargada de la instalación de las redes de gas domiciliario, contratistas encargados del mantenimiento de la carretera pavimentada, dineros de las transferencias indígenas y en ciudades como Cartagena, cobro a los comerciantes del mercado de bazurto, y 3) lo que realmente se convirtió en la principal fuente de financiación de este

[117] Ibid., párr. 427.
[118] Ibid., párr. 428.
[119] Idem.
[120] Ibid., párr. 438.
[121] Ibid., párr. 439.

> bloque fue el narcotráfico, que a partir del 2000 contribuyó con el 75% del valor de los gastos generados en cada uno de los frentes, según información suministrada por el postulado Cobos Téllez. Una muestra de lo anterior la constituyen las cifras suministradas por quien de manera directa recibía el valor del impuesto de salida de la droga (alias "Diego Vecino") que dice haber entregado a los 3 frentes de este bloque, de junio de 2004 a julio de 2005 como subsidio para los gastos, la suma tres mil novecientos millones de pesos ($3.900.000.000.), frente a cuatrocientos veintitrés millones ochocientos mil pesos ($423.800.000.) recibidos de las diferentes alcaldías municipales, y setecientos noventa y tres millones ochocientos ochenta y cuatro mil pesos ($793.884.000.) de otros aportes. Estos dineros los utilizaron en pago de nómina a los integrantes de los 3 frentes, así como informantes, durante ese mismo lapso dos mil novecientos sesenta millones novecientos seis mil pesos ($2.960.906.000.); cuatrocientos setenta y siete millones cien mil pesos ($477.100.000.) para pago de autoridades que colaboraron, y mil quinientos treinta y dos millones cientos noventa y tres mil pesos ($1.532.193.000.) aproximadamente, en logística[122].

Si bien, según la SJP, este Bloque no fue creado específicamente con fines de narcotráfico, tuvo una estrecha relación con el mismo, de manera que el narcotráfico constituyó un factor determinante en su financiación, debido al gran valor de los beneficios que se obtenían del mismo[123]. A este respecto, el Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Grupo de Memoria Histórica) ha afirmado en el informe sobre la conocida masacre de El Salado:

> Los intereses que marcan límites porosos entre los paramilitares y los narcotraficantes vuelven a coincidir y a superponerse. El dispositivo estratégico de la expansión nacional de los paramilitares centrado en crear un corre-

[122] Decisión de control de legalidad de la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá de 25 de enero de 2010 en el caso contra el comandante paramilitar del Bloque Héroes de los Montes de María, Edgar Cobos Téllez, alias Diego Vecino, y del Frente Canal del Dique, Uber Enrique Bánquez Martínez, alias Juancho Dique, párr. 91 [en adelante: "Control de legalidad en el caso contra alias Diego Vecino y alias Juancho Dique"]. Véase también la sentencia dictada por la misma Sala de Justicia y Paz de Bogotá en este mismo caso el 29 de junio de 2010, párr. 66, nota al pie 31.

[123] "Control de legalidad en el caso contra alias Diego Vecino y alias Juancho Dique", (Supra nota 122), párr. 170.

> dor que uniera Urabá con Catatumbo y luego consolidar la región Caribe como zona de retaguardia estratégica, de modo coincidencial aparece como funcional a los reacomodos de los intereses de los narcotraficantes, que se vieron afectados por la política de erradicación de cultivos ilícitos del gobierno Samper con las fumigaciones aéreas en Putumayo, Caquetá y Guaviare realizadas desde el año 1996. Esta política no se modificó en el gobierno Pastrana (1998-2002) sino que se consolidó con el Plan Colombia a partir del año 1999. […] En ese contexto se inscribe la guerra territorial por la región del Sur de Bolívar, una de las zonas que redobla su importancia estratégica para los actores armados por la expansión de los cultivos ilícitos. El control paramilitar de la región de Sur de Bolívar hizo cambiar la percepción sobre la importancia estratégica de los Montes de María: con el control de la zona de producción y procesamiento de cocaína en el Sur de Bolívar, la cuestión relevante es el acceso hacia la zona de exportación; y en ese momento los Montes de María asumieron una importancia estratégica por su conversión en un corredor que comunica el Sur de Bolívar con el Golfo de Morrosquillo. El desenlace de la guerra en aquel agravó la de los Montes de María, pues escaló la competencia entre los actores armados por un territorio en el cual se concentran intereses vinculados con el negocio del narcotráfico[124].

El Bloque Catatumbo de las ACCU, operativo junto a la frontera con Venezuela en el departamento del Norte de Santander (municipio de Cúcuta y alrededores), constituye un cuarto ejemplo del fenómeno de la paraeconomía. Según ha manifestado la SJP, su principal fuente de ingresos era la comercialización de sustancias alucinógenas producidas en su área de operaciones[125], lo que constituía un "emporio económico" en manos de las ACCU[126]. A tal punto llegó la intervención de este Bloque en el tráfico de estupefacciones que, según la SJP, "participó en todos los eslabones del negocio de la cocaína: los cultivos de plantaciones ubicados en nueve municipios, laboratorios para el procesamiento

[124] Citado con aprobación por la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, en el "Control de legalidad en el caso contra alias Diego Vecino y alias Juancho Dique", (Supra nota 122), párr. 170.

[125] Decisión de control de legalidad de 7 de diciembre de 2009 en el caso contra Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá, caso (radicado) núm. 2006 80281, párr. 4.2.3 [en adelante: control de legalidad en el caso contra El Iguano].

[126] Idem.

en Tibú, Aguachica, Sardinata, área metropolitana de Cúcuta, y la comercialización por el Magdalena, la Costa Atlántica y la frontera colombo-venezolana"[127].

Pero el narcotráfico no fue la única fuente de financiación del Bloque Catatumbo, sino que, según la SJP, también se recibieron cuotas a cambio de seguridad en muchas de las empresas más representativas de la región, como Termotasajen, Cootranscúcuta, Tejar de Pescadero, Norgas, Gaseosas La Frontera (Postobón), Estación de Servicio San Rafael, Arrocera Gálvez, Carbones La Mirla, Ferretería El Palustre, Inducarga, Colminas y Acopio de Crudo Cañolimón[128].

Así mismo, según la Sala, el frente urbano que operaba en la ciudad de Cúcuta, se financió de: cuotas obligatorias que les imponían a centros comerciales como San Andresito o la Alejandría (quienes tenían que aportar un promedio de $200.000 mensuales por local), los mercados de la sexta, Cenabastos, mercados de barrios, la plaza las Ferias. También hubo cobro a los conductores de taxis, colectivos piratas y transporte formal. A esto se suma que las empresas de vigilancia tenían que entregar un porcentaje semanal del total recaudado por concepto de celaduría[129].

Un quinto ejemplo de la paraeconomía lo encontramos en el Bloque Vencedores de Arauca de las ACCU, operativo en el departamento de Arauca, también fronterizo con Venezuela. Con respecto al mismo, la SJP ha subrayado que los gastos de nómina durante el tiempo de operaciones del Bloque ascendieron a aproximadamente siete millones de dólares[130], de los que hay que sumar 525.000 dólares de gastos de intendencia[131] y 2,25 millones de dólares de gastos de alimentación[132]. Además, el Bloque destinó un rubro para el pago a informantes de la Policía Nacional, entre los cuales se encontraba el Comandante de la Estación de Policía de Tame y el Jefe del Puesto Operativo de los servicios de inteligencia (DAS)[133]. En consecuencia, el estimado de gastos de

---

[127] Idem.

[128] Ibid., párr. 4.3.2.

[129] Idem.

[130] Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Decisión de Control de Legalidad en el caso contra José Rubén Peña Tobón, alias Lucho, y José Manuel Hernández Calderas, alias Platino, de 12 de agosto de 2011, caso (radicado) núm. 2008-83194; 2007-83070, párr. 168 [en adelante: "Control de legalidad en el caso contra José Rubén Peña Tobón"].

[131] Ibid., párr. 175.

[132] Ibid., párr. 183.

[133] Ibid., párr. 184.

funcionamiento y sostenimiento del Bloque durante sus cinco años de actividad se cifra en 10,5 millones de dólares[134], lo que significa un gasto mensual de 250.000 dólares[135].

Según el comandante del Bloque Vencedores de Arauca, Miguel Ángel Mejía Múnera, los recursos provenientes de las actividades de narcotráfico que él mismo y su hermano desarrollaban, fueron destinados a la financiación del Bloque para así dotarlo de la logística necesaria y pagar las nóminas de sus miembros[136]. Esta fue la única forma de financiación desde el año 2001 hasta que desde mediados de 2002 el Bloque comenzó a llevar a cabo otras actividades generadoras de ingresos (si bien el narcotráfico continuó siendo su fuente principal de financiación[137]). Entre estas nuevas fuentes de ingresos destacaron las exacciones y contribuciones arbitrarias, con respecto a las cuales la SJP ha dado credibilidad a las declaraciones de Miguel Ángel Mejía Múnera afirmando que "en todas las guerras ha pasado eso, eso es normal, en todo el mundo se ha extorsionado gente, aunque muchos comandantes abusaron también de eso... por eso yo en el 2003 di la orden de que se colocara un impuesto a las gaseosas, a la cerveza, al ganado y creo que a la gasolina, eso fue manejado por mí, que eso lo hacían todos los bloques del país"[138].

En consecuencia, como la SJP ha subrayado, a partir del año 2002 el Bloque establece impuestos por: (i) cada finca y cabeza de ganado registrada por los hacendados y finqueros de las zonas rurales[139]; (ii) cada producto vendido por los comerciantes; (iii) cada vez que se utilizaban las vías por los transportadores de mercancías; (iv) cada contrato celebrado con la administración pública del departamento, incluyendo los relativos a la construcción de obras públicas (se cobraba 10% de todos los contratos celebrados con la administración públi-

---

134 Ibid., párr. 185.

135 Ibid., párr. 188.

136 Ibid., párr. 186.

137 Las diferencias surgidas entre él y Carlos Castaño durante las negociaciones ante el Alto Comisionado de Paz fueron de naturaleza personal (en particular el asesinato de alias Tolima), y no porque Carlos Castaño condenara el hecho de que fueran narcotraficantes. Véase, control de legalidad en el caso contra José Rubén Peña Tabón (Supra nota 130), párr. 188 y 189; y Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Decisión de control de legalidad en el caso contra Orlando Villa Zapata (Bloque Vencedores de Arauca) de 12 de diciembre de 2011, radicado 110016000253200883280, párr. 210 [en adelante: "Control de legalidad en el caso contra Orlando Villa Zapata"].

138 "Control de Legalidad en el caso contra José Rubén Peña Tobón" (Supra nota 130), párr. 234.

139 Ibid., párr. 196.

ca[140]); (v) la venta de combustible y la propiedad de las estaciones de suministro; y (vi) la colaboración con la guerrilla ("sistema de multas a los colaboradores de la guerrilla")[141]. Según la SJP, para facilitar el pago se crearon talonarios con la identificación del Bloque, el nombre de quien efectuaba el pago, el monto, la fecha, la serie que correspondía al número del recibo y el nombre de quien recibía el pago[142]. Quienes se negaban a pagar las sumas exigidas por el Bloque, eran víctimas de amenazas, intimidaciones, retenciones y atentados contra su persona[143].

Como tercera fuente de ingreso, el Bloque Vencedores de Arauca comenzó, a partir de finales de 2001, una práctica de secuestros extorsivos a miembros de la población, robos de camionetas y motocicletas, y hurtos de materiales, enseres y alimentos en establecimientos de comercio[144]. Además, según la SJP, se estableció una política encaminada al hurto de ganado como fuente de financiación del Bloque. Esta política alcanzó tales proporciones que la producción pecuaria de la zona se vio enormemente afectada, causando un grave deterioro en la economía departamental[145]. Así mismo, la SJP subraya la existencia de fuentes de ingresos adicionales, como la "tarjeta navideña" que en el mes de diciembre de 2003 el Bloque hizo circular entre la población de Arauca, y en la que se solicitaba un aporte económico por temporada navideña de dos millones de pesos[146].

El Bloque Calima de las ACCU, operativo en los departamentos del Tolima, Cauca, Valle del Cauca, Quindío y Huila, nos proporciona un sexto ejemplo del fenómeno de la "paraeconomía". Con respecto al mismo, la SJP ha afirmado que a principios del año 2000 Carlos Castaño envió a alias H.H. (hasta entonces comandante del Bloque Bananero) para remplazar a alias Román como

---

[140] A este respecto, en la contabilidad del Bloque aparece el rublo "Contratos Arauca y Multa", con los siguientes tres suburbios: (i) Cobro a contratistas por la celebración de contratos de obras con el Departamento de Arauca; (ii) Cobro a contratistas por la celebración de contratos de obras con el municipio de Hato Corozal; y (iii) "Ingresos por multas a colaboradores de la guerrilla y otros", por valor de Noventa y dos millones quinientos mil ($92.500.000.) pesos. Véase, control de Legalidad en el caso contra Jose Rubén Peña Tabón (Supra nota 130), párrs.218-220. Véase también "Control de Legalidad en el caso contra Orlando Villa Zapata" (Supra nota 137), párr. 213.

[141] "Control de Legalidad en el caso contra José Rubén Peña Tobón" (Supra nota 130), párr. 195 y 212.

[142] Ibid., párr. 231.

[143] Ibid., párr. 232.

[144] Ibid., párr. 195.

[145] Ibid., párr. 235.

[146] Ibid., párr. 233.

comandante del Bloque Calima, siendo una de sus primeras acciones las reuniones mantenidas en la finca El Corcovado de Cartago, Valle, con empresarios y representantes de los gremios económicos de la región, ingenios azucareros, ganaderos y comerciantes que habían sido víctimas de las "vacunas" de la guerrilla, así como con alias Ernesto Báez, alias Don Berna, y narcotraficantes que representaban a "don Diego", "Adolfo Paz" y Vicente Castaño. Según la JP, en estas reuniones se acordó apoyar la expansión del Bloque Calima y buscar la colaboración económica de quienes manejaban el poder en el Valle del Cauca[147].

A este respecto, la SJP ha subrayado que Carlos Castaño en persona se reunió ese mismo año con familiares del secuestro masivo de feligreses realizado por el ELN el 30 de mayo de 1999 en la iglesia La María del barrio Ciudad Jardín de la ciudad de Cali[148]. Allí se decide enviar a Hernán Gómez y Carlos Spath (este último expresidente de Avianca) como emisarios ante comerciantes e industriales de la región en búsqueda de apoyo financiero para el Bloque Calima. Según la SJP; la delegación enviada se reunió con empresarios liderados por Édgar Lennis (a su vez expresidente de Avianca), acordando financiar la acción armada con 250 millones de pesos mensuales[149]. Ahora bien, como la propia SJP señala, una vez que el Bloque Calima entra en Buenaventura, y se crea el frente Pacífico, se suspende este aporte mensual porque el Bloque pasa a financiarse con los ingresos aportados por los narcotraficantes de la región (quienes pagaban un impuesto de cien dólares por kilo de cocaína comercializada) y por el hurto de combustibles[150].

A este respecto, la SJP ha dado credibilidad a las declaraciones de alias H.H., según las cuales la principal fuente de financiación del Bloque Calima fue el narcotráfico. Así, mientras en sus inicios el Bloque recibió financiación de algunos narcos del Cartel del Norte del Valle[151], dicho aporte fue temporal y duró hasta que el Bloque Calima desalojó a la guerrilla de su área de operaciones, lo que, según la SJP, le permitió buscar financiación cobrando a todos los narcotraficantes un impuesto de tránsito proporcional a la cantidad de droga que se traficaba[152]. Para controlar que toda la droga que saliera por el puerto de Buenaventura pagara

147 Ibid., párr. 150.

148 Ibid., párr. 169.

149 Ibid., párr. 152.

150 Idem.

151 Ibid., párr. 476.

152 Ibid., párr. 477.

el impuesto, se organizó un grupo de 16 hombres en el alto Calima liderado por alias "Chiquito Malo"[153].

En este contexto la SJP ha dado credibilidad a las declaraciones de alias "H.H.", en las que afirma que:

> "Cuando se inicia la etapa de cobro de impuestos en el Valle del Cauca […] un método que nosotros implementamos en la Costa Atlántica […] cuando entramos al Valle […] se hacen reuniones con lancheros y narcotraficantes […] les notificamos que deben pagar un impuesto so pena de que se decomise la mercancía y/o la muerte de las personas… entonces sí se hicieron reuniones en las que tenían que estar todos los lancheros, se programaban en Calima Daríen […] quien citaba era el Fino y el Mocho…yo hablaba con la gente…yo hablé personalmente con esos narcos"[154].

Es por ello que para la SJP, el narcotráfico constituyó para el Bloque Calima, al igual que para otros grupos paramilitares en Colombia, un factor determinante en su existencia, lo que no quiere decir que la razón última de su fundación haya sido el tráfico de estupefacientes[155].

Según la SJP, el Bloque Calima se financió también a través del hurto de hidrocarburos, así como con los aportes suministrados por empresas privadas, comerciantes y ganaderos de la región[156], quienes pagaban la suma de cinco dólares mensuales por hectárea de tierra[157]. En este sentido, la SJP ha declarado que realizaron aportaciones a la causa paramilitar, entre otras, las empresas lideradas por Édgar Lennis, Hernán Gómez y Carlos Spa, el Ingenio San Carlos, Incopesca, Bahía Cupica, de Javier Armitanche, Manaba o Playa Nueva, Timelco, Carnes y Carnes, Galería Pueblo Nuevo, Juancho Transporte, JCM, Gustavo Calle, Milton Mejía, Restaurante los Balcones, Víctor Olarte, en Tulúa, Juan Bautista García Monsalve, Néstor Fabio Álvarez Pereira, Alfonso Luis Cruz, Funeraria San Martín, Graciela Sánchez, Héctor Mondragón Jiménez, Piedad Vélez Rengifo, Carlos Alberto Rentería Mantilla, Granero JB, García y Hermanos Ltda., Manuel

---

153 Idem.

154 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Proceso No 30097, de 25 de enero 2010.

155 "Control de legalidad en el caso contra alias El Tuerto" (Supra nota 84), párr.476.

156 Ibid., párr.184.

157 Ibid., párr.189.

Mosquera, Fernando Piani, Carlos Castro, Bernardo Besna, Andrés Orozco, y la Cooperativa de Ganaderos del Centro del Norte del Valle del Cauca[158].

Como séptimo y último ejemplo que, por razones de espacio, abordamos en este trabajo, se encuentra la financiación de los numerosos grupos paramilitares operativos en el área metropolitana de Medellín y en el noroccidente antioqueño (entre los que cabe mencionar el Bloque Metro, el Bloque Cacique Nutibara, el Bloque Héroes de Granada y el Bloque Héroes de Tolová). Según ha puesto de manifiesto la SJP, las fuentes de ingresos de estos grupos variaron notablemente. Así, mientras el Bloque Metro, debido a la oposición de su comandante, alias "Rodrigo Doblecero", a toda relación entre paramilitarismo y narcotráfico, se financiaba de actividades ilegales como el hurto de combustibles que no estuvieren relacionadas con el narcotráfico (en particular[159], el resto de Bloques de esta región, al frente de los cuales se encontraba alias Don Berna, tuvo en el narcotráfico su fuente principal de ingresos (lo que acabó generando un conflicto entre grupos paramilitares que provocó el exterminio entre los años 2002 y 2003 de los casi 1.500 hombres que formaban parte del Bloque Metro en aquel momento[160]).

Es por ello que, como la SPJ ha afirmado que el Bloque Héroes de Granada, creado en 2004 tras la desaparición del Bloque Metro y la desmovilización del Bloque Cacique Nutibara, se financió principalmente del narcotráfico, a lo que unió otras actividades ilícitas como el hurto de hidrocarburos, extorsiones a comerciantes, trasportadores y ganaderos[161], para lo que contaba con la Oficina de Cobro de Envigado (formada por unas 70 personas) que tenía a su servicio numerosas bandas y parches que rondaban los 1.160 miembros en la zona metropolitana de Medellín[162].

En conclusión, como la SJP ha subrayado, el fenómeno de la paraeconomía tuvo un profundo impacto en la economía de los distintos departamentos del país, debido a sus numerosas externalidades negativas, las cuales han sido

---

158 Ibid., párr.190.

159 Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz. Decisión de legalidad de cargos en el caso contra Giraldo Paniagua, alias Pitufo, de 6 de diciembre de 2011, M.P: Uldi Teresa Jiménez López. Radicado: 110016000253200682222, párr. 20 [en adelante: control de legalidad en el caso contra Edison Giraldo Paniagua]

160 Idem.

161 Ibid., párr. 30.

162 Ibid., párr. 165 y 171.

descritas en los siguientes términos por la propia SJP en relación con el Departamento de Arauca:

> […] afectó varios aspectos, a saber: el establecimiento de un sistema paralelo de tributación por parte de los actores armados; la restricción de la circulación de mercancías y mano de obra; la reducción masiva del ingreso provocada por una desactivación económica crítica, derivada del desplazamiento forzado interno; efecto negativo sobre el ingreso de la actividad agropecuaria, adicional a la restricción del paso de insumos agropecuarios, gasolina y cemento; restricción del paso de mercancías hacia el sector rural, incluidos los bienes de canasta familiar y las drogas, bajo la hipótesis de que los pequeños productores son cómplices o colaboradores de la guerrilla a la que le llevan provisiones o medicinas; y finalmente, los altos costos de la provisión de bienes públicos en el área rural por las fallas de conectividad derivada de la presencia de grupos armados ilegales que provoca un efecto circular de reducción de ofertas de bienes públicos (construcción de vías, prestación de servicios de asistencia técnica para la producción, etc.), el riesgo que corren los ejecutores de estas actividades incrementa el costo de prestación a este nivel que no son pagables por el gobierno local[163].

El apoyo estratégico y logístico a los grupos paramilitares de sectores de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, servicios de inteligencia (DAS) y las administraciones públicas

La Sala de Casación Penal y la SJP han puesto también de relieve la importancia del apoyo estratégico y logístico de los miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, servicios de inteligencia (DAS) y administraciones públicas (dentro de estas últimas, en particular, las áreas de educación, sanidad y justicia) en la expansión y consolidación de los grupos paramilitares en Colombia.

En relación con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sin ánimo de ser exhaustivos[164], baste a los efectos del presente trabajo afirmar que dichas Salas

[163] Control de legalidad en el caso contra alias El Iguano (Supra nota 125), párr. 2.4.2.

[164] Para un análisis más exhaustivo, ver OLASOLO ALONSO, H. Tratado de Autoría y participación en Derecho penal internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda e Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), 2013.

han identificado las siguientes modalidades de cooperación de ciertos sectores de estas instituciones con los grupos paramilitares:

(i) Una parte importante de los mandos medios de los grupos paramilitares (e incluso algunos comandantes de alto rango como alias Rodrigo Doblecero) -incluyendo a quienes dirigían las escuelas de entrenamiento paramilitar, y quienes se encontraban a cargo de la adquisición del material de intendencia y diseño de operativos de cierta envergadura fueron ex miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional;
(ii) La asistencia en la obtención de armamento, municiones y otros materiales de intendencia;
(iii) El apoyo a nivel estratégico y operacional frente a la expansión de los grupos paramilitares; y
(iv) La formación de los nuevos reclutas de los grupos paramilitares[165];

En cuanto a la colaboración recibida por los servicios de inteligencia del Estado (en particular, por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS), la SJP ha afirmado que el propio subdirector general de dicha institución, José Miguel Narváez, actuó como instructor en las escuelas de formación paramilitares[166]. Además, la propia SJP ha puesto de manifiesto la estrecha relación de las ACCU con el ex director de informática del DAS, Rafael García Torres[167]. Así mismo, la SJP ha subrayado repetidamente, la colaboración con los grupos paramilitares de aquellos miembros del DAS desplegados en las áreas de actuación de dichos grupos. Sin ir más lejos, este es el caso, por ejemplo, del subdirector de la seccional del DAS en Cúcuta, Jorge Enrique Díaz y Viterbo, y del investigador del DAS en esa misma localidad, Efraín Morales[168]. Todas estas decisiones parecen haber sido un factor relevante en la decisión adoptada el año pasado por el actual presidente de la República, Juan Manuel Santos, de disolver el DAS.

En relación con el apoyo recibido por autoridades civiles y miembros de las administraciones públicas (en particular, en las áreas de educación, sanidad y justicia), baste mencionar algunos de los numerosos ejemplos dados por la SJP.

---

[165] Ibid.

[166] Control de legalidad en el caso contra alias El Iguano (Supra nota 125), párr. 4.3.4.

[167] Control de legalidad en el caso contra alias El Alemán (Supra nota 91), párr. 10.

[168] Idem.

Así, la SJP ha afirmado que el Bloque Norte de las ACCU contó con una estructura política, financiera y armada, que le permitió convertirse en una macroestructura criminal, que se valió de la colaboración por acción u omisión de todo tipo de autoridades y funcionarios en sus procesos de consolidación y expansión[169]. En particular, la SJP ha puesto de relieve que el Bloque Norte llegó a infiltrarse en importantes sectores de la administración pública local y regional, además de contar con el apoyo de un buen número de parlamentarios nacionales y gobernadores de la costa Caribe[170].

Según la SJP, una situación parecía se presentó en el caso del Bloque Catatumbo (y de su Frente Fronteras), que, en opinión de la SJP, se beneficiaron de la colaboración de un nutrido grupo de autoridades civiles y políticas y servidores públicos, entre los que se encontraban la directora seccional de fiscalías de Cúcuta (Ana María Flórez) y su asistente (Magali Yaneth Moreno Vera), el alcalde de Cúcuta (Ramiro Suárez Corso), el alcalde de Puerto Santander (Ramón Elías Vergel Lázaro), el alcalde de Puerto Santander (José Edmundo Mogollón), el alcalde de Salazar de las Palmas (Luis Fernando Valero Escalante), el concejal de Cúcuta (Ramón Eder Mendoza Vargas), el concejal de Patios (Carlos Rangel), y el director de la cárcel modelo de Cúcuta (Hernán Darío Mejía Petrocelli)[171].

Del mismo modo, la SJP ha subrayado que el Bloque Calima, a través de Carlos Efrén Guevara Cano alias "Fernando el político", recibió el apoyo de autoridades civiles de la región como el gobernador del Cauca, Juan José Chaux, el alcalde de San Pedro (Cerlimo Bedoya), el alcalde de Puerto Tejada (Fernando Santa), el alcalde de Santander de Quilichao, la alcaldesa de Yumbo entre 2002 y 2003, y el alcalde de Buenventura, Félix Ocoró[172].

Por último, hay que subrayar que, según la SJP, los grupos paramilitares, además de desviar una parte muy importante de los recursos públicos asignados a educación y sanidad en muchos de los departamentos del país, trataron también de controlar las universidades de las regiones en las que operaron. En este sentido, la SJP ha subrayado que el Bloque Héroes de los Montes de María incursionó en las universidades (particularmente en las públicas) por orden de Salvatore Mancuso, pues existía información de que activistas de la subversión se

[169] Ibid., párr. 3.

[170] Ibid., párr. 10.

[171] Control de legalidad en el caso contra alias El Iguano (Supra nota 125), párr. 4.3.4.

[172] Idem.

encontraban allí infiltrados. Con ello, además de cortar las redes de milicianos en las universidades, se pretendía tener acceso al presupuesto de las universidades, que, en casos como el de la Universidad de Córdoba, era similar al de la propia gobernación. Para ello, según la SJP, se ordenó el asesinato de rectores y docentes vinculados a la universidad. Si bien, la propia SJP subraya que no se pudo reproducir en todas las universidades en las que se intentó (véase por ejemplo el caso de la Universidad de Sucre) el mismo grado de control que las ACCU llegaron a tener en la Universidad de Córdoba[173].

Conclusiones del examen preliminar de la situación en Colombia y el actuar de los órganos jurisdiccionales nacionales

Al analizar en detalle el contenido y alcance de las resoluciones de la Sala de Casación Penal y la SJP sobre la formación, consolidación y expansión de los grupos paramilitares en Colombia, y el entramado político, económico, militar y administrativo que facilitó este proceso, se observa como la profundidad con la que se analizan fenómenos como el de la "parapolítica" o la "paraeconomía" es mayor que la que se puede encontrar en el análisis de fenómenos similares por tribunales penales internacionales en relación con los actores armados que intervinieron en los conflictos de la ex Yugoslavia, Sierra Leona, Ruanda, República Democrática del Congo, República Centroafricana o Sudán (Darfur), por poner sólo algunos ejemplos. Esta situación no es sorprendente si tenemos en cuenta que, junto al alto nivel de independencia mostrado por los magistrados de la Sala de Casación Penal y la SJP frente a los poderes ejecutivo y legislativo, se han dado también los siguientes factores:

(i) El minucioso entendimiento que de la situación colombiana poseen los magistrados, letrados y analistas responsables de las decisiones de la Sala de Casación Penal y de la SJP;
(ii) La proximidad a la escena de los delitos y el acceso a los elementos de prueba (en particular, las confesiones de los comandantes paramilitares desmovilizados sobre la manera en la que se crearon, consolidaron y expandieron las estructuras que ellos mismos dirigían); y
(iii) El alto nivel de capacitación que han recibido magistrados, letrados y analistas por parte de formadores con amplia experiencia profesional

[173] Idem.

> en investigaciones y enjuiciamientos ante tribunales penales internacionales.

En estas circunstancias, se puede entender el por qué la Fiscalía de la CPI, en lugar de decidir la apertura de la investigación en Colombia, se ha decantado hasta el momento por promover el desarrollo de las actuaciones nacionales, a pesar de que las mismas han llevado tiempo en cristalizar y se han desarrollado desde su inicio con notables dificultades, como lo muestra el hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya tenido que adoptar medidas de protección a favor de la mayoría de los magistrados de la Sala de Casación Penal debido a las amenazas de muerte recibidas como consecuencia de sus actuaciones judiciales.

Con su forma de proceder en la situación en Colombia, la Fiscalía de la Corte ha respondido tanto desde la perspectiva de la extensión temporal de sus exámenes preliminares, como del contenido del análisis de admisibilidad que ha de realizarse antes de solicitar la autorización para iniciar una investigación, a la siguiente pregunta:

> A pesar de tener indicios de la independencia y voluntad de los órganos jurisdiccionales nacionales competentes de llevar a cabo actuaciones procesales dirigidas a dilucidar minuciosamente la composición, operaciones y apoyo recibido por los actores armados que intervinieron en la comisión de delitos de la competencia de la CPI, ¿debería abrirse la investigación cuando se percibe la existencia de dificultades notables en el desarrollo de tales actuaciones? O por el contrario, ¿consiste la función de la Fiscalía de la CPI en mantener abierto el examen preliminar, para apoyar indirectamente el debilitamiento de aquellos elementos que obstaculizan el avance de las actuaciones judiciales nacionales, y respaldar a aquellos otros actores nacionales, que frecuentemente a riesgo de sus vidas, deciden seguir adelante con la investigación y enjuiciamiento de los principales responsables de dichos delitos?

Al decantarse en el caso de Colombia por la segunda opción, la Fiscalía de la CPI, no sólo ha adoptado una posición dirigida al fortalecimiento del estado de derecho y las instituciones judiciales colombianas, sino que ha evitado caer en una interpretación del principio de complementariedad que tiene el riesgo

de convertir a dicho principio en una bonita idea que no puede ser realmente aplicada en la práctica, puesto que en jurisdicciones sometidas a procesos de violencia masiva de carácter sistemático o generalizado durante periodos prolongados de tiempo: (i) o bien se produce una ruptura abrupta con el "antiguo régimen" (lo que normalmente ocurre de manera violenta y con intervención directa o indirecta de terceros estados); (ii) o bien las autoridades judiciales nacionales se enfrentan con el problema de que los autores de los delitos, o sus cómplices, se encuentran todavía en situaciones de poder, desde donde tratan de obstaculizar las investigaciones y enjuiciamientos que se pretenden desarrollar a nivel nacional.

En consecuencia, si la Fiscalía hubiera adoptado como criterio de política criminal el comienzo de una investigación cuando se presentan dificultades serias en el actuar de los órganos jurisdiccionales nacionales, el principio de complementariedad sería privado de eficacia en este último escenario.

En el caso colombiano estas dificultades se centran principalmente en cuatro aspectos fundamentales:

(i) La lentitud con la que se han tramitado los primeros procesos a nivel nacional (en particular, las SJP han necesitado tres años y medio, para dictar la primera sentencia condenatoria de un comandante paramilitar el 29 de junio de 2010);
(ii) La imposibilidad de poner fin de un día para otro a modelos de conducta que han operado durante décadas;
(iii) La extradición en 2008 de varios comandantes paramilitares a los EE. UU. para enfrentar cargos de narcotráfico; y
(iv) La falta de difusión a nivel nacional, regional y local de las decisiones de la Sala de Casación Penal y de la SJP en lo que se refiere al extenso entramado político, económico, militar y administrativo que permitió la creación, consolidación y expansión de los grupos paramilitares en Colombia.

Con respecto al primer factor, la lentitud en las actuaciones ha puesto de manifiesto las dificultades que la SJP estaba enfrentando en la contextualización de las distintas estructuras paramilitares y del complejo entramado que las apoyó. Estas dificultades han incluido, entre otros, los siguientes elementos:

(i) La necesidad de recibir formación sobre la construcción de este tipo de contextos complejos que, siendo habituales en tribunales penales internacionales, no se habían construido judicialmente con anterioridad a nivel nacional;
(ii) La importante resistencia encontrada para que los intervinientes en los procesos de justicia y paz aportaran al proceso la prueba necesaria para poder contextualizar el operar de los grupos paramilitares (razón por la cual la SJP emitió el auto de 23 de agosto de 2010 que recogió el Protocolo para la Presentación de medios de prueba);
(iii) Los problemas que planteaba una legislación nacional que, si bien introdujo en la Ley 599 de 2000 los delitos de genocidio y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, no recoge la categoría de los delitos de lesa humanidad (que es aquel en el que verdaderamente se subsume el accionar criminal de los grupos paramilitares).

De carácter más estructural es la cuestión relativa al tiempo necesario para acabar con formas de comportamiento que han regido el país durante décadas. En este sentido, conviene subrayar el hecho de que cerca de la mitad de los miembros y mandos medios de los grupos paramilitares (incluyendo alguno de sus más altos dirigentes, como Vicente Castaño), decidieron no desmovilizarse en el marco del proceso de justicia y paz, y terminaron formando las llamadas "Bandas Criminales" (BACRIM). Ahora bien, este fenómeno es necesario analizarlo en el contexto de una situación en la que durante décadas se ha recurrido a la violencia organizada para salvaguardar el poder político y económico, y en la que una gran parte de la financiación de los grupos armados a través de los que se ha ejercido esta violencia organizada se ha financiado con ingresos provenientes del narcotráfico, el contrabando o la explotación ilegal de recursos naturales, actividades que todavía se siguen desarrollando en el país. En consecuencia, no parece razonable esperar que cambie de un día para otro la cultura de quienes han venido operando de esta manera en una parte muy importante de los departamentos del país, así como de las miles de personas cuya principal profesión ha sido el sicariato y la extorsión dentro de grupos paramilitares, guerrillas, o estructuras de crimen organizado. Si bien el objetivo ha de ser la reducción progresiva de los niveles de violencia, es probablemente necesario que una nueva generación que no haya "absorbido" desde su juventud esta forma de actuar llegue al poder político, económico, militar y administrativo, para

que se produzca una verdadera transición hacia un modelo en el que el medio para preservar el poder político y económico deje de ser el recurso a la violencia.

Íntimamente relacionado con los modelos de conducta asumidos durante décadas de violencia masiva en Colombia, es el alto grado de desconfianza de las víctimas y de sus asociaciones hacia las medidas de investigación, enjuiciamiento y reparación promovidas desde Ejecutivos y Legislativos dirigidos por grupos políticos que en el mejor de los casos son percibidos como "no afines", y en el peor como alineados con los victimarios. El diálogo y la búsqueda de consensos son un elemento fundamental para generar confianza y salir de una situación inicial de enfrentamiento. Sin embargo, el proceso de tramitación de la Ley 975 de Justicia y Paz respondió hasta su aprobación en la Cámara de Representantes y el Senado a un proyecto del Ejecutivo de aquel momento, apoyado por su mayoría parlamentaria, que poco tuvo en consideración lo que la oposición tuvo que decir al respecto. Fue por ello, que a pesar de las profundas modificaciones introducidas en la Ley por la Sentencia C-370 del Tribunal Constitucional, las víctimas de los grupos paramilitares y las asociaciones que las representan rechazaron inicialmente de manera frontal la misma y, por lo tanto, decidieron no participar en las actuaciones judiciales que se pusieron en marcha a partir de 2007. Solamente con el paso de los años, se han incorporado paulatinamente al proceso a los efectos de participar en las audiencias con su testimonio y versión sobre los hechos confesados por los paramilitares desmovilizados.

Los modelos de comportamiento no sólo afectan a víctimas y victimarios, sino que también juegan un papel muy importante en los operadores jurídicos con competencia para conducir las investigaciones y enjuiciamientos. En particular destaca la situación de aquellos operadores jurídicos que actúan fuera de las grandes ciudades en las zonas rurales del país, y que debido a la falta de estado, o a su debilidad frente a los grupos armados organizados operativos en dichas regiones, y por lo general en aras de preservar su seguridad (numerosos son los casos de asesinatos de fiscales, defensores públicos y jueces que han seguido adelante con sus actuaciones a pesar de las amenazas recibidas), han decidido tradicionalmente hacer "la vista gorda", archivar las actuaciones o incluso colaborar activamente con los grupos armados con mayor presencia en su jurisdicción (solo así se puede explicar que a pesar de los más de dos cientos mil asesinatos y desapariciones forzadas cometidas en Colombia entre 1991 y 2005, apenas se hayan tramitado unas decenas de expedientes).

La creación de las condiciones materiales necesarias para preservar en los distintos departamentos del país la seguridad de jueces, fiscales, procuradores, defensores públicos, y representantes de víctimas, condición esencial para que puedan operar con independencia e imparcialidad, necesita de un periodo de tiempo razonable, y de la adopción de medidas que no necesariamente tengan una naturaleza penal, como la puesta en marcha de programas de desvinculación administrativa de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, los servicios de inteligencia y otras administraciones públicas, que tal y como afirman las sentencias de la Sala de Casación Penal y de la SJP, han promocionado, financiado o asistido a los grupos paramilitares en la realización de actos de violencia sistemática contra la población civil.

Ahora bien, la adopción de medidas legislativas como las planteadas en los últimos meses, que prevén una extensión del ya existente fuero militar o que atribuyen al Jefe del Estado la potestad para determinar discrecionalmente quién puede ser excluido de un proceso penal, no parecen ir en la línea del fortalecimiento de esas condiciones materiales, y constituyen un retroceso notable en el camino que, a pesar de las dificultades, se ha comenzado a caminar, lo que, sin duda, no puede ni pasar desapercibida, ni dejar indiferente, a quienes con su examen preliminar de la situación en Colombia pretenden incentivar a las autoridades nacionales para que sigan caminando por el camino iniciado con las investigaciones y enjuiciamientos de la Sala de Casación Penal y la SJP.

Por ello, es difícil de entender la persistencia en el impulso que desde el actual Ejecutivo se quiere dar a la extensión del fuero militar a la luz de la tendencia internacional, avalada por las exigencias de la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, hacia una progresiva limitación del alcance de una jurisdicción excepcional como la jurisdicción militar (y más en un momento en el que las sentencias de la Sala de Casación Penal y de SJP señalan la presunta responsabilidad penal por vinculación con grupos paramilitares de un número no desdeñable de mandos altos e intermedios de las fuerzas armadas). Así mismo, también causa preocupación, que a través del llamado "Marco Jurídico para la Paz", se quiera atribuir al Jefe de Estado la competencia para determinar quienes no han de ser objeto de persecución penal en un momento en el que después de varios años las sentencias de la Sala de Casación Penal y la SJP están poniendo de manifiesto el extenso entramado político, económico, militar y administrativo que facilitó la creación, consolidación y desarrollo de los grupos paramilitares. Además, no puede pasar desapercibido, que según la normativa propuesta, la

exclusión del proceso penal no es adoptada por una comisión dotada de las necesarias garantías de independencia e imparcialidad en su selección y actuar, ni conlleva contraprestación (como la contribución a la determinación de la verdad de los hechos y a la identificación de las personas que dentro o fuera del propio grupo o institución colaboraron de manera similar) o consecuencia alguna para sus beneficiarios (como la entrega de bienes para la reparación de las víctimas o la desvinculación administrativa de la institución a la que pertenezcan).

La tercera dificultad sería enfrentada por las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados en Colombia con respecto a los grupos paramilitares ha sido la extradición en 2008 de un buen número de comandantes paramilitares, lo que constituyó para algunos la estocada definitiva a un proceso de justicia y paz que no acababa de arrancar. Para quienes defienden esta posición, la extradiciones evitaban que los comandantes desmovilizados de más alto rango pudieran ser enjuiciados en Colombia por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, impidiendo así que pudieran seguir contribuyendo con sus declaraciones al esclarecimiento de la verdad (esperándose además que estos comandantes, dada su posición de dirigencia, tuvieran un conocimiento más cercano de los fuertes vínculos de los grupos paramilitares que comandaban con autoridades de carácter político, militar y administrativo a nivel nacional, y con grupos económicos con presencia en el conjunto del país).

Ahora bien, si bien la gravedad de estas extradiciones no puede ser soslayada, lo cierto es que el efecto inmediato que las mismas tuvieron en muchos de los subordinados directos de los comandantes extraditados fue la decisión de completar sus declaraciones previas al entender que la extradición de sus superiores constituía una "traición" a lo acordado con el Ejecutivo durante el proceso de negociación de la Ley de Justicia y Paz. Un buen ejemplo de esta situación es el caso de alias "El Iguano", comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, que en las nuevas declaraciones realizadas tras la extradición de su superior (Salvatore Mancuso, comandante del Bloque Norte de las AUC) desveló el entramado político, económico, militar y administrativo que favoreció la formación, consolidación y expansión del Bloque Catatumbo en el departamento del Norte de Santander.

El cuarto factor que ha dificultado las investigaciones y enjuiciamientos desarrollados en Colombia es la falta de difusión a nivel nacional, regional y local de las decisiones de la Sala de Casación Penal y de la SJP en lo que se refiere al extenso entramado político, económico, militar y administrativo que permitió

la creación, consolidación y expansión de los grupos paramilitares en Colombia. A este respecto conviene subrayar que entre las condiciones materiales necesarias para que los procesos penales por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, así como las actuaciones relativas a las reparaciones a las víctimas, puedan avanzar adecuadamente a nivel nacional dentro de un espacio de tiempo razonable, emerge como un elemento fundamental la adecuada difusión a nivel nacional, regional y local, de los contextos en los que operaron los grupos que cometieron dichos delitos y que a día de hoy han sido minuciosamente recogidos en varias de las sentencias emitidas en los últimos dos años por la SJP.

Sacar a la luz pública los distintos factores que rodearon durante decenas de años situaciones de violencia sistemática, e informar adecuadamente sobre los mismos a la población que sufrió dicha violencia, es un paso fundamental para alcanzar estos objetivos, y por tanto debería ser tenida en consideración por la CPI al aplicar el principio de complementariedad. En el caso de Colombia, esto significa analizar: (i) los mecanismos y el grado de difusión que tienen las decisiones dictadas por la Sala de Casación Penal y la SJP; (ii) los esfuerzos para se recoja en la prensa escrita, la radio y la televisión, los hechos considerados probados en las sentencias firmes de aquellas Salas (así como de otros órganos jurisdiccionales colombianos que adelantan procesos por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra), de manera que la sociedad colombiana pueda tener acceso y conocer lo que realmente ocurrió, las razones por las que ocurrió y los dirigentes que promovieron y facilitaron dicho acontecer.

A este respecto conviene señalar que, a pesar de las actuaciones nacionales arriba descritas, el nivel de exposición pública en Colombia de las mismas es muy limitado, habiéndose realizado únicamente un esfuerzo en este sentido en relación con la primera sentencia dictada por la SJP el 29 de junio de 2010 en el caso contra los comandantes paramilitares del Bloque Montes de María, alias "Diego Vecino" y alias "Juancho Dique". En esta misma dinámica, se sitúa la ausencia en las universidades colombianas de cursos en lo que se aborde la aplicación interna del derecho penal internacional en Colombia, lo que llama particularmente la atención a la luz de los frecuentes seminarios sobre el funcionamiento y actuación de la Corte Penal Internacional organizados en Colombia. Es por ello que cabe felicitarse por la decisión de la Universidad Santo Tomás de Aquino de abrir su propuesta curricular a esta disciplina, uniéndose de esta manera a la Escuela Superior de Guerra y a la Clínica Jurídica de Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario de la facultad de Jurispru-

dencia de la Universidad Nuestra Señora del Rosario, donde desde el año pasado se viene impartiendo esta materia de forma regular.

A pesar de la grandes dificultades enfrentadas por las actuaciones nacionales en Colombia, muchas de las cuales todavía se mantienen, lo cierto es que la posición de la Fiscalía de la CPI de mantener abierto el examen preliminar para a través del mismo promover el debilitamiento de aquellos elementos que obstaculizan el avance de las actuaciones judiciales nacionales, y respaldar a aquellos otros actores que, a pesar de las dificultades, están investigando y enjuiciando paulatinamente en Colombia a los principales responsables por la violencia masiva desplegada por el paramilitarismo contra la población civil, está comenzando a dar fruto. El análisis arriba presentado de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal y la SJP permite afirmar que los esfuerzos genuinos de estos órganos jurisdiccionales, se están viendo finalmente reflejados en las sentencias dictadas por los mismos a partir de finales de 2008 y 2010 respectivamente.

Si bien estas sentencias no son sino el principio de las que tendrán necesariamente que seguirles a la vista de los contextos que describen, de las miles de copias compulsadas en relación con dichos contextos, de los cientos de procesos que a día de hoy están comenzando a iniciarse fuera del ámbito de las actuaciones de la Sala de Casación Penal y de la SJP, y de las próximas actuaciones ante la SJP en relación con los desmovilizados de las guerrillas de las FARC y del ELN, lo cierto es que difícilmente se hubiera podido llegar a esta situación sin que la Fiscalía de la CPI hubiera mantenido su examen preliminar sobre Colombia ante la CPI, y sin que los órganos jurisdiccionales colombianos hubieran mostrado el grado de apertura a la recepción del derecho penal internacional como lo muestra: (i) la intensa formación solicitada y recibida a este respecto; (ii) la implementación del Protocolo para la Presentación de medios de prueba; (iii) la introducción por la Sala de Casación Penal de la categoría de los delitos de lesa humanidad a través de la aplicación del Bloque de Constitucionalidad; y (iv) la aceptación de formas de autoría y participación (como la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, la coautoría mediata e incluso la responsabilidad del superior) que son de aplicación habitual ante los tribunales penales internacionales pero que no habían sido previamente aplicadas a nivel nacional en Colombia[174].

[174] OLASOLO ALONSO, H. Tratado de Autoría y participación en Derecho penal internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, Universidad del Rosario, Universidad Sergio Arboleda e Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), 2013.

Conclusión

La estrategia que está aplicando la Fiscalía de la CPI en el caso de Colombia se debe en gran medida a ciertas características singulares de esta situación como: (i) la independencia y operatividad de ciertos órganos jurisdiccionales nacionales colombianos (en particular las Salas de Casación Penal y la SJP); (ii) la voluntad de estos órganos jurisdiccionales de proceder con las investigaciones y enjuiciamiento por delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra incluso si ello supone un enfrentamiento con sectores políticos, económicos, militares o administrativos cercanos al gobierno de turno; (iii) el alto nivel de acceso a los elementos de prueba debido a las declaraciones realizadas por los propios comandantes paramilitares desmovilizados; y (iv) la apertura a recibir cursos de formación de profesionales con una dilatada experiencia profesional en el desarrollo de investigaciones y enjuiciamientos ante tribunales penales internacionales.

No creemos, sin embargo, que esta misma estrategia que pueda ser aplicada con éxito a otras situaciones con características muy diferentes a la situación en Colombia porque (i) no existe un apartado judicial operativo que sea capaz de mantener su independencia frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo; (ii) los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la voluntad de proceder a la investigación y enjuiciamiento de los principales actores de los grupos armados implicados en la comisión de delitos internacionales; (iii) no se tiene acceso a los elementos de prueba porque, a falta de confesiones de quienes cometieron dichos delitos, o colaboraron en su comisión, no se permite el acceso a aquellos archivos oficiales donde puedan encontrarse documentados; o (iv) debido a falta de apertura a recibir una adecuada formación en las investigación y enjuiciamiento de delitos como el genocidio, la lesa humanidad o los crímenes de guerra (especialmente sus elementos contextuales), se fraccionan los casos sin analizar los patrones de conducta y el contexto político, económico, militar o administrativo en el que se cometen los delitos.

Esto ocurrió precisamente en las situaciones en Libia y Darfur, donde al iniciarse el examen preliminar se constató la falta de independencia de su aparato judicial, y la actitud desafiante de sus máximos dirigentes (Muammar Gaddafi y Omar al Bashir) hacia el mandato, función y legitimidad de la CPI.

Una situación intermedia fue la ocurrida en la República de Kenia, en el que después de promover las actuaciones nacionales durante casi dos años, la Fiscalía de la CPI llegó a la conclusión de la falta de voluntad del gobierno y del parlamento de dotarse de las herramientas necesarias para llevar a cabo una

adecuada investigación y enjuiciamiento de los principales responsables de la violencia acaecida tras las elecciones de diciembre de 2007.

Por ello, las diferentes estrategias adoptadas por la Fiscalía de la CPI en cada una de estas situaciones, lejos de ser arbitrarias como algunos se esfuerzan en presentar, se encuentran justificadas por los diferentes factores que caracterizaban cada una de ellas (si bien ha de subrayarse, que el informe presentado por la Fiscalía el 13 de diciembre de 2011, no tiene en relación con el examen preliminar de la situación en Colombia la profundidad que hubiera sido deseable para el primer informe sobre el estado de dicho examen preliminar desde su inicio en 2005.

Este hecho no afecta, sin embargo, a la conclusión de que a día de hoy, después de los diez primeros años en el actuar de la CPI, se puede afirmar:

(i) La importante función que la CPI ha comenzado a jugar en al marco de la Comunidad Internacional (fruto de su mandato con respecto a situaciones en las que se han producido delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio);
(ii) La constatación de que cada situación bajo análisis requiere una estrategia de actuación diferente debido a las particulares circunstancias que la rodean; y
(iii) La relevancia de la fase de examen preliminar para que a través de la misma, y siempre y cuando las circunstancias de la situación bajo análisis así lo permitan, se promueva el fortalecimiento del estado de derecho y de los órganos jurisdiccionales nacionales a los efectos de que puedan ser estos últimos los que desarrollen las investigaciones y enjuiciamientos de los delitos de la competencia de la CPI cometido en su territorio o por sus nacionales.

Bibliografía

Burke-White, W. W. (2008, March). Implementing a policy of positive complementarity in the Rome system of justice. In Criminal Law Forum (Vol. 19, No. 1, pp. 59-85). Springer Netherlands.

Cassese, A., Gaeta, P., & Jones, J. (1901). The Rome Statute: A Tentative Assessment. The Rome Statute of the International Criminal Court, Oxford.

D. Schwammenthal, 'Prosecuting American 'War Crimes", en The Wall Street Journal, Section Opinion Europa, The Hague, 26 de noviembre de 2009.

Fiscalía de la CPI, "Borrador de Políticas sobre Exámenes Preliminares", 4 de octubre de 2010, disponible en: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-F3D7-38D2-6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations 04101.pdf

_____, Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 1-9, ICC-OTP 2003 (Sept. 2003), disponible en www.icc-pi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6- DE5F-42B7-8B25-60AA962E-D8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf

_____, Policy Paper on the Interests of Justice, 1-9, ICC-OTP 2007 (Sept. 2007), disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf

_____, Report on Prosecutorial Strategy, 1-11 (Sept. 14, 2006), disponible en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf

Gioia, F. (2006). State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern'International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court. Leiden Journal of International Law, 19(04), 1095-1123.

H. Olásolo Alonso & E. Carnero Rojo, "Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia", en H. Olásolo Alonso, Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero.-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio de la Justicia y el Derecho de Colombia).

H. Olásolo Alonso, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en H. Olásolo Alonso, Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Internacional, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero.-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio de la Justicia y el Derecho de Colombia).

_____, "De los Riesgos y las Precauciones necesarias en la Aplicación del Principio de Complementariedad por la Corte Penal Internacional: El Estudio de la Determinación de las Penas como Objeto de Análisis de Admisibilidad", en H. Olásolo Alonso, Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional, Tirant lo Blanch & Instituto Ibero.-Americano de la Haya (IIH), Valencia, 2011 (reimpreso en 2012 en Medellín, Colombia, por

la editorial Dike, la Unión Europea y el Ministerio de la Justicia y el Derecho de Colombia).

H. Olásolo Alonso, Autoría y participación en Derecho penal internacional, Temis, Univesidad Sergio Arboleda &Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (IIH), Bogotá, 2012.

Kress, C. (2004). Self-Referrals and Waivers of Complementarity-Some Considerations in Law and Policy. J. Int'l Crim. Just., 2, 944.

S.A. Williams, "Article 17. Issues of Admissibility", en O. Triffterer (coord.) Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Commentary on the Rome Statutes of the International Criminal Court. ^ eBaden-Baden Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

Stahn, C., & Sluiter, G. (Eds.). (2009). The emerging practice of the International Criminal Court (Vol. 48). BRILL.

The Prosecutor vs Germain Katanga, Pre-Trial Chamber I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, ICC- 01/04-01/07-4, 6 de julio de 2007.

The Prosecutor vs Joseph Kony et al. Pre-Trial Chamber II., Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009.

Aportes de las salas de cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional en las solicitudes de apertura de investigación: situación de Kenia y de Costa de Marfil*

Andrea Mateus Rugeles**

Introducción

El 31 de marzo de 2010 y el 3 de octubre de 2011 las SCP II y III, respectivamente, autorizaron al Fiscal de la Corte Penal Internacional abrir una investigación en la situación de Kenia y en la de Costa de Marfil, referidas ambas a la violencia postelectoral ocurrida en el territorio de cada Estado. Las solicitudes de la Fiscalía a las Salas de Cuestiones Preliminares basadas en los artículos 15.3, 15.4 y 53.1 del Estatuto de Roma permiten a ambas Salas analizar los criterios que deben evaluar tanto la Fiscalía como las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte. La primera para decidir si procede a solicitar la apertura de investigación de una situación, las segundas para autorizar o negar dicha apertura de investigación cuando el Fiscal *motu proprio* ha remitido la situación.

Lo primero que abordan ambas Salas en las dos solicitudes referidas es el estándar de prueba requerido por el Estatuto para esta etapa. Acto seguido, a partir del artículo 53 del Estatuto, proceden las Salas a analizar si se cumplen,

* Este artículo es producto de investigación del proyecto Derecho Penal Internacional que forma parte de la línea de investigación Derecho Internacional y Globalización del grupo de investigación de Derecho Internacional de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

** Abogada Universidad del Rosario. Máster (LLM) en Estudios de Derecho Internacional, 2007 New York University, Estados Unidos de América. Profesora de carrera académica en Derecho Internacional y Derecho Penal Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y coordinadora del Área de Derecho Internacional en la misma universidad. Contacto: andrea.mateus@urosario.edu.co / mat.andre@gmail.co

conforme a la información que les ha sido referida, los criterios necesarios para abrir la investigación. De esta manera, abordan primero los criterios de competencia; después los de admisibilidad, donde analizan la gravedad; y terminan con el interés de la justicia. Igualmente, con el fin de establecer si existe *fundamento razonable para creer* que se cometieron crímenes de lesa humanidad (en Kenia y en Costa de Marfil) y crímenes de guerra (en Costa de Marfil), proceden las Salas a determinar la existencia de los elementos contextuales y específicos de estos crímenes y de las conductas constitutivas respectivas, alegadas por la Fiscalía. Para esto, ambas Salas realizan una tarea interpretativa en unos casos e integradora de pronunciamientos anteriores en otros, con el fin de conceptualizar y definir los elementos contextuales necesarios para estar frente a las dos categorías de crímenes ya mencionadas. Concluyen las Salas, después de encontrar que se cumple en ambos casos con el estándar probatorio para creer que se han cometido estos crímenes y con base en los criterios del artículo 53 del Estatuto de Roma, que procede la apertura de investigación para la situación de Kenia y para la situación de Costa de Marfil. Finalmente, después de dicha decisión, proceden ambas Salas a determinar el alcance temporal, material y territorial de la decisión tomada en cada situación.

Siguiendo tal estructura –con algunas variantes y en algunos casos con omisiones voluntarias– este artículo busca, de manera descriptiva, referir los resultados a los que llega cada Sala para tomar la decisión de autorizar la apertura de investigación en ambas situaciones. En este sentido, el artículo resalta las definiciones dadas así como los factores utilizados a la hora de evaluar y concluir si se está en presencia del estándar de prueba requerido, de los cuatro criterios de competencia, de la admisibilidad, del interés de la justicia, y de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra. Por razones de espacio y priorización, no se abordarán los resultados de las decisiones en cuanto a sus alcances temporal, material y territorial, ni en relación a los elementos específicos de cada conducta aparentemente constitutiva de un crimen de guerra o de lesa humanidad.

Activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional

En las negociaciones que se llevaron a cabo en Roma para fijar el texto del tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional (CPI o Corte), uno de los temas de discusión fue la manera en la que activaría la jurisdicción de la Corte. Teniendo claro que esta vez el fundamento legal del tribunal no iba a ser una Resolución

del Consejo de Seguridad sino un tratado, la discusión se centró en torno a cómo podría la Corte ejercer su competencia, no solo en cuanto a qué conductas sino en cuanto a los presupuestos de su activación.

La solución definitiva se encuentra plasmada en el artículo 13 del Estatuto de Roma (ER), que dispone la activación de la jurisdicción en tres vías; por remisión de un Estado Parte, por remisión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o porque el Fiscal *motu proprio* decide activarla. En el primer y último caso, la situación remitida es únicamente respecto a Estados Parte, donde se incluye la hipótesis del 12.3 del ER (aceptación de competencia *ad hoc* por un Estado no Parte). En cuanto al supuesto del Consejo de Seguridad, puede incluir situaciones de Estados Parte como Estados no Parte, sin necesidad de aceptación de competencia *ad hoc*. Es por esto que la remisión por parte del Consejo de Seguridad, se considera como el único supuesto de jurisdicción universal ante la Corte Penal Internacional.

A la fecha, la CPI ha activado su jurisdicción en ocho situaciones. Las situaciones de Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Malí, fueron remitidas por los propios Estados atendiendo a la disposición del artículo 13 literal *a* del ER. Las situaciones de Darfur-Sudán y de Libia, fueron remitidas por el Consejo de Seguridad mediante Resoluciones 1593 de 2005 y 1970 de 2011, respectivamente. Finalmente, las situaciones de Kenia y de Costa de Marfil, obedecen a la aplicación del artículo 13 literal *c* del ER, habiéndose iniciado la investigación *motu proprio* por el Fiscal de la Corte Penal Internacional, y adquirido competencia respecto al último Estado en virtud de una declaración conforme al artículo 12.3 del ER, que refiere la aceptación de competencia *ad hoc* por un Estado no Parte.

Conforme al Estatuto de Roma, y como resultado de una solución intermedia de los Estados negociantes encaminada a dar discrecionalidad controlada al Fiscal de la CPI, se estableció que en los casos en que la Oficina de la Fiscalía busque iniciar *motu proprio* la investigación de una situación, ésta deberá requerir autorización a una Sala de Cuestiones Preliminares (SCP), que tomará la decisión de autorizar la apertura o no de la investigación.

Según lo explicado anteriormente, las situaciones que encuadrarían en este supuesto serían aquéllas en las que hay un vínculo territorial o personal con un Estado Parte[1]. La única forma en que una situación relacionada con un Estado

[1] El artículo 12 del ER, consagra los criterios de competencia de la CPI, en donde se consagran como alternativos los criterios *ratione loci* y *ratione personae*. Esto se explicará más adelante.

no Parte, se entienda remitida por el Fiscal y requiera, por ende, la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir investigación, es que el Estado no Parte haya aceptado la competencia de la CPI, para una situación específica. Así lo dispone el artículo 12.3 del ER, extendiendo el ámbito de competencia de la Corte a Estados que no queriendo ser parte del Estatuto, toman la decisión de que la Corte conozca de una situación específica. El texto literal del artículo es "consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate". ¿Significa esto que el Estado que se acoge a la cláusula del 12.3 del ER puede determinar el crimen específico sobre el que va a tener competencia la Corte?

Para responder este interrogante es necesario interpretar dicha disposición de manera sistemática en atención al Estatuto de Roma y, específicamente conforme a la regla 44.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba que contempla la situación del 12.3 del ER. La regla 44 aclara que el alcance de la declaración hecha por el Estado conforme al artículo en mención, "tiene como consecuencia la aceptación de la competencia con respecto a los crímenes indicados en el artículo 5" del ER y que le "serán aplicables las disposiciones de la Parte IX, así como las reglas correspondientes a esa Parte que se refieran a los Estados Partes". En otras palabras, cuando un Estado no Parte decide aceptar la competencia de la Corte apelando al artículo 12.3, se entiende que lo hace respecto a una situación específica pero sobre todos los crímenes que siendo de la competencia de la Corte abarque dicha situación. Así lo refirió la Sala de Cuestiones Preliminares III en la decisión de apertura de investigación de la situación de Costa de Marfil, al afirmar que una declaración conforme al artículo 12.3 del ER, "implica una aceptación de todos los crímenes de la competencia de la Corte, relevantes a la situación"[2].

Estándar de prueba en la solicitud de apertura de investigación

Una vez se ha activado la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, el Fiscal deberá decidir si abre o no investigación. El artículo 53.1 del ER en relación con el inicio de una investigación, refiere la necesidad de que el Fiscal encuentre que existe "fundamento razonable para proceder" a abrir una investigación, a partir de la información que esté a su alcance.

[2] ICC-02/11. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Cote D'Ivore, Pre-Trial Chamber III of the International Criminal Court; October 3, 2011; párr. 13.

La SCP II en la decisión de apertura de investigación en la situación de Kenia, afirma que este estándar del artículo 53.1 del ER, se corresponde con el estándar de "fundamento suficiente para abrir una investigación" del artículo 15.3 y 15.4 del ER. Al respecto, es necesario aclarar que si bien los textos en inglés y en francés son idénticos al referir un "fundamento razonable" para abrir o proceder con una investigación (*reasonable basis to proceed; base raisonnable pourouvri / poursuivre),* el texto en español varía pues refiere fundamento "suficiente" en el artículo 15 y fundamento "razonable" en el artículo 53.1 del ER. Esto, sin embargo, no es óbice que impida acoger el pronunciamiento de la SCP II en el sentido de sustentar la igualdad de ambos textos, en el hecho de que ambas disposiciones –en cualquiera de las versiones del Estatuto– están encaminadas a lo mismo: abrir o no una investigación. Aún más, se llega a la misma conclusión conforme a las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la sección tercera de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Al aplicar dichas reglas, se debe entender que la expresión "suficiente" del artículo 15 del Estatuto en su versión en español, y la expresión "razonable" del mismo artículo en las versiones en inglés y francés del Estatuto, tienen el mismo significado, pues, al ser todas versiones auténticas del tratado deben interpretarse conforme al objeto y fin del mismo, (artículo 33 Convención de Viena), que, para los efectos del estándar probatorio consagrado en los artículos 15 y 53 del ER es determinar si se abre o no una investigación.

En esta medida, afirma la SCP II, el estándar probatorio que debe aplicar el Fiscal al analizar los criterios necesarios para solicitar la autorización de apertura de investigación en una situación (artículo 53 del ER), es el mismo que debe usar la SCP al estudiar dichos criterios, para decidir si autoriza o no la investigación en dicha situación (artículo 15.4 del ER)[3]. Carecería de sentido que se le exigiera al Fiscal un estándar menor que al de la Sala, pues, siendo así, al aplicar esta última un estándar de prueba mayor, sería muy probable que las conclusiones a las que llegara la Sala la llevaran a negar, en la mayoría de los casos, la apertura de investigación. Por otro lado, no tendría sentido requerir una autorización de la SCP, como mecanismo de control, si el estándar que esta aplicaría es menor que el utilizado por la Fiscalía.

[3] ICC-01/09.Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenia; Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court; March 31, 2010; párr. 21.

Ahora bien, dentro de los criterios que la Sala debe estudiar, y que son presentados por la Fiscalía para determinar la apertura o no de una investigación, el primero que se analiza es la competencia. Este criterio que es referido en el artículo 53.1 literal *a* del ER, exige un estándar probatorio a fin de determinar si la CPI tendría competencia frente a una situación. Así, en el referido artículo, se establece que el Fiscal al momento de decidir si abre o no una investigación, tendrá en cuenta si la información con la que cuenta "constituye *fundamento razonable para creer* que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte"[4]. Por obvias razones, este estándar está subsumido[5] dentro del "fundamento razonable para proceder"; siendo el último, el género que está encaminado a la búsqueda de la apertura de una investigación, y el primero la especie que se aplica específicamente al primer criterio de estudio (la competencia) con el fin de determinar si se puede o no *proceder* en la apertura de la investigación.

La SCP II en la situación de Kenia, además de denotar esta relación de subsunción, indica, que este estándar probatorio es el más bajo (de menor exigencia) dentro del ER. La razón, es la etapa en la que se aplica; una etapa inicial que no requiere resultados definitivos, y en la que la información a disposición del Fiscal, no es "comprensiva" ni "concluyente"[6]. En otras palabras, se entiende que la información no es definitiva pues precisamente aún no se ha autorizado que se abra investigación y, por eso mismo, los poderes del Fiscal son limitados.

Aclarados estos dos puntos, pasa la SCP II a definir lo que debe entenderse por este estándar de *fundamento razonable para creer*. Para esto, y atendiendo a la primera fuente consagrada en el artículo 21 ER del ER, que dispone el derecho aplicable por la Corte, encuentra la Sala que ni el Estatuto, ni las Reglas de Procedimiento y Prueba, dan luces sobre lo que debe entenderse por este estándar, pues, no se consagra definición alguna en estos instrumentos, así como tampoco en el Reglamento de la Corte. Es por esto que la Sala se ve en la necesidad, y así lo reconoce, de definir lo que debe entenderse por este estándar de prueba.

Así, después de referir los demás estándares de prueba que son consagrados en el ER para diferentes etapas del procedimiento y audiencias, encuentra que el más cercano al *fundamento* razonable *para creer,* es el contenido en el artículo 58

---

[4] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 53.1 literal a.

[5] Supra, nota 3, párr. 26.

[6] En este mismo sentido se pronunció la SCP III, Supra, nota 2, párr. 24.

del ER. Dicho estándar se aplica para dictar una orden de detención o de comparecencia, cuando hay *motivo razonable para creer* que se ha cometido un crimen de competencia de la Corte. Sin embargo, concluye la Sala que aquellos, no son estándares que puedan equipararse pues el propósito del estándar consagrado en el artículo 58 está encaminado a determinar la responsabilidad de un individuo, mientras que el del artículo 53, busca la apertura de una investigación.

Al abordar la tarea de definir el *fundamento razonable para creer*, acoge la SCP II, tres aspectos para su conceptualización. Primero, acude a la acepción común del lenguaje y refiere que en inglés[7] se entiende por *razonable* algo "justo y sensato o dentro de los límites de la razón"[8]. Luego, acude al contexto afirmando que el estándar debe ser entendido dentro del contexto en el que opera y, en esta medida, deber ser "construido y aplicado" conforme al propósito del procedimiento del artículo 15.4 del ER que es "prevenir que la Corte proceda con investigaciones frívolas, políticamente motivadas y sin garantías, que puedan tener un efecto negativo en su credibilidad"[9]. Finalmente acude al alcance que puede tener la conclusión obtenida de la información a disposición del Fiscal en la etapa de apertura de investigación. Al respecto, recuerda y acoge la decisión de la Sala de Apelaciones en la Decisión de Apelación del Fiscal en contra de la Decisión de la Aplicación del Fiscal para una Orden de Detención en contra de Omar Hassan Ahmad Al Bashir. En esta decisión, concluye la Sala de Apelaciones que en lo que respecta al estándar del artículo 58 (más alto que el consagrado en el artículo 53.1 literal *a*), no se requiere que "la conclusión a la que se llegue con respecto a los hechos, sea la única posible o razonable", ni que "el Fiscal desapruebe cualquier otra conclusión razonable"[10]. En esta medida, afirma la SCP II que si no se exige una conclusión definitiva para el estándar de prueba requerido para dictar una orden de detención, menos podrá exigirse respecto a una apertura de investigación, que como ya se ha indicado, su estándar de prueba es menos exigente.

A partir de estas tres perspectivas, propone la SCP II la siguiente definición de *fundamentos razonables para creer*: "justificación sensata o razonable para creer

---

[7] Como se indica en la Decisión, Supra, nota 3, el lenguaje autoritativo de esta decisión es el inglés.

[8] Para estas definiciones se acude al Oxford English Dictionary y al Oxford English Dictionary of Historical Principles. Supra, nota 3, párr. 29.

[9] Supra, nota 3, párr. 32. En igual sentido, se pronunció con posterioridad la SCP III en la Decisión de Apertura de investigación en la situación de Costa de Marfil, Supra, nota 2, párr. 21.

[10] Supra, nota 3, párr. 33 y 34.

que un crimen de la competencia de la CPI se está cometiendo o se ha cometido". De esta manera concluye la Sala que al evaluar la información presentada por el Fiscal, la Sala debe estar satisfecha de que existe dicha justificación, recordando el objetivo específico de la etapa del procedimiento en la que se encuentra[11].

Criterios para autorizar la apertura de investigación

La SCP II al analizar los criterios para autorizar o no la apertura de la investigación en la situación de Kenia, conforme al artículo 15 del ER, aborda cuatro temas: (1) el estándar de prueba –que ya se refirió anteriormente; (2) la competencia –que analiza en conjunto o en relación con el estándar de prueba atendiendo a que este se refiere al fundamento razonable para creer que "se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte"; (3) la admisibilidad; (4) el interés de la justicia.

Fundamento razonable para creer (estándar de prueba)

En cuanto al primer aspecto, si bien ya se refirió con anterioridad el análisis hecho por la Sala así como las conclusiones planteadas, cabe recordar que en cuanto al *fundamento razonable para creer,* se está frente a una especie que hace parte del estándar general aplicable y exigido para proceder con la apertura de la investigación, el cual debe aplicarse a los tres criterios que se analizarán a continuación, conforme lo establece el del ER en su artículo 53.1 literales *a, b, c*.

Crimen de competencia de la Corte

El artículo 53.1 literal *a* del ER, refiere este primer elemento de análisis por parte del Fiscal en el proceso de decisión de apertura o no de una investigación. Por su redacción, es claro que la competencia debe analizarse a la luz del estándar de prueba referido en el acápite inmediatamente anterior, esto es *fundamento razonable para creer.*

Ahora bien, la misma redacción podría llevar a confusión, al referir que el estándar recae únicamente sobre la existencia de un crimen de la competencia de la Corte. Lo que, en otras palabras, pareciera indicar que el Fiscal tiene la tarea exclusiva, en materia de competencia, de analizar el criterio *ratione materia* y no los demás criterios que componen este elemento.

[11] Ibid., párr. 35.

Al enfrentarse la Sala a esta pregunta, por vía de interpretación sistemática y teleológica, concluye que el análisis al que está obligado el Fiscal conforme al literal *a* del artículo 53, comprende los cuatro elementos que componen el criterio de competencia, esto es, *ratione temporis, ratione materiae, ratione loci* y *ratione personae*. Afirma la SCP II que sería absurdo analizar únicamente la competencia en razón de la materia[12] y considerar este criterio suficiente. De ser así, podría caer la Corte en el error de conocer de una situación sobre la cual no tiene competencia por vía de algún otro criterio, por ejemplo porque el Estatuto no había entrado en vigor al momento de ocurrencia de los hechos que se alegan constitutivos de crímenes de la competencia de la CPI, no cumpliéndose así con el criterio de competencia en razón del tiempo.

Finalmente, la Sala recuerda que los criterios en razón de la materia y del tiempo son de obligatorio cumplimiento y se desprenden, respectivamente de los artículos 5-8 y 11, y los criterios en razón del lugar y de la persona son alternativos (artículo 12). Esto significa que para encontrar cumplido el primer criterio de análisis para proceder con una investigación, el Fiscal debe asegurarse de que existe fundamento razonable para creer que se han cometido o se están cometiendo crímenes de la competencia de la corte (*materiae*), que los hechos ocurrieron con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (*temporis*), y alternativamente que se cometieron en el territorio o por un nacional de un Estado parte (*loci* y *personae*).

Ahora bien, el análisis en situaciones como las de Costa de Marfil es distinto pues, para el momento de la remisión de la situación el Estado no era parte del Estatuto de Roma[13]. Sin embargo, la Corte adquiere conocimiento de la situación en virtud de la aceptación de la competencia por parte de dicho Estado a la luz de la cláusula del artículo 12.3 del ER, hecha mediante declaración firmada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Costa de Marfil el 18 de abril de 2003, y posteriormente ratificada por el actual presidente Outtara en diciembre de 2010 y mayo de 2011.

En situaciones cubiertas bajo este supuesto, esto es, el análisis de la competencia de la Corte frente a una situación de un Estado no parte, cuando la situa-

[12] Ibid., párr. 36 y 37.

[13] Si bien Costa de Marfil firmó el Estatuto de Roma en 1998, no fue sino hasta el 15 de febrero de 2013 que depositó los instrumentos de ratificación del Estatuto. El 23 de junio de 2011, el Fiscal de la CPI solicitó la apertura de investigación en la situación de dicho país y el 3 de octubre del mismo año la SCP III autorizó la apertura de dicha investigación.

ción no ha sido remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el Fiscal igualmente debe evaluar la existencia de los dos criterios obligatorios y uno de los dos alternativos. En cuanto a los obligatorios, en lo que respecta al criterio temporal, la SCP III afirmó que tenía competencia en relación con la situación de Costa de Marfil desde el 19 de septiembre de 2002, fecha referida en la Declaración de aceptación de competencia remitida por el Estado a la CPI. Así, si bien el Fiscal solicitó en un principio la autorización de apertura de investigación para crímenes cometidos con posterioridad al 28 de noviembre de 2010[14] –por encontrar que los niveles de violencia en este período fueron bastante altos y que la información disponible en relación con este período permite alcanzar el estándar de prueba requerido por el Estatuto– y no desde el 19 de septiembre de 2002, el criterio acogido por la Sala para determinar la competencia temporal es la fecha establecida por el Estado que se acoge a la aceptación de competencia del artículo 12.3 del ER[15].

Por su parte, en cuanto a los criterios alternativos de competencia, el Fiscal afirmó que el crimen debía ocurrir en el territorio de un Estado Parte al ER o en el territorio de un Estado que haya hecho la declaración del 12.3 del ER, o por un nacional del "Estado relevante"[16]. Así, se entiende que la declaración del 12.3 del ER, suple alguno de los dos criterios alternativos cuya existencia, sin embargo, debe ser evaluada en el análisis que haga el Fiscal para realizar la solicitud ante la SCP para que se abra investigación. Esto, además, porque a la luz del Estatuto, y así se evidencia de la decisión de la SCP III, se entienden remitidas por el Fiscal *motu propio,* las situaciones en las que hay una declaración de competencia *ad hoc*.

Admisibilidad

Conforme al artículo 53.1 literal *b*, del ER, el segundo criterio que debe analizar el Fiscal a la hora de decidir si abre o no investigación, es la admisibilidad. El primer aporte que da la SCP II (Kenia) al respecto, es diferenciar este criterio de la competencia, al referir que "la admisibilidad tiene que ver principalmente

[14] En su remisión del 23 de junio de 2011, el Fiscal solicitó la apertura de investigación para crímenes cometidos con posterioridad al 28 de noviembre de 2010. En la decisión del 3 de octubre de 2011, la Sala autorizó la apertura de investigación a partir de dicha fecha, y ordenó al Fiscal presentar toda la información a su alcance en relación con posibles crímenes de competencia de la Corte ocurridos entre 2002 y 2010. (Supra, nota 2, párr. 185). En la decisión de febrero de 2012, la SCP III amplió el ámbito temporal del alcance de la autorización a crímenes cometidos desde el 19 de septiembre de 2002. (ICC-02/11, párr. 37).

[15] Supra, nota 2, párr. 173, 174.

[16] Ibid., párr. 187.

con los escenarios o condiciones sobre cuya base la Corte debe abstenerse de ejercer su competencia sobre una situación o caso específico"[17].

El artículo 17, junto al artículo 1 y al Preámbulo del ER, contempla el principio de complementariedad en virtud del cual será el Estado que tiene competencia sobre un crimen de los consagrados en el artículo 5 del ER, el primer encargado de investigar, juzgar y en su caso, sancionar al responsable de cometer ese crimen. En esta medida, la regla general, es que el "asunto"[18] es inadmisible ante la Corte, salvo que se presenten las dos excepciones consagradas en el artículo 17 del ER, esto es, que se demuestre una falta de disposición o una falta de capacidad del Estado para investigar o enjuiciar.

Teniendo clara esta conceptualización de la admisibilidad y del principio de complementariedad, la SCP II pasa a abordar otros temas relacionados con este segundo criterio de análisis del artículo 53 del ER. Así, refiere las etapas en las que se debe estudiar la admisibilidad, el concepto de casos potenciales y el criterio de gravedad.

Etapas en las que se estudia la admisibilidad

La Sala encuentra, a partir de la lectura de los artículos 53, 18 y 19 del ER, que durante distintas etapas del procedimiento y hasta el juicio, se estudian temas de la admisibilidad. Estas etapas se dan desde que una situación es remitida por un Estado Parte, por el Consejo de Seguridad o por el Fiscal *motu proprio*, hasta que se está frente a un caso concreto. En cualquiera de los supuestos de remisión de una situación, el Fiscal debe estudiar la admisibilidad para determinar si existe fundamento razonable para proceder con la investigación[19].

Asimismo, afirma la Sala que de un estudio conjunto de los artículos 13 literales *a* y *b*, 14.1, 15.5, 15.6 y 18.1 del ER, el supuesto en el que el Fiscal se inhibe de proceder con la investigación a favor del Estado que tiene competencia en relación con el crimen, es un supuesto de admisibilidad que se analiza dentro de una situación y no de un caso. Por el contrario, el artículo 19 del ER, de la "impugnación de la admisibilidad de la causa", hace referencia al estudio de la admisibilidad ya dentro de un caso concreto[20].

---

[17] Supra, nota 3, párr. 40.

[18] Este es el término utilizado en el artículo 17 de la versión en español del Estatuto de Roma.

[19] Supra, nota 3, párr. 41 y 42, citando a la SCPI en Decision on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5, and VPRS6.

[20] Así lo refirió la SCP II acogiendo la decisión de la Sala de Apelaciones en la apelación en contra de

Para la SCP II, la etapa en la que se está frente al artículo 53 del ER, es, en principio la de investigación de una situación. En esta medida, el estudio de la admisibilidad del artículo 53.1 literal *b* del ER, recae, en principio, sobre la situación. El problema que se presenta, sin embargo, si bien en la versión en inglés del Estatuto y no en español[21], es que el literal *b*, hace referencia específica al "caso" (*the case is or would be admissible*) y no a una situación, asunto o causa, como términos más amplios. Para la Sala, esto no varía la posición indicada pues tiene una explicación que puede derivarse de los trabajos preparatorios y la forma en que se negoció ésta y la cláusula de admisibilidad del artículo 17.

Por un lado, encuentra la SCP II que durante las trabajos del Comité Preparatorio la cláusula sobre admisibilidad del artículo 17, –que hace referencia expresa a "caso" en su versión en inglés–, fue comúnmente usada en las propuestas de borrador, manteniéndose sin modificación en el acta de borrador final enviada a Roma para efectos de las negociaciones del Estatuto. Por el otro, considera la Sala –y es esta la posición que acoge–, que los redactores del ER quisieron mantener, de manera consciente, la palabra "caso" en las disposiciones que refieren el tema de admisibilidad, dejando así que "la Corte armonizara el significado de acuerdo con las diferentes etapas del proceso"[22].

Casos potenciales

Si la interpretación correcta respecto a la palabra *caso* y a su uso en el artículo 53 y 17 del ER, es la indicada por la SCP II, entonces para efectos de la etapa de solicitud de apertura de investigación de una situación –cuando el Fiscal remite *motu proprio*–, la admisibilidad debe analizarse a partir de lo que la Sala, basándose en la doctrina, denominó como *casos potenciales.* Efectivamente, al encontrarse en una etapa en la que aún no hay individualización del posible sujeto activo de la conducta, y tampoco un caso concreto, las SCP deberán centrar su estudio de admisibilidad en los casos, que dentro del contexto de una situación específica remitida ante la CPI, posiblemente llegarían a la Corte.

La pregunta que surge es entonces, ¿cómo determinar un caso potencial? Para esto, la SCP II indicó dos elementos que sirven como criterios determinado-

---

la decisión de la SCP I, sobre la aplicación para órdenes de detención de Bsoco Ntaganda en la situación de la República Democrática del Congo. Supra, nota 3, párr. 44.

[21] El artículo 17 del ER en su versión en español, refiere el término "asunto" y no "caso, como ocurre en la versión inglesa.

[22] Supra, nota 3, párr. 47.

res. El primero, hace referencia a "los grupos de personas involucradas que serán probablemente el foco de una investigación". El segundo, indica "los crímenes de la competencia de la Corte que se alegan fueron cometidos durante los incidentes, que serán probablemente el foco de una investigación", ambos, "con el propósito de esbozar los casos futuros". Aclara la Sala que, atendiendo a la etapa del procedimiento en la que se encuentra, la selección por parte del Fiscal de *incidentes o grupos de personas que probablemente* esbozarán *casos futuros,* "es preliminar (…) y no obligatoria para futuros estudios sobre la admisibilidad"[23].

Gravedad

Finalmente, en cuanto a este segundo criterio de análisis del Fiscal para abrir investigación, la Sala recuerda que el test de admisibilidad se compone de dos elementos: la complementariedad y la gravedad. Esto significa que para analizar la admisibilidad, no es suficiente con verificar uno de los dos, sino que es necesario establecer que ambos se cumplen, frente a uno o varios casos potenciales, para determinar la admisibilidad de una situación ante la Corte.

En cuanto a la complementariedad (artículo 17 .1 literales *a-c*, del ER), refiere la Sala que lo primero que debe analizarse respecto a la admisibilidad, es si se realizaron o no procedimientos dentro del Estado. Solo si encuentra que efectivamente se llevaron a cabo, deberá entrar a analizar si existió una falta de disposición o de capacidad, según se refería a inicios de este acápite, y conforme al artículo 17.1 literales *a* y *b*. En otras palabras, no es necesario y de hecho carece de objeto, analizar la falta de disposición o de capacidad para investigar o enjuiciar, cuando ha habido inactividad total por parte del Estado[24]. En esta hipótesis, habrá una presunción de admisibilidad, que todavía requerirá el estudio de la gravedad para determinar la admisibilidad o no de la situación.

En cuanto a la gravedad referida en el artículo 17.1 literal *d* del ER, la SCP II se enfrenta a la pregunta de si existe algún crimen de la competencia de la CPI –genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, agresión–, que no sea grave. La SCP II y la SCP III en Costa de Marfil, retomando a la primera, sostiene que todos los crímenes son de la seriedad suficiente como para ser de la

[23] Ibid., párr. 50. En el mismo sentido se pronunció la SCP III en la Decisión de Apertura de Investigación de la situación de Costa de Marfil, Supra*,* nota 2, párr. 191.

[24] La SCP II acoge esta posición (Supra*,* nota 3, párr. 53, 54), expuesta por la Sala de Apelaciones en la Sentencia de la Apelación de Katanga en contra de la Decisión de la SCP II sobre la admisibilidad del caso, del 12 de junio de 2009. ICC-01/04-01/07-1497, párr. 78.

competencia de la Corte, por lo que afirma que este criterio de gravedad debe entenderse como una "salvaguarda adicional que previene a la Corte de investigar, acusar y enjuiciar casos periféricos"[25], es decir aquellos que por sus características no son de vital interés para ser tratados ante la Corte. Esto obedece a un razonamiento sencillo y es que la CPI, no busca, ni puede, material ni personalmente, encargarse de todos los crímenes de guerra, genocidios, crímenes de lesa humanidad y agresiones que ocurran en los Estados Parte o por nacionales de un Estado Parte, o aun en los otros supuestos de remisión cuando se trata de un Estado no Parte. No es lo que pretende el del ER al crear a la Corte, cuyo fin primordial es evitar la impunidad y no convertirse en la Corte Penal del mundo[26].

En conclusión, el análisis sobre la admisibilidad de una situación conforme al artículo 53.1 literal *b* del ER, "no solo requiere un examen sobre la existencia o ausencia de procedimientos internos" sino también sobre la gravedad[27]. Siendo este último elemento de obligatorio análisis y teniendo la capacidad de detener el estudio de una situación ante la Corte, por no cumplirse la suficiencia en la gravedad, y en esta medida, tornar la situación inadmisible[28].

Finalmente, y en concordancia con lo referido, la Sala recuerda que el análisis de la gravedad deberá hacerse sobre los casos potenciales dentro de la situación bajo estudio. Así, con respecto al primer elemento que permite determinar esos casos potenciales, esto es, el grupo de personas, la Sala considera que debe hacerse una evaluación "genérica sobre si ese grupo de personas que probablemente hagan parte del objeto de investigación, comprende a aquellos que podrían tener la mayor responsabilidad por los crímenes que se alegan cometidos. Esa evaluación debe ser general y compatible con la etapa pre investigativa de una situación"[29]. En cuanto al segundo elemento, se refiere a "la gravedad de los crímenes cometidos dentro de los incidentes que probablemente serán el foco de la investigación". En esta medida, sostiene la Sala que se presenta una

---

[25] Supra, nota 3, párr. 56; Supra, nota 2, párr. 201. En ambas decisiones se cita a la SCP I en la Decisión sobre la solicitud de una orden de detención en el caso Lubanga, en la que refiere la gravedad como un elemento adicional a la selección restrictiva de competencia; esto es, como un filtro adicional para la Corte. ICC-01/04-01/06-8 Corr; Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest.Article 58; Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court; párr. 41.

[26] Ver por ejemplo el Preámbulo del Estatuto de Roma.

[27] Supra, nota 3, párr. 57.

[28] Ibid.

[29] Ibid., párr. 60.

"interrelación entre los crímenes y el contexto en el que fueron cometidos (los incidentes), [y que] por eso, la gravedad de los crímenes debe ser analizada en el contexto de su *modus operandi*"[30].

Siguiendo a la SCP I, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso contra Abu Garda, la SCP II considera que la gravedad debe examinarse desde dos perspectivas: la cualitativa y la cuantitativa. Refiriéndose la primera, a la existencia de factores agravantes o calificantes unidos a la comisión de los crímenes que los tornan graves. Para esto, afirma, la Sala puede apoyarse en los factores para imposición de la pena, establecidos en la Regla 145 (específicamente numerales 1 literal *c* y 2 literal *b* (iv)), de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

La SCP III en la situación de Costa de Marfil reitera lo dispuesto por la SCP II en cuanto al criterio de gravedad y su análisis frente a casos potenciales.

Interés de la justicia

El último criterio que debe analizar el Fiscal en su decisión de proceder con una investigación, está consagrado en el literal *c* del artículo 53.1 del ER. Este criterio está definido de manera negativa, de forma tal que el Fiscal no debe demostrar que proceder con una investigación es en interés de la justicia. Solo si encuentra que proceder con esta sería contrario a dicho interés, "debe presentar a la SCP las razones de su decisión, [esto], con el fin de que la Sala pueda ejercer su poder de revisión"[31] conforme al artículo 53.3 literal *b* del ER. Por el contrario, si el Fiscal encuentra que no se afecta el interés de la justicia, sólo deberá afirmar que no tiene razones para creerlo[32].

Elementos contextuales de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra

En las solicitudes del Fiscal a las SCP, del 26 de noviembre de 2009 (Kenia) y del 23 de junio de 2011 (Costa de Marfil), para que se le autorizara la apertura de investigación en ambas situaciones, la Fiscalía presentó como soporte información que en su parecer permitía concluir que existía *fundamento razonable* para creer que en el territorio de ambos Estados se cometieron crímenes de la competencia de la Corte.

---

[30] Ibid., párr. 61.

[31] Ibid., párr. 63, reiterado por la SCP III en Supra, nota 2, párr. 207.

[32] Al respecto, ver por ejemplo Decisión apertura de investigación, Supra, nota 2, párr. 208.

En la situación de Kenia, el Fiscal encontró que había fundamento razonable para creer que se habían cometido asesinatos, violaciones y otras formas de violencia sexual, traslado forzado de la población y otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad dentro del contexto de la violencia postelectoral en Kenia durante los años 2007 y 2008.

En la situación de Costa de Marfil, el Fiscal solicitó apertura de investigación, afirmando que había fundamento razonable para creer que se cometió asesinato, violación y encarcelación u otra privación grave de la libertad física como crímenes de lesa humanidad. Así como homicidio intencional, dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, y contra personal y objetos involucrados en una misión de mantenimiento de la paz, y contra bienes protegidos, todos, como crímenes de guerra. Todas las conductas anteriormente referidas como crímenes de lesa humanidad, se alegan cometidas dentro del contexto de violencia postelectoral después de noviembre de 2010. Por su parte, en lo que respecta a los crímenes de guerra, se afirman ocurridos dentro del conflicto armado no internacional, ocurrido dentro del Estado entre febrero y mayo de 2011.

En la evaluación de dicha información, cada Sala llegó a las siguientes conclusiones respecto de los elementos contextuales necesarios para afirmar la ocurrencia de los crímenes de lesa humanidad y de guerra de competencia de la CPI.

Crímenes de Lesa Humanidad (CLH)

En las decisiones de autorización para apertura de investigación de la situación de Kenia y de Costa de Marfil, las SCP II y III a la hora de determinar si existían o no fundamentos razonables para creer que se habían cometido este tipo de crímenes, analizaron los elementos contextuales que, de acuerdo con el ER, son necesarios para estar frente a un crimen de lesa humanidad. Además de lo extraído convencionalmente y por otros instrumentos como los Elementos de los Crímenes, es importante referir los aportes que hicieron ambas salas.

Ataque contra la población civil

Son dos esencialmente los aportes que hace la SCP II y que reitera la SCP III, en cuanto a este elemento de los crímenes de lesa humanidad; a saber, una definición del ataque y una identificación de la población civil. Por ataque, refirió la Sala II

"una campaña u operación llevada a cabo en contra de la población civil"[33]. En lo que se refiere al sujeto pasivo de los CLH, esto es, contra quien va dirigido el ataque, la SCP II, acogiendo decisiones previas[34], afirmó que los "grupos distinguidos por la nacionalidad, etnicidad o cualquier otra característica distintiva"[35], constituyen víctimas potenciales de un CLH. Por ende, lo que la Fiscalía debe demostrar en esta etapa es que existe fundamento razonable para creer que "el ataque fue dirigido contra la población civil como un todo y no sencillamente en contra de individuos seleccionados al azar"[36].

Acudiendo a decisiones anteriores de la CPI, que a su vez se basaron en decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, la SCP II reitera que:

- No se requiere que toda la población civil de un área geográfica sea el objeto del ataque, pero si el objeto principal y no una víctima incidental.
- Por población civil se debe entender "civiles" en oposición a miembros de Fuerzas Armadas y otros combatientes legítimos[37].

En la Opinión Disidente de la decisión de la mayoría en la autorización de apertura de investigación en Kenia, el juez Hans-Peter Kaul manifiesta que en su opinión el artículo 7.2 literal *a* del ER, admite una interpretación mediante la cual pueden existir escenarios en los que se identifique, en el mismo territorio, "más de un ataque siguiendo cada uno una política" o varios ataques que componen un solo ataque, cuando exista un "nexo entre esos ataques, que permita concluir que conforman un solo ataque de conformidad con o para promover una política"[38]. Termina afirmando que en esta disposición se encuentra el elemento internacional del crimen, y que por esto, constituye una disposición contentiva de un elemento de competencia.

---

[33] Supra, nota 4, párr. 80.

[34] ICC-01/05-01/08. SCP II, Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo; Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court; June 15, 2009; párr. 76. ICC-01/04-01/07-717. Decision on the Confirmation of Charges; Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court; September 30, 2008; párr. 399.

[35] Supra, nota 3, párr. 81.

[36] Ibid.

[37] Ibid., párr. 82.

[38] Supra, nota 3, Dissenting opinion Judge Hans-Peter Kaul, párr. 25.

Política de un Estado o de una organización

La SCP II aborda este elemento a partir de tres aspectos: la política y su definición, los factores que ayudan a hacer una conjetura sobre la existencia de una política y lo que debe entenderse por Estado y organización.

Política y su definición: la Sala empieza por referir las disposiciones de las que se deriva que esta política constituye un elemento contextual de los CLH. Para esto acude al del ER y a los Elementos de los Crímenes (EC). En cuanto al primero, refiere el artículo 7.2 literal *a* del ER y, en cuanto al segundo, el párrafo tercero de la introducción de los CLH de los EC. Sin embargo, al encontrar la Sala que no existe definición alguna en esos instrumentos, acoge, en aplicación del artículo 21.2 del ER, las definiciones dadas previamente por esta Sala y la SCP I, así como por tribunales *ad hoc* del Consejo de Seguridad[39].

Así, en cuanto a política, la SCP II retoma lo establecido en decisiones de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), como Bagilishema y Semanza, y de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) como Kunarac, al establecer que no es suficiente con un ataque generalizado o sistemático, sino que "debe llevarse a cabo de manera organizada y siguiendo un patrón regular… y llevado a cabo para implementar una política común, involucrando recursos públicos o privados".[40] La SCP III, complementa esta definición, reafirmando que, conforme a los EC, política como elemento contextual significa que "el Estado o la organización activamente promueven o animan el ataque en contra de la población civil"[41] y que esta puede ser implementada por acción o por omisión, siendo esta última una hipótesis excepcional, "cuando [la omisión] está conscientemente encaminada a alentar ese ataque; (…) la existencia de la política no puede inferirse únicamente de la ausencia de acción por parte del gobierno o la organización"[42].

Factores que ayudan a hacer una conjetura sobre la existencia de una política: acudiendo a Blaskic, la SCP II trae los eventos de los que puede conjeturarse la política, a saber, "las circunstancias históricas generales y el trasfondo político

[39] Si bien la SCP II en la decisión de Kenia, afirma que la Sala puede acudir a pronunciamientos anteriores de SCP en virtud del artículo 21.2 del ER, la SCP III en la decisión de Costa de Marfil incluye además por esa vía, las decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

[40] Supra, nota 3, párr. 84, citando Pre-Trial Chamber I, Supra, nota 34, párr. 396.

[41] Supra, nota 2, párr. 42.

[42] Ibid., párr. 42.

en el que se llevan a cabo los crímenes; el establecimiento e implementación de estructuras políticas autónomas a cualquier nivel de autoridad en un territorio determinado; el contenido general de un programa político, como aparece en los escritos y en los discursos de sus autores; la propaganda mediática; el establecimiento e implementación de estructuras militares autónomas; la movilización de fuerzas armadas; ofensivas militares temporal y geográficamente repetidas y coordinadas; nexos entre la jerarquía militar y la estructura política y su programa político; alteraciones a la composición étnica de la población; medidas discriminatorias sean administrativas o de otro tipo; la escala de los actos de violencia perpetrados, en particular homicidios y otro actos de violencia física, violación, encarcelamiento forzado, deportación o expulsiones o la destrucción de propiedad no militar, en particular lugares sagrados"[43].

La SCP III, por su parte, trae unos factores distintos; algunos de ellos serían utilizados por la SCP II para determinar la sistematicidad del ataque y no la política. Como novedad frente a la decisión de Kenia, refiere la SCP III como factores de determinación de la política, el "que pueda ser implementada por grupos que gobiernan un territorio específico o por una organización que tiene la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil", y el "no requerir estar explícitamente definida o formalizada (de hecho, un ataque que es dirigido, planeado u organizado –en oposición a espontáneo o actos de violencia aislados–satisfacerán este criterio particular)"[44].

Estado y organización: en cuanto al Estado, la SCP II refiere únicamente que para que se entienda que la política ha sido de un Estado, "no es necesario que esta haya sido concebida al nivel más alto del aparato estatal", por lo que concluye que se cumple con este requisito cuando la política es adoptada a nivel local o regional[45].

Por otro lado, la Sala se enfrenta a la pregunta de qué debe entenderse por organización a la luz del artículo 7.2 literal *a* del ER. Para ello, se enfoca prime-

---

[43] Supra, nota 3, párr. 87, citando ICTY, Case No. IT-95-14-T, Prosecutor v. Blaskic, Judgement; March 3, 2000; párr. 204.

[44] Supra, nota 2, párr. 43, citando a la Sala de Apelaciones en ICC-01/04-01/07-1497. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the case. Los factores que la Sala de Primera Instancia II usa para determinar una política, y que son previamente usados por la SCP II en la decisión de Kenia, como factores de determinación de la sistematicidad del ataque son: ser completamente organizada y seguir un patrón regular, y ser conducida para promover una política común involucrando recursos públicos o privados.

[45] Supra, nota 3, párr. 89.

ro en quiénes pueden constituir organización y quiénes no, y enseguida pasa a establecer consideraciones a tener en cuenta, caso a caso, para la determinación del *grupo* como *organización* conforme a la disposición del ER citada.

Para aproximarse a una respuesta que se aleja de la posición de que solo los *grupos* que son asimilables a los Estados encuadran dentro del artículo 7.2 literal *a*, adopta la posición de una parte de la doctrina mediante la cual se refiere como punto de partida importante para la conceptualización, "la capacidad de un grupo para realizar actos que infrinjan valores humanos básicos". En esta medida, rechaza "la naturaleza formal del grupo y su nivel de organización"[46] como criterios de conceptualización. Termina afirmando su posición en el texto literal del artículo 7.2 literal *a* del ER, al indicar que si *organización* se refiere a grupos asimilables al Estado, entonces la referencia a *organización* en dicho artículo, sería innecesaria. Concluye entonces que "las organizaciones que no tengan vínculo o relación con un Estado, pueden, a los propósitos del ER, elaborar y llevar a cabo una política para cometer un ataque en contra de la población civil"[47].

Para determinar caso a caso si un grupo califica como organización a la luz del artículo 7.2 literal *a*, la Sala afirma que deben tenerse en cuenta diferentes consideraciones que la asistan pero que no son de obligatorio cumplimiento, a saber: "si el grupo está o no bajo un mando responsable o tiene una jerarquía establecida; si el grupo posee los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil; si el grupo ejerce control sobre parte del territorio de un Estado; si el grupo ejerce actividades criminales en contra de la población civil como un propósito primario; si el grupo articula, explícita o implícitamente, una intención de atacar a la población civil; si el grupo es parte de uno más grande que cumple todos o algunos de los criterios anteriores"[48].

Por su parte, el juez Kaul en su opinión disidente, refiere que el artículo 7.2 del ER debe ser interpretado conforme al artículo 31 de la Convención de Viena I, por vía del artículo 21.1 literal *b* del ER. Esto, en virtud de que el Juez consideró que no debió haberse autorizado la apertura de investigación porque, en su parecer, las conductas que se cometieron en Kenia no constituían un CLH al no evidenciarse todos sus elementos contextuales. Especialmente, y respecto

[46] Ibid., párr. 90.

[47] Ibid., párr. 92.

[48] Ibid., párr. 93, citando doctrina y el Protocolo Adicional II de las Convenciones de Ginebra de 1949.

a este punto, el Juez se enfocó en el elemento *organización* del artículo 7.2 del ER. Al respecto estableció que por vía de interpretación textual puede entenderse que la *organización* constituye un "actor no estatal", pues no tendría sentido la referencia inicial a un Estado si por *organización* debía entenderse exactamente lo mismo. Igualmente, y con el fin de delimitar este concepto de "actor no estatal", afirma el Juez que debe entenderse que la *organización* puede compartir características de un Estado[49].

Carácter generalizado o sistemático del ataque

Antes de entrar a definir lo que se entiende por estos adjetivos calificativos del ataque, la SCP II, basándose en decisiones previas de SCP de la CPI y de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, hace dos precisiones: los adjetivos calificativos son disyuntivos, esto es, se requiere predicar solo uno del ataque para cumplir con este elemento contextual y la generalidad o sistematicidad se predican del ataque y no de las conductas individuales.

Generalizado: la SCP II no realiza ningún aporte diferente a las definiciones ya acogidas por la misma Sala en previas decisiones valiéndose de jurisprudencia del TPIY y TPIR, para referir que ese carácter generalizado implica:

- La naturaleza a gran escala "que debe ser masivo, frecuente, llevado a cabo de manera colectiva con seriedad considerable y dirigido en contra de una multiplicidad de víctimas"[50].
- Con base en lo anterior, se afirma que el carácter generalizado tiene una doble perspectiva: la naturaleza a gran escala del ataque y el número de víctimas.
- "Un ataque generalizado puede ser: i) el efecto cumulativo de una serie de actos inhumanos o ii) el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud"[51].

Sistemático: igual que ocurre con la generalidad, la SCP II acude a definiciones y características ya desarrolladas en la jurisprudencia de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y de la CPI. Para la definición, acude a la SCP I en la decisión

[49] Supra, nota 38, párr. 45-68.

[50] Supra, nota 3, párr. 95.

[51] Ibid., párr. 96.

de confirmación de cargos de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo, indicando que este elemento consiste en "la naturaleza organizada de los actos de violencia y la imposibilidad de su ocurrencia al azar". Esa naturaleza sistemática puede expresarse a través de o al requerir ser: "completamente organizada; seguir un patrón regular; basarse en una política común; involucrar recursos públicos o privados sustanciales; ser una política objetiva o plan; ser a gran escala o implicar una comisión continúa de crímenes que están relacionados; y la implicación de autoridades políticas o militares a altos niveles"[52].

Nexo entre los actos individuales y el ataque (artículo 7.1 del ER y Elementos de los Crímenes)

En este último elemento contextual de los CLH que fue analizado por la SCP II, esta acude a su decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, así como a jurisprudencia del TPIR, para establecer la regla que permite determinar el referido nexo. Así, para determinar si un acto de los consagrados en el artículo 7.1 del ER, forma parte del ataque, "la Sala debe considerar la naturaleza, el propósito y las consecuencias de ese acto"[53]. Esto debe estudiarse caso a caso.

Crímenes de Guerra (CG)

Para que exista un crimen de guerra es necesario determinar la existencia de los elementos contextuales de esta categoría de crímenes consagrada en el artículo 8 del ER. Estos elementos se constituyen por dos elementos objetivos (existencia de un conflicto armado, y nexo entre la conducta y el conflicto) y un elemento subjetivo (conocimiento de la existencia de un conflicto armado).

En la decisión de autorización de apertura de investigación en la situación de Costa de Marfil, la SCP III abordó el tema a partir de la solicitud por parte del Fiscal al afirmar que existía fundamento razonable para creer que se habían cometido conductas constitutivas de crímenes de guerra en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional.

Conflicto armado de carácter no internacional

La SCP III acoge la definición dada de este tipo de conflicto armado en la decisión de confirmación de cargos del caso Bemba, en la que se estableció por la SCP II,

---

[52] Ibid., citando Akayesu en TPIR y Blaskic en TPIY.

[53] Supra, nota 3, párr. 98. Igualmente fue retomado por la SCP I en Supra nota 2, párr. 89.

que el conflicto armado no internacional es "el estallido de hostilidades armadas de cierto nivel de intensidad, que excede el de disturbios internos y tensiones tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de naturaleza similar y que tienen lugar dentro de los límites del territorio de un Estado. Las hostilidades pueden ocurrir entre las autoridades gubernamentales y grupos disidentes, armados y organizados, o entre estos últimos"[54]. Esta definición parte de lo dispuesto en el ER, en el artículo 8.2 literal *f*, que si bien en principio no presenta como tal una definición del conflicto armado de carácter no internacional, si enuncia los elementos propios de dicho conflicto, y refiere aquéllas situaciones que se alejan de tal figura.

Así, conforme a la definición acogida por las SCP, dos son los elementos de un conflicto armado de carácter no internacional: el nivel de organización de los grupos armados y la prolongación del conflicto. Esto sería expresamente establecido con posterioridad, por la Sala de Primera Instancia I en la sentencia del caso en contra de Thomas Lubanga, del 14 de marzo de 2012[55].

Para definir ambos elementos, la SCP III acude a decisiones previas de las SCP I y II en confirmaciones de cargos en contra de los señores Jean-Pierre Bemba Gombo y Thomas Lubanga Dyilo. En lo que respecta al primer elemento, la SCP III reitera que por grupo armado debe entenderse un grupo que cuente con un nivel de organización suficiente que le permita "planear y llevar a cabo operaciones militares por un periodo de tiempo prolongado"[56]. En cuanto a la naturaleza prolongada del conflicto, la Sala, partiendo del análisis hecho por la SCP II en la decisión de confirmación de cargos en contra de Bemba, concluye que para determinar dicha naturaleza debe evaluarse la duración de la confrontación[57].

La Fiscalía sustentó la existencia del conflicto armado de carácter no internacional ocurrido en el territorio de Costa de Marfil entre las fuerzas guberna-

---

[54] Supra, nota 2, párr. 119, citando a la SCP II supra, nota 34, párr. 229-231.

[55] En dicha decisión, la Sala de Primera instancia I, acogiendo lo establecido por la SCP I (en la decisión de confirmación de cargos del caso Lubanga del 29 de enero de 2007), y por la SCP II (en la decisión de confirmación de cargos del caso Bemba del 15 de junio de 2009) y, a partir de una interpretación literal del artículo 8.2 literal f del ER, afirma que a la luz del Estatuto solo son dos los elementos que se requieren para estar en presencia de un conflicto armado de carácter no internacional: el nivel de organización de los grupos armados y la prolongación del conflicto. Esto implica que el Estatuto se aleja de lo dispuesto en el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949, que incluye otros elementos propios de este tipo de conflicto armado. Pre-Trial Chamber I, Supra, nota 25, párr. 536.

[56] Supra, nota 2, párr. 119.

[57] Ibid., párr. 121.

mentales a favor de Gbagbo y el grupo armado pro Outtara durante el 25 de febrero y el 6 de mayo de 2011, en cuatro factores que sustentan el cumplimiento de los dos elementos ya referidos: "la composición y estructura de las fuerzas opositoras" (nivel de organización de los grupos armados); "la naturaleza prolongada e intensidad general de las confrontaciones" (naturaleza prolongada); "el uso de armamento militar pesado" y el hecho de que ambos grupos armados "controlaran parte del territorio de Costa de Marfil"[58]. Igualmente utilizó como sustento los pronunciamientos hechos tanto por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, afirmando la existencia del referido conflicto. Por su parte, la SCP III, a partir de toda la información y elementos probatorios recibidos y analizados, encontró la existencia de grupos armados con un nivel de organización suficiente y la prolongación en las confrontaciones (llevadas a cabo durante dos meses y medio), afirmando así que en Costa de Marfil ocurrió un conflicto armado de carácter no internacional entre, por lo menos, el 25 de febrero y el 6 de mayo de 2011.

Nexo entre la conducta y el conflicto

La SCP III afirma que son dos los componentes de este nexo, a saber, que la conducta se hubiera llevado a cabo en el contexto del conflicto armado, y que esté asociada con éste. Acogiendo lo establecido por los tribunales *ad hoc* del Consejo de Seguridad en casos como Tadic y retomado por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos del caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, la Sala reitera que dicho nexo implica que las conductas deben estar relacionadas de manera cercana con las hostilidades, indicando que "el conflicto armado debe jugar un rol sustancial en la decisión del perpetrador y en su habilidad para cometer el crimen y en la manera en que fue cometido"[59]. La Fiscalía afirmó que estos criterios pueden inferirse en la situación de Costa de Marfil, en hechos tales como que los perpetradores de los crímenes fueran miembros de uno de los grupos armados organizados, que las conductas fueran cometidas en el curso de las hostilidades y que la mayoría de las víctimas de los crímenes habían sido asociadas con el grupo armado organizado opositor. Estos factores, aplicados por la Fiscalía a la situación bajo estudio, habían sido esbozados de manera general y objetiva por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kunarac.

[58] Ibid., párr. 122.

[59] Ibid., párr. 150.

Finalmente y a partir de la información recibida, la SCP III concluye que existe fundamento razonable para creer que las conductas cometidas por miembros de las fuerzas armadas pro Gbagbo, así como por el grupo armado a favor de Outtara, estaban cercanamente relacionadas con la existencia del conflicto armado.

Conocimiento de la existencia del conflicto armado

Si bien conforme a los Elementos de los Crímenes este es un elemento contextual de los crímenes de guerra, en razón al momento procesal en el que se da esta decisión, esto es solicitud de apertura de investigación en una situación, no es dable a la Sala analizar este elemento subjetivo. Esto, en virtud de que este elemento se predica de un individuo específico, acusado como posible perpetrador del crimen; así, como en esta etapa no ha habido aun individualización y no se está frente a un caso sino a una situación, es imposible analizarlo.

Bibliografía

Decisiones y jurisprudencia

ICC-01/04-101.Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRSl, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5, and VPRS6; Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court; January 17, 2006.

ICC-01/04-169. Judgment of the Prosecutor's Appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58"; Appeals Chamber of the International Criminal Court; July 13, 2006.

ICC-01/04-01/07-717. Decision on the Confirmation of Charges; Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court; September 30, 2008.

ICC-01/04-01/07-1497. Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissiblity of the Case; Appeals Chamber of the International Criminal Court; September 25, 2009.

ICC-01/09.Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenia; Pre-Trial Chamber II of the International Criminal Court; March 31, 2010.

ICC-02/11.Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Cote D´Ivore;

Pre-Trial Chamber III of the International Criminal Court; October 3, 2011.

ICC-02/11. Decision on the "Prosecution´s provision of further information regarding potentially relevant crimes committed between 2002 and 2010"; Pre-Trial Chamber III; February 22, 2012.

ICTY, Case No. IT-95-14-T, Prosecutor v. Blaskic, Judgement; March 3, 2000.

ICTR, Case No. ICTR-96-4-T, Prosecutor v. Akayesu, Judgement; September 2, 1998.

Tratados y otros instrumentos internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

Reglamento de la Corte Penal Internacional.

Derecho Internacional Económico

Hacia un concepto de "desarrollo" para el derecho internacional

Laura Victoria García Matamoros*

La comprensión del contenido y alcance del desarrollo ha sido abordada desde diversas disciplinas como la economía, la historia, la sociología y el derecho, y todas estas visiones se han entrelazado y reflejado en la estructura de las instituciones internacionales, en el devenir del derecho internacional y, por supuesto, en la comprensión del derecho al desarrollo. Así mismo, ha sido el desarrollo un elemento central de discusión en medio de la globalización económica, dentro de la cual, las relaciones comerciales internacionales han jugado un papel preponderante.

En su acepción gramatical simple, desarrollo significa "acción y efecto de desarrollar o desarrollarse"[1], término este último que es definido como "acrecentar, dar incremento a algo de orden físico, intelectual o moral. Dicho de una comunidad humana: progresar, crecer económica, social, cultural o políticamente"[2], o también como "hacer que un organismo, miembro, etc., aumente o progrese.

* Profesora asociada – Directora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario, Bogotá. Abogada de la Universidad del Rosario, postgrado en Derecho Internacional Privado de la Universidad París II (Panteón Assas), investigadora invitada a la Universidad París I (Panteón–Sorbona) 2008-2009, Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: laura.garcia@urosario.edu.co / lagarcia26@gmail.com

Este escrito está basado en el proyecto de investigación titulado "El derecho al desarrollo en el orden jurídico internacional y sus perspectivas de aplicación en la OMC", cuyos resultados fueron publicados en el libro "El derecho al desarrollo y sus perspectivas de aplicación en la OMC". Hacia un sistema multilateral de comercio en función de los derechos. Editorial Académica Española, 2011.

[1] Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española. XXII edición. Madrid: Espasa, 2001.

[2] Ibid.

Aumentar la importancia, valor, riqueza o actividad de algo"[3]. En este sentido, la pregunta que surge en torno al desarrollo es qué significa crecer, progresar, aumentar la importancia, qué objetivos se pretenden, con base en qué variables se mide. Es justamente frente a estos cuestionamientos que los diferentes entendimientos sobre el desarrollo han dado sus respuestas, dependiendo del entorno político y económico.

En este sentido, el propósito fundamental de este escrito tomar varios elementos de la propuesta teórica de Amartya Sen del 'desarrollo como libertad', algunos aportes de las teorías más recientes sobre el tema y bajo esta perspectiva justificaremos el valor, la necesidad y la pertinencia de dar contenido al desarrollo con una mirada humana, integral y coherente.

Para el inicio de la aproximación conceptual al discurso del desarrollo en el derecho internacional hemos escogido como hito histórico la segunda guerra mundial, en la medida en que existe un mediano consenso entre los autores del desarrollo en torno a considerar la 'pobreza económica' que se sucedió en el mundo luego de este conflicto bélico, como uno de los factores determinantes del surgimiento del discurso del desarrollo, discurso que también se involucró como elemento fundamental de las luchas de descolonización[4].

Un momento clave, identificado en los estudios como determinante del inicio del discurso del desarrollo, se encuentra en las palabras de posesión de Harry Truman como presidente de los Estados Unidos del 20 de enero de 1949. En el punto IV estableció las bases de lo que se quería lograr en el mundo para la época, en los siguientes términos:

> … debemos lanzar un nuevo programa que sea audaz y que lleve las ventajas de nuestros avances científicos y de nuestro progreso industrial al servicio del mejoramiento y el crecimiento de las regiones subdesarrolladas… su pobreza constituye una desventaja tanto para ellos como para las regiones más prósperas… El antiguo imperialismo –la explotación al servicio del aprovechamiento extranjero– no tiene nada que ver con nuestras intenciones. Lo que nosotros queremos es un programa de desarrollo fundado en los conceptos de negociación equitativa y democrática… Una producción

[3] Diccionario Esencial Santillana de la Lengua Española. Madrid: Santillana Ediciones, 1998.

[4] Ver. ESCOBAR V., Arturo. La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 1998, p. 55-56.

> más grande es la clave de la prosperidad y la paz… La experiencia demuestra que nuestro comercio con los otros países crece en la medida de sus progresos industriales y económicos[5].

Así mismo, es innegable que el discurso del desarrollo se consolidó en la década de 1950, como consecuencia de la profundización de la competencia bipolar entre los bloques de Estados Unidos y de la Unión Soviética como donantes en el sistema internacional, con el objeto de conseguir adeptos a sus respectivos polos de poder[6]. Sin embargo, estos dos bloques no permanecieron solos en la medida en que el proceso de descolonización hizo que los países subdesarrollados comenzaran a aparecer en la escena internacional de diferentes maneras. "La descolonización y las revoluciones transformaron drásticamente el mapa político del globo. La cifra de estados asiáticos reconocidos internacionalmente como independientes se quintuplicó. En África, donde en 1939 solo existía uno, ahora eran unos cincuenta. Incluso en América, donde la temprana descolonización del siglo XIX había dejado una veintena de repúblicas latinoamericanas, la descolonización añadió una docena más. Sin embargo, lo importante de estos países no era su número, sino el enorme y creciente peso y presión demográficos que representaba en conjunto"[7].

Es en esta época en la que se acuña el término "tercer mundo"[8], con el cual en la década de 1950 se quiso diferenciarlos de los países capitalistas desarrollados que conformaban el "primer mundo" y de los países comunistas que se consideraban como el "segundo mundo". Era justamente en ese "tercer mundo" donde la pobreza, la dependencia y las necesidades de desarrollo eran más evidentes[9].

---

[5] Citado por: RIST, G. Le developpement. Histoire d'une croyance occidentale. Paris: Presses de Sciences Po, 1996, p. 118-120.

[6] Esta realidad política ha sido incluida dentro de las teorías críticas del desarrollo entendiendo que más allá de las buenas intenciones declaradas frente a los países en desarrollo y recién colonizados, en realidad lo que se pretendía era minimizar los efectos del comunismo y fortalecer el sistema capitalista. "A finales de los cuarenta, la lucha real entre Oriente y Occidente se había desplazado al Tercer Mundo; el desarrollo se convirtió en la gran estrategia para promover tal rivalidad, y al mismo tiempo, impulsar los proyectos de la civilización industrial"… "En los años cincuenta se aceptaba comúnmente que si los países pobres no eran rescatados de su pobreza, sucumbirían al comunismo". ESCOBAR. Op. cit., p. 75-76.

[7] HOBSBAWM, Eric. Historia del siglo XX. Barcelona: Editorial Crítica, 1998, p. 346-347.

[8] Una parte de la doctrina reconoce la autoría del término "tercer mundo" al demógrafo francés Alfred Sauvy, quien homologó a los países subdesarrollados con "el tercer Estado" francés en la época de la Revolución.

[9] HOBSBAWN. Op. cit., p. 358-359.

De esta manera, podemos afirmar que los elementos económicos y políticos de la posguerra dieron origen al "desarrollo" como discurso, y aquí nos ocuparemos de proponer una definición de desarrollo pertinente para el derecho internacional, para lo cual propondremos un concepto de desarrollo con una visión integral, coherente y humana.

En este punto es necesario indicar que a lo largo de la segunda mitad del siglo xx el mundo se debatió entre las diversas miradas teóricas sobre el desarrollo surgidas justamente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Así, inicialmente el desarrollo fue entendido casi de manera exclusiva como crecimiento económico y posteriormente cualificado mediante las exigencias de industrialización y modernización en una visión ortodoxa del desarrollo, es decir, aquella que le apostaba al libre comercio, a las inversiones y a la intervención del Estado por vía de la planificación para lograr sus objetivos[10].

Frente a estos postulados y sus efectos, las teorías estructuralista y de la dependencia propusieron una visión crítica al discurso ortodoxo[11]. Sus autores, a pesar de reconocer la necesidad del crecimiento económico y de la industrialización, se oponían a las estructuras económicas vigentes y a la dependencia creada entre las economías débiles y las más fuertes, en detrimento de las primeras.

No obstante esta diversidad de argumentos, los desequilibrios evidentes en términos de desarrollo, las crisis económicas mundiales y al fin de la Guerra Fría, llevaron a que se instaurara una mirada casi unánime del desarrollo, fundamentada en las teorías neoliberales en la cual se apostó a la casi desaparición del Estado y a la exaltación del mercado, visión a la que con el tiempo se le tra-

---

[10] Ver PRESTON, Peter W. Una introducción a la teoría del desarrollo. México: Siglo xxi Editores, 1999, p. 187; BLOCK, Fred L. Los orígenes del desorden económico internacional. La política monetaria internacional de los Estados Unidos, desde la segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. México: Fondo de Cultura Económica. Trad. Eduardo L. Suárez, 1980, p. 57 y ss.; AZOULAY, Gérard. Les théories du développement. Du rattrapage des retards á l'explosion des inégalités. Coll. "Didact Économie". Rennes: Presse Universitaires de Rennes, 2002, p. 40.

[11] CARDOSO, Felipe H. y FELETTO, Enzo. Dependencia y desarrollo en América Latina. Ensayo de interpretación sociológica. 30 Edición. México: Siglo xxi Editores, 2002, p. 11. PREBISH, Raúl. En torno a las ideas de la CEPAL. Problemas de la industrialización en América Latina. En: Intercambio y desarrollo, Serie lecturas, no. 38, México: Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 143-171; PIETERSE, Jan Nederveen. My paradigm or Yours? Alternative Development, Post–Development, Reflexive Development. En: Development and Change. 1998, vol. 29, p. 343-373; ESCOBAR, V. Op. cit.; RAJAGOPAL, Balakrishnan. El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos –ILSA.2005; CHANG, Ha–Joon. Kicking away the ladder. Development strategy in historical perspective. New York: Anthem Press, 2002.

taron de imponer límites mediante la incorporación del desarrollo humano y sostenible, y de la necesaria lucha contra la pobreza[12].

Si bien las breves menciones acabadas de presentar simplifican tal vez demasiado importantes discusiones, lo que resulta pertinente destacar para este estudió que todas ellas cuentan con un presupuesto común, relativo a la necesidad de lograr un crecimiento económico sostenido que provea los recursos necesarios para el desarrollo, aunque presentan, sin duda, diferencias en cuanto a los objetivos, los mecanismos e instrumentos para lograr ese crecimiento.

Así, es en este estado de la reflexión que consideramos necesario plantear un concepto integral de desarrollo que tenga en cuenta las variables económicas y humanas necesarias para dotar de contenido todos los instrumentos que sobre el desarrollo se han propuesto desde el derecho internacional y para ello acudimos fundamentalmente a los postulados de Amartya Sen a la luz de su teoría de desarrollo como libertad, en la medida en que reconoce que es necesario suplir las necesidades básicas de los individuos, pero reconoce que esta satisfacción no es suficiente si no se supera la mirada en términos de bienes y servicios y se plantea en términos de acrecentar las capacidades de las personas, es decir, en términos de desarrollo.

En tal sentido, afirma que si el desarrollo humano crea oportunidades sociales "contribuye a la expansión de las capacidades humanas y a la mejora de la calidad de vida… el desarrollo humano no sólo mejora la calidad de vida sino que también influye en las capacidades productivas de los individuos y, por lo tanto, en el crecimiento económico, beneficiando a todo el mundo"[13].

Si bien reconoce que la incorporación de las preocupaciones sobre el capital humano constituyó un progreso en la humanización del desarrollo, evidencia las limitaciones de esta mirada, en el entendido que instrumentaliza al ser humano y lo ubica en función del desarrollo y no a la inversa. Según Sen:

> El énfasis en el capital humano –en particular en el desarrollo de la destreza y la capacidad productiva de toda la población– ha contribuido a atemperar y humanizar la concepción del desarrollo. No obstante, cabe preguntar si

[12] Ver BURGOS SILVA, Germán. Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. 1ª. Ed. Bogotá: Ilsa-Universidad Nacional de Colombia, 2009.

[13] SEN, Amartya. Desarrollo y Libertad. (Development as freedom). Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia. Bogotá: Ed. Planeta, 2004, p. 180-181.

> el hecho de reconocer la importancia del 'capital humano' ayudará a comprender la importancia de los seres humanos en el proceso de desarrollo. Si consideramos que el desarrollo es, en última instancia, la ampliación de la capacidad de la población para realizar actividades elegidas y valoradas libremente, sería del todo inapropiado ver a los seres humanos como 'instrumentos' del desarrollo económico[14].

En este concepto de desarrollo, la participación de los individuos también ha sido identificada como un elemento constitutivo del mismo[15], en la medida en que solo se puede hablar de desarrollo si todos los seres humanos pueden incidir en el proceso de desarrollo y dirigir su propia vida. Es decir, tener la posibilidad de participar política, social, cultural e institucionalmente[16]. "La pertinencia de la participación ciudadana y social es más que algo instrumental. Se trata de elementos integrales de lo que tenemos razón de preservar. Debemos combinar la noción básica de la sostenibilidad… complementándola con una visión más amplia de los seres humanos, una óptica que los vea como agentes cuyas libertades son importantes, y no solamente como pacientes que no son más que sus condiciones de vida"[17].

En lo relacionado con el desarrollo sostenible, en su obra más reciente, Sen advierte que, más allá de la preservación de lo que la naturaleza ofrece al mundo, mediante la exigencia de no dañar y no explotar es necesario pensar en políticas activas.

> Al pensar en los pasos que pueden darse para detener la destrucción ambiental, tenemos que incluir la intervención humana constructiva. Nuestro poder para intervenir con efectividad y con razonamiento puede ser sustancialmente mejorado en el proceso mismo de desarrollo. Por ejemplo, el incremento de la educación y el empleo de las mujeres puede ayudar a reducir las tasas de fertilidad, lo cual a largo plazo puede reducir la presión

---

[14] SEN, Amartya. Las teorías del desarrollo a principios del siglo xxi. En: Cuadernos de Economía. 2º semestre, 1998, vol. xvii, no. 29, p. 88-89.

[15] Internacionalmente se incorporado este concepto mediante el término *empowerment.*

[16] Esta visión de desarrollo ha llevado a justificar el vínculo necesario entre desarrollo y democracia que ha generado múltiples estudios, que superan los límites de esta investigación.

[17] SEN, Amartya y KLIKSBERG, Bernardo. Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado. Barcelona: Ediciones Deusto, 2007, p. 60.

> sobre el calentamiento global y la creciente destrucción de los ambientes naturales. De igual manera, la extensión de la educación y el mejoramiento de su calidad pueden hacernos más conscientes de la necesidad de un pensamiento orientado a lo ambiental[18].

Las propuestas sobre desarrollo humano y sostenible, bajo la perspectiva de desarrollo de Amartya Sen, impregnaron los organismos internacionales, en la medida en que en el Índice de desarrollo humano se incorporaron nuevas variables y el desarrollo fue entendido por las Organizaciones como "el proceso de incrementar las opciones de la gente" (primer informe sobre Desarrollo Humano - 1990) y más adelante como un proceso que pretende "crear un entorno en que las personas puedan hacer plenamente realidad sus posibilidades y vivir en forma productiva y creadora de acuerdo con sus necesidades e intereses" (Informe sobre Desarrollo Humano, 2001).

Sobre los efectos y el contenido de los factores humanos en el concepto de desarrollo humano el profesor Bernardo Vela manifiesta que:

> … propiciaron una variación en los criterios para formular, ejecutar y evaluar las políticas de las Naciones Unidas sobre promoción del desarrollo en los países del Sur. En efecto, los indicadores de los informes del PNUD ponderan, como era necesario, factores nuevos y diferentes del crecimiento económico y del Producto Nacional Bruto, como el respeto de los derechos humanos, la democratización y el desarrollo político e institucional, la salud y la longevidad, la alfabetización y la escolarización, los ingresos económicos, la igualdad de género y, en fin, la protección del medio ambiente[19].

Si bien el cambio fue positivo desde la perspectiva de la Naciones Unidas, la dificultad de trasladar a la práctica la nueva mirada del desarrollo fue una realidad, a nuestro juicio, en razón de que los organismos económicos como el Banco Mundial continuaron actuando bajo la perspectiva economicista, en la medida en que las políticas neoliberales siguieron siendo aplicadas y a pesar de

---

[18] SEN, Amartya. La idea de justicia, Trad. Hernando Valencia Villa. Bogotá: Taurus, 2010, p. 279.

[19] VELA ORBEGOZO, Bernardo. El declive de los fundamentos económicos de la paz. De la Conferencia de Bretón Woods al Consenso de Washington. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 51.

tratar de coordinar los aspectos económicos con las necesidades en materia humana y medio ambiental, el crecimiento económico continuó siendo el objetivo principal y aun así no fue cumplido, al menos de manera equilibrada. De otro lado, la responsabilidad del desarrollo recayó fundamentalmente en los hombros de los estados, dejando de lado los compromisos y las responsabilidades de los mismos organismos económicos, financieros y comerciales así como aquellos de los países desarrollados.

La necesidad y la pertinencia del concepto de desarrollo integral y humano

Es necesario reconocer desde la perspectiva jurídica y política, que el desarrollo se encuentra presente y muy vivo en la agenda internacional y que a pesar de sus falencias y dificultades, continúa siendo un discurso que incorpora con fuerza los intereses de los países más vulnerables, se pregunta sobre la desigualdad, involucra la institucionalidad nacional e internacional y encuentra espacio en el sistema jurídico internacional.

Nuestra propuesta, entonces, parte de la valorización del desarrollo como concepto económico, político y jurídico dotado de un contenido amplio, con alcance suficiente para obrar como instrumento en el cumplimiento de fines trascendentales y transformadores; como espacio para el respeto de las libertades y los derechos; como aporte al bienestar individual, al bienestar social, a la igualdad entre los Estados y a la democracia.

El desarrollo puede servir a los países en vías de desarrollo, en la medida en que fije derroteros claros para la acción interna en lo relacionado con la consecución del crecimiento económico con miras a favorecer las capacidades y las libertades de los individuos y a promover el libre comercio, sin entregarse a él incondicionalmente. Que les permita proponer y sustentar su propia visión del desarrollo teniendo en cuenta las particularidades sociales, culturales y del entorno, de manera que se logre la autonomía, más no el aislamiento. En tal sentido, la tecnificación, la industrialización y el crecimiento deben ser una realidad, pero todas las realidades económicas deben plantearse en términos humanos y no a la inversa. En cualquier caso el desarrollo económico no puede ser argumento para limitar o desestimar las capacidades y las libertades de las personas.

De acuerdo con los aspectos hasta acá esbozados y teniendo en cuenta el objetivo de defender una noción de desarrollo integral y humano, identificaremos puntos clave que nos permitan continuar con la reflexión.

En primer término, no hay una noción unívoca de aquello que se debe entender por desarrollo. Es decir, que varios enfoques se han dado sobre qué es, qué pretende y cómo lo logra, pues, tal como lo explicamos al inicio, la acepción gramatical de desarrollo, permite dotarlo de contenido.

En segundo término, cuando se habla de desarrollo, el elemento crecimiento económico está siempre presente y sobre este aspecto vale la pena indicar que coincidimos, considerándolo como presupuesto básico (más no suficiente), de cualquier análisis sobre desarrollo, incluido el derecho al desarrollo.

En tercer lugar, las diferentes visiones sobre el concepto desarrollo se mueven entre dos extremos: la confianza ciega en el mercado y la satanización del mismo, lo que en términos del economista Julio Silva Colmenares podemos definir como entre la "mercadolatría" y la "mercadofobia"[20].

En cuarto lugar, para efectos del desarrollo, al Estado se le han reconocido dos posibles papeles. De un lado, se ha defendido la necesidad de contar con estados fuertes, omnipresentes y protectores y en el otro extremo, se han limitado sus funciones al ejercicio de competencias mínimas y, sobre todo, se le ha exigido no intervenir en el sistema económico y comercial, lo cual en términos de Silva Colmenares, puede verse como el debate entre la "estadolatría" y la "estadofobia"[21].

Finalmente, podemos constatar que los diferentes enfoques de desarrollo han dependido de las tendencias políticas y económicas en las cuales se han pretendido sustentar y, a nuestro juicio, ninguno de ellos ha logrado ni desde la perspectiva teórica, ni desde la perspectiva práctica, dar una visión integral del desarrollo, incorporar de manera adecuada y suficiente los factores humanos del desarrollo, ni dar una respuesta a los problemas que hoy subsisten.

El propósito de identificar estas visiones extremas es establecer los parámetros con base en los cuales continuaremos el análisis para comprender el desarrollo de manera integral, positiva, comprensiva y útil.

Con el propósito de buscar un sustento desde la economía, que nos brinde las herramientas necesarias para avanzar en el estudio jurídico internacional del desarrollo, consideramos adecuado tomar elementos de la propuesta formulada por Amartya Sen, premio Nobel en economía, quien da una mirada integral

---

[20] SILVA COLMENARES, Julio. La salida. Un nuevo modelo de desarrollo humano para la paz. 2ª edición, Bogotá: Ediciones Aurora, 2002.

[21] Ibid., p. 70.

del desarrollo y se sitúa, con gran justeza, en medio de las posiciones extremas previamente identificadas, mirada que será complementada con algunos aportes relevantes provenientes de otras perspectivas.

De un lado, aborda el tema del desarrollo de manera multidimensional es decir que se acerca a los elementos políticos, económicos, éticos y sociales del desarrollo, superando las visiones limitadas que se han dado desde la economía del desarrollo y a las cuales nos referimos más arriba.

De otro lado, resulta interesante el puesto que otorga a los factores en torno al desarrollo, sobre los cuales se ha discutido. Estos son el crecimiento económico, el papel del Estado y las funciones del mercado, todos los cuales, como lo explicaremos, deben estar en función de los factores humanos como fin último del desarrollo, entendidos éstos como el fortalecimiento de la libertad, es decir, la creación y el incremento de las capacidades de los seres humanos.

El crecimiento económico como instrumento para el desarrollo

El motivo que nos llevó a referirnos expresamente a esta teoría radica en su aproximación al crecimiento económico dentro del proceso de desarrollo y al puesto que le concede a los factores humanos del desarrollo. Para Sen, el crecimiento económico es en realidad un medio y los factores humanos del desarrollo, que el autor denomina libertades, son el fin del desarrollo, pero también actúan como determinantes del mismo. "En este enfoque se considera que la expansión de la libertad es 1) el fin primordial y 2) el medio principal del desarrollo. Podemos llamarlos, respectivamente, 'papel constitutivo' y 'papel instrumental' de la libertad en el desarrollo". Como libertades instrumentales el autor identifica principalmente: las libertades políticas (incluidos los derechos humanos civiles y políticos), los servicios económicos (derechos económicos), las oportunidades sociales (derechos sociales como salud y educación), las garantías de transparencia y la seguridad protectora (redes de protección social)[22].

Con el propósito de explicar el papel del crecimiento económico en las diversas formas en que se ha concebido el desarrollo identifica dos visiones de esta relación. En la primera, denominada "proceso mediado por el crecimiento", la acumulación del capital es fundamental y su obtención ha justificado (como ha sucedido con la visión del desarrollo desde la perspectiva neoliberal) el sa-

[22] SEN. Desarrollo y libertad. Op. cit., p. 57 y ss.

crificio de los aspectos humanos como la educación, la salud, el crecimiento en lo social, etc. Esta aproximación al desarrollo la ha denominado como BLAST (blood, sweat and tears - sangre, sudor y lágrimas), en la medida en que se justifican los sufrimientos del presente para obtener el desarrollo del futuro, que solo puede obtenerse si se logra un crecimiento económico rápido a costa de los gastos sociales y el nivel de vida de muchos. "De acuerdo con este enfoque, dar prioridad a las medidas distributivas o equitativas en las etapas tempranas del desarrollo constituye un error craso. Los beneficios llegarán a todos por igual a su debido tiempo mediante el efecto 'filtración'; los esfuerzos deliberados para acelerar la distribución (de los beneficios) sólo obstaculizarán la formación de una caudalosa corriente capaz de 'filtrar' los beneficios prometidos"[23].

El problema de esta visión no es su apuesta por la acumulación del capital, sino la carencia de políticas que hagan que los beneficios económicos de la misma sean redistribuidos en educación, salud y nutrición, entre otros, vistos como medios para incrementar las capacidades y las libertades de los individuos.

En contraposición de esta visión, plantea que el crecimiento económico para el desarrollo puede ser visto de otra manera, en la medida en que no se concibe como elemento fundamental sino como interdependiente, de forma tal que el desarrollo es visto como un "proceso impulsado por la política social". La concepción GALA (Getting by, with a Little assitance - pasar con un poco de ayuda) es vista como aquella que "armoniza en forma natural la interdependencia entre mejorar el bienestar social y estimular la capacidad productiva y el desarrollo potencial de una economía"[24]. Hay dos afirmaciones importantes en esta manera de ver el desarrollo. La primera es que al mismo tiempo que se logra el crecimiento económico, se puede lograr que las capacidades de los individuos se incrementen mediante la garantía de aspectos como educación, salud, nutrición, etc. La segunda es que los factores económicos y los factores humanos son interdependientes, es decir, que el incremento de unos no puede obtenerse sin el incremento de los otros.

> El éxito del proceso impulsado por la política social como vía indica que un país no tiene que aguardar a ser mucho más rico (en lo que puede ser un largo período de crecimiento económico) para embarcarse en una

[23] SEN. Las teorías del desarrollo a principios del siglo XXI. Op. cit., p. 83.

[24] Ibid., p. 82.

> rápida expansión de la educación y de la asistencia sanitaria básicas. Es posible aumentar enormemente la calidad de vida, aunque las rentas sean bajas, por medio de un buen programa de servicios sociales. El hecho de que la educación y la asistencia sanitarias también contribuyan a acelerar el crecimiento económico se suma a las razones para poner un gran énfasis en estos sistemas sociales de las economías pobres, sin tener que esperar a 'hacerse rico' primero[25].

En este orden de ideas, la definición de desarrollo y subdesarrollo para este autor está determinada por la libertad y no por el crecimiento económico *per sé*. Así, mientras el subdesarrollo es entendido como la falta de libertad, el desarrollo es definido como "un proceso consistente en eliminar la falta de libertades y en extender los diferentes tipos de libertades fundamentales que los individuos tienen razones para valorar"[26]. Veremos cómo esta definición se va comprendiendo en los elementos que iremos esbozando.

¿Para qué el desarrollo? Los factores humanos como medios y fines del desarrollo

Sen comienza su obra sobre desarrollo y libertad afirmando que el desarrollo es:

> … un proceso integrado de expansión de las libertades sustanciales, en correlación estrecha de unas con otras… Las libertades políticas (libre expresión y elección) favorecen la seguridad económica. Las oportunidades sociales (el acceso a la educación y a la salud) facilitan la participación económica. La apertura económica (la posibilidad de participar en la producción y en los intercambios) ayuda a mejorar el nivel de vida individual, así como a liberar recursos públicos para los servicios sociales. Las diferentes libertades se refuerzan entre sí[27].

Para Sen las libertades fundamentales que se traducen en capacidades, se conciben como aquellas que nos permiten "elegir la vida que tenemos razones para valorar… Por lo tanto, la capacidad es un tipo de libertad: la libertad fun-

---

[25] SEN. Desarrollo y libertad. Op. cit., p. 69.

[26] Ibid., p. 113.

[27] SEN, Amartya. Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté (Development as Freedom 1999). Trad. Michel Bessiéres. París: Ed. Odile Jacob, 2003, p. 22.

damental para conseguir distintas combinaciones de funciones (o, en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida)"[28]. Este concepto de las capacidades es complementado con lo que denomina "funciones", las cuales pueden traducirse como las cosas que una persona hace y que valora hacer o ser. Estas funciones van desde lo más simple, como sería comer, hasta lo más complejo como su participación en la sociedad, de una u otra forma, y son las capacidades las que permiten valorar estas funciones. Un ejemplo mediante el cual se ilustra la relación entre capacidades y funciones es el siguiente: "una persona rica que ayune puede conseguir los mismos resultados funcionales en lo que se refiere a comer o a nutrirse que una persona desfavorecida que se vea obligada a pasar hambre, pero la primera tiene un "conjunto de capacidades" diferente al de la segunda (la primera puede decidir comer bien y estar bien nutrida, mientras que la segunda no)"[29].

En esta relación positiva entre las diferentes libertades, Sen parte de la importancia del crecimiento económico no como un fin si no como un medio para mejorar la calidad de vida y las libertades individuales de las personas, con miras a que sean individuos sociales en todas las esferas de la existencia.

En lo relativo a los resultados, más allá del criterio del nivel de ingreso de los individuos, propone que el desarrollo debe tener como resultado aquello que las personas desean obtener del mismo, como sería el fortalecimiento de otras libertades representadas en el aumento de la expectativa de vida, la posibilidad de ejercer un trabajo gratificante, vivir en un medio tranquilo y seguro, etc. "Así, bajo estos dos aspectos –proceso y posibilidades– aparece indispensable sobrepasar la perspectiva tradicional de desarrollo en términos de 'crecimiento de la producción por habitante'"[30], y lleva a afirmar que las libertades fundamentales más allá de contribuir al proceso de desarrollo, que sin duda lo hacen, son "componentes constitutivos" del mismo. Es decir, que las libertades actúan como medio y como fin.

En este sentido, como el mismo autor lo expresa, en su teoría se utiliza el concepto de libertades en dos momentos: como medio indispensable para el desarrollo y como elemento para medir el cambio generado por el desarrollo, es decir, como fin. En otras palabras, para que haya desarrollo se requiere el respe-

[28] SEN. Desarrollo y libertad. Op. cit., p.100.

[29] Ibid.

[30] Ibid., p. 381.

to y protección de las libertades y este desarrollo será exitoso si permite que las mismas se expandan. "La libertad es condición *sine qua non* del desarrollo y el desarrollo no puede entenderse fuera de la libertad"[31].

La propuesta de Sen sobre las capacidades y las libertades cambia la definición de desarrollo en su aproximación a lo económico, de manera que incluso permite ver en otra dimensión problemas como la pobreza o la insatisfacción de las necesidades, la definición de calidad de vida, los cuales, de acuerdo con esta visión, deben ser abordados en función de las capacidades y no de los mínimos económicos requeridos para superarlos, que dejan por fuera cuestiones como la distribución de los beneficios económicos y la realización de las opciones, las preferencias y las capacidades personales de los individuos. Es una propuesta del desarrollo a partir de las potencialidades de los seres humanos y no de sus carencias materiales.

Para efectos de nuestro entendimiento sobre el desarrollo, consideramos necesario dar un lugar especial al tema de la participación de los individuos como objeto y fin del proceso de desarrollo. El autor otorga a la participación en las decisiones políticas y a las preferencias sociales el carácter de "fines" del desarrollo y no de simples medios, y la libertad y las capacidades permiten que las personas se conviertan en agentes. Define "agente" como "la persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos, independientemente de que los evaluemos o no también en función de algunos criterios externos. Este estudio se refiere sobre todo al papel de la agencia del individuo como miembro del público y como participante en actividades económicas, sociales y políticas (que van desde participar en el mercado hasta intervenir directa o indirectamente en actividades individuales o conjuntas en el terreno político y de otros tipos)"[32]. En este aspecto el autor involucra dentro de su propuesta de desarrollo la participación como un efecto del mismo que implica al individuo no sólo en su condición de tal sino como sujeto responsable ante la sociedad y del cambio social.

Al respecto, la participación hace parte de esas libertades que se entienden constitutivas e instrumentales del desarrollo y responde clara y positivamente a la pregunta de si la expresión política es o no parte del desarrollo. En lo relativo a la participación como elemento constitutivo afirma que "En las visiones más

[31] SILVA. Op. cit., p. 83.

[32] SEN. Desarrollo y libertad. Op. cit., p. 35-36.

estrictas del desarrollo (que se basan, por ejemplo, en el crecimiento del PNB o en la industrialización), suele preguntarse si la libertad de participación y disensión políticas "contribuye o no al desarrollo". Según la concepción fundamental del desarrollo como libertad, parece que esta pregunta está mal formulada, ya que pasa por alto algo fundamental, a saber, que la participación y la disensión políticas son una parte constitutiva del propio desarrollo. Una persona que no pueda expresarse libremente o participar en las decisiones y los debates públicos, aunque sea muy rica, carece de algo que tiene razones para valorar"[33].

En lo relativo a la participación como libertad instrumental el autor propone a las libertades políticas como aquellas que contribuyen a que los individuos obtengan la libertad fundamental de poder vivir como les gustaría. Dentro de ellas se encuentran las oportunidades de elegir, de criticar o disentir, de expresarse, de hacer o tener una prensa libre, es decir, de todos aquellos derechos reconocidos en las democracias.

Esta correlación entre libertades constitutivas e instrumentales otorga a la participación un papel que consideramos fundamental en el proceso de desarrollo. Si bien el autor en sus planteamientos del desarrollo como libertad observa la participación como una capacidad de los individuos y en ese sentido ha sido criticado por desconocer las capacidades de las comunidades y de los grupos, ante lo cual ha respondido en su obra más reciente, que es no puede desconocerse la influencia del medio y de la comunidad en que las personas adoptan sus decisiones en ejercicio de sus capacidades. "Resulta difícil entonces representarse de manera convincente cómo las personas en la sociedad pueden pensar, elegir o actuar sin ser influidas en una u otra forma por la naturaleza y funcionamiento del mundo a su alrededor"[34]. Advierte que la capacidad de la comunidad está dada por la valoración y la aceptación de los individuos miembros de la comunidad. "En definitiva, tenemos que apoyarnos en la valoración individual y reconocer a la vez la profunda interdependencia de las valoraciones de los individuos que interactúan. La valoración implicada tendería a ser basada en las importancia que las personas otorguen a la habilidad de hacer ciertas cosas en colaboración con otros"[35]. Lo importante entonces, para nuestra visión del desarrollo es que se establezcan y reconozcan los espacios de participación

[33] Ibid., p. 55-56.

[34] SEN. La idea de justicia. Op. cit., p. 275.

[35] Ibid., p. 276.

necesarios para que los individuos adopten decisiones en la comunidad y estas decisiones sean tomadas en cuenta.

Una visión interesante y pertinente, relacionada con la importancia de la participación en los procesos de desarrollo, ha sido expuesta por la economista premio Nobel, Elinor Ostrom, quien a partir del estudio de los diversos niveles de estructuras y arreglos instituciones que pueden contribuir al manejo de sistemas complejos, reconoce y sustenta la importancia de los denominados 'acuerdos de elección colectiva', que a nuestro juicio constituyen claros mecanismos de participación para el desarrollo, mediante los cuales las comunidades definen la manera en que se explotarán los recursos de acuerdo con las características locales, de forma tal que las decisiones y reglas tengan una mayor vocación de cumplimiento, adecuación y legitimidad.

> Las instituciones para un manejo de recursos que usan este principio son más capaces de elaborar reglas acordes con las circunstancias locales, ya que los individuos que interactúan directamente entre sí y con el medio, pueden modificar los lineamientos a lo largo del tiempo de manera que se adecuen a las características del lugar. Los propietarios que diseñen instituciones que se caractericen por los primeros tres principios… (límites bien definidos, reglas adecuadas y participación de todos los involucrados en las decisiones colectivas), serán capaces de presentar un conjunto de buenas reglas y lineamientos en la medida en que los costos asociados a cambios en los mismos permanezcan relativamente bajos[36].

La participación aparece, entonces, a partir de estas miradas, como elemento constitutivo del desarrollo y como instrumento institucional fundamental para su consecución.

Entre la "estadolatría"y la "estadofobia"

En la teoría del desarrollo como libertad, el Estado y la sociedad tienen la obligación de generar un proceso de desarrollo en el cual se permita la creación de las capacidades y se establezcan los medios para el ejercicio de las libertades. En

[36] OSTROM, Elinor. Diseños complejos para manejos complejos. En: Property Rights and the Environment. Social and Ecological Issues. Edits: Susan Hanna y Mohan Munasinghe. Trad. Horacio Bonfil Sánchez. Gaceta Ecológica. 2000, no. 54. Disponible en Internet: http://www.ine.gob.mx

otros términos, existe una responsabilidad del Estado en la generación de políticas económicas que estructuren sistemas de educación, salud y empleo para todos, de manera que los individuos puedan acceder a ellos.

Ahora bien, son los individuos los que deciden, en ejercicio de las capacidades creadas por estos sistemas, cómo ejercen sus libertades, cómo cuidan su salud, hasta dónde llegan en el sistema de educación y, en ese sentido, a qué empleos pueden aspirar. Es decir, que la perspectiva de Sen, siguiendo sus propios términos "pone en primer término la facultad –es decir la libertad sustancial– que tienen las personas de vivir la vida que desean y que tienen razón de desear y de mejorar las posibilidades de escogencia que tiene a su disposición para lograrlo"[37]. De otro lado, son estas capacidades creadas las que permiten a todos los sujetos, incluidos los más desfavorecidos a participar de manera efectiva e informada en los procesos de decisión que los afecten[38].

Para lograr hacer realidad el desarrollo bajo esta aproximación Sen advierte la necesidad de involucrar a todas las instituciones, sean estas públicas, privadas, no gubernamentales, sociales, económicas, etc. "Los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan…Aunque cada observador decida centrar la atención en determinadas instituciones (como el mercado, el sistema democrático, los medios de comunicación o el sistema público de distribución), tenemos que observarlas como un todo para poder ver qué pueden o no hacer en combinación con otras instituciones"[39].

En este punto vale la pena reconocer los aportes realizados por el neoinstitucionalismo, en relación con el papel del Estado en la construcción del desarrollo a partir de la existencia de instituciones[40] jurídicas y económicas formales, y sociales no formales[41].

En la década de 1990 la corriente neoinstitucionalista se ocupó de estudiar los rasgos de las estructuras institucionales económicas que posibilitan el

---

[37] Ibid., p. 383.

[38] Para la autora, estas capacidades para la participación en los procesos de decisión son particularmente importantes en lo relativo al respeto y la conservación de la identidad cultural de un grupo. Ibid., p. 315.

[39] SEN. Desarrollo y libertad. Op. cit., p. 178.

[40] El concepto 'instituciones' ha sido objeto de múltiples entendimientos. Ver NELSON, Richard R. y SAMPAT, Bhaven N. Las instituciones como factor que regula el desempeño económico. En: Revista de Economía Institucional. 2º semestre, 2001, no. 5, p. 17 y ss.

[41] BURGOS. Op. cit., p. 167 y ss.

desarrollo, entendiendo que el diseño institucional de un país es determinante para su desarrollo económico, social y político o, en otros términos, que las diferencias en los niveles de crecimiento entre los estados ha sido en buena parte determinada por las diferencias a nivel de institucionalidad[42].

A partir de los postulados neoinstitucionalistas se propone que el esquema de mercado debe ser racionalizado mediante la intervención del Estado a través de la regulación y la planeación. Se entiende la economía como economía social, es decir como sistemas o fenómenos sociales, que deben ser estudiados con los recursos de las diversas ciencias sociales, y no mediante la ortodoxia neoclásica de elaboración mecánica y formal de modelos[43]. Identifica así funciones y ventajas de una relación equilibrada, que se concreta en la concepción y puesta en marcha de instituciones que contribuyan al crecimiento económico e incida en los aspectos sociales[44]. En ese sentido, se sitúa en medio de la "estadofobia"y la "estadolatría".

En este esquema neoinstitucionalista se plantea la necesidad de que los derechos de propiedad[45] y el derecho privado estén claramente regulados y protegidos en el sistema jurídico, de manera que se cree la institucionalidad necesaria para que el desarrollo económico pueda darse. Para sustentar esta teoría se presentan las diferentes experiencias de apertura económica y comercial para observar cómo, en los países preparados institucionalmente para asumirla, los resultados fueron altamente positivos, como sería el caso de China e India[46].

---

[42] Ver NORTH, Douglas. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

[43] Ver PRESTON. Op. cit. p. 240-241.

[44] "Las instituciones influyen o definen las maneras de acción de los agentes económicos, en contextos que involucran la interacción humana, haciendo que cierto tipo de transacciones sean más generales, atractivas o fáciles, y otras más difíciles o costosas. Así, aunque los mercados y los precios generados por los mercados se modelen en forma simplificada, forman parte de la teoría del crecimiento que aceptan casi todos los economistas. Igual sucede con las firmas. La seguridad de la propiedad y la claridad y el cumplimiento de los contratos se incluyen en muchas explicaciones de los factores que sustentan el crecimiento económico. Muchos economistas reconocen la importancia de los mecanismos de acción colectiva, y tienden a llamar 'instituciones' a esos mecanismos o a los factores que les dan forma". NELSON y SAMPAT. Op. cit., p. 29-30.

[45] Para una visión crítica sobre la protección de los derechos de propiedad como institución para el desarrollo y en general de los postulados del neoinstitucionalismo y de la buena gobernanza, a partir de una estudio histórico del crecimiento de los países desarrollados. Ver CHANG. Op. cit., p. 69 y ss.

[46] Ver Law and the Poverty of Nations–Modifyng Development Economics. En: German Working Papers in Law and Economics. 2007, vol. 2007, paper 17.

"Williamson (1985) y North (1998 y 1990) resaltan la importancia del rol que las instituciones juegan en el desarrollo económico y sugieren que la evolución de las estructuras de gobernabilidad de las instituciones políticas y económicas generan ambientes que contribuyen al aumento de la productividad y el crecimiento, las instituciones políticas son el sustento del desarrollo económico y social"[47].

Así mismo, el institucionalismo reconoce la necesidad de abrir espacios de participación para la elaboración de reglas, como parte de los presupuestos para el desarrollo económico. "Un crecimiento estable exige, según la corriente institucionalista, la existencia de instituciones gracias a las cuales los agentes (el sector privado, el Estado y la sociedad civil) puedan negociar y concurrir juntos al proceso de decisión… Las instituciones permiten reducir la incertidumbre ligada a la información y a la competencia imperfectas"[48].

Joseph Stiglitz identifica una serie de sectores esenciales en los cuales el Estado debe intervenir: la educación, la adquisición y el desarrollo de nuevas tecnologías, el control del sistema financiero, la creación de infraestructura y sistemas de comunicación, la protección del medio ambiente, la satisfacción de las necesidades básicas, pero, además, el Estado debe contar con un sistema institucional propicio, lo cual significa tener un orden constitucional estable, una burocracia calificada, mecanismos de comunicación entre el Estado y el sector privado, instituciones sectoriales eficientes y dinámicas.

Con el propósito de incorporar las propuestas del neoinstitucionalismo en relación con el desarrollo, los organismos financieros construyeron un instrumento más específico para definir el contenido del desarrollo y medirlo, instrumento denominado buena gobernanza[49]. El fundamento teórico de la relación entre gobernanza y desarrollo se basó en que las carencias de los países en vías de desarrollo y menos avanzados se debían a la falta de estructuras de gobernanza que garantizaran la institucionalidad para el desarrollo.

---

[47] VARGAS H., José Guadalupe. Análisis crítico de las teorías económicas del desarrollo. En: Economía, gestión y desarrollo. Diciembre, 2008, no. 6, p. 118.

[48] AZOULAY. Op. cit., p. 299.

[49] Se ha admitido el uso de la palabra "gobernanza" como una categoría diferente a la de "gobierno" o de "gobernabilidad" de un lado porque va más allá de las relaciones entre los diferentes poderes públicos en el Estado como sería el caso de gobernabilidad, y de otro porque supera el ámbito del poder interno del Estado que representa la palabra gobierno.

En ella se unen los postulados de la necesaria intervención Estado dentro de una perspectiva neoinstitucionalista, el desarrollo económico como desarrollo humano y la formulación de criterios "objetivos" para definir si los Estados van por buen camino para el desarrollo.

Varias definiciones se han dado de "gobernanza". "La gobernanza crea las condiciones de un poder organizado y de una acción colectiva"[50] o, "la existencia de un ambiente de generación de políticas predecible, abierto y adecuado; una burocracia con una ética profesional; un poder ejecutivo fiscalizable en sus acciones y una sociedad civil fuerte y participativa en los asuntos públicos; todo esto funcionando bajo el Estado de Derecho"[51]. Desde la perspectiva de su origen,

> Mucho antes de convertirse en un término técnico… y el equivalente de 'regulador' dentro de un concepto determinista, 'gobernanza' era ya utilizado para designar la vigilancia permanente del universo por su Creador. La expresión fue retomada hoy en economía para designar una 'regulación' que no se debe ni a Dios, ni a un determinismo rígido, si no a los comportamientos humanos que combinan las instituciones y las reglas, los mecanismos y los procedimientos, con miras a definir el funcionamiento y el desarrollo del sistema económico y de organizar las interdependencias[52].

En términos generales podemos decir que la "gobernanza" más allá de los elementos tradicionales del desarrollo, es decir, el crecimiento económico y los efectos del mercado involucró variables como la participación, la transparencia, la responsabilidad, la rendición de cuentas, el sistema de justicia, seguridad jurídica, etcétera.

La "gobernanza" plantea como funciones del Estado las de contar con un sistema legal que respete los derechos de propiedad y establezca reglas claras y justas para los intercambios, la eliminación de las distorsiones del mercado, la estabilidad macro económica, la inversión en los servicios básicos, la atención a

---

[50] STOCKER, G. Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance. En: Revue International des Sciences Sociales. Marzo, 1998, no. 155.

[51] Ver BANCO MUNDIAL. Reforming Public Institutions and Strenthening Governance. A World Bank Strategy. Washington: 2000, p. 20. Citado en BURGOS. Op. cit. p. 59.

[52] BARTOLI, Henri. La pensé économique au tournant du millénaire. En: Etudes Internationales (L'économie du XXIe siècle: De François Perroux a la Mondialisation). Institut Québécois des Hautes Etudes Internationales. Université de Laval. Vol. xxix. No. 2, juin 1998. p. 437.

la población más vulnerable, la protección del medio ambiente, la paz y el orden público, entre otras, todo con miras a establecer un clima favorable al mercado, a la inversión privada y, de esta manera, mejorar su situación de desarrollo.

Si bien consideramos que el institucionalismo y la buena gobernanza por si solos no actúan como elementos suficientes para el desarrollo, e incluso han generado importantes críticas, en este punto rescatamos que sus propuestas en relación con el Estado han dado instrumentos útiles al desarrollo, han tenido en cuenta los factores humanos del desarrollo desde la perspectiva económica[53] e interna[54] de los países, abren espacios para la participación y se constituyen en una herramienta útil dentro del concepto de desarrollo que defendemos.

No se trata de proponer al Estado como actor exclusivo ni como único responsable del desarrollo, pero sí como un actor con funciones claras e importantes y orientador de lo social y de la redistribución económica, de manera que todo confluya a la creación de capacidades. Lo cual solo es posible si mecanismos como el del mercado actúan en la misma visión de desarrollo como libertad.

---

[53] Una de las críticas ha sido justamente la prevalencia de los aspectos económicos sobre los derechos humanos. "Los derechos humanos 'universalizables' de los cuales las instituciones de las Naciones Unidas son las depositarias tradicionales, han sido así relegadas a un estatuto de condicionalidad, con un argumento de 'secundariedad' que busca ser pragmático… La proposición de "bienes públicos mundiales" del PNUD –que demuestra al interior mismo de esta institución una aproximación diferente de la de derechos humanos– se enmarca en este mismo cuadro; se presenta como un medio para redefinir la cooperación internacional… son reagrupados bajo el mismo sello "global" tanto las cuestiones medioambientales, la paz, la equidad, la justicia, la integración comercial, la cultura, la salud como la participación de los gobiernos, de los pueblos, de la sociedad civil y del mundo de los negocios" ASSIDON, Elsa. Les théories économiques du développement. 3eme édition. Col. Reperes. París: Éditions La Decouverte, 2002, p. 98.

[54] El otro tipo de críticas al institucionalismo y a la buena gobernanza se han planteado considerando que han permitido una mayor intervención de los organismos económicos en los asuntos internos de los países y que han limitado las responsabilidades en materia de desarrollo al ámbito interno, desconociendo la responsabilidad de los organismos económicos, financieros y comerciales internacionales. De acuerdo con el profesor Germán Burgos "mientras para 1997 el Informe de Desarrollo Mundial identificó 45 aspectos como relevantes para una buena gobernanza, en 1999 este número se había incrementado a 66 y para el periodo 2002– 2003 ya incluía 116... Por medio de la gobernanza se ha creado una agenda que prioriza el ajuste de factores internos antes que la consideración de factores externos. En tal sentido, se pretende que los límites al crecimiento económico descansan en el cada vez más amplio ámbito de la gobernanza nacional sin que exista referencia alguna a variables externas como la inestabilidad financiara, los flujos del capital, el papel de las IFIS etc. En un contexto de globalización económica como el actual, el hecho de que no se considere la dinámica externa en el crecimiento, parece más una elusión deliberada que un olvido marginal". BURGOS. Op. cit., p. 72-73. Ver COLIN, Jean-Pierre. Variations sur le développement. En: Annuaire Français de Relations Internationales. MES, 2006, vol. VII, p. 18 y ss.

Entre la "mercadolatría" y la "mercadofobia"

En lo relativo a la relación entre el desarrollo y el mercado, institución sobre la cual todas las teorías del desarrollo se han pronunciado, Sen construye su teoría a partir del reconocimiento de que la libertad para intercambiar bienes es una libertad fundamental y que el mercado es una institución que debe estar al servicio del desarrollo. "Las instituciones no solo contribuyen a aumentar nuestra libertad, si no que su papel puede evaluarse de manera razonable a la luz de su contribución a aumentarla"[55].

En tal sentido el problema no está en la existencia del sistema de mercado, sino en circunstancias como "la insuficiente preparación para hacer uso de las transacciones de mercado, la ocultación de la información sin que nada lo impida o la realización de actividades sin regulación alguna que permiten a los poderosos aprovechar su ventaja asimétrica. Estos problemas tienen que resolverse no suprimiendo los mercados sino permitiendo que funcionen mejor, más equitativamente y complementados con otras instituciones"[56].

Amartya Sen también se pronuncia sobre la relación entre mercados internacionales, globalización y desarrollo. En este aspecto el autor de nuevo combina la defensa del sistema de libre mercado, con la necesidad de fortalecer las instituciones económicas sociales y políticas, de manera que compensen los posibles desequilibrios que aquel ocasione, instituciones que deben operar tanto a nivel nacional como a nivel global.

Al respecto, es necesario analizar el mercado como un medio más para alcanzar el desarrollo en los términos planteados, pero no puede ser considerado un fin en sí mismo. En este punto vale la pena pronunciarse sobre la crítica que se formula frente a la globalización en lo relativo a la cultura y al peligro que representa para los valores culturales tradicionales. Al respecto el autor señala en su libro *Desarrollo y libertad* que el "purismo" de estos valores no es tan claro en la medida en que las culturas han sido, desde siempre, justamente el producto de las mezclas, de los encuentros, de los viajes del conocimiento y del intercambio de conceptos. Ante las inquietudes reales que se formulan frente a una posible homogenización cultural, es necesario, según el autor, que se distinga entre la utilización beneficiosa de los avances tecnológicos y científicos que debe contribuir al incremento de las capacidades en los procesos de educación y de

[55] SEN. Desarrollo y libertad. Op. cit., p. 178.

[56] Ibid., p. 179.

investigación y, en consecuencia, aporten beneficios económicos. De otro lado, algo muy distinto es la pérdida de identidad y de valores culturales propios como consecuencia de la irrupción de otras formas de vida. En este aspecto, Sen hace una propuesta con la cual coincidimos y consideramos pieza fundamental de la visión de desarrollo, y es la necesidad de que se abran mecanismos de participación en las decisiones que pueden afectar la sociedad.

> Los modos de vida pueden conservarse si la sociedad lo decide, y se trata de sopesar los costes de esa conservación y el valor que concede la sociedad a los objetos y los modos de vida conservados. No existe, desde luego, ninguna fórmula magistral para realizar este análisis coste–beneficio, pero lo que es fundamental para evaluar de manera racional esas decisiones es la capacidad de los individuos para participar en debates públicos sobre el tema. Volvemos de nuevo a la perspectiva de las capacidades: los diferentes sectores de la sociedad (y no sólo los socialmente privilegiados) debe poder participar en las decisiones sobre lo que debe conservarse y lo que debe desecharse[57].

En relación con este punto, también ha sido muy importante el aporte de Elinor Ostrom, en la medida en que reconoce la necesidad de llegar a acuerdos institucionales locales que han demostrado ser un buen complemento a los arreglos a mas gran escala y han sido exitosos gracias a que han sido el producto de la participación de los interesados y en tal sentido han tomado en cuenta "los atributos específicos de los sistemas físicos circundantes, las distintas visiones culturales del mundo, y las relaciones económicas y políticas que existen en cada región"[58].

Así mismo, el Estado debe proveer un sistema abierto a la adopción de instituciones y regulaciones propias de las comunidades frente al uso y explotación de sus recursos, en le medida en que son participativas, legítimas y sostenibles.

En lo atinente específicamente con las virtudes del mercado, consideramos que también se sitúa en un justo medio entre las potencialidades y ventajas del mercado y la necesidad de intervención del Estado. De un lado reconoce que los mercados abiertos y competitivos son instrumentos importantes para producir

---

[57] Ibid., p. 292.

[58] OSTROM. Op. cit., p. 3.

los denominados 'bienes privados', en la medida que crean incentivos para la innovación, generan oportunidades y beneficios para todos, promueven la interacción entre las personas y así incrementan la productividad. Todo lo cual resulta imposible en economías centralizadas. No obstante, admite también, que estos mercados deben ser intervenidos cuando se trata de 'bienes públicos' (recursos genéticos, biodiversidad, seres vivos en general), lo cual significa que se deben establecer restricciones e incluso prohibiciones cuando está en riesgo la existencia de un recurso[59].

En este punto se observa de nuevo la importancia de las instituciones como mecanismo de desarrollo, entendiendo como tales al mercado, al Estado, pero también a los acuerdos locales y a los acuerdos globales:

> Aun cuando la operación de una determinada economía de mercado puede ser considerablemente defectuosa, no hay manera de prescindir de la institución de los mercados en general como poderoso motor de progreso económico… Las injusticias que caracterizan al mundo están estrechamente vinculadas a varias omisiones que deben ser abordadas, especialmente en el ámbito de los arreglos institucionales… La distribución de los beneficios en la economía global depende, entre otras cosas, de una variedad de arreglos institucionales globales, entre ellos los que favorecen el comercio equitativo, las iniciativas médicas, los intercambios educativos, instituciones para la difusión tecnológica, limitaciones ecológicas y ambientales y el tratamiento justo de las deudas acumuladas[60].

En cuanto a los planteamientos para superar estas limitaciones resaltamos aquél que se refiere a la equidad como forma de conseguir la "ética global más elemental". Equidad que pretende, entre otras cosas, superar las restricciones innecesarias al comercio con los países en desarrollo, eliminar los límites al derecho a la salud que impone el sistema de patentes en la medida en que incrementan los costos para el tratamiento de enfermedades que afectan particularmente a los ciudadanos de estos países y desincentivan la investigación destinada a la producción de medicamentos no "rentables", y tratar a fondo el problema del comercio de armas. Una vez más, el problema no es el mercado como institución

[59] Ibid., p. 1-2.

[60] SEN y KLIKSBERG. Op. cit., p. 24, 25.

sino "la falta de equidad en el balance general de los arreglos institucionales, que da lugar a una distribución muy desigual de los beneficios de la globalización"[61].

La visión de Amartya Sen, complementada con los instrumentos que se han planteado desde el institucionalismo o las propuestas de Ostrom nos permiten zanjar, de manera equilibrada, las discusiones entre la "mercadolatria" y la "mercadofobia". De un lado reconoce el mercado como un factor fundamental para el desarrollo, es decir que, por un lado, los intercambios comerciales pueden generar crecimiento económico, pero este crecimiento es válido sólo si va en función del fortalecimiento de las capacidades de los seres humanos. Estos intercambios son, entonces, un medio y no un fin. De otro, la libertad del comercio es una de las libertades fundamentales de los seres humanos y en tal sentido no puede negarse *per sé*. No obstante, en contrapeso a quienes defienden la libertad de mercado como libertad absoluta, se impone como límite el mismo desarrollo, es decir, la contribución al respeto de la libertad entendida como el incremento de las capacidades de toda la sociedad y es allí donde instituciones nacionales e internacionales, públicas y privadas, encabezadas por supuesto por el Estado, deben entrar a fijar parámetros para el ejercicio de la libertad del mercado en función del desarrollo y permitir los arreglos institucionales desde lo local hasta lo global.

De esta manera, la propuesta de desarrollo que hemos venido sustentando provee los elementos esenciales de una visión integral de desarrollo y que podemos sintetizar en los siguientes términos. Reconoce el crecimiento económico como instrumento para el desarrollo, hace de los factores humanos un medio y un fin del proceso de desarrollo, concede al Estado y al mercado el papel que cada uno merece, les impone obligaciones y responsabilidades en materia de desarrollo y equidad, e incorpora a las instancias públicas y privadas, locales, nacionales e internacionales, en estas obligaciones y responsabilidades.

Conclusiones

El desarrollo que defendemos, y cuya validez consideramos plena como concepto y como discurso válido para el derecho internacional, tiene las siguientes características:

La realización de los seres humanos, el incremento de sus capacidades y la posibilidad que tienen de participar en las decisiones que los afecten deben ser el fin del crecimiento económico y actúan como medios para la obtención de

[61] Ibid., p. 25.

este crecimiento. Es decir, que los factores humanos y los factores económicos son interdependientes y necesarios, pero en ningún caso los primeros pueden sacrificarse en función de los segundos.

El mercado y el Estado son instituciones esenciales en la búsqueda del desarrollo, en consecuencia, deben actuar como impulsores del crecimiento económico y de las capacidades de los seres humanos, de manera que se abran espacios reales para el ejercicio de la libertad. El mercado no puede actuar sin límites en la medida en que se ha demostrado que los resultados que aporta no son siempre justos y redistributivos, de manera que para lograr el equilibrio es necesaria la intervención del Estado.

Pero más allá de las funciones del Estado, el desarrollo exige la coordinación entre lo local, lo interno y lo global. Para el crecimiento económico, en función de las capacidades y las libertades, se requieren arreglos institucionales tanto a nivel de comunidades como a nivel del Estado y de los organismos internacionales.

La inclusión de la reflexión acerca de la equidad implica la necesidad de evaluar los arreglos institucionales a la luz de los resultados que producen en términos de "la distribución de los beneficios de la globalización". En tal sentido, es necesario superar las reflexiones sobre beneficios marginales, es decir, el argumento frecuente de que los países pobres estarían peor si no existieran estructuras e instituciones globales, a pesar de que estas no sean del todo justas y equitativas.

Bibliografía

AZOULAY, Gérard. Les théories du développement. Du rattrapage des retards á l'explosion des inégalités. Coll. "Didact Économie". Presse Universitaires de Rennes. Rennes 2002

BARTOLI, Henri La pensé économique au tournant du millénaire. En Etudes Internationales (L'économie du XXIe siècle : De François Perroux a la Mondialisation).Institut Québécois des Hautes Etudes Internationales. Université de Laval. Vol XXIX. No. 2, juin 1998.

BLOCK, Fred L. Los orígenes del desorden económico internacional. La política monetaria internacional de los Estados Unidos, desde la segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. Fondo de Cultura Económica. Trad. Eduardo L. Suárez. México, 1980

BURGOS SILVA, German. Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina. Ilsa-Universidad Nacional de Colombia. 1ª. Ed, Bogotá. 2009.

CARDOSO, Felipe H. FELETTO, Enzo. Dependencia y desarrollo en América Latina. Ensayo de Interpretación Sociológica. Siglo XXI editores. 30ª. Edicion. México. 2002;

CHANG, Ha-Joon. Kicking away the ladder. Development strategy in historical perspective. Anthem Press, 2002.

ESCOBAR V. Arturo. La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo. Grupo Editorial Norma. Primera edición en español. 1998

HOBSBAWM, Eric. Historia del siglo XX. Editorial Crítica. 1ª ed en español. 1998,

NEDERVEEN Pieterse, Jan My paradigm or Yours? Alternative Development, Post-Development, Reflexive Development. En "Development and Change,". Vol. 29. 1998

NORTH, Douglas Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica, 1993.

OSTROM, Elinor, Diseños complejos para manejos complejos. En "Property Rights and the Environment. Social and Ecological Issues". Editores: Susan Hanna y Mohan Munasinghe. Trad. Horacio Bonfil Sánchez. Gaceta Ecológica 54, 2000. Disponible en http://www.ine.gob.mx

PREBISH, Raul En torno a las ideas de la CEPAL. Problemas de la industrialización en América Latina. En "Intercambio y desarrollo", Serie Lecturas, No. 38, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

PRESTON, Peter W. Una introducción a la teoría del desarrollo. Siglo XXI Editores. 1999.

RIST, G. Le developpement. Histoire d'une croyance occidentale. Presses de Sciences Po, 1996.

SEN, Amartya, Kliksberg, Bernardo Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado. Ediciones Deusto. Barcelona 2007.

SEN, Amartya, Desarrollo y Libertad. (Development as freedom). Trad. Esther Rabasco y Luis Toharia. Ed. Planeta. Bogotá. 2004.

_____, La idea de justicia, Trad. Hernando Valenca Villa, Taurus, Bogota, 2010.

_____, Las teorías del desarrollo a principios del Siglo XXI. En "Cuadernos de Economía" vol. XVII, No. 29, 2º semestre 1998.

SILVA-COLMENARES, Julio. La salida. Un nuevo modelo de desarrollo humano para la paz. Ediciones Aurora Bogotá, 2ª edición, 2002.

STOCKER, G. Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance. En "Revue International des Sciences Sociales". No. 155, marzo 1998.

VARGAS HERNÁNDEZ, José Guadalupe. Análisis crítico de las teorías económicas del desarrollo, En "Economía, Gestión y Desarrollo", Cali-Colombia, No. 6, diciembre de 2008.

VELA ORBEGOZO, Bernardo. El declive de los fundamentos económicos de la paz. De la Conferencia de Bretón Woods al Consenso de Washington. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2005.

El procedimiento para la solución de controversias en la OMC: Una lectura desde el mundo en desarrollo

Germán Burgos Silva Ph. D.*

Introducción

Buena parte de los países identificables como subdesarrollados y que son a su vez mayoría en la OMC, no han presentado ni un solo caso ante el órgano de solución de controversias de esta organización. Del continente africano, por ejemplo, solo Egipto ha promovido un caso contra Turquía. Solo Bangladesh en cuanto país considerado menos desarrollado o pobre, ha utilizado el sistema sin haber llegado hasta el final[1]. Colombia por su parte, no ha llevado ningún caso a su fin en calidad de demandante, habiendo sido demandado en varias ocasiones. Visto de manera optimista, salvo los casos prototípicos de India y Brasil como usuarios reiterados del sistema, la participación de los países en desarrollo que logran acceder, termina en muchos casos en la etapa de consultas, previa a la constitución de un panel o tiene lugar en calidad de tercera parte, pero no como demandante[2].

* Profesor Asociado Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor del Doctorado en Derecho Universidad Libre. Este texto es producto de un proyecto de investigación sobre acceso a la justicia internacional patrocinado por la Agencia Alemana de Cooperación GI y la Universidad Libre. Contacto: jgburgoss@unal.edu.co / burgosil@yahoo.com

[1] AMARAL, D. Pacificação do comércio internacional? A participação dos países em desenvolvimento nos contenciosos da OMC. En: Revista Jur. Brasília, 2007, vol. 8, no. 83, p. 149-167; MOSOTI, V. Africa in the First Decade of WTO Dispute Settlement. En: Journal of International Economic Law. 2006, vol. 9, no. 2, p. 427-453; SHAFFER, G., RATTON, M. y ROSEMBERG, B. The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success. En: Cornell Int'l L. J. 2008, vol. 41, no. 2, p. 383-501.

[2] BOLH, K. Problems of developing country access to WTO dispute settlement. En: Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law. 2009, vol. 9, no. 130, p. 131-168.

Esta referencia al no acceso debe, sin embargo, matizarse. El mundo en desarrollo no está accediendo en calidad de demandante efectivo, esto quiere decir iniciando al menos el mecanismo de consultas. Sin embargo, su acceso en calidad de demandado si ha aumentado. Según Shaffer, los países en desarrollo están siendo más demandados bajo la OMC que bajo el GATT[3]. Esta afirmación, sin embargo, debe relativizarse igualmente si tenemos en cuenta que bajo este último sistema solo diez países en desarrollo formaban parte del mismo y bajo la OMC son la mayoría. Con todo, a febrero de 2007 23% de las demandas había sido por países desarrollados contra países en desarrollo y 15 % entre países en desarrollo[4]. En suma, puede verse un incremento en calidad de demandados respecto de algunos países en desarrollo.

El acceso limitado o relativo de los países en desarrollo se puede valorar de formas diversas. De un lado, los problemas de acceso conllevan una deslegitimación del sistema comercial multilateral como un todo, en la medida misma en que la mayoría de estados no están pudiendo hacer valer sus diferencias en el mismo y por tanto de una u otra forma consideran parte de este ordenamiento como poco útil respecto de sus expectativas[5]. Para Ragosta, el virtual no acceso cuestiona a fondo un sistema que en buena parte se basa en pretender solucionar de manera cuasijudicial los conflictos y en tal sentido precisa de una participación real de todos los interesados[6].

El no acceso tiene igualmente impactos escalonados en al menos dos niveles. De un lado, impide a quienes no participan, influir en el desarrollo de un marco de regulación que dadas las dificultades para ser cambiado por las vía de las conferencias ministeriales, se viene ajustando a través de las decisiones de los paneles y del órgano de apelaciones[7]. En segundo lugar, el no acceder dificulta

---

[3] "Hoekman and Michel Kostecki confirm that, under the WTO, "the developing country share in terms of being a defendant rose to 37 percent" compared to "only 8 percent of all cases brought during the GATT years". SHAFFER. Op. cit.

[4] TROGOLO, C. El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Obstáculos a la participación efectiva de los países en desarrollo y evaluación de los proyectos de reforma del sistema. Tesis de Maestría. Flacso, Buenos Aires, 2007.

[5] BOLH. Op. cit.

[6] "If the WTO is to function effectively as a "world court" for trade, then it must provide an opportunity for the real party in interest to participate effectively". RAGOSTA, J. Unmasking the WTO: Access to DSB System: Can the WTO DSB Live Up ito the Moniker World Trade Court? En: Law and Policy in International Business. 2000, vol. 31, no. 739, p. 765-801.

[7] "Participation in the WTO dispute settlement system is essential for shaping WTO law's interpretation and application over time. Participation in WTO judicial processes is arguably more important than is

influir en la generación de precedentes que pueden ser centrales frente a casos futuros. En otros términos, a pesar de que el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) no cuenta con un reconocimiento jurídico vinculante del precedente, en la práctica sí tienden a tenerse en cuenta las decisiones pasadas. Poder participar en el mecanismo de solución de controversias y aportar interpretaciones sobre las normas de la OMC puede influir en la generación de jurisprudencia que influirá la decisión de casos futuros[8].

Las causas del no acceso de los países en desarrollo son múltiples. Las mismas van desde los costos de la asistencia legal, las dificultades para determinar si ha habido el rompimiento de uno de los acuerdos administrados por la OMC, el temor a las reacciones de las potencias comerciales, etc. Adicionalmente a estas, se pueden identificar constricciones procedimentales que pueden constituirse en dificultades para un mejor o mayor acceso.

Efectivamente, el presente texto, está dirigido a establecer de qué forma aspectos de la actual estructura procedimental del SSD de la OMC están generando dificultades para el acceso adecuado de los países en desarrollo. En tal sentido se trata de visualizar fundamentalmente como características del procedimiento si bien inicialmente no impiden el acceso, no garantizan que el mismo tenga plenas garantías para los países en desarrollo. Dada esta situación, las mismas pueden convertirse en generadoras de desconfianza frente al procedimiento, afectando potencialmente su acceso.

La constricciones procedimentales objeto de este artículo no versarán por tanto sobre aquellas que hacen relación al tratamiento especial previsto para los países en desarrollo, aunque se hará una breve referencia a las mismas. El tratado creador del mecanismo de solución de controversias tiene varias normas que establecen, entre otros, la posibilidad de plazos más largos y otras consideraciones favorables a los países en desarrollo respecto de distintos ámbitos del

---

participation in analogous judicial processes for shaping law in national systems for two reasons. First, the difficulty of amending or interpreting WTO law through the WTO political process enhances the impact of WTO jurisprudence. Unlike national or EC law, WTO law requires consensus to modify, so that the WTO political/legislative system remains extremely weak". SHAFFER, G. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. ICSTD, Monograph, paper no. 5, 2003, p. 1-65.

[8] "As a result of the increased importance of WTO jurisprudence and the rigidity of the WTO political process to modify it through treaty amendment or formal interpretation, those governments "that are able to participate most actively in the WTO dispute settlement system are best-positioned to effectively shape the law's interpretation and application over time to their advantage", Ibid.

procedimiento y las decisiones para la solución de una controversia. La mayoría de balances al respecto han establecido que estas no funcionan como se espera por su carácter vago y no siempre obligatorio, por su no invocación por los países en desarrollo y por el reconocimiento errático de las mismas por los paneles o el órgano de apelación[9].

La elaboración de este artículo se funda en la identificación, revisión y análisis crítico de la producción académica relevante para el tema. Si bien hay antecedentes importantes donde se estudia el acceso del mundo en desarrollo al SSD de la OMC, la mayoría de ellos no han analizado de manera expresa los componentes procedimentales del mismo. Por tanto este trabajo trató de vincular y analizar los antecedentes básicos sobre el objeto de análisis, centrándose en ver como determinados aspectos dificultan un acceso adecuado para los países en desarrollo. Finalmente, los datos que se recogen para ilustrar algunos hechos, trataron de ser lo más actualizados según la literatura existente. Con todo, en algunos casos esta llega hasta 2007. Dado que el objeto de este artículo es analizar aspectos procedimentales que siguen vigentes, las fechas en mención no afectan el fondo de los planteamientos del texto.

Para desarrollar el anterior objeto de trabajo, este artículo se organiza en dos partes. De un lado ubica de manera formal y fáctica como están organizadas y como han funcionado las etapas básicas del procedimiento de solución de controversias, a saber consultas, grupo especial y cumplimiento final de la decisión. Simultáneamente con la descripción formal y de funcionamiento de cada etapa, se ubican los aspectos procedimentales objeto de preocupación e identificados por la literatura. Al final se incluye una sección de conclusiones.

El procedimiento del SSD de la OMC

El desarrollo de un caso al interior del SSD, está sometido a un marco procesal general que establece normalmente tres etapas. Estas son las de consultas, grupo especial y aplicación de la decisión tomada por parte del Organismo de Solución de Controversias (OSC) en pleno. A estas se puede agregar la de apelación

[9] En general este es un tema ya estudiado por la literatura especializada. Al respecto pueden verse EWART, A. Small developing state in the WTO: A procedural approach to special and differential treatment through reforms to dispute settlement. En: Syracuse Journal of international law and Commerce. 2007, vol. 35, no. 1, p. 27-76 y AMIN, A. On the Non Effectiveness of The World trade Organization Special and differential treatments in the Dispute Settlement Process. En: 41, Journal of World Trade. 2007, vol. 41, no. 2, p. 319-349.

que en principio depende de si las partes en litigio optan por desarrollarla o no. A continuación se hará una presentación de cada una de las fases en cuanto su organización procesal, su funcionamiento y la identificación de los obstáculos objeto de este artículo.

La etapa de consultas

Para iniciar esta, el Estado correspondiente debe presentar solicitud por escrito, la cual debe ser notificada al SSD y a los consejos y comités correspondientes según acuerdos. En esta, se deben explicar las medidas cuestionadas y las razones jurídicas, presentadas de manera escueta y según las cuales, aquellas violan parte de los acuerdos abarcados. Igualmente se recomienda identificar de qué manera la medida objeto de la consulta está afectando al estado reclamante.

Por su parte, el Estado reclamado está en el deber de contestar en un plazo de diez días posterior a la recepción. El proceso de consultas debe iniciar en no más de 30 días desde la contestación[10]. El tratado relativo al funcionamiento del SSD admite la participación de terceros interesados en esta etapa, siempre y cuando no sean rechazados por el país demandado.

La etapa en mención busca en lo fundamental permitir una solución del conflicto de manera negociada y directa entre las partes, lo cual es expresión del compromiso general de los miembros de la OMC de buscar acuerdos amistosos para resolver sus diferencias. Por tanto, esta fase es obligatoria para poder pensar en la convocatoria de un grupo especial y de hecho si tiene éxito impedirá la existencia del mismo. Buena parte de las reglas que rigen la etapa de consultas son informales y establecidas entre las partes y el desarrollo de la misma es confidencial.

Técnicamente las consultas no tienen un plazo definido y su extensión puede darse de común acuerdo entre las partes, salvo en casos de urgencia. Sin embargo, la parte que inició las consultas puede darlas por terminadas si han transcurrido 60 días de desarrollo de las mismas sin llegar a ningún acuerdo. Este límite tiene dos excepciones cuando las partes acuerdan que no es viable llegar a una solución o cuando iniciadas las consultas no hubo respuesta alguna por la contraparte. Debe anotarse que cuando el reclamado es un país en desarrollo, el periodo de consultas puede alargarse de común acuerdo por 60 días

[10] GRANE, P. Guía práctica de solución de diferencias en la OMC. CEPAL, 2008, Documento de proyecto no. 221, p. 1-60.

adicionales a los inicialmente previstos según lo antes registrado. Cumplida esta etapa sin resultados, se puede convocar por el reclamante, la conformación de un grupo especial[11].

El funcionamiento real de la etapa de consultas permite visualizar en un primer momento su alto alcance. Según diversas estimaciones, cerca de 70% de los casos iniciados terminan en la etapa de consultas, lo cual no siempre quiere decir que estos terminen efectivamente en negociación, pudiendo ocurrir como tal el abandono del caso por el país demandante[12]. De acuerdo con algunos estudios, los casos que tienden a terminar vía consultas son aquellos con un contenido flexible, por ejemplo aranceles, mientras aquellos relacionados con conflictos de suma cero, tienden a no resolverse por esta vía[13]. Para observar el impacto de la etapa de consultas, téngase en cuenta que de cerca de 360 casos presentados hasta 2007, solo 109 pasaron a la etapa de grupo especial y en general completaron todo el procedimiento[14].

El "éxito" de la etapa de consultas en cuanto en ella terminan buena parte de los casos iniciados, tiene que ver igualmente con el papel de los países desarrollados en esta parte del procedimiento. Muchos de ellos, que son en gran parte los usuarios reiterados del sistema, amparados en su poder comercial y la ausencia de transparencia del procedimiento, obtienen concesiones liberalizadoras sobre los países menos desarrollados que son demandados:

> En otros términos, los países más ricos tienden a resolver sus diferencias a través de negociaciones, mediante consultas, o en la etapa de grupo especial, antes del veredicto, en tanto que los reclamantes más pobres no logran que los demandados ofrezcan concesiones sustanciales en esos puntos del

[11] Ibid.; VILLAMARÍN, J. El mecanismo de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo. En: Biblioteca Digital Andina, 2004, disponible en internet: http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0020.pdf

[12] SÁEZ, S. Las controversias en el marco de la Organización Mundial de Comercio: de dónde vienen, en dónde están, a dónde van. CEPAL, Serie Comercio Internacional, 2006, no. 63, p. 1-55. SHAFFER, G. Developing Country Use of the WTO Dispute Settlement System: Why it Matters, the Barriers Posed, and its Impact on Bargaining. En: Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment. James C. Hartigan Ed. Londres: Emerald Group, 2005, p. 167-190.

[13] COLARES, J. Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development, 2009. Disponible en Internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1363912

[14] WILSON, B. Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date. En: Journal of International Economic Law. 2007, vol. 10, no. 2, p. 397-403.

> proceso. En las diferencias comerciales suscitadas entre Estados Unidos y la Unión Europea, por ejemplo, todos los casos en que se han logrado concesiones han finalizado antes de que el grupo especial se pronuncie. En resumen, los beneficios del pronunciamiento suceden, en proporción mucho mayor, antes de que haya finalizado un litigio formal, y en muchos casos antes de que siquiera comience. Por ello es especialmente importante, para los países en desarrollo, cerrar la brecha en materia de "arreglo temprano"[15,16].

Dos casos, entre otros, parecen mostrar lo anterior. En 1996, los Estados Unidos iniciaron consultas contra Paquistán, Argentina e India por la ausencia de garantía en estos países de los derechos de propiedad intelectual previstos en el ADPIC. La pretensión era impertinente si tenemos en cuenta que estos países tenían un tiempo de gracia concedido en su condición de países en desarrollo. A pesar de que estos tenían buenas razones para prever un desenlace a su favor, Argentina y Paquistán optaron por negociar en consultas e introducir los correctivos solicitados por los Estados Unidos[17].

El papel adquirido por la etapa de consultas para los países más fuertes y los obstáculos que en general tiene el sistema, hacen de esta primera etapa un momento crítico para el trámite de un caso, visto desde un país en desarrollo. Esto en primer lugar, pues la mayoría de concesiones liberalizadoras a favor del mundo desarrollado se hacen en este momento. En segundo lugar, porque gran parte de los casos terminan en esta etapa. En últimas, poder participar adecuadamente en esta fase del procedimiento es crítico para los países en desarrollo[18].

Por lo anterior, la etapa de consultas es un tema de debate para muchos países del tercer mundo que han cuestionado parte de su configuración actual. En

---

[15] BUSCH, M. y REINHARDT, E. Solución de diferencias en la OMC. SIDA, Trade Brief 2004, p. 1-13.

[16] "There is evidence that developed countries continue to use their political and economic muscle to influence the process. This begins during the required consultation phase when, the evidence suggests, developed countries use this disparity to dissuade developing countries from even initiating consultation requests". EWART, A. Small developing state in the WTO: a procedural approach to special and differential treatment through reforms to dispute settlement. En: Syracuse J. Int'l L. & Com. 2007, vol. 35, no. 1, p. 27-76.

[17] Ibid.

[18] SALLES, J. Una década de funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: Avances y desafíos. Serie Comercio Internacional, CEPAL, no. 65, 2006, p. 1-69.

tal sentido se ha valorado críticamente que las negociaciones deban hacerse en Ginebra lo cual hace costoso este proceso si se tiene en cuenta que varios países miembros de la OMC no cuentan con sedes permanentes en esta ciudad suiza. Igualmente se ha criticado la posibilidad antes indicada de dar por terminada unilateralmente la etapa de consultas lo cual ha facilitado que los países más fuertes comercialmente presionen a aquellos más débiles a llegar a un acuerdo a fin de evitar la iniciación de un grupo especial[19]. De otra parte, el carácter confidencial y el hecho de que una buena parte de las negociaciones no se reporta al OSD, no permite monitorear el alcance de lo negociado entre países en situación de desigualdad[20].

La etapa del grupo especial

En caso de que no se logre una solución negociada en la etapa de consultas, se dará lugar, previa solicitud del demandante dirigida al OSC[21], a la creación de un grupo especial. Para que este tenga lugar se debe solicitar por escrito su surgimiento haciendo referencia a las medidas que se considera violan los acuerdos abarcados estableciendo igualmente los fundamentos de derecho de tal valoración.

El mandato general y uniforme del grupo especial corresponde fundamentalmente a examinar los argumentos y pruebas presentados por las partes en relación con el incumplimiento o afectación de los intereses de alguna de ellas y emitir conclusiones que puedan eventualmente ser tomadas como recomendaciones por el órgano de solución de controversias en pleno. Este mandato puede

---

[19] EWART. Op. cit.; HOEKMAN, B. y MAVROIDIS, B. Enforcing WTO Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries—Something Happened on the Way to Heaven. Londres: Centre for Economic Policy Research, 2000. Disponible en Internet: http://www.cepr.org/meets/wkcn/2/2300/papers/Hoekman.pdf

[20] "Many argue that power politics have spilled into the supposedly 'legalized' and 'rules based' dispute settlement procedures. One must be suspicious for example of the informal and highly confidential consultation phase – the first stage of the dispute process where countries are encouraged to negotiate settlements to their disputes. Unfortunately, any documentation produced during this phase, including consultation outco are not public record and thus any empirical review is not possible". JONES, J. The World Trade Organization Dispute Resolution Process: power politics or leveling the playing field? ISA Conference, Working Paper, 2005, p. 1-21.

[21] Para los efectos de este artículo, la expresión SSD hará referencia al sistema general de solución de conflictos incluyendo sus diversas etapas y los varios organismos que intervienen en tal proceso. Por su parte, la denominación OSC versa sobre el organismo que dentro de la OMC toma formalmente las decisiones vinculantes de resolución de un conflicto, el cual está integrado por todos los países miembros de aquella.

ser ajustado de común acuerdo entre las partes, contando con la intervención del presidente del OSC (Art. 7, DSU) En este punto se debe anotar que cualquier estado en calidad de tercero podrá ser escuchado en el desarrollo de la actividad del grupo especial, tanto a nivel oral como escrito, debiéndose hacer referencia a su intervención en las conclusiones del OSC.

El desarrollo del anterior mandato se regirá por lo previsto en el apéndice tres del entendimiento, salvo voluntad diferente de los integrantes del grupo especial consultada con las partes. En tal sentido, estas pueden ajustar flexiblemente el desarrollo del mismo especialmente a nivel de tiempos, ampliándolos hasta un máximo de nueve meses y en el caso de países en desarrollo mucho más[22]. Es igualmente posible por voluntad de las partes, suspender un grupo especial y en caso de que supere los 12 meses se entiende como abandono del caso.

Según el artículo 3,8 "en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación".

En otros términos, en caso de que haya un incumplimiento evidente de las normas objeto de la diferencia, existe un proceso de inversión de la carga de la prueba según el cual la parte que ha roto con alguna norma debe probar que no lo ha hecho o que no tiene efectos contrarios para la parte demandante. Sin embargo, en aquellos casos donde la diferencia sea asociada a un incumplimiento parcial o discutible o a actuaciones válidas jurídicamente pero generadoras de daño, la carga de la prueba descansa en buena parte en el demandante. Si no se aporta la prueba por el demandante, no se podrá fallar en contra del demandado.

A este respecto debe anotarse que el procedimiento no establece de manera definida en quien descansa la carga de la prueba y por lo demás las posiciones de

[22] "Las reglas de procedimientos especiales que podrían agregarse a las contempladas por el Apéndice 3del ESD incluyen aquellas relativas a lo siguiente: protección de información confidencial, medidas o decisiones preliminares, traducción y transmisión de documentos, solicitud de documentos, publicidad de las audiencias, mecanismos para recibir información no solicitada, otorgamiento de derechos adicionales a terceras partes, etc.". GRANE. Op. cit.

los paneles y el órgano de apelación en relación con el tema han sido variables según la situación que deba probarse[23].

Por su parte, la dinámica probatoria de este proceso está sujeta al principio de libertad probatoria. Esto significa que es admisible cualquier prueba, presentada en cualquier forma y en cualquier tiempo[24]. Dichas pruebas serán valoradas libremente por el grupo especial[25]. En igual sentido, este puede determinar y contar con la información y conocimiento de cualquier experto teniendo en cuenta el creciente carácter técnico que tienen algunos temas y pruebas[26].

Esta configuración probatoria presenta varios problemas para los países en desarrollo. De un lado, la inversión de la carga de la prueba en violaciones *prima facie* planteadas por los demandantes, los pone en una situación vulnerable y costosa pues deben demostrar que no le están causando daño a aquel. Esto resulta en determinados casos en una carga económica y complicada aún para un país desarrollado pero crítica para un país pobre. En igual sentido, las posiciones cambiantes y por tanto no sostenidas de los paneles y del órgano de apelaciones pueden afectar a los países en desarrollo, pues en su calidad de demandantes o demandados no siempre tienen claro qué deben probar o no respecto de sus respectivas pretensiones o defensas.

Por otra parte, la libertad probatoria, entre otros, ha conllevado un aumento de su carácter técnico y detallado. En tal sentido, los países en desarrollo deben hacer esfuerzos cada vez más costosos para aportar o controvertir pruebas aportadas por sus contrapartes mejor dotadas para plantear esta información[27].

---

[23] Ver al respecto GRANDO, M. Allocating the burden of proof in WTO disputes: a critical analysis. En: 9 Journal of International Economic Law. 2006, vol. 9, no. 3, p. 615-666 y UNTERHALTER, D. Allocating the Burden of Proof in WTO Dispute Settlement Proceedings. En: Cornell International Law Journal. 2009, vol. 42, p. 209-220.

[24] "On the other hand, because the rules on the timing of evidentiary submissions are also lax, there is the opportunity for parties to continue introducing new evidence as the dispute moves forward. As Andersen notes, "[i]t is not unusual in fact-intensive cases for more exhibits to be filed by the complaining party after it files its first submission than were included in its first submission". BOLH. Op. cit.

[25] GRANE. Op. cit.

[26] "Eso incluye el derecho a aceptar o rechazar información no solicitada, incluyendo información presentada por *amicus curiae* (amigos de la corte), como pueden ser ONG, asociaciones comerciales, académicos, etc.". GRANE. Op. cit.

[27] "The increasing importance of fact-finding at the WTO manifests in various ways. As the nature of WTO dispute settlement becomes more technical, panels may need to broaden their understanding of issues. Depending upon the type of case, parties may find the need to produce economic and/or scientific evidence" BOLH. Op. cit.

Lo anterior se hace más crítico si tenemos en cuenta que las pruebas se pueden aportar en cualquier tiempo lo cual significa que dado su carácter técnico y su oportunidad variada, aquel país con mayores recursos puede presentar pruebas casi incontrovertibles al final del procedimiento. Finalmente, el sistema actual no garantiza que el grupo especial solicite de manera obligatoria la presentación de pruebas por parte de la contraparte demandada. Dada la carga de la prueba invertida que existe en algunos casos, es perfectamente posible que un país desarrollado demandado por uno en desarrollo, no aporte pruebas en su defensa y en tal sentido dificulte al máximo el desarrollo de un caso:

> An even larger problem facing developing countries, though, appears when a counter party *refuses* to submit evidence. Perhaps the weakest link in the void of WTO rules of evidence is a panel's inability to compel a party to produce evidence within its exclusive control. This deficiency is particularly relevant for developing countries, which already face an uphill battle discussed herein to produce their own evidence. If a wealthier counterparty can further manipulate the disparity in resources by "failing" to provide evidence, it forces developing countries to do even more scrambling[28].

En otro plano del análisis, el grupo especial está integrado por personas escogidas para el efecto de una lista de expertos organizada por la Secretaría de la OMC e integrada por personas propuestas por los diversos gobiernos y que en líneas generales pueden provenir de la diplomacia, la abogacía profesional o la academia. El tratado por el que se creó el SSD es claro en establecer que los integrantes del mismo deben ser elegidos asegurando su independencia y en tal sentido no representan a los países de los cuales provienen. A fin de permitir una imparcialidad mayor, salvo acuerdo en contrario, no es posible designar un integrante de grupo especial perteneciente a alguno de los países parte en la controversia. En este sentido y previa petición de un país en desarrollo, se podrá nombrar un árbitro proveniente de otro país en desarrollo a fin de garantizar que sus expectativas e inquietudes en cuanto tal sean tenidas en cuenta. La designación de los integrantes del grupo es inicialmente de común acuerdo entre las partes, pero ante diferencia al respecto, el presidente del OSC puede establecerlo unilateralmente cumpliendo algunas consultas internas. (Art. 8, DSU).

[28] BOLH. Op. cit.

El tiempo para integrar un grupo especial no debe superar los 30 días, pero en la práctica toma cerca de 70[29].

La composición real de los paneles, sin embargo, tiene dinámicas que contrastan con su orientación inicial. En primer lugar, estos tienden a ser conformados más por personas con antecedentes diplomáticos y de confianza por parte de los Estados que por técnicos o personas venidas de la academia[30]. Esto es una dificultad para los países en desarrollo si tenemos en cuenta que los panelistas de origen diplomático consideran elementos más políticos a la hora de decidir en casos que afectan a países desarrollados respecto de aquellos en desarrollo[31]. Lo anterior es más claro si se tiene en cuenta que la procedencia geográfica de los panelistas es desigual. Para el caso africano y hasta 2005, solo nueve panelistas provenientes de este continente participaron en grupos especiales o en el órgano de apelación. Por su parte, Nueva Zelanda había tenido para las mismas fechas 13 individuos de su nacionalidad como decisores en alguno de los ámbitos descritos[32,33].

Un tema particularmente preocupante es el relacionado con algunas situaciones que ponen en cuestión la posibilidad de la independencia de los panelistas o del equipo de apoyo que facilita su trabajo. Es lamentablemente normal que personas que integren los paneles hayan sido en el pasado, asesores o consultores de alguno de los estados o empresas que indirectamente están vinculados a

---

[29] GRANE. Op. cit.

[30] "Hence, the fact that panel compositions tend to reflect diplomatic considerations, is probably largely responsible for the fact that panels have almost never gone further than to recommendations." H, Horn y P Mavroidis, Remedies in the WTO Dispute Settlement system and developing country interests. World Bank, Working Paper, 1999, p. 1-40.

[31] Maton registra algunos autores que sostienen esta apreciación: "Garrett & McCall-Smith (1999), focusing on the Appellate Body, claim that "in the short term … decision making will be strategic and often political"13, and provide qualitative evidence to support this. Steinberg (2004) argues that judicial decision-making in the WTO faces "a hard political constraint" in the form of the interests of powerful Members, particularly the US and EU14. It is theories of this nature which this study aims to assess". MATON, J. Independence Under Fire: Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement, 10, En: Journal of International Economic Law. 2007, vol. 10, no. 2, p. 317-334.

[32] Ibid., MOSOTI. Op. cit.

[33] "The issue of participation was raised by African countries in the negotiations for the reform of the DSU. In its proposal, the African Group expressed concern in 'the still unbalanced representation of Africa on the panels and the Appellate Body. A balanced geographical representation will assist in promoting a balanced DS that reflects the various backgrounds and inherent concerns of the entire WTO membership". MOSOTI. Op. cit.

los casos en litigio[34]. Por su parte, los equipos de apoyo en el desarrollo de los paneles, provienen de países que usan recurrentemente el sistema de solución de controversias y han tenido vinculaciones en el pasado con su gobierno, lo cual es especialmente claro para el caso de los Estados Unidos[35]. La inexistencia de un régimen de incompatibilidades e inhabilidades dificulta denunciar o tramitar este tipo de conflictos.

Volviendo al desarrollo del procedimiento, durante el desarrollo del grupo especial y en general durante todo el procedimiento, es posible llegar a soluciones negociadas vía procesos de mediación, conciliación y buenos oficios. Según Busch, 13% de los casos terminaron negociadamente a esta altura[36]. Si esta no fructifica en este momento: "El grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD. En tales casos, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las partes en la diferencia, el informe del grupo especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución". (Art. 12, DSU).

Las deliberaciones del grupo especial para llegar al informe son confidenciales y por tanto secretas aún para las partes. Por su parte, las opiniones vertidas en el informe final por los integrantes del panel son anónimas, no habiendo oportunidad para presentar votos o conceptos de salvamento.

La decisión inicial del grupo especial generalmente determina si ha habido rompimiento de los tratados y hace recomendaciones para hacer las correcciones correspondientes. Según Grané, en cerca de 90% de los casos se encuentra que sí hay mérito respecto de la violación directa o indirecta de los tratados.

Esta propuesta de decisión se enviará a las partes dentro de un tiempo establecido por el grupo especial según reglamento. Los mismos pueden solicitar por escrito y/o verbalmente el reexamen de algunas de las consideraciones tenidas

---

[34] "Similarly, experience suggests that the question of potential conflict, e.g. involving affiliations (and former affiliations) of panel members, Secretariat staff and counsel and other aspects of the process, needs to be addressed". RAGOSTA. Op. cit.

[35] Secretariat staff supporting panels are often from a country involved in the process. (While some might say that the dearth of experienced legal staff at the WTO makes this a necessity, it still should be noted as an issue to consider.) Several instances of potential problems in this regard have been reported to the U.S. government but, as far as is publicly known, nothing has been done to clarify procedures. RAGOSTA. Op. cit.

[36] BUSCH. Op. cit.

en cuenta en el informe. Cumplida esta fase, el informe se distribuirá a todos los países integrantes de la OMC, pertenecientes a su vez al OSC.

El organismo de solución de controversias conocerá durante, al menos, 20 días el informe del grupo especial siendo posible el aportar y conocer, por cualquier país, objeciones al contenido del mismo. Mediando una discusión colectiva, garantizando el derecho de intervención de las partes en litigio y salvo que se decida apelar por alguna de ellas o exista un consenso negativo en contra de la decisión, el OSC en pleno dará por adoptada la misma. De acuerdo con estimados de Busch, 73% de los casos son apelados. La decisión final del grupo especial, cuando no hay apelación, no tiene el carácter de precedente, pero en la práctica es usada por futuros grupos especiales para resolver casos sobrevinientes[37].

En suma, el grupo especial tiene por tarea establecer los términos jurídicos y fácticos de una diferencia a fin de aportar conclusiones y recomendaciones para el órgano de solución de diferencias quien tiene la tarea de tomar una decisión final y vinculante al respecto. Para el desarrollo de lo anterior, el mencionado grupo está regido por criterios de flexibilidad para el desarrollo del caso, lo cual incluye la libertad probatoria. En igual sentido la confidencialidad es un tema transversal a lo largo de todo el procedimiento, al igual que la delimitación temporal de las etapas. Al respecto, si bien el sistema establece un plazo máximo de 6 meses para el funcionamiento del grupo especial, Grane ha establecido que en la práctica este toma más de un año en desarrollar su labor[38]. Sáez, por su parte, sostiene que no son excepcionales los casos donde el tiempo es cercano a los 15 meses desde la solicitud de consultas.

La etapa de apelación

Cualquiera de las partes en litigio podrá ejercer el recurso de alzada ante el órgano de apelaciones del SSD[39]. Este es uno de los pocos casos donde un órgano de justicia internacional tiene prevista la segunda instancia. La misma está dirigida a discutir solamente cuestiones de derecho y de interpretación del mismo respecto del pronunciamiento del grupo especial. En tal sentido, no admite en principio el conocimiento de situaciones de hecho salvo que se pueda determinar que el grupo especial no hizo una valoración objetiva de las pruebas (P. ej.: no tuvo en

[37] GRANE. Op. cit.

[38] Ibid.

[39] Los terceros no podrán ejercer la apelación pero si pueden presentar comunicaciones orales o escritas.

cuenta la prueba o la valoró erradamente). El órgano de apelación podrá confirmar, modificar o revocar lo decidido previamente. En tal sentido la decisión final del litigio queda en manos del órgano de apelaciones y no se devuelve al grupo especial, como ocurre normalmente con la jurisdicción interna[40]. Estas decisiones son por lo demás obligatorias y tomadas sin admitir salvamento de voto[41]. Las mismas, sin embargo, son formalmente adoptadas por el órgano de solución en pleno. El proceso de apelación tiene un periodo previsto entre 60 o 90 días como máximo el cual no se ha respetado en la mayoría de los casos[42].

El órgano de apelaciones es un organismo permanente conformado por siete integrantes seleccionados por los países pertenecientes al mecanismo de solución de controversias y por un periodo de cuatro años prorrogables por una ocasión. Los mismos son escogidos teniendo en cuenta su origen regional y su formación o versación en los temas del comercio internacional. Tres de los miembros siempre han sido nacionales de Estados Unidos, Japón y uno de los Estados miembro de la Comunidad Europea. Además, siempre ha habido un representante de América Latina, África y Oceanía[43]. El accionar para cada caso sometido a este es por tripletas.

El funcionamiento del órgano de apelaciones está sujeto a un procedimiento propio establecido de manera general. El mismo prevé, entre otros, que un integrante del órgano no podrá conocer de algún caso donde pueda tener conflicto directo o indirecto de intereses y en tal sentido se asume que aquel no representa a ningún gobierno. Adicionalmente se establece la confidencialidad de lo actuado y el carácter anónimo de los planteamientos de la tripleta que decide el caso.

---

[40] VILLAMARÍN. Op. cit.

[41] Al respecto ha existido una discusión técnica en el sentido de limitar tal salvamento "There is no provision for dissenting judgments in the DSU. This needs some re-thinking given the inadequacies highlighted in the DS jurisprudence. Often, and as demonstrated by judicial practice at the International Court of Justice, and in certain national court systems, dissenting judgments may bring to the fore usually unheard concerns which may in the long run shape the evolution of the system. Dissenting judgments should be allowed in the DS system through a rule that the Members of the panel or Appellate Body should each deliver a judgment and the final decision be taken on the basis of a majority. LDCs understand that this may mean additional resources and work for the Secretariat". MOSOTI. Op. cit.

[42] "En la práctica, el plazo promedio entre que una parte presenta un anuncio de apelación y que el Órgano de Apelación circula su informe es de 89 días. Sin embargo, el Órgano de Apelación no ha respetado el límite de 90 días en 30 de los 87 casos que ha conocido hasta agosto de 2008. En total, el plazo promedio entre el establecimiento del grupo especial y la adopción del informe, en casos en los que ha habido apelación, es de 552 días" GRANE. Op. cit.

[43] GRANE. Op. cit.

Las decisiones del órgano de apelaciones así como de los grupos especiales, mediando la comprobación de alguna medida contraria a los acuerdos, recomendarán que se hagan los ajustes para ponerlas en marcha según lo previsto en los tratados. Igualmente, según el caso, podrá sugerir formas en que se pueden cumplir las recomendaciones, lo cual es por lo general poco usual[44]. Técnicamente una recomendación normal no siempre incluye referencia a que se suprima o retire la medida, sino que se ponga en conformidad[45]. Esta regulación se ha convertido en un serio problema para la eficacia de las decisiones, pues al no existir una resolución concreta sobre qué hacer como consecuencia de un incumplimiento, los países, especialmente los más fuertes, lo interpretan con excesiva libertad, lo cual obviamente termina por afectar a los países en desarrollo que luego de haber ganado un caso, por la amplitud de las recomendaciones deben iniciar procedimientos complementarios para obtener su cumplimiento según sus expectativas: "First, WTO panels word their rulings as general "recommendations", without dictating or providing much guidance as to how to comply with the ruling. To the extent that rulings are relatively ambiguous, they more likely benefit those members with greater bargaining leverage in the negotiations that always follow a legal decision"[46].

De todas formas, en las decisiones del órgano de apelaciones, no se podrán aumentar o reducir los derechos y obligaciones provenientes de los acuerdos abarcados. Finalmente la existencia del mecanismo de apelaciones ha facilitado la generación de precedentes fácticos que garantizan cierta seguridad jurídica en la interpretación a pesar de que formalmente no son vinculantes[47]. Adicionalmente, su accionar ha sido valorado por algunos estados como excesivamente

---

[44] GRANE. Op. cit.

[45] La recomendación de "poner en conformidad" equivale a la obligación bajo derecho internacional público de cesación, según la cual "El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: (a) a ponerle fin, si ese hecho continúa;… Las recomendaciones que pueden formular los grupos especiales y el Órgano de Apelación, sin embargo, no imponen la obligación de reparación íntegra del perjuicio causado, ya sea a través de restitución (*restitutio in integrum*), indemnización, o satisfacción. En ese sentido, las consecuencias de las violaciones de un acuerdo abarcado por parte de un Miembro de la OMC es diferente a las consecuencias de un hecho "internacionalmente ilícito" bajo el derecho internacional público" GRANE. Op. cit.

[46] SHAFFER. 2003, Op. cit.

[47] "In practice, however, precedents are actually given great weight, and panel and Appellate Body reports refer frequently and deferentially in many footnotes to the reasoning contained in other reports. The Appellate Body plays a particularly important oversight role in disciplining judgments and ensuring their consistency. Thus, de facto, the DSU has established something approaching a common law system".

activista al haber interpretado los acuerdos abarcados de maneras no previstas en sus textos tales como las relativas a la introducción de la figura del *amicus curie*.

La fase de cumplimiento

El tratado presta especial atención a monitorear y establecer mecanismos de diverso tipo dirigidos a propiciar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones proferidas por el órgano de solución de controversias. El marco de posibilidades para garantizar el cumplimiento se puede desplegar de la siguiente forma:

1. Dentro de los 30 días posteriores a la decisión vinculante, la parte demandada deberá informar al órgano de solución como piensa cumplir con la decisión que lo afecta. En caso de que el cumplimiento no sea inmediato, se dará un tiempo prudencial para ello.
2. Este último se puede entender de tres formas. El tiempo propuesto para el demandado y aprobado por el OSC. El acordado entre las partes en el litigio y dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones. Si este último no es posible, en plazo determinado por un árbitro, generalmente escogido del órgano de apelaciones que conoció el caso, el cual debe establecer un tiempo en principio no superior a los 15 meses desde la fecha de adopción de la solución del caso. Con todo, este plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso. Hasta 2008 se habían producido 21 arbitrajes en este sentido, lo cual muestra que es un tema relativamente recurrente que alarga aún más el desarrollo del procedimiento[48].
3. A la hora del cumplimiento puede haber desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y

---

LAWRENCE, R. The United States and the WTO Dispute Settlement System. Council on Foreign Relations, CSR. no. 25, 2007, p. 1-51.

[48] PENG, S. How Much Time is Reasonable? - The Arbitral Decisions under Article 21.3(c) of the DSU. En: 26, Berkeley J. Int'l L. 2008, vol. 26, no. 1, p. 323-349. En este proceso de arbitraje, las partes pueden presentar argumentos relacionados con un tiempo mayor para cumplir lo establecido por el OSD. En tal sentido los argumentos más reiterados al respecto son: "They are as follows: (1) legislative procedures; (2) political sensitivity; (3) general economic matters; (4) congressional schedule; (5) developing country's special attention claim; (6) particular political events; (7) other international obligations; (8) fiscal difficulty; (9) scientific studies; and (10) punitive deadlines".

resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado. Esta diferencia se resolverá, en cuanto sea posible por el grupo especial que haya entendido inicialmente del asunto.

4. El OSC prevé que en sus sesiones la parte que ha obtenido una decisión a su favor, podrá dar a conocer complicaciones o información relacionada con el cumplimiento. El conocimiento de esta situación se hará de manera recurrente hasta que se logre su cumplimiento.
5. En varias secciones de esta parte del articulado se hacen, al menos, tres referencias a que se tendrán en cuenta las situaciones particulares de los países en desarrollo respecto del cumplimiento cuando han sido demandantes o demandados. A este nivel, Álvarez Jiménez ha analizado la forma como los árbitros han tenido en cuenta el tiempo razonable según las expectativas de los países en desarrollo. La conclusión es que las posiciones son variantes y erráticas al respecto lo cual no hace posible predecir un criterio claro para aplicar un tiempo prudencial de cumplimiento a favor de los países en desarrollo[49].
6. En caso de que el país demandado no haya cumplido con lo previsto por la decisión vinculante para el caso, el demandante podrá obtener una compensación por parte del primero. La misma es ante todo de orden comercial (otorgamiento de ventajas comerciales adicionales tales como reducir aranceles, aumentar cuotas, etc.) y no monetaria o indemnizatoria y su existencia debe ser el producto del acuerdo común entre las partes.

   Esta regulación es criticable desde el punto de vista de los países en desarrollo pues la compensación no incluye los daños causados durante el periodo de no cumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados. En tal sentido, está generando incentivos para comportamientos perversos por los países más fuertes. En concreto, promueve que se alargue al máximo el proceso y en segundo lugar incentiva hasta cierto punto el rompimiento de los acuerdos pues quien lo hace sabe que al final del proceso solo tendrá que ajustar la medida, pero no pagar por los daños generados como tal[50].

---

[49] Ver ÁLVAREZ, A. A reasonable period of time for dispute settlement implementation: an operative interpretation for developing country complainants. En: World Trade Review. 2007, vol. 6, no. 3 p. 451-476.

[50] LAWRENCE. Op. cit.

Adicionalmente la compensación, en caso de otorgarse de común acuerdo, está regida por el principio de nación más favorecida. Esto quiere decir que cualquier otro país integrante de la OMC podrá verse beneficiado de esa misma situación aun cuando no haya participado en el litigio[51]. Por estas últimas razones es que este mecanismo para presionar el cumplimiento ha sido utilizado solo en muy contados casos[52].

7. En caso de que lo anterior no se logre dentro de los 20 días posteriores a la expiración del plazo prudencial, la(s) parte(s) afectadas podrán solicitar al OSD la autorización para suspender concesiones, lo que también se conoce como retaliación[53]. Estas tienen un marco de referencia que plantea que las mismas podrán hacerse respecto del mismo sector objeto del litigio de manera prioritaria; si esto no es posible o eficaz, respecto del mismo acuerdo o tratado abarcado se podrá hacer en última instancia en relación con cualquier otro acuerdo de los administrados por la OMC siempre y cuando las partes formen parte del mismo. En los literales *f* y *g* del art. 22 del tratado del OSC, se establece que se entiende bajo las expresiones sectores y acuerdos arriba indicados. La retaliación es la última ratio para poder obtener el cumplimiento de lo previsto por el OSD[54].
   La configuración vigente para las retaliaciones ha sido cuestionada pues sus efectos pueden tocar a empresas pertenecientes a sectores que no estuvieron involucrados en la diferencia y además en líneas generales restringen el comercio libre, el cual en principio, es el objetivo central de la OMC[55]. Por lo demás, el uso de las contramedidas o retaliaciones

---

[51] GRANE. Op. cit.; Eleso, A. WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries, 2006. Disponible en Internet: http://law.bepress.com/expresso/eps/1378

[52] Entre los contados casos se registran los de Japón, Estados Unidos y Canadá: "As compensation for the delay in implementing the recommendation of the DSB, Japan agreed with the United States to apply reduced tariff rates and in some cases zero tariffs on specific items. Subsequently, similar agreements were reached with the European Communities and Canada to receive at least comparable tariff concessions as that granted to the United States" Ibid.

[53] "Según la jurisprudencia, la solicitud de autorización de suspensión de concesiones debe indicar al menos (1) el nivel de suspensión, y (2) el sector que será afectado por la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La jurisprudencia también indica que la solicitud debe también incluir la lista de productos con respecto a los cuales se van a suspender concesiones u otras obligaciones. Este "requisito", sin embargo, es más controversial, ya que no está expresamente previsto en el ESD". GRANE. Op. cit.

[54] HORN. Op. cit

[55] ELESO. Op. cit

ha sido muy bajo de forma tal que hasta 2006 solo se habían autorizado ocho solicitudes de retaliación y solo en cinco casos fue utilizada[56]. Desde el punto de vista de los países en desarrollo, el retiro de concesiones o retaliaciones no es muy útil pues dadas las diferencias comerciales entre países, para los más fuertes, el cierre parcial del mercado de un país en desarrollo puede ser irrelevante. Por su parte, el país débil que se atreve a retaliar, se ve sujeto a presiones por parte del país más fuerte en temas como el alcance de la cooperación internacional el cual está por fuera del ámbito de acción de la OMC y no está sujeto a su control.

8. En los casos donde la compensación o retiro de concesiones sea respecto de un país de los denominados menos adelantados, "las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos". Estas previsiones no han sido tenidas en cuenta a nivel práctico.
9. Finalmente existen algunas reglas que deben enmarcar tanto la compensación como la suspensión de concesiones. Para los dos casos, el tratado deja claro que estas no se pueden entender como remplazos legítimos al cumplimiento de una recomendación de poner en conformidad según los acuerdos abarcados. En otros términos, un país obligado a ajustar parte de su legislación no puede plantear que puede mantener la misma intocada asumiendo que compensa o acepta la suspensión de concesiones. En otros términos, aún en casos en los que el Miembro demandado otorgue compensación, su obligación es cumplir con la recomendación del OSD[57].

   De otra parte, la suspensión de concesiones debe ser equivalente al menoscabo; compatible con los acuerdos abarcados y temporal hasta que

[56] Respecto de las retaliaciones cruzadas, estas funcionaron en los siguientes casos: "This possibility was first requested, and obtained, by Ecuador in EC – Bananas III (Ecuador) and has continued to gain momentum with similar requests by Antigua in US – Gambling and Brazil in US – Upland Cotton. Suspending obligations under the TRIPS Agreement has been argued to be of particular interest to developing countries in disputes against developed countries". NOTTAGE, H. Evaluating the Critique that WTO Retaliation Rules undermine the utility of WTO Dispute Settlement for Developing Countries. GEG. Working Paper. Oxford University, 2009.

[57] GRANE. Op. cit.

se cumpla lo previsto en las decisiones del OSD, se ofrezca una solución al menoscabo de ventajas o se llegue a un acuerdo.

En suma, la fase de cumplimiento presenta dos dificultades procesales para los países en desarrollo. De un lado, no permite una compensación monetaria por los daños causados al incumplir alguna norma de las administradas por la OMC, lo cual facilita que los países más fuertes mantengan medidas contrarias a los acuerdos abarcados en cuanto saben que no deben pagar pecuniariamente por ello. Por su parte, el mecanismo de las retaliaciones no ha sido usado por los países en desarrollo, dada la irrelevancia práctica que significa cerrar sus mercados a las grandes potencias y por temor a las represalias que esto puede significar.

Visto en sentido general, el agotamiento del procedimiento, siguiendo sus términos formales, está previsto para desarrollarse entre 26 y 32 meses. En la práctica, los casos están teniendo un promedio de desarrollo de 34 meses, presentándose situaciones que han durado más de cuatro años, muchos de ellos afectando a países del tercer mundo como Antigua contra Estados Unidos o Ecuador y otros contra la Unión Europea[58]. Las demoras se han presentado fundamentalmente en las etapas de grupo especial y de cumplimiento.

La duración formal y real del procedimiento resulta larga en términos del acceso de determinados países[59]. En concreto, entre más demorado un proceso, más costoso se hace para países con limitaciones de recursos conllevando no solo costos económicos sino políticos y sociales. Lo anterior es claro respecto de algunas particulares diferencias. Estas serían la de los asuntos en materia de antidumping. Entre más dure su conocimiento y solución más afectado puede estar el país que es objeto de este tipo de medidas, dado que las mismas siguen vigentes hasta la decisión final del caso, lo cual es crítico para países en desarrollo[60].

---

[58] EWART, Op. cit.; SÁEZ, Op. cit.

[59] ARENAS, M. Los obstáculos de los países en desarrollo para acceder al sistema de solución de controversias de la OMC. Tesis de maestría. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 2008; BOLH, Op. cit.

[60] "A medida questionada permanece em vigor durante a resolução de todas as etapas mencionadas acima, prejudicando as exportações do país em desenvolvimento por períodos longos, mesmo que ao cabo dos procedimentos se decida pela condenação da medida. Como não há solução para ese problema –nem com retroatividade dos efeitos da condenação, nem com valores reparatórios impostos à parte derrotada nos contenciosos (sucumbência)–, geram-se desincentivos de várias ordens ao recurso ao OSC pelos países menos desenvueltos". AMARAL. Op. cit.

Conclusiones

El procedimiento para tramitar un caso dentro del SSD tiene cuatro claras etapas. La de consulta, que da inicio al proceso en cuanto tal y donde hoy se están resolviendo buena parte de las causas formalmente iniciadas. La de conocimiento de grupo especial que conlleva conocer el fondo del caso por parte un panel creado para el efecto el cual propone una decisión al OSD. La de apelación, que generalmente se ejerce frente a la mayoría de casos y que conlleva el análisis jurídico de la decisión del grupo de apelaciones y excepcionalmente sus dimensiones fácticas. Finalmente, la fase cumplimiento que según como se desarrolle puede contar con un periodo para su aplicación o con mecanismos diversos dirigidos a obtener la aplicación de la medida producida formalmente por el OSD.

Este procedimiento ofrece dificultades varias para los países en desarrollo que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Respecto de la etapa de consultas, se ha valorado críticamente que las negociaciones deban hacerse en Ginebra lo cual hace costoso este proceso si se tiene en cuenta que varios países no cuentan con sedes permanentes en esta ciudad suiza. Igualmente se ha criticado el procedimiento mediante el cual se puede dar por terminada unilateralmente la etapa de consultas pues se ha convertido en una forma de presión de los países más fuertes al resto, a fin de obtener las concesiones esperadas a propósito de una diferencia. De otra parte, el carácter confidencial y el hecho de que una buena parte de las negociaciones no se reporta al OSD no permite monitorear el alcance de lo negociado entre países en situación de desigualdad. Finalmente, dada la centralidad de esta fase para la resolución de un conflicto, las desigualdades comerciales de origen terminan siendo determinantes a la hora de tramitación del mismo.
2. En relación con el funcionamiento de la fase de grupo especial, la inversión de la carga de la prueba presenta varios problemas para los países en desarrollo. De un lado, en caso de violaciones *prima facie* planteadas por los demandantes, se coloca a los países pobres demandados en una situación vulnerable y costosa pues deben demostrar que no le están causando daño a aquel. Esto resulta en determinados casos en una carga económica y complicada aún para un país desarrollado pero crítica para un país pobre. Por otra parte, la libertad probatoria, entre

otros, ha conllevado un aumento de su carácter técnico y detallado. En tal sentido, los países en desarrollo deben hacer esfuerzos cada vez más costosos para aportar o controvertir pruebas aportadas por sus contrapartes mejor dotadas para plantear esta información. Lo anterior se hace más crítico si tenemos en cuenta que las pruebas se pueden aportar en cualquier tiempo lo cual significa que dado su carácter técnico y su oportunidad variada, aquel país con mayores recursos puede presentar pruebas casi incontrovertibles al final del procedimiento. Finalmente, el sistema actual no garantiza que el grupo especial solicite de manera obligatoria la presentación de pruebas por parte de la contraparte demandada. Dada la carga de la prueba invertida que existe en algunos casos, es perfectamente posible que un país desarrollado demandado por uno en desarrollo no aporte pruebas en su defensa y en tal sentido dificulte al máximo el desarrollo de un caso.

Un problema adicional de esta etapa, que puede afectar a los países en desarrollo pero que no ha sido analizado en profundidad, es la potencial parcialidad y falta de independencia de los árbitros dados los vínculos políticos que tienen con los países más desarrollados.

3. En lo relativo a la fase de cumplimiento se ha cuestionado que las vías de compensación no incluyen los daños causados durante el periodo de no cumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados. En tal sentido, está generando incentivos para comportamientos perversos por los países más fuertes. En concreto promueve que se alargue al máximo el proceso y en segundo lugar incentiva hasta cierto punto el rompimiento de los acuerdos pues quien lo hace sabe que al final del proceso solo tendrá que ajustar la medida pero no pagar por los daños generados como tal.

Bibliografía

ÁLVAREZ, A. A reasonable period of time for dispute settlement implementation: an operative interpretation for developing country complainants. 6, En: World Trade Review. 2007, vol. 6, no. 33, p. 451-476.

AMARAL, D. Pacificação do comércio internacional? A participação dos países em desenvolvimento nos contenciosos da OMC. En: Revista Jur. Brasília. 2007, vol. 8, no. 83, p. 149-167.

AMIN, A. On the Non Effectiveness of The World trade Organization Special and differential treatments in the Dispute Settlement Process 41, En: Journal of World Trade. 2007, vol. 41, no. 2, p. 319-349.

ARENAS, M. Los obstáculos de los países en desarrollo para acceder al Sistema de Solución de Controversias de la OMC. Tesis de maestría. Bogotá: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho, 2008.

BOLH, K. Problems of developing country access to WTO dispute settlement. En: Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law. 2009, vol. 9, no. 130, p. 131-168.

BUSCH, M. y REINHARDT, E. Solución de diferencias en la OMC 1-13 (SIDA, Trade Brief 2004)

COLARES, J. Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development, 2009. Disponible en Internet: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1363912

ELESO, A. WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries, 2006. Disponible en Internet: http://law.bepress.com/expresso/eps/1378

EWART, E. Small developing state in the WTO: A procedural approach to special and differential treatment through reforms to dispute settlement. 35, En: Syracuse Journal of international law and Commerce. 2007, vol. 35, no. 1, p. 27-76.

GRANDO, M. Allocating the burden of proof in wto disputes: a critical analysis. En: Journal of International Economic Law. 2006, vol. 9, no. 3, p. 615-666.

HOEKMAN, B. y MAVROIDIS, B. Enforcing WTO Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries - Something Happened on the Way to Heaven, Centre for Economic Policy Research, London, 2000. Disponible en Internet en: http://www.cepr.org/meets/wkcn/2/2300/papers/Hoekman.pdf

HORN, H. y MAVROIDIS, P. Remedies in the WTO Dispute Settlement system and developing country interests. World Bank, 1999, Working Paper, p. 1-40.

JONES, J. The World Trade Organization Dispute Resolution Process: power politics or leveling the playing field? ISA Conference, 2005, Working Paper, p. 1-21.

LAWRENCE, R. The United States and the WTO Dispute Settlement System. Council on Foreign Relations, CSR, 2007, no. 25, p. 1-51.

MATON, J. Independence Under Fire: Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement. En: Journal of International Economic Law. 2007, no 2, p. 317-334.

MOSOTI, V. Africa in the First Decade of WTO Dispute Settlement. En: Journal of International Economic Law. 2006, vol. 10, no. 2, p. 427-453.

NOTTAGE, H. Evaluating the Critique that WTO Retaliation Rules undermine the utility of WTO Dispute Settlement for Developing Countries. GEG, 2009, Working Paper. Oxford University.

PENG, S. How Much Time is Reasonable? - The Arbitral Decisions under Article 21.3(c) of the DSU. En: 26, Berkeley J. Int'l L. 2008, vol. 26, no. 1, p. 323-349.

RAGOSTA, J. Unmasking the Wto: Access to Dsb System: Can the WTO DSB Live Up ito the Moniker "World Trade Court? En: Law and Policy in International Business. 2000, vol. 31, no. 739, p. 765-801.

SÁEZ, S. Las controversias en el marco de la Organización Mundial de Comercio: de dónde vienen, en dónde están, a dónde van. En: Serie Comercio Internacional, CEPAL. 2006, no. 63, p. 1-55.

SALLES, J. Una década de funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: avances y desafíos. En: Serie Comercio Internacional, CEPAL. 2006, no. 65, p. 1-69.

SHAFFER, G. How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. ICSTD, Monograph, Paper 5, 2003, p. 1-65.

_____. Developing Country Use of the WTO Dispute Settlement System: Why it Matters, the Barriers Posed, and its Impact on Bargaining. En: Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment. James C. Hartigan Ed. Londres: Emerald Group, 2005, p. 167-190.

SHAFFER, G., RATTON, M., y ROSEMBERG, B. The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success. En: Cornell Int'l L. J. 2008, vol. 41, no. 2, p. 383-501.

TROGOLO, C. El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Obstáculos a la participación efectiva de los países en desarrollo y evaluación de los proyectos de reforma del sistema. Tesis de maestría. Flacso, Buenos Aires, 2007.

VILLAMARÍN, J. El mecanismo de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo. En: Biblioteca Digital Andina, 2004, disponible en Internet: http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0020.pdf

UNTERHALTER, D. Allocating the Burden of Proof in WTO Dispute Settlement Proceedings. En: 42, Cornell International Law Journal. 2009, vol. 42, p. 209-220.

WILSON, B. Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date. En: Journal of International Economic Law. 2007, vol. 10, no. 2, p. 397-403.

Instrumentos internacionales de derechos socioeconómicos. Una revisión a partir de la realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia*

Yira López Castro**

Los acuerdos internacionales de protección de derechos sociales[1] y los adelantos teóricos alrededor de su fundamentación[2], permiten concentrarse en la forma como aterrizan esos presupuestos en las condiciones reales de los individuos. Si aislamos los desacuerdos sobre el balance y consecuencias del constitucionalismo social[3], principalmente aquellos relacionados con el adecuado vínculo entre

---

* Las ideas expuestas en este escrito surgen en desarrollo del proyecto que la autora adelanta en el marco de sus estudios doctorales adscritos al Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

** Profesora de carrera académica y coordinadora del Área de Derecho Comercial de la Universidad del Rosario.

1 En este texto se utilizarán las expresiones "derechos sociales", "derechos socioeconómicos" y "derechos económicos, sociales y culturales" indistintamente para hacer referencia al catálogo de derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

2 Pueden pensarse en los aportes de varios teóricos como: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002; ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2012; COURTIS, Christian y ÁVILA S., Ramiro (eds.). La protección judicial de los derechos sociales. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; COURTIS, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006; PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007; UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, César y GARCÍA, Mauricio (eds.). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma, 2006.

3 Por ejemplo las críticas al constitucionalismo social realizadas por: Fernando Atria en "¿Existen los derechos sociales?"; Ricardo Guastini en Estudios de teoría constitucional y Luis Prieto Sanchís en "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial" y en Colombia por Sergio Clavijo en Fallas y fallos de la Corte Constitucional y Salomón Kalmanovitz en Los efectos económicos de la Corte Constitucional.

activismo judicial en la aplicación de instrumentos internacionales de derechos sociales y el principio democrático, es posible afirmar que las últimas dos décadas de historia colombiana han traído avances en la protección de derechos socioeconómicos, por lo menos en términos de su reconocimiento[4].

Una de las perspectivas que hace posible palpar esa realización es la actividad judicial y por ello, en esta oportunidad, se pretende explorar la forma en la que la Corte Constitucional[5] acude a los instrumentos internacionales. En el escrito se presentan tres ejemplos, dentro de los múltiples posibles que pudieran ser objeto de análisis, para verificar la utilización judicial de los instrumentos internacionales en el ámbito doméstico.

Los tres ejemplos corresponden a la estructura de división del texto. Así, en la primera parte, se presentan algunas ideas sobre las contribuciones de los instrumentos internacionales al contenido del derecho a la vivienda. La segunda parte expone, a partir de la experiencia en el sistema interamericano, una aproximación a las dificultades de la división entre derechos civiles de aplicación inmediata y derechos sociales con garantías progresivas. La última parte presenta a las graves situaciones de urgencia como escenarios que permiten la intervención judicial en la imposición de obligaciones para la realización de derechos como el de la vivienda.

Aportes de los instrumentos universales en la construcción del derecho a la vivienda como fundamental para proyectar la vida privada y social de los individuos

Los principales instrumentos de carácter universal referidos por la Corte Constitucional en materia de derecho a la vivienda han sido la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económi-

[4] HONNETH, Axel. La lucha por el reconocimiento. Trad. Manuel Ballestero. Barcelona: Editorial Crítica, 1997.

[5] Aunque en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es posible encontrar decisiones que afectan el derecho a la vivienda, ellas se refieren específicamente a contratos de créditos hipotecarios en las que no aparecen menciones a la relevancia del derecho a la vivienda desde el ámbito internacional, por lo que tales sentencias fueron descartadas. En la Sala Civil es posible encontrar la aplicación de figuras como la imprevisión y la revisión judicial del contrato, la doctrina de los actos propios y la readecuación de las prestaciones a futuro en materia de créditos hipotecarios. Pueden consultarse: COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 de diciembre de 2003, exp. 7565; 19 de diciembre de 2005, exp. 1989- 01859-01; 2 de julio de 2006, SC-069- 2006, exp. 00009-01; 26 de febrero de 2010, exp. 11001-3103-039-2001- 00418-01; 21 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

cos Sociales y Culturales de 1966[6]. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales incluyen a la vivienda como parte del derecho a un nivel adecuado de vida. De esa manera, el artículo 11.1 del Pacto señala: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

La Constitución Política de Colombia al consagrar el derecho a la vivienda[7], lo acompaña del adjetivo "digna". Así que la expresión "adecuada" que emplean los dos instrumentos internacionales, le ha servido a la Corte Constitucional para configurar el contenido del derecho a una "vivienda digna y adecuada" e interpretarlo a partir de estos instrumentos y de la Observación general no. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Estrategia Mundial de Vivienda de la Asamblea General de Naciones Unidas. Para realizar tal interpretación se ha valido de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política[8] según el cual, los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia[9].

Acudiendo a los instrumentos internacionales y a la interpretación que de ellos se ha realizado, la Corte ha ido ensanchado el contenido del derecho. En

---

[6] Posteriormente, aparecieron otros instrumentos que se ha referido a vivienda como mecanismo de protección en eventos específicos. Así, aparece por ejemplo en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convenio No. 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios (1990).

[7] Señala el artículo: "Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda".

[8] De conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

[9] Ha señalado sobre este punto: "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el parágrafo 1 del artículo 11 que "los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...". Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas". COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-936 del 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

algunos pronunciamientos ha indicado que la Observación General no. 4 "establece elementos que asisten a la interpretación de la disposición constitucional" y "que contiene algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional"[10]. Los elementos a los que se refiere la Corte Constitucional y que siguen a la Observación son: las condiciones de la vivienda y la seguridad del goce de la vivienda.

Las condiciones de la vivienda referidas en la Observación han servido para que la Corte señale que la existencia de un simple techo para la protección de las circunstancias ambientales es insuficiente para llenar de contenido el derecho. Los individuos y sus familias requieren poder tener acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como contar con servicios públicos, seguridad, posibilidad de acceso a servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esa serie de bienes forman parte también del derecho a la vivienda, pues de poco serviría contar con un techo aislado de los lugares en donde se encuentra el empleo, la educación y la salud.

De otra parte, el concepto de seguridad en el goce al que se refiere también la Observación general no. 4, ha permitido indicar que además de las condiciones materiales, el derecho a la vivienda conlleva asequibilidad económica y seguridad jurídica de la tenencia. La asequibilidad mira si existe una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia. Entonces, implica contar con sistemas adecuados para financiar la adquisición de vivienda y garantizar que los gastos que entraña la vivienda no impiden la satisfacción de otras necesidades básicas.

Sobre este punto y sirviéndose de la Observación, la Corte Constitucional señaló: "La realización del derecho a la vivienda digna significa, en punto a la existencia de un sistema adecuado de financiación a largo plazo, (i) la existencia de uno o varios sistemas, conforme las necesidades de los asociados y (ii) que no se impongan restricciones para que quienes requieran de la modalidad de financiamiento sujeta a condiciones especiales, puedan acudir a éste"[11]. La utilización de ese discurso en favor de la inclusión financiera, presentado como mandato del modelo de economía social de mercado[12], permite la mercantilización de

[10] COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias T-403 de 2006 y T-585 de 2006.

[11] COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-936 de 2003. En la sentencia la Corte analiza la facultad de los bancos comerciales de celebrar contratos de leasing habitacional (Artículo 7º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

[12] En algunas sentencias, la Corte Constitucional ha indicado que aunque la Constitución no señala

las relaciones de los ciudadanos que demandan derecho a la vivienda y que para ser pequeños propietarios de inmuebles, toman la categoría de deudores. Las reflexiones alrededor de la construcción de esa forma de acceso, dejan ver las dimensiones del papel del Estado y de las entidades financieras en la configuración de las categorías contractuales, desarrolladas usualmente por el derecho económico, para alcanzar derechos como el de la vivienda. De ahí que la seguridad jurídica de la tenencia apunte a que las distintas formas de tenencia de la vivienda estén protegidas principalmente contra el desahucio[13].

El ensanchamiento del derecho a la vivienda a partir de los parámetros universales ha hecho posible vincular la idea indeterminada de contar con un alojamiento a la proyección que las personas tienen de su vida individual, familiar, social en un lugar que les permite desarrollar su integridad.

La categoría "derechos sociales" en el discurso constitucional y en el sistema interamericano

A las decisiones de la Corte Constitucional son extensivos los comentarios que podrían describir algunas líneas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionados con la tendencia a evitar la protección autónoma del derecho a la vivienda prefiriendo utilizar, en el caso colombiano los derechos del capítulo 1 del título II denominados "derechos fundamentales" y en el sistema interamericano "los derechos civiles y políticos" del capítulo II, para proteger las dimensiones socioeconómicos de los derechos que corresponden a esas categorías.

---

de manera expresa cuál es el modelo económico adoptado, del conjunto de normas constitucionales puede inferirse que es el de Economía Social de Mercado. Así por ejemplo ha señalado: "La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general". COLOMBIA. Sentencia C-228 de 2010 M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. Pueden consultarse también las sentencias: C-790 de 2011; C-263 de 2011; C-830 de 2010; C-352 de 2009 y C-865 de 2004.

[13] La Observación General señala: "a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

La Corte Constitucional y la Corte Interamericana se muestran más cómodas abordando el derecho a la vivienda desde una lectura amplia del derecho a la vida, al mínimo vital y a la integridad personal (artículo 6º de la Convención Americana), que a través de una aplicación directa de los artículos 51 de la Constitución Política o del artículo 26 de la Convención Americana, los cuales lo protegen directamente.

Según Tara Melish, quien se refiere al caso interamericano, la aplicación indirecta de los derechos sociales "se debe, por supuesto, a sus comprensibles dudas en aplicar el imposible estándar del "desarrollo progresivo" a casos individuales, en vez de los adecuados deberes de respetar y garantizar los derechos humanos –sean civiles, culturales, políticos, económicos o sociales– de cada persona humana, mediante la adopción de medidas apropiadas y necesarias[14].

A nivel regional, la Corte Constitucional se ha servido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José[15] y el Protocolo Adicional a la Convención americana en materia de los derechos económicos, sociales y culturales de 1988 o Protocolo de San Salvador[16].

En la Convención americana sobre Derechos Humanos el derecho a la vivienda aparece como aquellos que "se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos"[17]. Siguiendo la remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos es posible ubicar el derecho a la vivienda adecuada en el artículo 34 que señala:

> Los Estados miembro convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos

[14] Traducción libre de MELISH, Tara. The Inter-American Court of Human Rights. En: Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 381.

[15] Entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la Ley 16 de 1972.

[16] Adoptada mediante la Ley 319 de 1996 del 24 de septiembre de 1996.

[17] El artículo 26 de la Convención Americana señala: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

> del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: (…) k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población.

Por esta vía, el derecho a la vivienda puede ser alegado directamente ante la Comisión Interamericana mediante peticiones individuales. Esto es así, independientemente de que los derechos del capítulo II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominados "Derechos civiles y políticos" sean aplicados extensivamente para proteger sus dimensiones socioeconómicas[18], o que los derechos del capítulo III, denominados "Derechos económicos, sociales y culturales" se apliquen como derechos autónomos[19].

En la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador (1988) sucede algo similar a lo que ocurre en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales puesto que el derecho a la vivienda no fue incluido dentro de las garantías mencionadas. El fundamento de derecho a la vivienda debe extraerse del artículo 11, en el que se indica: "Toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

Los órganos interamericanos en el trámite de peticiones individuales carecen de competencia para aplicar directamente el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, pueden utilizarlos para determinar el alcance de los derechos la Convención americana[20]. Así, la Cor-

---

[18] Estos "derechos del capítulo II", que abarcan los Artículos 3 al 25, incluyen los derechos a la vida, a la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la seguridad personal, a la vida privada, a la inviolabilidad del hogar, y la protección especial para el niño y la familia. También inclúyelos derechos a la igual protección, al debido proceso y a la protección judicial, a la participación política, a la propiedad, al nombre, a la nacionalidad, así como los derechos a la libertad de la esclavitud y la libertad de conciencia, religión, expresión, reunión, asociación, movimiento y residencia.

[19] El capítulo III denominado "Derechos económicos, sociales y culturales" cuenta con un solo artículo en el que señala: "Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

[20] El Artículo 29 de la Convención Americana señala: "Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o

te Interamericana se ha referido a los lineamientos esenciales de accesibilidad y adecuación incluidos en las Observaciones del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Citando la Observación General no. 4, la Corte Interamericana ha ordenado la implementación de programas de vivienda en casos en los que el daño causado fue "extremadamente grave" y de "carácter colectivo"[21]. Así por ejemplo, en el caso "Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala" indicó: "El Estado debe proveer de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que residan en la aldea de Plan de Sánchez y que así lo requieran"[22]. En ese mismo sentido, la Corte Constitucional, ha intervenido en situaciones graves para considerar que en esos casos es posible establecer obligaciones con el objetivo de proteger por su vulnerabilidad a especiales de grupos, pero aun no es explicito el reconocimiento directo de la aplicación universal de los derechos socioeconómicos.

Así, a pesar de las dificultades de justiciabilidad directa de los derechos sociales derivadas, principalmente, de la diferenciación entre derechos fundamentales de aplicación inmediata vinculados a la tradición liberal y los derechos sociales de aplicación progresiva por la necesidad de contar con recursos económicos para su protección[23], son indudables los aportes de la jurisprudencia constitucional en la configuración de obligaciones al Estado en las que ha utilizado como

---

limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

[21] MELISH, Tara. El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano. Ponencia presentada en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, México, p. 185. Disponible en Internet en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2469/11.pdf

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Reparaciones. Sentencia del 19 de noviembre 2004.

[23] La necesidad de conectar los derechos sociales con los derechos fundamentales para efectos de justiciabiliad se evidencia en la jurisprudencia. Así es usual encontrar justificaciones como esta: "En ese sentido, el derecho a la vivienda digna adquiere rango fundamental, cuando opera el factor de conexidad con otro derecho fundamental, o cuando puede evidenciarse una afectación del mínimo vital, especialmente en personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, ya que, como lo ha reiterado esta Corporación, el derecho a la vivienda adquiere importancia en la realización de la dignidad del ser humano. Así, la prosperidad de una acción constitucional para la protección de este derecho, está sujeta a las condiciones jurídico-materiales del caso concreto en las que el juez de tutela determine si la necesidad de vivienda conlleva elementos que involucran la dignidad o la vida de quien acude a esta instancia judicial". COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 2008.

apoyo argumentativo algunos instrumentos internacionales. Con base en ellos se ha indicado que sin una vivienda, los derechos a la vida y a la intimidad se ponen en peligro, por lo que el derecho, calificado como social, manifiesta su fundamentalidad[24].

Así, ha entendido en algunos casos a los derechos como exigencias negativas y positivas que podemos hacernos mutuamente lo que contrasta con otras alterativas adoptadas por la tradición liberal que entienden los derechos como esferas de autodeterminación individual. No es aceptable que los derechos sociales se les reconozca una fundamentación relativa que dependa de los niveles de progresividad que un Estado es capaz de ofrecer en contraste con la fundamentación de los derechos negativos[25]. Seguir con esa clasificación supondría justificar un status diferente entre los derechos negativos o de libertad y los derechos positivos o prestacionales, cuando los dos tienen perspectivas positivas y negativas.

La protección a la vivienda no implica solamente la protección desde el punto de vista negativo, esto es, la prohibición de la expropiación. También de forma positiva implica la obligación de que, por ejemplo, en ciertos casos, el Estado pasa a ocupar el lugar de los primeramente obligados.

Realización judicial de derechos sociales en situaciones de urgencia e indefensión y la aplicación de la Observación General no. 7

La Observación General no. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona algunos sujetos de especial protección en materia de segu-

[24] En ese sentido puede consultarse: COLOMBIA. Sentencia T- 363 de 2004, T-756 de 2003, T-1165 de 2001, T-021 de 1995, C-575 de 1992, T-021 de 1995, T-617 de 1995, T-011 de 1998, T-666 de 1998, C-328 de 1999, T-1165 de 2001, C-560 de 2002 y 959 de 2004

[25] La preocupación por la distinción entre categorías de derechos es notable en el discurso internacional de derechos humanos. Así, por ejemplo, es usual encontrar menciones como esta: "It has been 12 years since the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights affirmed that many elements of economic, social and cultural rights are susceptible to judicial enforcement. Despite objections of some critics, the Committee went on to recognise that these rights were not fundamentally different in this respect from civil and political rights, and that States parties should take steps to provide access to domestic legal remedies (…). The litigation of social and economic issues is not a new phenomenon. Courts and other tribunals commonly address claims ranging from labour rights to housing and health rights. What is more novel is the reliance on human rights norms themselves: invoking the rights directly in order to hold states and other actors to their obligations to respect, protect and fulfil ESC rights. The experience of some countries and jurisdictions clearly shows that this is possible". SIMMA, Bruno. Introduction. En: International Court of Justice. Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies, Centre on Housing Rights & Evictions, Geneva, Switzerland, p. 7.

ridad jurídica de la tenencia. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, son considerados grupos vulnerables pues históricamente se han visto afectados en medida por la práctica de los desalojos forzosos.

Siguiendo lo dispuesto en la Observación General no. 7, se ha tutelado por ejemplo, el derecho a la vivienda digna de una mujer de 62 años, madre cabeza de familia de un hijo con discapacidad mental, analfabeta, de escasos recursos económicos, sin la expectativa de ser beneficiaria de una pensión, que durante su actividad laboral trabajó como empleada del servicio doméstico. Precisamente esas particularidades personales y familiares, le permitieron a la Corte encuadrar a la actora en una situación de especial protección por parte del Estado y ordenar la reubicación de la accionante luego de un desalojo de su vivienda ubicada en una zona de alto riesgo[26].

Además de los mencionados por la Observación, en la experiencia constitucional colombiana, las situaciones de urgencia han permitido el reconocimiento de otros sujetos de especial protección como los deudores de créditos hipotecarios. Se trata de casos en los cuales los hechos exigen que un techo sea inmediatamente satisfecho, pues las condiciones fundamentales de un ser humano no podrían cumplirse sin el derecho a un espacio protegido de amenazas externas.

En otra época, eran impensables fallos judiciales garantes del derecho a la vivienda, como los que en Colombia declararon en 1999 la inconstitucionalidad del sistema de financiamiento para compra de vivienda[27]. En ese momento, el modelo contractual de vivienda se dejó sujeto a las reglas del mercado. Ante el fracaso de espacios amplios de autorregulación en materia contractual, las condiciones contractuales fueron judicialmente intervenidas.

Ante la pérdida masiva de viviendas por parte de los deudores, se generaron respuestas legales y judiciales. Algunas de ellas inmediatas, para contrarrestar los primeros efectos de la crisis hipotecaria[28] y otras han ido configurando un conjunto de reglas que parecen orientarse a proteger la vivienda como derecho y como factor con impacto económico y social.

---

[26] COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T–079 de 2008.

[27] En la C- 383 de 1999, la Corte Constitucional de Colombia ordenó atar los créditos a la inflación y no a las tasas de interés. La Sentencia C-700 de 1999 declaró inexequibles las normas que reglamentaban el sistema UPAC. La Sentencia C-747 de 1999 declaró la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los programas de adquisición de vivienda.

[28] Entre ellas pueden mencionarse: la redenominación de todos los créditos de vivienda; el ajuste de los saldos de los créditos y la opción para recuperar los bienes entregados en dación en pago.

Una de las intervenciones más poderosas fue realizada por la Corte Constitucional[29] al tomar decisiones que impactaron las condiciones de los contratos de crédito de vivienda. En ese momento, las decisiones tuvieron como fundamento las consecuencias expropiatorias que para los deudores de créditos hipotecarios representó el cambio en la reglamentación de las tasas de interés[30].

Luego de la entrada en vigencia de la ley marco de vivienda, se inició una intensa producción jurisprudencial[31] y normativa[32] que cobija desde contratos de readquisición para quienes hayan entregado en dación en pago su vivienda, pasando por la regulación de formas de tenencia como el arrendamiento, la expedición de decretos reglamentarios de contratos de financiación, la creación de nuevas formas de subsidios, hasta la aprobación de reformas tributarias y financieras para incentivar el acceso a la vivienda.

Las crisis económicas globales parecen haber dado una muestra de los peligros derivados de la autorregulación de los mercados y han generado una serie de debates sobre la necesidad de establecer restricciones a la autonomía privada y sobre a quien compete establecer esas restricciones[33].

---

[29] En la Sentencia C- 383 de 1999, la Corte Constitucional de Colombia ordenó atar los créditos a la inflación y no a las tasas de interés. La Sentencia C-700 de 1999 declaró inexequibles las normas que reglamentaban el sistema de financiamiento. La Sentencia C-747 de 1999 declaró la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los programas de adquisición de vivienda.

[30] En uno de los fallos, la Corte Constitucional de Colombia señaló: "debe insistir la Corte en que, por ser el del acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C.P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C.P.), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.), las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito, y que se produzca un traslado patrimonial a favor de tales entidades que implique la ruptura del equilibrio que debe existir en esas relaciones contractuales, y por el cual deben velar las autoridades competentes". COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2000).

[31] Sentencias de constitucionalidad: C-904 de 2011; C-317 de 2010; C-057 de 10; C-029 de 2009; SU-813 de 2007; C-275 de 2006; C-078 de 2006; C-722 de 2004; C-936 de 2003; C-870 de 2003; C-955 de 2000, SU-846 y C-1140 de 2000. Sentencias de Tutela: T-314 de 2012; T 104 de 2011; T-079, T-1017, T-966, T-175, T-646 y T 320 de 2008; SU-813 de 2007; T-743, T-754, T-585, T-586, T-403, T-391 y T-083 de 2006; T-1318, T-1091, T-894 y T-212 de 2005; T-1216, T-831, T-791, T-733, T-269, T-186, T-03 y T-1027 de 2004 y sentencias T-727 y T-705 de 2003.

[32] Decretos 2336 y 1746 de 2000, 612 de 2001, 2204 de 2005, 2440 de 2005, 3916 de 2005, 2190 de 2009, 2555 y 1160 de 2010, 391 y 1190 de 2012, Ley 820 de 2003, Ley 1114 de 2006, Ley 1151 de 2007 y Leyes 1450 1469 de 2011 y 1537 de 2012.

[33] Una de las explicaciones sobre las razones de intervención en un sistema de financiación de vivienda

Siguiendo las ideas liberales, las decisiones sobre la intervención en el contenido contractual han de ser, tarea del legislador, que mediante normas imperativas estaría facultado para imponer restricciones justificadas a la forma en la que se plasman los acuerdos contractuales. Sin embargo, el constitucionalismo social alimentando por la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha traído otra autoridad con competencia para intervenir en el clausulado contractual y en la ejecución de los contratos: los jueces constitucionales[34], quienes en situaciones de urgencia han reconocido el estatus de debilidad manifiesta a los contratantes frente a las entidades financieras.

La urgencia ha sido un criterio central para determinar el contenido mínimo esencial que debe ser protegido en todo caso y que ante un supuesto específico, adquiere contornos precisos que exigen de la intervención de un juez para garantizar que un individuo reciba lo que le corresponde en su calidad de ser humano necesitado cuando él mismo no está en capacidad de proveerse una digna existencia. Una vez ese individuo vuelve a una situación de no urgencia, se restablece su independencia y cesan las razones que justifican la intervención del juez.

Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado que los deudores de créditos hipotecarios se encuentran en estado de indefensión. Para la Corte: "Es un hecho públicamente conocido que los deudores de las entidades crediticias no pactan en realidad con ellas las tasas de interés, ni las discuten, y que, por el contrario, en una posición de absoluta indefensión, los intereses les son

---

se encuentra en el siguiente aparte: "En efecto, en lo que hace al primer aspecto, debe insistir la Corte en que, por ser el del acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C.P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C.P.), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.), las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito, y que se produzca un traslado patrimonial a favor de tales entidades que implique la ruptura del equilibrio que debe existir en esas relaciones contractuales, y por el cual deben velar las autoridades competentes". COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2000.

[34] En contra de la imposición de restricciones a la autorregulación bancaria puede leerse: "Parece ser que hay una creciente opinión de que no importa si, con el propósito de lograr el objetivo de hacer que el mundo sea un lugar mejor y más equitativo, la vida de los bancos y otras entidades financieras se hace cada vez más complicada". McCORMICK, Roger. Legal Risk, Law and justice in a globalizing financial market. En: Law and financial markets review. Julio, 2007, p. 274.

impuestos, de modo que deben optar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo, ya que suscriben contratos por adhesión. Es allí donde aparece la función interventora del Estado, que está llamado a fijar topes a las tasas de interés que se cobran y a velar porque esos topes se respeten"[35].

Al dejarse el acceso a la vivienda a las condiciones del mercado, los jueces han encontrado razones para intervenir, sin embargo, la injerencia en la autorregulación propia de una economía de mercado no ha sido tranquila. Por ejemplo, la banca y la doctrina económica consideran nefastas las intromisiones de los jueces en el mercado[36]. Entonces, los ejemplos de intervención constitucional en situaciones de urgencia, por ejemplo, frente a los efectos de una crisis económica, igual que otras experiencias del constitucionalismo social en Latinoamérica, son una muestra de cómo las intervenciones de los jueces constitucionales en materia de derechos sociales corrigen las consecuencias de la economía de mercado. Esas intervenciones han permitido frente a situaciones concretas de urgencia la configuración del núcleo esencial del derecho a la vivienda.

Conclusiones

En una economía de mercado los derechos sociales deben garantizar a los individuos las condiciones materiales que el mercado por sí mismo no otorga. Por ello, la realización de derechos como el de la vivienda depende de las condiciones económicas que posibilitan su acceso y de los instrumentos de justicia compensatoria que permiten garantizarlos a quienes se encuentran en circunstancias desfavorables.

Entonces, el mercado y los derechos sociales se relacionan intrínsecamente en tanto éstos remedian los desequilibrios generados en el escenario económico. Las referencias a los instrumentos internacionales universales sobre derechos económicos, sociales y culturales han servido a la Corte Constitucional para ensanchar el contenido del derecho a la vivienda y aproximarlo a la idea según

[35] COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-955 de 2000.

[36] En ese sentido, es usual leer, posiciones como las que señalan que "La tarea básica del desarrollo económico y social en Colombia ha estado seriamente amenazada debido a la llamada "inestabilidad jurídica", agravada por el activismo de la Corte Constitucional que ejerció durante los años 1991-2000. Dicha Corte Constitucional decidió alterar la interpretación de leyes sancionadas años atrás y acomodar a diversos artículos de la Nueva Constitución de 1991 principios de carácter populista, entendidos como aquellos que ordenan incrementar el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos". CLAVIJO, Sergio. Fallas y fallos de la Corte Constitucional. Bogotá: Alfaomega-Cambio, 2001, p. 5.

la cual un techo es necesario para la proyección de la vida individual y social de los individuos.

El derecho a la vivienda tiene no solo facetas negativas de no intromisión por ejemplo a través de la prohibición de expropiación o desalojo, sino facetas positivas que exigen del Estado obligaciones positivas, que en la jurisprudencia de la Corte han sido impuestas a favor de sujetos de especial protección. Los instrumentos internacionales universales y regionales referidos en el texto han sido citados por la Corte Constitucional para desarrollar tanto la faceta negativa como la positiva del derecho a la vivienda.

En suma, puede decirse que el control sobre la realización efectiva de los derechos sociales permite distinguir materias de competencia legislativa (como la limitación de la autonomía contractual mediante normas imperativas) y materias de competencia de la jurisdicción constitucional que han entrado a operar en situaciones de urgencia en sujetos de especial protección a los que hace referencia la Observación General no. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sumado a esos sujetos, la Corte Constitucional ha considerado a los deudores de créditos hipotecarios como sujetos de especial protección. Ello puede evidenciarse en los efectos que generó la crisis hipotecaria en Colombia, los cuales justificaron la intervención en los contratos de financiación de vivienda para evitar los efectos expropiatorios a la propiedad. Se trató entonces de un ejemplo en el que una situación de urgencia de protección a un derecho social hace necesaria la intervención en la configuración del contenido esencial de un derecho desde la perspectiva de las libertades negativas.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002.

ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá: Legis, 2012.

CLAVIJO, Sergio. Fallas y fallos de la Corte Constitucional. Bogotá: Alfaomega-Cambio, 2001.

COURTIS, Christian y ÁVILA S., Ramiro (eds.). La protección judicial de los derechos sociales. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

COURTIS, Christian. Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

HONNETH, Axel. La lucha por el reconocimiento. Trad. Manuel Ballestero. Barcelona: Editorial Crítica, 1997.

McCORMICK, Roger. Legal Risk, Law and justice in a globalizing financial market. En: Law and financial markets review. Julio, 2007.

MELISH, Tara. The Inter-American Court of Human Rights. En: Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law. Cambrudge: Cambridge University Press, 2008, p. 381.

MELISH, Tara. El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano. Ponencia presentada en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, México. Disponible en Internet en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2469/11.pdf

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

SIMMA, Bruno. Introduction. En: International Court of Justice. Litigating Economic, Social and Cultural Rights: Achievements, Challenges and Strategies, Centre on Housing Rights & Evictions, Geneva, Switzerland.

UPRIMNY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, César y GARCÍA, Mauricio (eds.). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma, 2006.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional, sentencia C-383 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia C-747 de 1999.

Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-955 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-1140 de 2000.

Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004.

Corte Constitucional, sentencia C-352 de 2009.

Corte Constitucional, sentencia C-790 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia C-263 de 2011.

Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia C-830 de 2010.

Corte Constitucional, sentencia T-495 de 1995.

Corte Constitucional, sentencia T-258 de 1997.

Corte Constitucional, sentencia T-304 de 1998.

Corte Constitucional, sentencia T-1318 de 2005.
Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2006.
Corte Constitucional, sentencia T-152 de 2008.
Corte Constitucional, sentencia T-620 de 2010.
Corte Constitucional, sentencia T-865 de 2010
Corte Constitucional, sentencia T-530 de 2011.
Corte Constitucional, sentencia T-754 de 2011.
Corte Constitucional, sentencia T-141 de 2012.
Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2013.
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 de diciembre de 2003, exp. 7565.
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 19 de diciembre de 2005, exp. 1989-01859-01.
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2 de julio de 2006, SC-069-2006, exp. 00009-01.
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 26 de febrero de 2010, exp. 11001-3103-039-2001-00418-01.
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 21 de febrero de 2012, Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

Documentos

Asamblea General de Naciones Unidas (1976). Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).
Asamblea General de Naciones Unidas (1988). Resolución 43/181: Estrategia Mundial de Vivienda.
Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1991). Observación general Nº 4: El derecho a una vivienda adecuada.
Departamento Nacional de Estadística –DANE–. (2011). Encuesta Nacional de Calidad de Vida. Bogotá: DANE.
Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2012). Informe al Congreso. Bogotá.

Derecho Internacional Privado

La nueva *Lex Mercatoria*: un derecho transnacional uniforme*

Édgar Iván León Robayo**

Aequitas naturalis praeferenda est rigoris iuris…

La globalización y la configuración de un derecho uniforme del comercio internacional[1]

A partir de la segunda mitad del siglo xx la economía mundial ha girado en torno del fenómeno conocido como "globalización", cuyos postulados y principios

* Este artículo es producto del proyecto "Problemas contemporáneos del derecho comercial", que actualmente adelanta la Línea de Investigación en Derecho Comercial de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Agradecimientos a Diana María Sánchez Uribe por su profunda revisión de este escrito.

** Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1997), con posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, España (1999) y especialización en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana (2001). Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia (2013). Fue abogado del Departamento Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá y asesor de la Dirección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho. Igualmente, fue el primer director de Foro de Derecho Mercantil - Revista Internacional, editor de la Revista Internacional de Arbitraje y periodista de Ámbito Jurídico, cuando se desempeñó como abogado redactor de Legis. Fue miembro de la Comisión Redactora de la Ley 527 de 1999 "por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Fue representante por Colombia en el décimo tercer periodo de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi - Uncitral). Es miembro del Comité de Costumbre y del Subcomité de Prácticas Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. En representación de Colombia integró el *Task Force* de Franquicia de la Cámara de Comercio Internacional. Ha sido profesor de las universidades de La Sabana, Los Andes y Sergio Arboleda. Actualmente es profesor principal de Derecho Civil y Comercial en la Universidad del Rosario, en pregrado, posgrado y en la Maestría en Derecho, e investigador asociado de la Línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la misma institución. Se desempeña también como asesor y consultor privado. Contacto: edgar.leon@urosario.edu.co

[1] El documento que aquí se presenta rinde homenaje a uno de los más excelsos profesores con que

se basan en la búsqueda del desarrollo de los pueblos y el comercio libre[2]. Esto ha sido posible gracias al avance de las telecomunicaciones, las cuales han permitido realizar negocios mucho más rápidamente, debido a la masificación del intercambio electrónico de datos e Internet. Así, se han transformado no solo los procesos utilizados en el transporte internacional, sino también los servicios postales, de manera que las transacciones se realizan con una rapidez hasta hace unos años insospechada.

A pesar de que se trata de un asunto de carácter económico, la mayor agilidad del comercio internacional también tiene un impacto jurídico, pues ha traído como consecuencia la constante eliminación de barreras legales, de diversa índole. En efecto, en el desarrollo de las operaciones pueden colisionar los sistemas jurídicos, lo cual sucede con frecuencia en las transacciones realizadas entre un contratante de un país desarrollado y otro que no lo es. Esta discordancia trae la posibilidad de que se presenten conflictos generados por la aplicación de normas o, incluso, por el desarrollo de procedimientos y trámites ante las diferentes autoridades, judiciales o administrativas. Por esa razón, se hace imperiosa la necesidad de establecer reglas uniformes que compartan principios similares, de aplicación extensiva a los países del mundo.

Aunque siempre han existido normas reguladoras del comercio transnacional, creadas tradicionalmente con base en la regla de conflicto[3], durante las últimas décadas se ha propendido por la construcción de un derecho transnacional autónomo que agilice las operaciones mercantiles y solucione rápidamente las controversias. Este sistema busca reglamentar los diferentes asuntos que surgen de la práctica mercantil, a partir de los usos y costumbres comerciales –en desarrollo de lo cual se han expedido convenciones, acuerdos y tratados internacionales; principios; leyes modelo; reglamentos, etc.– y disciplinar las disputas internacionales surgidas entre operarios de distintos Estados –a partir de las decisiones tomadas por tribunales de arbitraje, mediante la creación de principios

cuenta la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, como lo es el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, a quien expreso mis más profundos sentimientos de admiración y aprecio.

[2] DE EIZAGUIRRE, J. M. Derecho mercantil. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 182-184. Respecto del surgimiento y las críticas al comercio libre, véase: PAUL, J. R. ¿Es realmente libre el comercio? Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Universidad Javeriana, 2006.

[3] ILLESCAS, R. y VISCASILLAS, M. P. Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces – Universidad Carlos III de Madrid, p. 31-34.

y reglas imperativas no solo para las partes y los árbitros, sino también para la comunidad internacional.

Este sistema jurídico surgido por fuera de los ordenamientos legales nacionales, es decir, dejando de lado el concepto de soberanía, nace y se desenvuelve en los propios medios profesionales del tráfico mercantil internacional, dando paso a una cierta uniformidad que refleja la solidaridad de intereses que une a los comerciantes, los cuales operan en la denominada *societas mercatorum*[4]. Se trata entonces de un nuevo orden "… que trascendiendo las fronteras nacionales, tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional"[5].

Este sistema ha sido reconocido por la doctrina con diferentes nombres, entre los cuales se destacan: "nueva *Lex Mercatoria*", "*ius mercatorum*", "*new law merchant*", "*Lex Mercatoria* internacional", "derecho mercantil internacional", "derecho internacional transnacional", "derecho consuetudinario internacional", "usos internacionales", "reglas comerciales internacionales", "reglas anacionales", "reglas transnacionales" o "derecho uniforme del comercio internacional" (DUCI)[6]. Aunque se podrían encontrar diferencias entre estas expresiones, todas ellas confluyen en el establecimiento de un régimen uniforme que se constituye en "… una regla única, de validez potencialmente universal, para disciplinar una concreta conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha"[7].

---

[4] "En effet, après la seconde moitié du XX ème siècle, époque d'explosion et de bouleversement des échanges commerciaux internationaux, on assiste à une formidable éclosion de règles matérielles régissant les échanges transfrontières, et qui échappent, en tout, ou en partie, à l'emprise des ordres juridiques étatiques" OSMAN, F. Les príncipes généreaux de la *Lex Mercatoria*. París: Libraire Générale de droit et de Jurisprudence, 1992, p. 10. La *societas mercatorum* es analizada, Ibid., p. 407-412.

[5] FERNÁNDEZ, L. F. y CALVO Caravaca, A. L. Derecho mercantil internacional. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 46-51.

[6] Al respecto, ver FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer, 1999, p. 805-807; WEILER, T. International investment law and arbitration: leading cases from the Icsid, Nafta, bilateral treaties and customary international law. Londres: Cameron May, 2005, p. 398 y 399; ILLESCAS y VISCASILLAS. Op. cit., p. 27 y 28; NARVÁEZ, J. I. Derecho mercantil colombiano. Parte general. 10ª ed. Bogotá: Legis, 2008, p. 40 y 41; FERNÁNDEZ y CALVO CARAVACA. Op. cit., p. 46-51; DE EIZAGUIRRE. Op. cit., p. 182-184; OVIEDO, J. Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como *Lex Mercatoria*. En: CALVO CARAVACA, A. L. y OVIEDO ALBÁN, J. (directores). Nueva *Lex Mercatoria* y Contratos Internacionales. t. 2. Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 32-35; CADENA, W. R. La nueva *'Lex Mercatoria'.* La transnacionalización del derecho. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2004, p. 63 y 64.

[7] ILLESCAS y VISCASILLAS, Op. cit., p. 31-34.

El conocimiento de la nueva *Lex Mercatoria* –término que será utilizado con preferencia en este escrito, dada su aplicación por parte de la doctrina, a pesar de las múltiples críticas que su uso ha generado[8]–, se constituye como un referente fundamental para los abogados que tienen a su cargo la asesoría legal de transacciones transfronterizas, sin importar su especialidad. Así, los juristas deben estar en capacidad no solo de comprender conceptos como la ley aplicable, el foro y la cláusula compromisoria, sino de catalizar la influencia que conlleva el aumento de la información sobre laudos proferidos por prestigiosos tribunales de arbitraje internacional. De esta manera, su actuación permitirá facilitar el desarrollo de un conjunto de reglas y usos orientados a la consecución de resultados económicos prácticos en un mundo globalizado[9].

A continuación se presentará un panorama de los alcances y el contenido de la nueva *Lex Mercatoria*, como un derecho transnacional uniforme, para lo cual se tratarán los siguientes aspectos: en primer lugar, se hará una precisión histórica respecto a los antecedentes de la figura, para entender las razones que configuraron el concepto actual. Posteriormente, se analizarán las fuentes que le dieron origen y la forma en la que esta opera en su calidad de fuente del derecho, para luego abordar sus diferentes manifestaciones, tales como la unificación normativa internacional, su aplicabilidad de acuerdo con la autonomía de la voluntad y su relación con el derecho arbitral internacional. Finalmente, se hará un comentario acerca de un fenómeno inesperado y sorprendente: el transplante de la *Lex Mercatoria* a las legislaciones nacionales.

Una mirada al pasado: la *Lex Mercatoria* medieval

Durante la historia de la humanidad, el comercio ha sido uno de los pilares fundamentales del desarrollo económico de los pueblos. En la Antigüedad, civilizaciones como la fenicia y la griega crearon poderosas flotas comerciales, a través de las cuales surgieron grandes puertos y colonias, ubicadas principalmente en las costas mediterráneas. Sin embargo, aunque para la época existieron algunos gérmenes de regulación mercantil –plasmados especialmente en normativas

[8] FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, Op. cit., p. 805-807.

[9] Según explica Litvinoff, quienes se encuentran en la mejor posición de conocer y administrar sus negocios con efectos positivos generales para el desarrollo de las fuerzas productivas y la generación y distribución de bienes y servicios, son los operadores económicos. Por ello, el asesor legal debe asegurarles máxima autonomía en la planificación y gestión de sus negocios, procurando minimizar la interferencia estatal. Con ello se maximizan los beneficios sociales de tal gestión. Ver: LITVINOFF, S. Derecho global, derecho civil y *common law*. En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional. 2004, no. 3, p. 104.

como el Código de Hammurabbi o las Leyes Rodias–, estas no constituyeron realmente una disciplina jurídica, pues no decantaron principios autónomos.

Los romanos tampoco plantearon las bases jurídicas para la existencia de un derecho comercial, pues los patricios no consideraban a la industria y al comercio como tareas dignas. Por esa razón, se les dejaba a los extranjeros y peregrinos la ejecución de estas actividades y los conflictos eran solucionados por el pretor, quien basaba sus decisiones en el *ius civile* y el *ius gentium*. Así, aparecieron figuras jurídicas como la buena fe, el reconocimiento de los usos, la ejecución por deudas, los contratos de representación, las reglamentaciones marítimas, ciertas instituciones bancarias, una contabilidad incipiente con algo de valor probatorio y una quiebra consistente en que el pretor le entregaba los bienes del deudor a un curador para que este los vendiera y pagara la obligación o los repartiera entre los acreedores –*missio in possessionem* y *bonorum venditio*[10].

En realidad, el derecho comercial solamente apareció en la historia hasta la Alta Edad Media y surgió como un rechazo al sistema feudal. Terminada la colonización bárbara del imperio romano de occidente renació el tráfico mercantil en las costas del Mediterráneo. Para ese entonces, las actividades económicas se desarrollaron según los derechos romano, germánico y canónico, los tres formalistas y el último hostil al comercio por la condena a la usura –incluso respecto a los rendimientos propios que daba el dinero, pues el capital era puro y cobrar por él era pecado.

Los nuevos burgueses, es decir, quienes fueron vasallos o siervos de la gleba y que compraron su libertad a los señores feudales, comenzaron a desarrollar artes y oficios ubicándose estratégicamente en ciudades –burgos– que les permitían realizar fácilmente el tráfico de los bienes que producían[11]. De esta manera empezaron a desplazarse entre cada una de ellas para realizar sus actividades comerciales en las denominadas "ferias". Posteriormente, los mercaderes encontraron que no era necesario tal desplazamiento, sino que podían encargar algunos representantes, mediando el pago de una comisión por la labor realizada. Esto dio lugar a la aparición de los contratos de comisión y corretaje.

Al adquirir mayores recursos y crecer económicamente, quienes realizaban un mismo arte u oficio se asociaron para defender sus intereses y los de la res-

[10] GONZÁLEZ, E. Manual de derecho romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 130 y 136.

[11] Es el caso de ciudades como Venecia, Génova, Pisa, Florencia, Milán, Pavia, Flandes, Nüremberg y Colonia, entre otras. Ver MEDINA, J. Derecho comercial. Parte general. 3ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 29.

pectiva profesión. Tales asociaciones tomaron el nombre de corporaciones de comerciantes o de mercaderes –*curia mercatorum*[12]–, las cuales surgían a la vida comercial a través de la suscripción de los denominados "estatutos", consignados en un *liber mercatorum*[13].

Posteriormente, se consideró que la firma de estos documentos y la voluntaria adhesión a sus disposiciones otorgaban el estatus de comerciante. Estas entidades, además, cumplían funciones disciplinarias y servían como tribunales de justicia ante los que se resolvían diferencias de derecho sustantivo entre sus asociados.

Con el paso del tiempo, quienes fungían como magistrados se dieron cuenta de que el derecho civil romano resultaba insuficiente para responder a las necesidades del comercio. De esta manera, comenzó a efectuarse una compilación de los usos comerciales que regulaban la actividad mercantil[14], así como de las decisiones o sentencias que decidieron los diferentes asuntos. "Con el tiempo, tales disposiciones adquirieron contornos concretos y, sobre todo, certeza. Así, tuvieron una repercusión decisiva en la evolución de las instituciones jurídico-mercantiles, pues casi todos los puntos comerciales de Italia, Francia y España, centros del comercio medieval, promulgaron sus propios ordenamientos"[15]. A este cuerpo jurídico se le denominó *Lex Mercatoria*, es decir, la "ley de los comerciantes", término recogido por primera vez en el tratado *Consuetudo vel Lex Mercatoria*, escrito por Gerald Malynes y publicado en 1622[16].

---

[12] Conocidas en español como gremios o corporaciones.

[13] Estatuto o reglamento, generalmente de carácter cerrado, que establecía las reglas de comercio en una curia, de carácter territorial. Una vez firmado, atribuía la calidad de comerciante a quien se acogiera a sus preceptos, sin importar el ejercicio del comercio. La aparición de este instrumento dio lugar al surgimiento del criterio subjetivo mercantil. Así, al comerciante no solamente se le aplicaban las reglas que allí se encontraban consignadas, sino también este quedaba sometido a la jurisdicción de los tribunales de comercio correspondientes –denominados tribunales consulares–, los cuales eran ajenos a la justicia común y cuya característica principal era la agilidad de los procedimientos. MEDINA. Op. cit., p. 29 y 30. Ver también: OSMAN. Op. cit., p. 10.

[14] JARAMILLO, J. La '*Lex Mercatoria*': mito o realidad. En: Negocios Internacionales. Tendencias, contratos e instrumentos. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 38.

[15] Dentro de las más importantes se encuentran: el Liber del Consulat de Mar, los Roles o Juicios de Olerón, las Leyes de Wisby, las Actas de las Asambleas de la Liga Hanseática, las Capitulare Nauticum, el Guidón de la Mer, el Constituto Uso de Pisa y el Liber-Consuetudinem de Milán, y los Estatutos de Marsella. Ver: OSMAN. Op. cit., p. 10; NARVÁEZ. Op. cit., p. 14-16.

[16] MORENO, J. A. La nueva '*Lex Mercatoria*': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona? En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional. 2003, no. 1, p. 99 y 100.

Este régimen jurídico tenía como fundamento el concepto de equidad –*ex aequo et bono*– y por ello permitió dirimir las controversias relacionadas con los asuntos de los comerciantes de la época[17]. Adicionalmente, tenía las siguientes características:

a) Se trataba de un derecho profesional, de clase y autónomo, pues era aplicado exclusivamente a comerciantes, quienes adquirían tal calidad por pertenecer a la *curia mercatorum*, luego de su inscripción en el *liber.* Así mismo, por cuanto los tribunales especiales, ajenos a la jurisdicción común y conformados por los propios comerciantes, decidían las controversias que se suscitaban entre ellos.
b) Era un derecho consuetudinario, dado que su fuente principal no era la ley escrita o el derecho civil, sino la costumbre.
c) Tenía un carácter internacional, supranacional o universal, pues para ese entonces no existían Estados-naciones y su aplicación se daba principalmente en las ferias, lo que le permitía trascender las divisiones territoriales de la época.
d) Era un sistema innovador, dada la alta capacidad de los comerciantes para crear novedosos instrumentos de crédito o préstamo, al igual que otras figuras tendientes a establecer la veracidad de las estipulaciones contractuales[18].

Los principios jurídicos creados y recopilados por los mercaderes durante la Edad Media fueron recogidos por el movimiento codificador del siglo XIX, lo cual dio lugar a su nacionalización y a su tipificación normativa[19]. Así, en aras del afianzamiento del acto de comercio y el surgimiento del criterio objetivo, en contraposición al profesional subjetivo, la *Lex Mercatoria* perdió muchas de sus características propias convirtiéndose en el derecho comercial moderno[20].

---

[17] CADENA. Op. cit., p. 63 y 64; MORENO. Op. cit., p. 95.

[18] ASCARELLI, T. Iniciación al estudio del derecho mercantil. Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, p. 31, citado por: OVIEDO. Op. cit., p. 25-27.

[19] MORENO. Op. cit., p. 95.

[20] GRIGERA, H. A. El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional. En: SILVA, E. y MANTILLA, F., El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis - Universidad del Rosario, 2005, p. 610 y 611. Respecto de la decadencia de la *Lex Mercatoria* en Inglaterra, ver: DE EIZAGUIRRE. Op. cit., p. 16; KOZOLCHYK, B. La contratación comercial en el derecho comparado. Madrid: Dykinson, 2006, p. 176.

La resurrección de un concepto

Como se indicó al comienzo de este escrito, la globalización de los mercados surgida durante la segunda mitad del siglo xx, caracterizada según Galgano por tener un lenguaje propio –el idioma inglés[21]–, ha requerido la existencia de un derecho ajeno a los Estados que regule uniformemente las relaciones mercantiles que trascienden las fronteras. Más allá de constituirse como normas legales, estos principios han sido creados directamente "… por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados"[22].

Algunos, como Lando, señalan que este sistema realmente adquirió vigencia a partir del 21 de junio de 1985, fecha en la que por primera vez un instrumento internacional reconoció la procedencia de la nueva *Lex Mercatoria* como fuente para la resolución de un conflicto en materia comercial[23]. Desde entonces, este sistema jurídico ha adquirido tal relevancia, consistencia y obligatoriedad que permite regular la ejecución de los negocios transnacionales. Así ha sido reconocido por la doctrina, a partir de los estudios de Berthold Goldman, Clive Schmitthoff, Pierre Lalive y René David, que fueron los primeros en referirse a este orden internacional como nueva *Lex Mercatoria*[24].

La pregunta que debe hacerse entonces es en qué consiste realmente esta figura y cuál es su contenido. Para un sector de la doctrina, este concepto incluye todo tipo de prácticas, normas y usos comerciales que se desarrollan independientemente de algún sistema legal nacional, los que eventualmente pueden comprender un conjunto de normas autónomo en su existencia y en su ejecución de los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes, y que trasciende los ámbitos del derecho comparado[25].

Otros lo definen como una categoría histórico-jurídica de usos y prácticas comerciales consuetudinarias que, mediante la aceptación coetánea de ciertas reglas de conducta por parte de los actores económicos internacionales, permi-

---

[21] MORENO. Op. cit., p. 99 y 100.

[22] PÁEZ, H. A. Naturaleza jurídica de la *Lex Mercatoria.* En: Temas Jurídicos. Bogotá: Universidad del Rosario, no. 18, 2006, p. 97-99. "Retorna así la idea de un derecho mercantil 'despolitizado', cuya uniformidad supranacional pueda realizarse independientemente de la unidad política, no asociada por tanto a más elementos que los de unidad de mercado" FERNÁNDEZ y CALVO CARAVACA. Op. cit., p. 46-51.

[23] Se trata del artículo 28(1) de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional. CADENA. Op. cit., p. 21 y 22.

[24] FERNÁNDEZ y CALVO CARAVACA. Op. cit., p. 46-51.

[25] JARAMILLO. Op. cit., p. 46-48.

ten resolver jurisdiccionalmente las controversias a través del arbitraje, además de realizar diversas transacciones comerciales. También, como "… la transnacionalización del derecho comercial internacional que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales"[26].

De acuerdo con las posiciones anteriores se distinguen tres corrientes doctrinarias que señalan el alcance de la nueva *Lex Mercatoria*:

a) Los positivistas, quienes la consideran como una fuente de unificación del derecho mercantil internacional a través de usos y costumbres, convenciones internacionales y leyes modelo, siendo aplicables exclusivamente por medio de leyes estatales. Para ellos, se trata de un concepto sintético que reúne similaridades entre varios sistemas legales nacionales[27].
b) Los pragmáticos señalan que se trata de una multitud de fuentes del derecho de los negocios internacionales. Sin embargo, dejan a un lado las bases teóricas que le sirven de origen.
c) Los autónomos la conciben como un sistema legal separado de los ordenamientos jurídicos nacionales y del derecho internacional público y su autonomía se funda en el hecho de que se trata de una estructura jurídica más antigua que el Estado-nación[28].

De conformidad con lo anterior, es posible definir a la nueva *Lex Mercatoria* como un concepto histórico-jurídico, surgido de manera consuetudinaria en un entorno supra o transnacional, que vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente que rigen la operación del comercio internacional, las cuales se desprenden de la mayoría de los sistemas jurídicos existentes. Estas pautas de comportamiento tienen un carácter y aceptación universal por parte de los miembros de la sociedad comercial global, lo que justifica su existencia, por cuanto provienen de un cuerpo social estructurado que ha diseñado e implementado un orden jurídico propio extraestatal[29].

---

[26] CADENA. Op. cit., p. 21 y 22.

[27] JARAMILLO. Op. cit., p. 46-48.

[28] Otros doctrinantes disidentes, como Schmitthoff, reconocen la existencia de la *Lex Mercatoria*, pero supeditan su aplicación a la incorporación de estas disposiciones en los ordenamientos jurídicos nacionales. Ver JARAMILLO. Op. cit., p. 46-48.

[29] *"Hormis cette hypothèse de conflit, la coexistence, voire l'application combinée, des lois étatiques et de la Lex Mercatoria n'est pas discutée*" Ver OPPETIT, B. Op. cit., p. 60.

Las fuentes de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Mercatoria* como fuente

La *Lex Mercatoria* tiene sus fuentes en los usos y costumbres comerciales, contratos tipo, principios generales de contratación, códigos de conducta, disposiciones proferidas por organismos internacionales en instrumentos normativos y extranormativos –como convenciones y leyes modelo– y en las decisiones tomadas por paneles arbitrales internacionales en materia comercial. Esto, siempre y cuando tengan un contenido uniforme transnacional[30].

Adicionalmente, la nueva *Lex Mercatoria* se constituye como una fuente material del derecho, en la medida en que de ella se derivan instrumentos que pueden ser obligatorios, como ocurre con los tratados o convenciones internacionales en materia comercial –*hard law* (derecho rígido)– o simplemente tratarse de principios generales no coercitivos que regulen los contratos transnacionales –*soft law* (derecho suave)[31]–. Dentro de esta última categoría se encuentran aquellas recopilaciones de reglas y postulados cuya obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad, cuando las partes deciden incorporarlos a sus convenios o que pueden servir como guía para los árbitros y los jueces. Esto ocurre, por ejemplo, con los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales o los International Commerce Terms (Incoterms) de la Cámara de Comercio Internacional, a los que se hará referencia posteriormente[32].

Al conocer de controversias o consultas relacionadas con el desarrollo de estos contratos, la labor del árbitro internacional reviste gran importancia, por cuanto, generalmente, estos desconocen la argumentación jurídica tradicional. En efecto, sus decisiones se basan primero en el documento que dio origen a la disputa, haciendo remisión a las estipulaciones de los contratantes e identificando precisamente el material jurídico que las partes consideraron aplicable a su convenio, el cual hace parte del derecho comercial internacional.

Una vez determinada la ley aplicable, y surtidas las etapas propias del trámite, el tribunal arbitral deberá sustentar su decisión de una manera convincente y equitativa para que el fallo se haga obligatorio para las partes, evitando así

---

[30] Aunque Fouchard, Gaillard y Goldman no ven con buenos ojos la utilización de la expresión *Lex Mercatoria* y consideran más acertado el uso de "reglas transnacionales", los elementos que la componen coinciden con los mencionados en la definición propuesta. Ver FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 805-807. Ver además: OPPETIT, B. Op. cit., p. 58 y 59; TALERO. Op. cit., p. 307-309.

[31] OSMAN. Op. cit., p. 283 y ss.

[32] OVIEDO. Op. cit., p. 32-35; MORENO. Op. cit., p. 97-99.

cualquier tacha de ilegitimidad[33]. De ahí que las decisiones proferidas por los árbitros y contenidas en los laudos arbitrales en materia comercial internacional adquieran también la naturaleza de nueva *Lex Mercatoria*.

Manifestaciones de la nueva *Lex Mercatoria*

El comercio transnacional ha tenido en la nueva *Lex Mercatoria* uno de sus principales motores de desarrollo. Este sistema jurídico se retroalimenta en un círculo irregular que gira en torno a tres situaciones principales:

a) La rapidez y agilidad de la unificación normativa elaborada por los Estados y por los entes supranacionales, los cuales se reflejan en la elaboración de documentos internacionales rígidos. Estos instrumentos se caracterizan por su constante revisión y porque permiten unificar todos los sistemas jurídicos existentes, pues en su formación, basada en el consenso, participan prestigiosos juristas representantes de la mayor parte de las naciones del mundo.
b) El acogimiento que las partes, particulares o públicas, hacen de tales disposiciones, con lo cual las convierten en ley aplicable a sus contratos. A su vez, y para evitar traumatismos, tales convenios incluyen cláusulas compromisorias que remiten las controversias a conocimiento de los árbitros, para garantizar justicia pronta, oportuna y eficaz, desconociendo, gracias a la autonomía de la voluntad, la jurisdicción interna de los Estados.
c) La resolución de los conflictos contractuales por paneles arbitrales. Al encontrarse ajenos al foro estatal, los árbitros resuelven las controversias a través de la aplicación de la ley escogida por las partes o incluso precisando directamente las más apropiadas al caso objeto de análisis.

La unificación normativa internacional

Durante las últimas décadas, y ante fenómenos como la globalización económica y la apertura internacional, los operadores del comercio transfronterizo han tenido la necesidad de separarse de los ordenamientos nacionales y acogerse a normas supranacionales que les permitan superar obstáculos y facilitar el intercambio, de manera ágil y oportuna. Aunque en principio esta exigencia tenía un conte-

[33] GONZÁLEZ. Op. cit., p. 285 y 286.

nido netamente económico, poco a poco adquirió un matiz político, razón por la cual la labor de unificación normativa comenzó a ser asumida directamente tanto por los Estados como por los organismos supranacionales. Esta misión ha dado como resultado no solo el incremento del comercio internacional sino, además, la sustitución de normas jurídicas nacionales, sustantivas y de conflicto, por otras que permiten prevenir más que resolver los problemas que conlleva el tráfico mercantil[34].

En términos generales, este tipo de unificación se da a través de dos vías las cuales, según De Eizaguirre, son denominadas: legislativa y autónoma[35].

La unificación legislativa

Se trata de la labor que realizan los Estados a través de sus acuerdos para la promoción de inversiones (APPI), tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI). Así mismo, consiste en los acuerdos que son realizados a través de los organismos internacionales, cuyos expertos, comités y secretarías analizan los puntos de confluencia de las diferentes legislaciones para promover la redacción y puesta en vigencia de textos supranacionales comunes. Estos instrumentos se reflejan en convenios o tratados multilaterales, principios, guías legislativas, así como en leyes modelo, los cuales son analizados por expertos en conferencias diplomáticas, períodos de sesiones, jornadas de asistencia técnica o seminarios.

Dentro de estas instituciones se encuentran, entre otras: el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Son múltiples los instrumentos creados por estos organismos, cuya relevancia ha sido puesta de presente por los diferentes países. En efecto, muchos de ellos han sido recogidos por las legislaciones internas[36].

---

[34] ILLESCAS y VISCASILLAS. Op. cit., p. 27 y 28.

[35] DE EIZAGUIRRE. Op. cit., p. 182-184.

[36] Así ocurre en Colombia con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada por la Ley 37 de 1997 –un análisis completo del articulado de este instrumento, escrito por reconocidos practicantes del arbitraje internacional, se encuentra en TAWIL, G. y ZULETA, E. El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Universidad del Rosario – Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Merca-

Sin embargo, este mecanismo de unificación tiene un gran inconveniente, como es la falta de aprobación de los instrumentos por parte de los Estados[37]. Las causas probables para que esto ocurra pueden ser los engorrosos requisitos de aprobación de los tratados internacionales establecidos por los países, los cuales, en casi la totalidad de los casos, requieren un trámite legislativo, o la falta de interés político respecto de los asuntos tratados por estas entidades. Así, por ejemplo, puede verse cómo a pesar de que Colombia es miembro de UNIDROIT desde hace casi dos décadas[38], en la actualidad solo es parte de dos de sus convenios internacionales[39].

A continuación se hará referencia a dos instrumentos cuya importancia radica en que han sido considerados como el fundamento actual de la *Lex Mercatoria*: la Ley modelo de arbitraje de la CNUDMI y los *Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*.

La ley modelo de arbitraje de la CNUDMI

Según se hizo referencia con anterioridad, los comentaristas señalan que la nueva *Lex Mercatoria* tiene su origen en 1985, al entrar en vigencia la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional[40]. Esto por cuanto el artícu-

derías, aprobada mediante la Ley 518 de 1999; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, adoptada con variaciones mediante la Ley 527 de 1999; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, la cual sirvió de fundamento para la expedición de la Ley 1116 del 2006. Igual sucede con los acuerdos celebrados dentro del marco de la OMC, aprobados por la Ley 170 de 1994 –estos son, entre otros: Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Acuerdo relativo al Comercio Internacional de los Textiles, así como con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, adoptado por la Ley 267 de 1996. El funcionamiento de este organismo se encuentra en VÁSQUEZ, M. F. Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. En: Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez. 2006, no. 8, p. 9-46.

[37] "La plupart des conventions, tant de la CNUDCI que d'Unidroit, ne sont ratifiées que par un petit nombre d'États (la Convention de Vienne, du 11 avril 1980, sur la vente internationale de marchandises est une belle exception). On pourrait en conclure à une grande inefficacité de l'uniformisation du droit par la voie conventionnelle". Ver LEBEN. Op. cit., p. 36.

[38] Ley 32 de 1992 por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto Orgánico del Instituto para la Unificación Internacional del Derecho Privado', hecho en Roma el 15 de marzo de 1940.

[39] Ley 967 del 2005 Por medio de la cual se aprueban el 'Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil' y su 'Protocolo sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico, del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil', firmados en Ciudad del Cabo el dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno (2001).

[40] Disponible, con las enmiendas aprobadas en el 2006, en Internet: www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf consulta realizada el 15 de julio de 2013.

lo 28(1) indica: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las reglas de derecho escogidas por las partes como aplicables al fondo del litigio".

Ciertos doctrinantes han señalado que si bien la expresión "reglas de derecho" hace referencia a disposiciones transnacionales, como las convenciones y tratados internacionales, durante la discusión del texto nunca se planeó facultar a las partes para remitir su controversia a los principios generales del derecho o a la *Lex Mercatoria*. No obstante, de la terminología empleada y los trabajos preparatorios en ningún momento se puede llegar a tal conclusión[41].

Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT

En 1994 fueron dados a conocer los *Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* –en adelante, los Principios de UNIDROIT–. Se trata de un libro en cuya redacción participaron los más prestigiosos juristas de los cinco continentes, coordinados por Michael Joachim Bonell. Estos postulados tienen como propósito establecer un conjunto equilibrado de reglas que pueden ser utilizadas libremente por los contratantes en todo el mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países donde sean aplicados.

Una década después se presentó a la comunidad jurídica internacional una segunda edición, en la que se adicionaron cinco capítulos nuevos relativos al apoderamiento de representantes, el contrato a favor de terceros, la compensación, la cesión de créditos, la transferencia de obligaciones, la cesión de contratos y la prescripción. Posteriormente, el 13 de mayo de 2011, el Consejo Directivo de UNIDROIT adoptó la tercera versión, denominada *Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales 2010*[42].

Resulta interesante apreciar cómo los preámbulos de la versiones de 2004 y 2010 establecen que los Principios de UNIDROIT son reglas generales aplicables a

---

[41] JARAMILLO. Op. cit., p. 46-48. Para un ejemplo práctico de un texto internacional uniforme como *Lex Mercatoria*, véase la manera como ha operado la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI en los países latinoamericanos en: CONEJERO, Ch. Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica. En: Revista Internacional de Arbitraje. 2006, no. 4, p. 13-103.

[42] UNIDROIT. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Bogotá: UNIDROIT – Universidad Externado de Colombia, 2008, p. vii y viii y xiv-xvi. Disponibles en internet en: www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf y www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf consulta realizada el 16 de julio de 2013. Véase, además: OVIEDO Albán, J. Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 "Black Letter Rules". Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 14.

los contratos mercantiles internacionales, lo que "debe" hacerse cuando las partes hayan acordado que su convenio se rija por ellos. Igualmente, señala que "pueden" ser aplicados cuando las partes acuerden que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes y también si estas no escogieron expresamente un derecho específico que lo regule[43].

Para Galgano, este documento reviste tanta importancia que incluso modificó la nueva *Lex Mercatoria*. Según su criterio, los Principios de UNIDROIT: "… representan un desafío, porque imponen un reequilibrio de las posiciones de fuerza de las partes contrayentes. Tutelan al contratante más débil frente a contratante más fuerte, difundiendo en el mundo principios jurídicos nuevos, como el *gross disparity* o el *hardship*. Ese desafío es todavía más visible cuando se constata que un laudo arbitral producido en aplicación de la *Lex Mercatoria* entre una gran multinacional y una pequeña empresa del tercer mundo puede quitarle la razón a la empresa del tercer mundo puede quitarle la razón a la primera y dársela a la segunda"[44].

La trascendencia de este instrumento es evidente. En la base de datos UNILEX[45] aparecen 18 casos en los cuales son referidos como una expresión de "principios generales del derecho" y siete en los que se les referencia directamente como *Lex Mercatoria*[46].

---

[43] Los principios pueden ser aplicados respecto de estos contenidos, considerados por Moreno como enigmáticos. MORENO. Op. cit., p. 46.48. La Comisión Europea calificó a los principios como una base de reflexión de los asuntos comunitarios en vía de una posible armonización del derecho de los contratos en Europa, según lo indicó la Comisión Europea en una comunicación del 11 de julio del 2001 y el Parlamento, en una resolución del 15 de noviembre del mismo año. LEBEN. Op. cit., p. 35.

[44] GALGANO, F. La unificación del derecho civil con el comercial es un hecho consumado y no es reversible. En: Ámbito Jurídico, no. 234, Bogotá: Legis, 2007, p. 22. Ver además: RIVERA, J. C. Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje. En: Revista Internacional de Arbitraje. 2006, no. 5, p. 210 y 211.

[45] Disponible en Internet: www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1, consulta realizada el 15 de julio de 2013.

[46] Los asuntos relacionados con este tema en la base de datos son: (i) arbitraje *ad hoc*, San José de Costa Rica, laudo del 30 de abril del 2004 –la cláusula arbitral establecía que las controversias debían ser resueltas sobre la base de la buena fe y los usos comerciales, así como recordando las prácticas comerciales más renombradas y los términos más amigables. La aplicación por el tribunal arbitral debía tener como fundamento las reglas generales y los principios que regulan las obligaciones contractuales internacionales y el más amplio consenso internacional–; (ii) ICC International Court of Arbitration, laudo del 6 de enero del 2003 –ante el silencio de las partes sobre la ley aplicable, los árbitros resolvieron aplicar la *Lex Mercatoria*, según lo establecido por el artículo 17 de las Reglas CCI. De esta manera, se hizo referencia a los Principios de UNIDROIT como una de las fuentes de la *Lex Mercatoria* – y (iii) International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, laudo del 5 de noviembre del 2002 –en este asunto, el

A pesar de lo anterior, existen otras voces que abogan por darle un reconocimiento mayor a los Principios de UNIDROIT, extrapolándolos de la nueva *Lex Mercatoria*[47] e incluso señalándolos como su competencia. Justamente Craig, Park y Paulsson expresan que aquellos no son un derecho común de transacciones internacionales, emergente de prácticas y de fallos, sino que realmente constituyen una codificación fija que contiene lagunas y que puede tener dificultad en evolucionar[48].

Esto es corroborado por Farnsworth, quien en una investigación encontró que para los juristas estadounidenses la expresión nueva *Lex Mercatoria* entraña una concepción del sistema de derecho civil, lo que explica por qué en países del *common law*, en general, los operadores se sienten más cómodos teniendo a su disposición los Principios de UNIDROIT. Incluso, refiere Moreno, en el Boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje apareció un estudio en el que se concluyó que los juristas frecuentemente tienden a evitar ese término y prefieren referirse a los Principios de UNIDROIT[49].

No obstante, otros señalan que la *Lex Mercatoria* tiene como una de sus fuentes principales a los mismos modelos contractuales que circulan universalmente y a los que cabe reconocer fuerza normativa, entre los cuales se encuentran los Principios de UNIDROIT[50].

---

tribunal entendió que una cláusula estipulaba que toda controversia sería resuelta de conformidad con los principios generales de la *Lex Mercatoria*. Por un acuerdo posterior, se pactó que el contrato estaría, a su vez, sujeto a las legislaciones alemana y rusa. El panel interpretó que esta referencia a esos dos ordenamientos implicaba una ausencia de ley aplicable. Así, decidió que sería suficiente aplicar los principios generales del derecho y, por ello, decidió emplear los Principios de Unidroit como una expresión de los mismos.

[47] Es el caso de Talero, para quien los Principios de Unidroit son una posible solución a los problemas de la *Lex Mercatoria*. TALERO. Op. cit., p. 319-331.

[48] "If parties, arbitrators and courts come to refer to those principles, however, it will not mean that they are embracing *Lex Mercatoria* as the accretion of a common law of international transactions, but by way of relying on what is in effect a fixed codification which itself contains lacunae and may –once accepted in various places– have some difficult in evolving. The Unidroit Principles may thus turn out to be a competitor of *Lex Mercatoria*, not its saviour. Or perhaps it will come to be accepted, atleast partially, as a snapshot of *Lex Mercatoria* as of 1994" CRAIG, W. L.; PARK, W. W. y PAULSSON, J. International Chamber of Commerce. Arbitration. 3ª ed., Oceana Publications, 2000, p. 633.

[49] A diferencia de la *Lex Mercatoria*, refiere Farnsworth, estos se pueden asir en las manos. FARNSWORTH, E.A. The role of the Unidroit principles in international commercial arbitration (2): a US perspective on their aims and application. En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, special supplement 2002, p. 22, citado por: MORENO RODRÍGUEZ, J. A. Los principios contractuales de UNIDROIT: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables? En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional., 2005, no. 9, p. 46-48.

[50] RIVERA. Op. cit., p. 210 y 211.

La unificación autónoma

Las dificultades que conlleva la creación legislativa, especialmente por la conformación de parlamentos antitécnicos, compuestos en gran parte por sujetos que no disponen de los conocimientos suficientes para regular el comercio transfronterizo[51], así como por trámites constitucionales y legales, engorrosos y formalistas, dan lugar a la segunda forma de unificación normativa, denominada "de producción autónoma" o "no estatal". Así, desde tiempo atrás algunas entidades internacionales han realizado tareas de creación, recopilación o fijación de prácticas mercantiles "en espacios generalmente huérfanos de toda regulación"[52].

En cualquier caso, este sistema autónomo de creación jurídica está concebido para que las partes acojan los principios internacionales en sus contratos, los cuales contienen un ingrediente característico de la *Lex Mercatoria*. Es decir, tales acuerdos contemplan mecanismos de solución de controversias, en los que predomina la utilización de la cláusula compromisoria, la cual remite la disputa al arbitraje comercial internacional.

A continuación se analizarán tres entidades que han participado activamente en este proceso, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) y la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo.

La CCI

Desde su creación en 1919, la CCI ha realizado una labor importante en la promoción de los negocios transfronterizos[53]. Así, por ejemplo, en la actualidad trabaja en asuntos como el arbitraje y la resolución de conflictos, la lucha contra la corrupción y contra el crimen comercial, la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, el comercio electrónico, la publicidad y el marketing y la autorregulación de las empresas.

---

[51] "Las leyes, pues, están hechas, si no precisamente solo, por lo menos también por hombres que no han aprendido a hacerlas". CARNELUTTI, F. Cómo nace el derecho. Bogotá: Temis, Colección Monografías Jurídicas, no. 54, 1998, p. 2.

[52] DE EIZAGUIRRE. Op. cit., p. 182-184. Los primeros antecedentes conocidos en los cuales se crearon contratos tipo o condiciones generales de venta de manera extraestatal se ubican en 1877, respecto de contratos de venta de cereales, elaborados por la London Corn Trade Corporation. LEBEN. Op. cit., p. 32 y 33. Igualmente, refiere Osman, Ishizaki señaló en 1920 la existencia de un derecho corporativo que formado de un conjunto de usos tomados directamente de la actividad normativa de la práctica tenían vocación para regir las ventas internacionales de seda. ISHIZAKI, M. Le droit corporatif international de la vente des soies. Vol. I. París: Giard, 1928, p. 6-7, citado por OSMAN. Op. cit., p. 10.

[53] Disponible en Internet: www.iccwbo.org, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

Esta tarea ha sido materializada a través de la creación de reglas, códigos, usos uniformes y contratos modelo, elaborados por expertos organizados en comités y recogidos en publicaciones de la CCI. De estos, los documentos más reconocidos en el ámbito internacional son las Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU 600 o UCP 600)[54] y los International Commerce Terms (INCOTERMS)[55].

La FIDIC

Esta entidad ha realizado una importante obra de codificación de los usos del comercio internacional a través de sus guías contractuales, entre las que se destacan las Conditions Internationales Applicables aux Marchés de Travaux de Génie Civil, las cuales han tenido su aplicación práctica en materia de proyectos de construcción[56]. En la actualidad se encuentra preparando la redacción de un contrato tipo que regule las relaciones entre el cliente y el ingeniero consultor y realiza trabajos para facilitar la redacción de contratos internacionales en ingeniería civil y obras electromecánicas[57].

La Comisión sobre Derecho Contractual Europeo

Más conocida como Comisión Lando, en honor a su presidente, Ole Lando, desde su creación en 1982 esta entidad ha tenido como propósito la elaboración de un documento armonizado que contenga los principios generales de un futuro derecho europeo de obligaciones que rija las relaciones entre sujetos pertenecientes a los diferentes Estados miembro de la Unión Europea. Tras varios años de labores y gracias a la participación de expertos del Instituto de Derecho Comparado de París, del European University Institute de Florencia y de algunas instituciones universitarias norteamericanas, en 1995 se publicó

[54] La primera publicación de estas reglas fue dada a conocer en 1933. Para un análisis de las principales modificaciones introducidas a este documento en el año 2006, ver PÉREZ L. J. Las nuevas UCP (RUU) 600. Mejorando el entendimiento en el comercio internacional. Disponible en Internet: www.esdenonline.com/datos/articulos/archivo69.pdf, consulta realizada el 16 de julio de 2013. La importancia del crédito documentario en el comercio internacional es analizada por Leben, especialmente en aspectos como las garantías a primera demanda y las prácticas de comercio electrónico. LEBEN. Op. cit., p. 31.

[55] Disponible en Internet: www.incoterms.com, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

[56] LEBEN. Op. cit., p. 33.

[57] OSMAN. Op. cit., p. 281.

la primera parte, la segunda en el año 2000 y ya se encuentra disponible una tercera versión, la cual está disponible en internet[58].

Aplicabilidad de la nueva *Lex Mercatoria* por las partes en sus contratos

En principio, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra regido por el orden público jurídico. Tanto los particulares como el Estado necesariamente deben cumplir las disposiciones nacionales que establecen los requisitos para poder obligarse y celebrar sus actos y contratos válidamente y que estos produzcan efectos jurídicos, sin ningún inconveniente[59]. Cumplidas tales exigencias, el contrato nace a la vida jurídica y su contenido adquiere una fortaleza que incluso lo ubica en la misma categoría de la ley[60].

---

[58] Disponibles en Internet: www10.gencat.net/eapc_rld/revistes/revista.2008-09-19.2469395181/Principis_de_dret_europeu_dels_contractes_i_codis_civils_espanyol_i_frances._Analisi_etimologica_/es, consulta realizada el 16 de julio de 2013; Lando, O. et al. (eds.). Principles of European contract law. Kluwer Law International, La Haya: 2000, p. 1-93. Ver, además: CASALS, M. M. Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil. Disponible en Internet: www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf, consulta realizada el 16 de julio de 2013; OLIVER, L. E. Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado. Al mismo tiempo, aparecen en el escenario europeo los proyectos de Pavía y Gandolfi, los cuales también crearon un Código Europeo de Contratos. Estos dos, así como el Proyecto Lando son considerados Professorenrecht, término alemán que en el siglo XIX era dado a la creación jurídica por parte de los profesores universitarios, ver: GARCÍA, G. La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004, p. 1-10.

[59] Las condiciones de validez en la formación de los contratos son analizadas con profundidad, en una perspectiva actualizada, por: LEÓN, E. I. La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico; ORTIZ, A. Consentimiento; MAZEAUD, D. La notion de cause d'origine Française; CAPRILE, B. El objeto de los actos jurídicos; RAMÍREZ, E. El contenido elemento del contrato. En: MANTILLA, F. y TERNERA, F. Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis, 2007, p. 83-105, 107-120, 121-136, 137-185, 187-206.

[60] En Colombia, esto se encuentra previsto en el artículo 1602 del Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Igual ocurre en la mayoría de ordenamientos jurídicos del mundo, como por ejemplo: (i) artículo 1134 del Código Civil francés: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" –los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado–; (ii) artículo 1197 del Código Civil argentino: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"; (iii) artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal de México: "… desde que se perfeccionan [los contratos] obligan a los contratantes, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley" y (iv) artículo 1091 del Código Civil español: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".

En ocasiones, las partes prefieren no regir sus convenios por un derecho nacional particular, pues les resulta más gravoso, costoso o inconveniente. Incluso, puede suceder que las diferencias de los sistemas legales entre las partes generen desconfianza y contradicciones que impidan realizar el negocio, de manera eficiente. Por esa razón, la nueva *Lex Mercatoria* surge como una alternativa bastante favorable, pues los contratantes pueden seleccionar las reglas que mejor se acomoden para regir su contrato, de la amplia gama de instrumentos normativos comunes[61].

Rivera va más allá y señala que estas disposiciones son incluso aplicables cuando las partes se refieren a ellas como una fuente para regular su contrato "o si de algún modo excluyeron la aplicación de cualquier ley nacional", es decir, ante cualquier omisión al respecto[62]. No obstante, el autor refiere los principales eventos en los cuales la nueva *Lex Mercatoria* se adecua a los intereses de los contratantes para acogerse a ella:

a) Cuando las partes rechazan la aplicación de una ley nacional –*negative choice*.
b) Si la elección de los contratantes equivale a la ausencia de toda elección de una ley nacional.
c) En aquellos casos en que la transacción es tan internacional que no puede ser resuelta bajo la influencia de un sistema legal nacional exclusivo.
d) Si las partes pretenden que su contrato sea gobernado por reglas y principios neutrales, no derivados de ley nacional alguna.
e) Cuando el contrato es regido por una ley nacional, pero es imposible encontrar una regla aplicable al conflicto específico.

El derecho arbitral internacional

En materia arbitral, especialmente internacional, existe un vasto pluralismo jurídico, manifiesto en la excepcional diversidad de origen y naturaleza de las normas susceptibles de ser aplicadas por los tribunales, tanto respecto del procedimiento del juicio como de fondo sobre el litigio. En él concurren normas de

[61] "La libertad disfrutada por las partes para aplicar tales reglas es señalada, en el arbitraje internacional contemporáneo, con el uso de las palabras "reglas de derecho" –*rules of law*– como opuestas al derecho –law– cuando describen las reglas respecto de las cuales las partes son libres de seleccionar de conformidad con el principio de la autonomía de las partes". FOUCHARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 802-804.

[62] RIVERA. Op. cit., p. 211 y 212.

origen público y privado, dentro de las cuales figuran no solo las disposiciones corporativas –reglamentos de arbitraje, condiciones generales de contratación, contratos-tipo– sino también los usos, la jurisprudencia arbitral –que se suele servir de la teoría de los principios generales del derecho– e incluso normas aún más informales, tales como la regla moral o la equidad.

Sin embargo, "este pluralismo solo encuentra su plena eficacia gracias a la libertad reconocida por la mayoría de los derechos modernos a las partes y a los árbitros de escoger a su antojo las normas que regirán el procedimiento y el fondo del litigio"[63]. Igualmente, los organismos especializados en materia arbitral han creado procedimientos ágiles y eficaces para resolver las controversias, a través de sus reglamentos. De esta manera, la multiplicidad de disposiciones adquiere su importancia por dos razones:

a) La primacía de la autonomía de la voluntad, la cual se traduce, entre otros asuntos, en la escogencia del derecho aplicable y la designación de los árbitros, de manera que la jurisdicción estatal quede por fuera del conflicto y que la decisión sea aplicable a los usos y costumbres aceptados internacionalmente[64].
b) El trabajo de los expertos de organizaciones internacionales y de entidades arbitrales que gracias a su experiencia y conocimiento previos, en su labor como árbitros o abogados, presentan al público reglamentos específicos, adaptados y adecuados para resolver sus conflictos, desde un punto de vista sustancial[65] y procedimental[66]. Algunos de estos documentos facultan a los árbitros para escoger la ley aplicable ante el silencio de las partes, donde se encuentra la nueva *Lex Mercatoria*[67].

---

[63] OPPETIT. Op. cit., p. 195 y 196. Así mismo, ver: LEBEN. Op. cit., p. 37.

[64] GRIGERA. Op. cit., p. 608.

[65] Es el caso de los artículos 59(a) de las Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, de 1994, y 17(1) de las nuevas Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigentes desde 1998, los cuales van adelante, al permitirles a las partes y a los árbitros a recurrir a *rules of law* antes que al derecho interno –*the law o proper law*. Esta expresión también ha sido adoptada en revisiones de la American Arbitration Association (1997) y The London Court of International Arbitration (1998). MORENO. Op. cit., p. 121.

[66] GRIGERA. Op. cit., p. 608.

[67] TALERO. Op. cit., p. 50-53.

A diferencia de lo que ocurre con los árbitros nacionales, quienes en desarrollo de sus funciones prefieren la aplicación de las normas locales, los internacionales propenden por aceptar la utilización de la nueva *Lex Mercatoria*[68]. Así, estos acuden a la fuente directa del conflicto, es decir, al contenido sustancial del contrato, examinando su sustancia, objetivos, las circunstancias particulares de ejecución y la voluntad de las partes respecto al derecho que se debe aplicar en caso de conflicto[69].

Incluso, algunos instrumentos internacionales imponen la vigencia del uso de comercio con independencia de voluntad pública o privada manifestada al respecto, como ocurre con el artículo 33 (3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual, al estatuir sobre la ley aplicable, señala: "En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso"[70].

En una buena parte de los casos, las decisiones arbitrales no son revisables por los jueces nacionales. Este aspecto y la libertad que tienen las partes de elegir su derecho aplicable para resolver sus conflictos, hacen que la *Lex Mercatoria* controle el comercio internacional a través del arbitraje. Por esta razón, algún sector de la doctrina se refiere a un *international law of arbitration* –derecho internacional del arbitraje– que crece paulatinamente de manera análoga al *common law*, con base en precedentes y prácticas[71].

Grigera se pregunta si esta autodeterminación de que disponen las partes para autodeterminar la solución de conflictos a través del arbitraje basado en la *Lex Mercatoria* tiene una función social. Según el doctrinante, en la medida que se permita minimizar las disputas entre los operadores comerciales o asegurar la resolución rápida o eficiente –tanto de costos como de calidad y especialización

---

[68] Al respecto ver: caso Mechema Ltd. (Inglaterra) v. S.A. Mines, Minérais et Métaux (Bélgica), laudo del 3 de noviembre de 1970; caso Pabalk Ticaret Limited Sirketi (Turquía) v. Norsolor S.A. (Francia); caso CCI, no. 3131, laudo del 26 de octubre de 1979; caso CCI, no. 3540, laudo del 3 de octubre de 1980, involucrando partes de Francia y Yugoslavia; caso CCI, no. 3267, laudo del 28 de marzo de 1984, involucrando una compañía de construcción mexicana y una compañía miembro de un consorcio belga; caso CCI, no. 6149, laudo sin fecha de 1990, involucrando partes de Corea del Sur y Jordania; caso CCI, no. 9246, laudo del 8 de marzo de 1996, involucrando partes de Austria y Egipto, disponibles en Internet: www.kluwerarbitration.com, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

[69] MORENO. Op. cit., p. 117-118.

[70] RIGAUX, F. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 213, vol. I, La Haya: 1989, p. 9-408, citado por ILLESCAS y VISCASILLAS. Op. cit., p. 66-68.

[71] Es el caso de Gillis Wetter, citado por: MORENO. Op. cit., p. 117-118.

de los mecanismos de solución de diferendos– de las controversias y que esto pueda ser alcanzado de mejor manera mediante mecanismos diseñados y puestos en marcha de forma autónoma por tales operadores con prescindencia de la justicia nacional se acrecentarán los efectos benéficos generales para toda la sociedad[72].

De esta manera, entre el arbitraje y la nueva *Lex Mercatoria* se establece un vínculo irrompible entre los dos, lo cual puede ser visto desde dos perspectivas: como evidencia de la existencia misma de esta última, dada su invocación en los laudos, y como fuente de ella, en cuanto identifica sus contenidos para que sean aplicados a los casos concretos. En conclusión, se puede afirmar entonces que la difusión del arbitraje es una forma de expandir las fronteras de la nueva *Lex Mercatoria*[73].

La interpretación de los árbitros

Al manifestar su voluntad, las partes tienen la libertad para que su controversia sea gobernada por "reglas de derecho" que difieren de las normas que aplican las cortes nacionales. Así, los árbitros deben interpretar lo que las partes quisieron decir cuando usaron una expresión particular para descubrir las reglas de derecho aplicables a la disputa. De esta manera, deben ser traductores en los casos en que los conflictos sean decididos en idiomas diferentes, así como precisar la verdadera intención de los contratantes al acoger los términos utilizados, tanto en el contrato como en la cláusula compromisoria. En esta medida, perfectamente podría ser legítimo para ellos aplicar usos comerciales, como la *Lex Mercatoria*[74].

Esta situación ha sido admitida por algunas legislaciones, como la francesa. El artículo 1464 del Código de Procedimiento Civil francés[75] señala: "A menos que las partes hayan acordado otra cosa, el tribunal arbitral determinará el procedimiento arbitral sin tener que seguir las reglas de los tribunales estatales". Como se aprecia, esta disposición autoriza a los árbitros para buscar la aplicación de un derecho nacional cualquiera y tener en cuenta los principios generales del derecho y la *Lex Mercatoria* para fundamentar sus decisiones. Esto, según

---

[72] GRIGERA. Op. cit., p. 610 y 611.

[73] RIVERA. Op. cit., p. 200-202.

[74] FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 184-186 y 805-807.

[75] Esta disposición señala: "A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques". Y agrega: "Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce" –Disponible en Internet: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000023450830&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130717, consulta realizada el 17 de julio de 2013.

precisan Fouchard Gaillard y Goldman, puede dar lugar a la autonomía de un *case law arbitral*[76].

Sin embargo, la ausencia de determinación del derecho aplicable por las partes y la falta de precisión del sistema jurídico aplicable por parte de los árbitros hacen que los laudos no puedan tener un valor de precedentes, salvo que estas decisiones sean recogidas o interpretadas por un tribunal nacional. En efecto, la ausencia de foro y la falta de necesidad de aplicar un derecho nacional o escoger un particular sistema legal, incluso el de la sede del arbitraje, hacen que puedan recoger en su procedimiento y decisión estos principios ampliamente reconocidos en el derecho comparado y de los tratados[77].

A pesar de lo anterior, los laudos arbitrales internacionales han ido repitiendo y desarrollando fallos previos, gracias a lo cual se ha ido desarrollando la *Lex Mercatoria*, cuando esta ha sido elegida como ley aplicable o cuando las partes han omitido o delegado esta facultad en los árbitros. "Este tipo de razonamiento indudablemente contribuye a la creación de un clima que promueve el desarrollo del derecho casuístico arbitral diferente de los precedentes judiciales"[78].

Principios incorporados a la Lex Mercatoria, decantados de los laudos arbitrales

Según quedó precisado con anterioridad, los laudos arbitrales internacionales en materia comercial no constituyen precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, la doctrina ha encontrado que las consideraciones con las que los árbitros han tomado sus decisiones se reiteran de manera casi uniforme en ciertos asuntos, desde la formulación que de las mismas hiciera Lord Mustill[79]. Dada su naturaleza

---

[76] Para los autores, esta misma tendencia puede ser vista en otras jurisdicciones. Siguiendo el artículo 1464 del código francés, algunos ordenamientos arbitrales indican que los árbitros solamente necesitan aplicar "reglas de derecho" y no un derecho particular nacional. Es el caso del artículo 1504 del Código de Procedimiento Civil holandés y el artículo 187 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza. De esta manera, los árbitros quedan facultados para aplicar normas diferentes a su derecho nacional, así como la *Lex Mercatoria*, ante la omisión de su escogencia por las partes. FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 184-186.

[77] FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 184-186.

[78] Ibid.

[79] MUSTILL, M. J. New *Lex Mercatoria*: the first twenty-five years. En: Liber Amicorum for Lord Wilberforce. Oxford: Ed. Bos & Brownlie, 1987, p. 149-183. Aunque el propósito principal del autor era criticar el método de la *Lex Mercatoria*, paradójicamente estos principios han sido considerados en los laudos arbitrales como principios generales constitutivos de la misma e, irónicamente, han sido subsecuentemente usados para sustentar este sistema jurídico, ver FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 818.

integradora, así como los criterios de equidad que estos conllevan, a tales postulados se les ha dado el carácter de principios integradores de la *Lex Mercatoria*[80].

Así, la doctrina ha precisado la existencia de los siguientes principios[81]:

(i) Las partes se obligan a lo pactado en sus contratos –*pacta sunt servanda*[82].
(ii) Existe la obligación precontractual de negociar de buena fe –*culpa in contrahendo*[83].
(iii) Los contratos deben interpretarse de buena fe, atendiendo a la verdadera intención de las partes –norma del efecto útil (*in claris non fit interpretatio*)[84].
(iv) La interpretación de las cláusulas del contrato debe hacerse en el sentido en que estas sean eficaces –*ut res magis valeat quam pereat*.
(v) Existe un deber de cooperación entre las partes de un contrato.
(vi) Solo se indemniza el daño previsible[85].
(vii) El acreedor de una obligación inejecutada debe minimizar su perjuicio[86].
(viii) Es nulo el contrato obtenido mediante medios ilícitos o por corrupción.
(ix) Una entidad estatal no puede sustraerse a las obligaciones que contrajo alegando que es incapaz de celebrar el pacto arbitral o que tal convenio contravino formalidades internas a las cuales estaba sometida.
(x) Para efectos del pacto arbitral, quien ejerce el control sobre un grupo de sociedades contrata a nombre de todos los miembros del grupo.

---

[80] Otros los denominan "principes transnationaux". LEBEN. Op. cit., p. 45. Osman enaltece la existencia de estos principios al afirmar: "Grace à l'elaboration originale des príncipes généraux, l'arbitrage constitue indubitablement une source formelle importante de la *Lex Mercatoria*". OSMAN. Op. cit., p. 14.

[81] TALERO. Op. cit., p. 312 y 314; CADENA. Op. cit., p. 83-85.

[82] Véase la aplicación de este principio en el caso Serbian Loans, reseñado por WEILER. Op. cit., p. 397-399; CRAIG, PARK y PAULSSON. Op. cit., p. 650.

[83] CRAIG, PARK y PAULSSON. Op. cit., p. 650.

[84] OSMAN. Op. cit., p. 18-46; CRAIG, PARK y PAULSSON. Op. cit., p. 643-644.

[85] CRAIG, PARK y PAULSSON. Op. cit., p. 646.

[86] Caso CCI, no. 5514, 1990. En: ARNALDEZ, J. J.; DERAINS, Y. y HASCHER, D. Collection of ICC arbitral awards 1991-1995 Recueil des sentences arbitrales de la CCI. La Haya – Londres – Boston: ICC Publishing - Kluwer, 1997, p. 459-467.

(xi) En ciertos casos la matriz o controlante de un grupo empresarial se considera firmante del pacto arbitral suscrito entre su filial o subsidiaria y un tercero.
(xii) Las cláusulas de indexación o de valor oro son válidas.
(xiii) Está prohibido el abuso del derecho.
(xiv) La realidad contractual prima sobre calificaciones abstractas.
(xv) Existe un deber de información de la parte respecto de las circunstancias relevantes del negocio entre ellas.
(xvi) Nadie está obligado a lo imposible.
(xvii) La parte no puede obstaculizar o impedir la realización de una condición suspensiva de su propia obligación.
(xviii) Está prohibido contradecirse en detrimento de otro –*non concedit venire contra factum proprium*[87].
(xix) Ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, solo si el incumplimiento es grave –*exceptio non adimpletii contractus*[88].
(xx) El cambio fundamental de circunstancias puede dar origen a la revisión o adaptación del contrato –*rebus sic stantibus*[89].
(xxi) Quien no hace valer diligentemente sus derechos ha renunciado a ellos.
(xxii) Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.
(xxiii) Existe una exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
(xxiv) La aceptación tácita de un contrato es válida.

Sin embargo, si se analiza detalladamente la formulación de estos postulados, realmente no son nada diferente de los principios generales del derecho, la mayoría de los cuales han sido observados por los jueces de los diferentes sistemas, durante siglos. En este punto se comparte la crítica que realiza Talero, al afirmar: "… aquí no hay referencia alguna a los usos y costumbres mercantiles

[87] Conocido también como principio del *estoppel.* CRAIG, PARK y PAULSSON. Op. cit., p. 650.

[88] Caso CCI, no. 3540, laudo del 3 de octubre de 1980, involucrando partes de Francia y Yugoslavia –Disponible en Internet: www.kluwerarbitration.com, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

[89] OSMAN. Op. cit., p. 162.

internacionales, sino más bien a una serie de principios que los Estados han aplicado de tiempo atrás"[90].

Reconocimiento de la** Lex Mercatoria **por las cortes nacionales

Es claro que la nueva *Lex Mercatoria* es un derecho especial, creado por las necesidades del comercio global, gracias no solo a la labor que al respecto realizan los organismos internacionales sino también a la decantación de sus principios efectuada a través del arbitraje comercial internacional. Su origen, alejado de los cuerpos legislativos nacionales, cuyo trabajo en la mayoría de los casos resulta obsoleto, antitécnico e inoportuno, hace de este conjunto de preceptos un verdadero derecho transnacional.

En los foros internacionales ha causado sorpresa ver cómo la *Lex Mercatoria* ha sido reconocida por las cortes nacionales. Estas la han asumido e interpretado para aprobar los laudos arbitrales extranjeros que la han aplicado[91] y también como fundamento para fallar asuntos sometidos a su consideración.

Respecto de este último evento, los jueces basan sus decisiones en la normativa interna de cada Estado, principalmente aquellos originarios de países de tendencia romano-germánica o en precedentes jurisprudenciales. Es así como para los juristas tradicionales resulta escandaloso que las controversias sean regidas y falladas por un derecho diferente al nacional y que esto sea reconocido por los tribunales de justicia.

La decisión que abrió la puerta a esta posibilidad fue Eagle Star Ins. Co. v. Yuval Ins. Co.[92], la cual se remonta a 1978. No obstante, el caso más importante en el que se dio una opinión favorable para el reconocimiento del carácter normativo a la *Lex Mercatoria* como un nuevo derecho de los comerciantes fue Compañía Valenciana de Cementos Portland *v.* Société Primary Coal Inc., decidido por el Tribunal de Apelaciones de París, el 13 de julio de 1989. A juicio de la corporación, los árbitros tienen autonomía para determinar el derecho

---

[90] TALERO. Op. cit., p. 313. Sin embargo, el autor explica que el tratamiento que se les da a estos postulados es diferente respecto de cada jurisdicción, tribunal de arbitraje o incluso desde la perspectiva de cada sistema legal.

[91] En un caso que involucraba dos empresas petroleras la Corte Inglesa de Apelaciones indicó que un laudo proferido con base en la *Lex Mercatoria* no violaba el orden público inglés, por cuanto la escogencia de la misma constituía una determinación razonable de un derecho aplicable al contrato –Deutsche Schachtbau-Und Tiefbohrgesellschaft v. R'As al Khaimah National Oil Co. [1987] 2 Lloyd's Report 246, citado por: TALERO. Op. cit., p. 315 y 316.

[92] [1978] 1 Lloyd's Rep. 357, 362 (Ct. App. 1977).

aplicable a las controversias contractuales. Por esta razón rechazó una acción que pretendía desconocer un laudo en el que los árbitros aplicaron la *Lex Mercatoria*, con lo cual crearon una regla de derecho.

Posteriormente, al revisar el fallo de instancia, el 22 de octubre de 1991 la Corte de Casación decidió que un árbitro que aplique *Lex Mercatoria* o reglas transnacionales de ley, en lugar de disposiciones creadas por el Estado, decide conforme a derecho. Así, afirmó: "… el Tribunal de Apelaciones no incurrió en violaciones de los artículos 1504 y 1502 (3) del Nuevo Código de Procedimiento Civil para examinar las condiciones de la determinación e implementación de los árbitros de la regla de derecho seleccionada"[93].

Se pueden citar algunos casos en los cuales los tribunales de justicia han aceptado que la nueva *Lex Mercatoria* constituye derecho aplicable: (i) en Francia: Norsolor v. Pabalk Ticaret[94] y Société Fougerolle v. Banque du Proche Orient[95]; (ii) en Inglaterra: Deutsche Schautbau-und Tiefbohrgesselschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.[96] y (iii) en Italia: Société Arabe des Engrais Phosphates et Azotes (Saepa) y Société Industrielle d'Acide Phosphorique et d'Engrais (Siape) (Túnez) v. Gemanco srl (Italia)[97].

Admisión y transplante de la *Lex Mercatoria* a las legislaciones estatales

Este circuito generado por la *Lex Mercatoria* adquiere cada vez mayor importancia y prestigio internacional como sistema jurídico, pues en su crecimiento siempre vuelve a su interior, se decanta y evoluciona. Gracias a la experticia técnica en la elaboración de los principios e instrumentos por parte de los organismos multilaterales, así como las decisiones arbitrales que los aplican e interpretan,

---

[93] Cass. 1e civ, Oct, 22, 1991, Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc., 1991 Bull. Civ. I, No. 275. FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer, 1999, p. 184-186. Ver, además: DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E. A. El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. México: Oxford University Press, 2001, p. 268.

[94] Tribunal de Grand Instance de París, 4 de marzo de 1981. Cour d'Appel de París, 15 de diciembre de 1981 y 19 de noviembre de 1982. Cour de Cassation, 9 de octubre de 1984.

[95] Cass. civ. 2e, 1983 D.S. Jur. 235.

[96] Decidido por la Cámara de Apelaciones inglesa. MORENO. Op. cit., p. 123.

[97] Corte di Cassazione italiana, 9 de mayo de 1996, no. 4342, Corte di Appello de Bari, 2 de noviembre de 1993, no. 811.

los Estados han preferido sumarse a la tarea como partícipes activos, durante la negociación de los documentos y, posteriormente, recogiendo tales disposiciones en sus legislaciones internas.

Incluso, algunos de los instrumentos consagran expresamente el deseo de que estos sean acogidos por los legisladores. Por ejemplo, el preámbulo de los Principios de UNIDROIT señala: "Estos principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales o internacionales"[98]. Como ventaja adicional, esto les permite a sus asociados operar de una manera más fácil y activa en el comercio multilateral globalizado.

En la actualidad, existen múltiples ordenamientos internos que admiten que un contrato pueda ser sometido a la nueva *Lex Mercatoria*, como quedó precisado con anterioridad respecto de lo dispuesto por el artículo 1464 del Código de Procedimiento Civil francés. Esta disposición hace referencia a la expresión *régles de droit*, lo cual también se encuentra transcrito de manera similar en el artículo 1054 del Código de Procedimiento Civil holandés. Igualmente, los artículos 178 (2)[99] y 187 (1)[100] de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza, del 18 de diciembre de 1987, facultan al tribunal arbitral para fallar conforme a las reglas de derecho escogidas por las partes[101].

Por su parte, el artículo 9 (6) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española[102], al referirse al convenio arbitral, establece que este será válido si se cumplen los requisitos señalados por las normas jurídicas elegidas por las partes para regirlo. Esta redacción tiene como propósito conseguir que España sea escogida como sede arbitral internacional, otorgándoles plena autonomía a las partes para decidir la forma en que se resolverán las controversias. Así, Verdera explica que la referencia a "normas jurídicas" abarca "… no solo las disposiciones

---

98 UNIDROIT. Op. cit., p. 1.

99 "2. El acuerdo de arbitraje es válido si se ajusta al derecho acordado por las partes, o al derecho aplicable al fondo de la controversia, en particular al contrato principal, o al derecho suizo".

100 "1. El tribunal arbitral decidirá el caso conforme al derecho acordado por las partes, a falta de acuerdo, aplicando el derecho con el que la controversia tenga vínculo más cercano".

101 ALJURE, A. La ley aplicable al contrato estatal en Colombia. En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional. 2005, no. 6, p. 143 y 144; FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 802-804.

102 "6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español". Disponible en Internet: www.boe.es/boe/dias/2003/12/26/pdfs/A46097-46109.pdf, consulta realizada el 16 de julio de 2013.

de derecho de un Estado, sino también la *Lex Mercatoria* o cualesquiera otras reglas de derecho que, aun no teniendo condición de normas estatales, cumplen el requisito de certeza y cognoscibilidad propio de las reglas jurídicas"[103].

De la misma manera, esta posibilidad se encuentra contemplada en múltiples ordenamientos jurídicos de países como Italia, Egipto, México y Alemania. Incluso, ha sido aceptada por el sistema legal inglés, específicamente por el artículo 46 de la Arbitration Act de 1996, el cual establece que las partes pueden escoger reglas transnacionales como su derecho aplicable[104].

Colombia tampoco ha sido ajena a esta realidad. En efecto, el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012 establece:

> El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso[105].

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para que pueda existir un arbitraje de esta naturaleza, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano es preciso que exista un componente internacional, traducido en la nacionali-

---

[103] VERDERA, E. La Ley de Arbitraje española: entre la tradición y la innovación. En: Revista Internacional de Arbitraje. 2006, no. 5, p. 106.

[104] "Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute–

(a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or

(b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.

(2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules.

(3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable". Disponible en Internet: www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_3, consulta realizada el 16 de julio de 2013. Ver, además: FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. Op. cit., p. 802-804.

[105] Disponible en Internet: www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366#118 consulta realizada el 16 de julio de 2013.

dad de una de las partes[106]. Según algunos detractores de este mecanismo de solución de controversias, especialmente provenientes del sector público, entre quienes se encuentra principalmente la Procuraduría General de la Nación, las entidades públicas no deben acogerse al arbitraje internacional, en la medida que la ley actúa como una forma de protección de los intereses públicos. Esto tendría como fundamento que en virtud del principio de legalidad las entidades públicas no podrían escoger como ley aplicable del contrato una diferente de la nacional, como lo sería la nueva *Lex Mercatoria*, por cuanto ellas solamente deben cumplir las funciones que les asignan expresamente la Constitución y la ley.

No obstante, esta postura proteccionista resulta contraria a los postulados que rigen la materia en el mundo, tal como quedó señalado con anterioridad. En efecto, si un Estado decide aplicar la nueva *Lex Mercatoria* en lugar de su legislación interna para que rija un contrato celebrado por él, no le es válido desconocer posteriormente tal escogencia.

De ahí que resulte posible que en Colombia se aplique este sistema jurídico transnacional. Al respecto, debe tenerse en consideración que si bien se faculta a las partes para elegir un derecho de naturaleza nacional o internacional para resolver el fondo del litigio, la decisión no puede en ningún momento dar lugar a la elusión de la aplicación de normas de orden público o "leyes de policía", ni suponer la violación de principios propios del llamado "orden público realmente internacional"[107].

Pero la adopción de la nueva *Lex Mercatoria* por parte de las legislaciones nacionales va más allá del arbitraje. Incluso, en materia comunitaria, al adoptar la Declaración Andina de Valor, mediante la Resolución 1112 del 5 de julio de 2007, la Comunidad Andina trajo a colación los INCOTERMS, al regular la factura comercial. Así, el artículo 3º de esta normativa indica: "A los efectos de la aplicación del primer método 'Valor de transacción de las mercancías importadas' establecido en el artículo 1º del Acuerdo sobre Valoración de la OMC, la factura comercial debe: (…)

---

[106] COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-347, jul. 23/1997. M.P. Jorge Arango Mejía.

[107] Por este concepto deben entenderse los principios fundamentales comunes a una multitud de derechos nacionales que provienen de la comunidad internacional. Ver SILVA, E. Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. En: Revista de Derecho Privado. 2002, no. 28, p. 3-43. Ver, además: SALCEDO, M. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 210; GAMBOA, N. Apuntes sobre arbitraje internacional. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 20.

5. Contener como mínimo los siguientes datos: (…)

i) Lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los términos Internacionales de Comercio INCOTERMS, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos"[108].

Por su parte, la normativa colombiana en materia de energía eléctrica también se hace una remisión expresa a la *Lex Mercatoria* en la Resolución 61 del 5 de julio de 2005 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas por la cual se expiden normas sobre las garantías para el cargo por confiabilidad. El artículo 3º de la mencionada disposición establece:

> Principios y otorgamiento de las garantías. Las garantías reguladas en la presente resolución deberán cumplir con los principios del artículo 77 de la Resolución CREG 071 de 2006 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, y con los siguientes criterios: (…)
>
> 8. Cuando se trate de garantías expedidas por entidades financieras del exterior, el valor de la garantía constituida deberá estar calculado en dólares de los Estados Unidos de América, y ser exigible de acuerdo con las Normas RRUU 600 de la Cámara de Comercio Internacional –CCI– (ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits UCP 600) o aquellas normas que las modifiquen, adicionan o sustituyan y con las normas del Estado Nueva York de los Estados Unidos de América. Estas garantías deberán prever mecanismos expeditos y eficaces para resolver definitivamente cualquier disputa que pueda surgir en relación con la garantía entre el beneficiario y el otorgante aplicando las normas que rigen su exigibilidad, tales como la decisión definitiva bajo las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la CCI, por uno o más árbitros designados según lo establecen las mencionadas reglas, o a través de los jueces del Estado de Nueva York[109].

[108] Disponible en Internet: www.comunidadandina.org/normativa/res/r1112sg.htm consulta realizada el 16 de julio de 2013.

[109] El artículo 3.º fue modificado por el artículo 1.º de la Resolución CREG-094 del 2007 y el numeral 8.º por el artículo 1º de la Resolución CREG-037 del 2008. Disponible en Internet: http://domino.creg.gov.co/Publicac.nsf/1c09d18d2d5ffb5b05256eee00709c02/dfdb2860304850b405257324004e0108?OpenDocument consulta realizada el 17 de julio de 2013.

Consideraciones finales

Después de analizar el origen, la resurrección y la realidad actual de un sistema jurídico transnacional extraestatal, así como precisar las ventajas y críticas que la doctrina encuentra en su formulación y aplicación, es posible entender cómo la nueva *Lex Mercatoria* se ha convertido en uno de los motores de creación jurídica más importantes en el ámbito internacional. Las posibilidades que esta ofrece tanto para los operadores del comercio como para los jueces y árbitros, así como para el Estado, son infinitas, dada la gran cantidad de oportunidades que esta brinda, al nutrirse todos los días de la experiencia de los juristas pertenecientes a los diferentes sistemas jurídicos que participan en su formación.

Si bien se trata de un orden reciente, todavía tiene que sufrir múltiples victorias y derrotas que le permitan alcanzar una verdadera consolidación como sistema normativo universal, de obligatoria aceptación global. Sin embargo, el papel protagónico que ha asumido durante las últimas décadas, gracias a su contenido dinámico y no estático, le permitirá seguirse afianzando como el marco jurídico que regirá la economía mundial durante el presente siglo[110].

Bibliografía

ALJURE, A. La ley aplicable al contrato estatal en Colombia. En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional. 2005, no. 6.

ARNALDEZ, J. J.; DERAINS, Y. y HASCHER, D. Collection of ICC arbitral awards 1991-1995 Recueil des sentences arbitrales de la CCI. La Haya - Londres – Boston: icc Publishing - Kluwer, 1997.

CADENA, W. R. La nueva 'Lex Mercatoria'. La transnacionalización del derecho. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2004.

CALVO Caravaca, A. L. y OVIEDO Albán, J. (directores). Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales. t. 2. Bogotá: Ibáñez, 2006.

CARNELUTTI, F. Cómo nace el derecho. Bogotá: Temis, Colección Monografías Jurídicas, no. 54, 1998.

CONEJERO, Ch. Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la cnudmi en Latinoamérica. En: Revista Internacional de Arbitraje. 2006, no. 4.

[110] "C'est dire que toute approche pragmatique et scientifique des ordres juridiques suppose une vision dynamique, et non plus statique, du phénomène normatif. La *Lex Mercatoria*, comme tout système juridique, n'échappe pas à cet axiome". OSMAN. Op. cit., p. 459.

CRAIG, W. L.; PARK, W. W. y PAULSSON, J. International Chamber of Commerce. Arbitration. 3ª ed., Oceana Publications, 2000.

DE EIZAGUIRRE, J. M. Derecho mercantil. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

DERAINS, Y. y SCHWARTZ, E. A. El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. México: Oxford University Press, 2001.

FERNÁNDEZ, L. F. y CALVO Caravaca, A. L. Derecho mercantil internacional. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer, 1999.

GALGANO, F. La unificación del derecho civil con el comercial es un hecho consumado y no es reversible. En: Ámbito Jurídico, no. 234, Bogotá: Legis, 2007.

GAMBOA, N. Apuntes sobre arbitraje internacional. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

GONZÁLEZ, E. Manual de derecho romano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991.

ILLESCAS, R. y VISCASILLAS, M. P. Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces – Universidad Carlos iii de Madrid.

ISHIZAKI, M. Le droit corporatif international de la vente des soies. Vol. i. Paris: Giard, 1928.

JARAMILLO, J. La 'Lex Mercatoria': mito o realidad. En: Negocios Internacionales. Tendencias, contratos e instrumentos. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

KOZOLCHYK, B. La contratación comercial en el derecho comparado. Madrid: Dykinson, 2006.

LANDO, O. et al. (eds.). Principles of European contract law. Kluwer Law International, La Haya: 2000.

LITVINOFF, S. Derecho global, derecho civil y common law. En: Foro de Derecho Mercantil - Revista Internacional. 2004, no. 3.

MANTILLA, F. y TERNERA, F. Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis, 2007.

MEDINA, J. Derecho comercial. Parte general. 3ª ed. Bogotá: Ibáñez, 2006.

MORENO Rodríguez, J. A. Los principios contractuales de unidroit: ¿un mero ejercicio académico de juristas notables? En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional., 2005, no. 9.

MORENO, J. A. La nueva 'Lex Mercatoria': ¿un fantasma creado por profesores de la Sorbona? En: Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional. 2003, no. 1.

MUSTILL, M. J. New Lex Mercatoria: the first twenty-five years. En: Liber Amicorum for Lord Wilberforce. Oxford: Ed. Bos & Brownlie, 1987.

NARVÁEZ, J. I. Derecho mercantil colombiano. Parte general. 10ª ed. Bogotá: Legis,, 2008.

OLIVER, L. E. Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado. GARCÍA, G. La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004.

OSMAN, F. Les príncipes généreaux de la Lex Mercatoria. París: Libraire Générale de droit et de Jurisprudence, 1992.

OVIEDO Albán, J. Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 "Black Letter Rules". Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012, p. 14.

PÁEZ, H. A. Naturaleza jurídica de la Lex Mercatoria. En: Temas Jurídicos. Bogotá: Universidad del Rosario, no. 18, 2006.

PAUL, J. R. ¿Es realmente libre el comercio? Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - Universidad Javeriana.

RIGAUX, F. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 213, vol. I, La Haya: 1989.

RIVERA, J. C. Arbitraje y poder judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje. En: Revista Internacional de Arbitraje. 2006, no. 5, p. 210 y 211.

SALCEDO, M. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.

SILVA, E. Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. En: Revista de Derecho Privado. 2002, no. 28.

SILVA, E. y MANTILLA, F., El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis - Universidad del Rosario, 2005.

TAWIL, G. y ZULETA, E. El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Universi-

dad del Rosario - Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

UNIDROIT. Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Bogotá: unidroit - Universidad Externado de Colombia, 2008, p. vii y viii y xiv-xvi.

VÁSQUEZ, M. F. Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. En: Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez. 2006, no. 8.

VERDERA, E. La Ley de Arbitraje española: entre la tradición y la innovación. En: Revista Internacional de Arbitraje. 2006, no. 5.

WEILER, T. International investment law and arbitration: leading cases from the Icsid, Nafta, bilateral treaties and customary international law. Londres: Cameron May, 2005.

La resolución del contrato internacional

Héctor Mauricio Medina Casas*

Introducción

El objetivo de estas líneas es abordar la resolución del contrato desde la perspectiva de la internacionalidad de las relaciones jurídicas, es decir, desde el ámbito del contrato internacional; para su desarrollo y de forma introductoria conviene precisar algunos aspectos generales sobre la figura y delimitar el alcance de este trabajo.

En primer lugar, la resolución difiere en su contenido y en sus efectos de otras figuras que podrían considerarse afines en la medida en que, al igual que ésta, conducen a la terminación del contrato. En este sentido, la resolución es diferente a la resciliación, a la rescisión y a la revocación del contrato. La resciliación se caracteriza porque conduce a la terminación del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, quienes le ponen fin en ejercicio de la autonomía de la voluntad[1]; por su lado, la rescisión pone fin al contrato ante la existencia de vicios de la voluntad, en casos de evicción parcial de la cosa vendida, o por la configuración de lesión enorme en los contratos de compraventa[2]; a su turno, la revocación pone término al contrato por la decisión unilateral de uno de los contratantes que se encuentra facultado legalmente para hacerlo[3].

---

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Máster (DEA) en Derecho Internacional Económico, Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne). Profesor Universitario. Socio de la firma M&P Abogados Ltda. Contacto: hmedina@mypabogados.com.co

[1] Vale aclarar que la expresión *resiliation* es utilizada en el derecho francés para referirse a la resolución sin efectos retroactivos.

[2] COLOMBIA. Código Civil, artículos 1741, 1909, 1910, y 1946.

[3] Son ejemplos de revocación de los contratos en el derecho colombiano el artículo 1.701 c.co., en el contrato de seguro, el artículo 1411 c.co en el contrato de crédito documentario y el artículo 1.279 en el contrato de mandato.

En segundo lugar, estas líneas están referidas al contrato internacional. Se entiende por internacional aquel contrato[4] que tiene vínculos con más de un Estado, es decir, con más de un ordenamiento jurídico; en este sentido, es internacional el contrato en el cual las partes tienen su establecimiento en Estados diferentes; también el contrato que se ejecuta en un país diferente al del domicilio de las partes, o aquel que afecta los intereses del comercio internacional, es decir, aquel que involucra transferencia de bienes, servicios o divisas a través de una o más fronteras[5].

La interacción del contrato internacional con diferentes ordenamientos jurídicos implica que las normas que lo regulan no necesariamente son las mismas que gobiernan el contrato doméstico[6], lo que puede alterar los efectos de la resolución. Así, a diferencia de lo que ocurre en un contrato doméstico colombiano, la resolución de un contrato internacional vinculado a nuestro ordenamiento no necesariamente está regulada por los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio[7].

Precisado lo anterior, se abordará a continuación la resolución del contrato internacional desde el ámbito de dos normativas usualmente aplicables a este tipo de contratos: de un lado, la Convención de Viena o Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, tratado internacional incorporado en el derecho interno colombiano mediante la Ley

---

[4] Tal y como lo indica Antonio Aljure Salame, la doctrina y los tratadistas se han dedicado con mayor profundidad al estudio de la manera de encontrar la ley aplicable a un contrato con elementos extranjeros que a la definición misma de contrato internacional, lo que impide contar con una reglamentación autónoma y sistemática sobre el mismo. Ver ALJURE SALAME, Antonio. El contrato internacional. Bogotá: Legis. 2011. p. 1-9.

[5] Sobre el contrato internacional en Colombia y la determinación de la ley aplicable al mismo, ver: ALJURE SALAME, Antonio. La regla de conflicto en el contrato internacional. En: Revista de Derecho Privado. Octubre 2000, no. 25, p. 47-63 y ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. Colombia. En: Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España. Madrid: Edisofer, 2008, p. 205-254.

[6] Esta situación plantea el denominado conflicto de leyes -de cuyo estudio se encarga el Derecho Internacional Privado- que se presenta cuando los ordenamientos jurídicos de dos o más Estados tienen vocación para regular una relación jurídica internacional de carácter particular; en esta materia es obligatoria la consulta de la obra de MONROY CABRA, Marco Gerardo. Tratado de derecho internacional privado. 6ta. Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2006.

[7] Para un estudio detallado de la resolución en el derecho colombiano: SANABRIA GÓMEZ, Arturo. La resolución en el derecho colombiano. En: La terminación del contrato (Directores académicos GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio). Bogotá: Ed. Universidad del Rosario. 2007, p. 139-171. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA Barrios, Francisco. La resolución. En: Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis y Editorial Universidad del Rosario, 2007. p. 247-276.

518 de 1999[8] y, de otro lado, los Principios para los Contratos Internacionales del Instituto para la Unificación del Derecho Privado o principios UNIDROIT, normativa de carácter privado, anacional y universal, aplicable a los contratos internacionales generalmente por voluntad de las partes[9].

Estos instrumentos consagran dos figuras con las cuales no estamos habituados en nuestro ordenamiento: de un lado la resolución unilateral del contrato (1) y, de otro lado, la resolución por anticipación (2). En la medida en que es perfectamente posible que un contrato celebrado por una sociedad colombiana esté gobernado por alguno de estos instrumentos, o que un juez colombiano deba aplicarlos, es procedente su estudio.

La resolución unilateral del contrato

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los principios UNIDROIT[10] estipulan que el contrato puede ser resuelto por la decisión unilateral de uno de los contratantes, motivada en el incumplimiento de la otra parte, sin necesidad de intervención y declaración judicial.

Sobre el particular, dispone el artículo 7.3.1. de los principios UNIDROIT lo siguiente: "Una de las partes puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial (...)".

Por su parte, el artículo 49 de la Convención de Viena, refiriéndose al comprador, establece:

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:
   a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

---

[8] El artículo 1 de la Convención de Viena dispone que esta se aplica cuando las partes tienen establecimiento en Estados diferentes que han suscrito la Convención, o cuando las normas de derecho internacional privado remiten a un Estado que ha suscrito la Convención. Sobre el ámbito de aplicación de la Convención de Viena: GALÁN BARRERA, Diego Ricardo. El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En: Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 271-313.

[9] El preámbulo de los principios UNIDROIT establece que se aplica por voluntad de las partes, como *lex mercatoria,* o como complemento de instrumentos internacionales de derecho uniforme.

[10] Para una comparación de las disposiciones sobre resolución en los principios Unidroit y los principios europeos, consúltese CHATILLON, Stéphanie. Le contrat international. 2da. Edición. París: Ed. Vuibert, 2006.

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado (...).

La misma facultad se concede al vendedor en el artículo 64 de la Convención de Viena[11].

La regla en estos instrumentos es la resolución unilateral sin intervención judicial, situación que contrasta con la regla general existente en nuestro ordenamiento interno que consiste en la resolución judicial[12] de los contratos desarrollada a partir de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio[13].

La resolución unilateral del contrato internacional comporta aspectos positivos y negativos que conviene analizar (i), así mismo, requiere del cumplimiento de ciertas condiciones para su utilización (ii).

---

[11] Artículo 64 Convención de Viena: "El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercancías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado. (...)".

[12] Mediante sentencia de agosto 30 de 2011, la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. William Namen Vargas. Rad. 11001-3103-012-1999-01957-01) manifestó la viabilidad de pactar cláusulas de terminación unilateral de los contratos, dentro de ciertas circunstancias. Al respecto, la Corte indicó: "En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia (...) Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquel (...)".

[13] Sin necesidad de pacto expreso se permite la Resolución unilateral en Colombia en el contrato de suministro; dispone el artículo 973 del código de comercio: "El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra parte para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos (...)".

(i) En cuanto a los aspectos positivos del sistema de resolución unilateral, tenemos que se trata de un sistema pragmático que busca proteger al contratante cumplido. En efecto, el sistema otorga agilidad y rapidez a las relaciones comerciales, toda vez que evita asumir los costos y el tiempo asociados a un litigio internacional destinado a poner fin al contrato.

Así mismo, se trata de un sistema protector del contratante cumplido, en cuanto le permite mitigar el daño que está sufriendo con el incumplimiento, ya sea ofreciendo la prestación inutilizada u obteniendo una nueva prestación de reemplazo que satisfaga sus necesidades, y liberarse de las demás obligaciones contenidas en el contrato. Un ejemplo sirve para ilustrar la situación:

Si en un contrato internacional de suministro de servicios reglado por los principios UNIDROIT se presenta un incumplimiento de alguna de las partes, el contratante cumplido mediante el uso de la resolución unilateral puede, por un lado, disponer o proveerse –según el caso– del servicio objeto del contrato, lo cual disminuye el perjuicio sufrido con el incumplimiento y, por otro lado, liberarse de todas las obligaciones contenidas en el mismo, así, si el contrato contiene una cláusula de exclusividad[14] o una cláusula de preferencia[15], el contratante se libera del cumplimiento futuro de esas obligaciones.

Lo anterior, por cuanto la resolución unilateral tiene efectos desde el momento en el cual el contratante cumplido notifica al incumplido su decisión, momento a partir del cual quedan las partes liberadas del cumplimiento de sus obligaciones[16], a diferencia de los sistemas de resolución judicial en los cuales las obligaciones nacidas del contrato permanecen vigentes hasta tanto la resolución no sea declarada por el juez.

Frente a los aspectos negativos de la resolución unilateral se debe indicar que la resolución puede ser utilizada de forma abusiva por los contratantes[17], quienes

---

[14] La validez de este tipo de cláusulas en la contratación internacional depende del régimen jurídico que gobierne el contrato.

[15] La cláusula de preferencia en los contratos de suministro consiste en preferir a uno de los contratantes, o a los dos, para la celebración de contratos futuros con el mismo objeto.

[16] Artículo 81 de la Convención de Viena y 7.3.5 (1) de los Principios UNIDROIT.

[17] El Consejo Consultivo del Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Pace, mediante la Opinión consultiva no. 5, estableció los siguientes lineamientos que conviene tener en cuenta para la Resolución del contrato de compraventa por el comprador: "1. In determining whether there is a fundamental breach in case of non-conformity of the goods giving the buyer the right to avoid the contract according to Art 49(1)(a) CISG, regard is to be given to the terms of the contract. 2. If the contract does not make clear what amounts to a fundamental breach, regard is to be given in particular to the purpose for

podrían valerse de un incumplimiento intrascendente para proceder a la terminación del contrato, con el único fin de liberarse de las obligaciones pactadas.

En nuestro concepto, si bien reconocemos que la resolución unilateral podría ser ejercida de forma abusiva, en un sistema contractual soportado sobre el principio de la buena fe[18] el uso incorrecto que de la figura realicen los particulares no es justificación para desestimar su aplicación[19]. No obstante, vale preguntarse: ¿Qué hacer ante una resolución injustificada y en cierto modo abusiva del contrato?

El sistema de resolución judicial no elimina el control judicial o arbitral –si fue pactado por las partes– por el ejercicio inadecuado e incorrecto de la figura. En este escenario, el contratante afectado puede acudir ante el juez del contrato para que declare que la resolución fue abusiva y ordene la respectiva indemnización de perjuicios. Así las cosas, la existencia de la resolución unilateral no significa la eliminación de la intervención judicial, sino, en nuestra opinión, un cambio en la legitimación para actuar, en la medida en que los procesos serán iniciados por quien considera que su contrato fue terminado injustificadamente, y no por aquel que sufre un incumplimiento.

---

which the goods are bought. 3. There is no fundamental breach where the non-conformity can be remedied either by the seller or the buyer without unreasonable inconvenience to the buyer or delay inconsistent with the weight accorded to the time of performance. 4. Additional costs or inconvenience resulting from avoidance do not influence per se whether there is a fundamental breach. 5. The issue of avoidance in case of non-conforming accompanying documents such as insurance policies, certificates etc., must be decided by resorting to the criteria set forth in 1. to 4. 6. In the case of documentary sales, there is no fundamental breach if the seller can remedy the non-conformity of the documents consistently with the weight accorded to the time of performance. 7. In the commodity trade, in general, there is a fundamental breach if there is no timely delivery of conforming documents. 8. If the non-conformity does not amount to a fundamental breach, the buyer still has a right to withhold payment and to refuse to take delivery if reasonable under the circumstances". Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op5.html

[18] Artículo 7 de la Convención de Viena y 1.7 de los principios UNIDROIT.

[19] A nivel interno, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia de agosto 30 de 2011 ya citada, en relación con la inconveniencia de la resolución unilateral por considerar que implica un ejercicio de la justicia por la propia mano, manifestó que la figura no impide acudir a los jueces para analizar cómo fue utilizada, circunstancia que desvirtúa la crítica. Al respecto, indicó: "Pertinente dejar sentado que la posibilidad reconocida por el orden jurídico a las partes para disponer la terminación unilateral del contrato por las causas y modalidades legales o contractuales (retracto, revocación, renuncia, denuncia de contrato a término indefinido, desistimiento unilateral, cláusulas resolutorias expresas o de terminación unilateral, o in continenti, etc.), no conceden derecho alguno ni equivalen a tomar justicia por mano propia, menos excluyen el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción para decidir toda diferencia en torno a su eficacia, y ejercicio sin descarrío ni abusos".

Ahora bien, el anterior no es el único caso en el cual se puede requerir de la intervención judicial, pues también será necesaria para tasar y hacer exigible la indemnización de los perjuicios sufridos por el incumplimiento, o para hacer exigibles las restituciones mutuas derivadas de la resolución[20].

(ii) En cuanto a las condiciones para la utilización de la resolución unilateral, se requiere que el incumplimiento sea esencial y que la resolución, en función de la modalidad de incumplimiento presentado, se ejerza dentro de un determinado periodo de tiempo.

De un lado, tanto la Convención de Viena como los principios UNIDROIT señalan que solo un incumplimiento calificado[21], denominado esencial, habilita la resolución del contrato. Ahora, ¿qué se entiende por incumplimiento esencial?

Sobre el punto, el artículo 25 de la Convención de Viena dispone lo siguiente: "El incumplimiento por una de las partes será esencial cuando cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que la haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona en la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".

Por su parte, el artículo 7.3.1. de los principios UNIDROIT establece lo siguiente:

> (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.
> (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:
> (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto no podido prever razonablemente ese resultado;
> (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

[20] La Resolución del contrato internacional implica la restitución de lo suministrado o pagado. Artículo 81 (2) de la Convención de Viena y 7.3.6 de los principios UNIDROIT.

[21] De similar manera ocurre en el derecho interno, toda vez que solamente un incumplimiento grave, que afecta la finalidad del contrato, permite prosperar la resolución.

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento (...).

La lectura detenida de las dos disposiciones evidencia aspectos fundamentales para el ejercicio de la resolución unilateral; en primer lugar, podemos afirmar en relación con el incumplimiento esencial que el sistema de la Convención de Viena es más exigente que el de los principios UNIDROIT, en la medida que el artículo 25 requiere de la presencia de un perjuicio[22] para la procedencia de la resolución.

En efecto, al indagar sobre este requisito doctrina autorizada considera que la inclusión de la noción de perjuicio busca evitar la resolución cuando no se presentan consecuencias desfavorables para el contratante cumplido[23]. Así, el profesor Robert Kock afirma[24]: "It seems that the detriment element serves as mere filter for those cases in which breach of a fundamental obligation occurred but has caused no injury. For example, where the seller fails in his duty to package or insure the goods but they arrive safely, there is no detriment. If, on the other hand, the buyer lost a customer or the opportunity to resell the goods, there would be a detriment".

Por su parte, el profesor Christian Larroumet indica al respecto: "(...) lo que es interesante en virtud del artículo 25 del Convenio de Viena es que el daño es un requisito de la resolución, mientras que en el derecho francés, si el daño es necesario para que el deudor tenga que indemnizar el acreedor cuando no

---

[22] Sobre la noción de perjuicio en el ámbito de la Convención de Viena, el profesor Franco Ferrari enseña: "the concept of "detriment" comprises all (actual and future) negative consequences of any possible breach of contract, not only actual and future monetary loss, but also any other kind of negative consequences". FERRARI, Franco. Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention-25 years of article 25 CISG. Nueva York: Pace Law University, 2006. Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html

[23] En este punto la Convención de Viena difiere de lo que ocurre en nuestro ordenamiento interno, en el cual es posible que se declare la resolución del contrato sin existencia de daño y, por consiguiente, sin indemnización de perjuicios.

[24] KOCH, Robert. Commentary on Whether the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG. Nueva York: Pace Law University, 2004. Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html

cumplió con su obligación, el daño no es necesario para que el acreedor pueda resolver el contrato"[25].

Ahora, frente a los principios UNIDROIT la noción de perjuicio en materia de resolución es irrelevante. Sin embargo, a diferencia de la Convención de Viena, los Principios establecen una serie de supuestos para determinar si existe o no un incumplimiento esencial; estos supuestos no son taxativos ni concurrentes, por lo que la presencia de uno solo de ellos, o la existencia de una situación diferente pero que afecte gravemente el contrato, configurará el incumplimiento requerido para proceder a la resolución.

La comparación de los dos instrumentos internacionales sobre el punto del incumplimiento nos permite afirmar que es más amplia la posibilidad de proceder a la resolución del contrato en el ámbito de los principios UNIDROIT, siendo más estricto y exigente el análisis de la situación cuando se aplica la Convención de Viena[26].

De otro lado, existe un aspecto importante a tener en cuenta para la utilización de la figura, es el relativo al tiempo dentro del cual puede ser ejercida la resolución por el contratante que ha sufrido el incumplimiento esencial. En términos generales la Convención de Viena y los principios UNIDROIT establecen que la resolución se debe ejercer dentro de un plazo razonable. La generalidad de la expresión plazo razonable nos lleva a realizar las siguientes precisiones.

Ni la Convención de Viena ni los principios UNIDROIT indican qué debe entenderse por plazo razonable. La razonabilidad deberá analizarse entonces caso por caso, teniendo en cuenta las situaciones relevantes en cada contrato tales como el tipo de mercancías adquiridas, la facilidad o dificultad para obtener una prestación de reemplazo, y la magnitud del incumplimiento sufrido con el incumplimiento.

---

[25] LARROUMET, Christian. Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del convenio de Viena. En: Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Seminarios 15. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2003. p.461.

[26] Sobre esta conclusión, es interesante traer a colación las palabras de María del Pilar Perales Viscasillas, para quien las normas sobre Resolución del Contrato en el ámbito de la Convención de Viena denotan la filosofía básica del texto: "(...) preservar el contrato y evitar en la medida de lo posible actuaciones abusivas por incumplimientos mínimos, lo que es particularmente acertado si pensamos en el marco de las operaciones que quedan incluidas bajo el manto vienés". Consúltese: PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980). Nueva York: Pace Law University, 2001. Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html.

En relación con el ejercicio de la resolución dentro de un plazo razonable, en nuestra opinión la limitación en el tiempo opera en función de la modalidad de incumplimiento presentado[27]; específicamente tiene lugar en los casos de incumplimiento parcial, defectuoso o tardío. En situaciones de incumplimiento total de las obligaciones por una de las partes, en los cuales el deudor ni siquiera ha ofrecido el cumplimiento tardío de su prestación, de la lectura de las disposiciones de los dos instrumentos[28] concluimos que no opera el plazo razonable para proceder a la resolución.

Así las cosas, el plazo razonable busca limitar el ejercicio de la resolución cuando hay señales de cumplimiento, siendo entonces una limitación tendiente a conservar el contrato.

Analizados los principales aspectos de la resolución unilateral, conviene abordar a continuación la denominada resolución por anticipación.

Resolución por anticipación

La resolución por anticipación consiste en la posibilidad de proceder de forma unilateral a la terminación del contrato, a pesar de no existir un incumplimiento, pero ser patente que existirá en el futuro. Se trata de una figura desarrollada en el *common law,* ajena a los sistemas de derecho civil, consagrada tanto en la Convención de Viena como en los principios UNIDROIT.

Sobre la misma, el profesor Larroumet ha manifestado: "El interés de la resolución por anticipación es permitir a una y otra de las partes de considerar que ya no existe el contrato. Por ejemplo, si el vendedor sabe que nunca el comprador pagará el precio, puede revender las mercancías. Al revés, si el comprador sabe que nunca el vendedor entregará las mercancías, puede celebrar un nuevo contrato de compraventa con otro vendedor. Además, no necesita que el incumplimiento sea consumado"[29].

---

[27] En el salvamento de voto del laudo proferido en el proceso entre Punto Celular Ltda. contra Comunicación Celular S.A. - Comcel S.A. de febrero 23 de 2007, el Dr. Sergio Muñoz Laverde expone claramente las distintas modalidades de incumplimiento contractual, existiendo: i) inejecución total; ii) incumplimiento parcial o cumplimiento parcial cuantitativo; iii) cumplimiento defectuoso o cumplimiento parcial cualitativo; y iv) ejecución retardada o tardía.

[28] Artículo 49 (2) a) y b), 64 (2) a) y b) de la Convención de Viena y 7.3.2 (2) de los principios UNIDROIT.

[29] LARROUMET. Op. cit., p. 478.

Revisando las disposiciones pertinentes, tenemos que la Convención de Viena en su artículo 72 dispone: "Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato (...)".

Y, por su parte, los principios UNIDROIT en el artículo 7.3.3 enseñan: "Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato".

La redacción de las dos disposiciones es similar, y requieren para la procedencia de esta modalidad de resolución unilateral la certeza de la futura existencia de un incumplimiento esencial. No se trata entonces simplemente de la sospecha o de la existencia de una duda razonada sobre el cumplimiento de la otra parte, sino de la configuración de un futuro incumplimiento que solo requiere de tiempo para su consolidación.

Ahora bien, la resolución por anticipación se diferencia adicionalmente de otras dos figuras, la primera, presente en los dos instrumentos internacionales analizados denominada suspensión por anticipación (i) y la segunda, la excepción de contrato no cumplido, presente en el ordenamiento interno (ii).

(i) La suspensión por anticipación consiste en la posibilidad que tiene una de las partes de diferir el cumplimiento de sus obligaciones hasta tanto la otra parte cumpla con las suyas, por considerar que esta última no cumplirá lo pactado. A diferencia de la resolución por anticipación que termina el contrato, en la suspensión se mantiene vigente, pero sin cumplimiento de obligaciones[30].

La Convención de Viena y los principios UNIDROIT abordan de manera diferente el tema en los artículos 71 y 7.3.4, respectivamente, encontrando más exigentes las condiciones de aplicación de la figura en la Convención.

Mientras para la Convención de Viena debe resultar manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, a causa de un menoscabo en su capacidad económica o en función de su comportamiento frente al cumplimiento del contrato, en los principios UNIDROIT la creencia razonable de un incumplimiento esencial permiten suspender el cumplimiento de las obligaciones, e incluso, resolver el contrato si no se otorgan garantías adecuadas de cumplimiento.

---

[30] Sobre la Resolución en la Convención de Viena, ver: TERNERA BARRIOS, Francisco. Las resoluciones extrajudiciales en la Convención de Viena. En: La terminación del contrato. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007. p. 355-364.

Nótese cómo en los principios UNIDROIT el acreedor está facultado para solicitar una garantía que asegure el cumplimiento, so pena de proceder a la resolución, mientras en la Convención el otorgamiento de la garantía proviene por iniciativa del deudor y obliga al acreedor a cumplir sus obligaciones.

En fin, en materia de suspensión por anticipación se separa en buena medida el tratamiento que sobre la figura hacen los dos instrumentos, y se reitera la tendencia de la Convención de Viena a otorgar salidas pragmáticas para afrontar de forma ágil una situación de incumplimiento, pero no excesivas que conduzcan con facilidad a la terminación del contrato.

(ii) Otra figura, propia del derecho interno, con la cual conviene diferenciar la resolución por anticipación es la excepción de contrato no cumplido[31]. Principalmente se encuentran dos diferencias entre ellas; de un lado, mientras la resolución por anticipación tiene efectos ante un eventual incumplimiento, la segunda los tiene ante un incumplimiento real y grave; de otro lado, la resolución por anticipación termina el contrato, mientras la excepción de contrato no cumplido lo suspende y evita la constitución en mora de quien se abstiene de cumplir hasta tanto le cumplan.

Como se observa, son numerosas e importantes las diferencias que se presentan entre la resolución del contrato internacional, gobernada por la Convención de Viena o por los principios UNIDROIT, de la resolución del contrato según las normas domésticas colombianas. La integración económica y la globalización de las relaciones jurídicas pueden conducir con facilidad a que abogados y jueces colombianos deban solucionar diferencias internacionales con base en los instrumentos analizados, por lo que el estudio de estas problemáticas es imperativo.

Conclusión

A diferencia de la contratación doméstica regulada en su integridad por el derecho colombiano, en la contratación internacional gobernada por la Convención de Viena y por los principios UNIDROIT se permite la resolución unilateral del contrato, sin necesidad de intervención judicial, y sin pacto previo. Así mismo, se permite, en la contratación internacional, la resolución por anticipación, esto es, la terminación del contrato antes del incumplimiento cuando se tiene certeza de la futura ocurrencia del mismo.

[31] COLOMBIA. Código Civil. Artículo 1.609.

El sistema de resolución unilateral es favorable al contratante cumplido y se encuentra inspirado en la rapidez de las transacciones internacionales. Ahora, las reglas en materia de resolución contenidas en la Convención de Viena son más exigentes para su procedencia que las reglas que se encuentran en los principios UNIDROIT, lo anterior, por cuanto la convención no solo busca brindar herramientas de protección al contratante que cumple, sino también porque propende por la conservación y preservación del contrato internacional.

Bibliografía

ALJURE Salame, Antonio. El contrato internacional. Bogotá: Legis. 2011.

ALJURE Salame, Antonio. La regla de conflicto en el contrato internacional. En: Revista de Derecho Privado. Octubre 2000, no. 25.

CHATILLON, Stéphanie. Le contrat international. 2da. Edición. París: Ed. Vuibert, 2006.

FERRARI, Franco. Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention-25 years of article 25 CISG. Nueva York: Pace Law University, 2006. Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html.

GALÁN Barrera, Diego Ricardo. El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En: Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

KOCH, Robert. Commentary on Whether the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Suplement Article 25 CISG. Nueva York: Pace Law University, 2004. Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html

LARROUMET, Christian. Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Obligaciones del vendedor, obligaciones del comprador, sanciones del incumplimiento de las partes, interpretación del convenio de Viena. En: Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Seminarios 15. Bogotá: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

MANTILLA Espinosa, Fabricio y TERNERA Barrios, Francisco. La resolución. En: Los contratos en el derecho privado. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario, 2007.

MONROY Cabra, Marco Gerardo. Tratado de derecho internacional privado. 6ta. Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2006.PERALES Viscasillas, María del Pilar. El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980). Nueva York: Pace Law University, 2001. Disponible en Internet: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html.

SANABRIA Gómez, Arturo. La resolución en el derecho colombiano. En: La terminación del contrato (Directores académicos GAITÁN Martínez, José Alberto y MANTILLA Espinosa, Fabricio). Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2007.

TERNERA Barrios, Francisco. Las resoluciones extrajudiciales en la Convención de Viena. En: La terminación del contrato. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2007.

ZAPATA de Arbeláez, Adriana. Colombia. En: Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España. Madrid: Edisofer, 2008.

Consumer Protection in Microinsurance: Poverty and Contracts

Andrea Camargo García*

If I had my way I would write the word « Insure » over the door of every cottage, and upon the blotting-book of every public man, because I am convinced that by sacrifices which are inconceivably small, which are all within the power of the very poorest man in regular work, families can be secured against catastrophes which otherwise would smash them up for ever.

Winston Spencer Churchill**

---

* This paper is a brief summary of Andrea Camargo's PhD, which will be submitted in the winter of 2013 at the Paris Dauphine University. Andrea is a Colombian lawyer specialised in Insurance Law (Pontificia Universidad Javeriana of Colombia), in International Economic Law (University Paris 1-Panthéon Sorbonne) and International and European Business Law (Paris Dauphine University). After spending some years as an associate of the department of International Arbitration in the offices of Paris and Rome at the law firm Freshfields Bruckhaus Deringer, Andrea currently works as independent consultant on legal issues in microfinance, notably consumer protection and regulation. She has conducted multiple consultancies for different agencies such as USAID, the Inter-American Development Bank –IADB–, the Inter-American Federation of Insurance Companies –FIDES– the MAPFRE Foundation and the German agency for development, GIZ. Some of the findings of this paper can also be found in the paper "Protection of the microinsurance consumer: confronting the impact of poverty on contractual relationships" published by the International Labour Office –ILO– (available at: http://www.ilo.org/public/english/employment/mifacility/download/repaper27.pdf) and in the study published by the MAPFRE Foundation, the IADB and the FIDES: "Microseguros: Análisis de experiencias destacables en Latinoamérica y el Caribe", which Andrea co-authored with Luisa Fernanda Montoya. In this study Andrea lead the analysis of the regulatory framework applicable to microinsurance in Brazil, Colombia, Guatemala, Mexico, Peru and Venezuela (available at: http://www.mapfre.com/documentacion/publico/i18n/consulta/registro.cmd?id=133593)

** W. S. CHURCHILL, Discours "Land and Income taxes in the budget" (1909), in Liberalism and the social problem: A collection of early speeches as a Member of Parliament, Arc. Manor, 2007, p. 146-147.

Tout contrat est un piège en soi. Une peau de chagrin, à la fatale tentation de laquelle on n'a pas su résister. Un piège qui se referme sur le pauvre, l'acculé, le malheureux. Dans un moment de faiblesse, il signe et voici qu'il est trop tard (…) Ainsi les contrats seraient dangereux à cause, précisément, de cette liberté même qui fait leur dignité, qui est leur raison d'être. On y perd inévitablement quelque chose : sa fortune, son honneur, sa vie, ou même son âme. Le mythe de Faust en est la consécration magistrale.

Dominique Terré-Fornacciari[***]

Introduction

1. The "poor"[1] are especially vulnerable to risk. They do not generally have access to effective risk management strategies. This situation leads them into a poverty trap[2]. Indeed, risk management is an essential element in addressing vulnerability and poverty (especially given that vulnerability perpetuates and accentuates "poverty" and "vice versa"[3]).
   There is evidence that insurance *is* an appropriate risk management strategy as it confers more control to the *poor* over their lives and there-

*** TERRÉ-FORNACCIARI, "L'autonomie de la volonté", in Revue des Sciences morales et politiques, p. 264.

[1] In this paper we adopt the term "poor" instead of "low income population" or "low income households" as we consider that those terms restrict the multidimensional meaning of poverty, as they analyse poverty only from the perspective of income.

[2] The International Association of Insurance Supervisors –IAIS– describes it as: "Microinsurance is insurance that is accessed by low-income population provided by a variety of different entities, but run in accordance with generally accepted insurance practices (which should include the Insurance Core Principles). Importantly this means that the risk insured under a microinsurance policy is managed based on insurance principles and funded by premiums. The microinsurance activity itself should therefore fall within the purview of the relevant domestic insurance regulator/supervisor or any other competent body under the national laws of any jurisdiction". IAIS, Issues in regulation and supervision of microinsurance, approved in Basel on 31 May 2007, p.10.

[3] ALBOUY, F-X. "L'assurance, cela sert d'abord à réduire la pauvreté", in Revue Risques No.77, March 2009; NARAYAN, D. PRITCHETT, L. and KAPPOR, S. Moving out of poverty: Success from the bottom up, The World Bank, 2009; BANQUE MONDIALE, World Development Report –WDR–: Attacking poverty. New York, Oxford University Press, 2000, p.146.

fore satisfies an essential element of leaving the poverty trap[4]. So could microinsurance be an effective way to fight poverty?

In international law, the fight against poverty is translated in the realisation of human rights, as the existence of poverty is considered as "a negation of human rights"[5].

Taking the alleged benefits of microinsurance at face value, it could be an appropriate tool to realise certain economic, social and cultural rights, in particular, the right to social security, to have access to health care services and to an adequate standard of living.

If so, the propagation of microinsurance could benefit not only the "poor" (by helping them to realise their human rights) but also States (as the latter must fulfil certain international, regional and national obligations to respect, protect and ensure human rights[6]). In addition, microinsurance could benefit transnational corporations and other business enterprises who participate in the microinsurance value chain such as: insurers, reinsurers, and intermediaries, not only owing to the profits that microinsurance can generate, but also because businesses are seeing a level of institutionalisation which highlights the fact that

---

[4] For example, on this point David ROODMAN notes that "(…) it is in the nature of financial services to give people more control over their financial circumstances", ROODMAN, D. Due Diligence-An impertinent inquiry into microfinance, Centre for Global Development, 2012, p. 177. COLLINS, D. MORDUCH, J. RUTHERFORD, S. and RUTHVEN, O. Portfolios of the Poor –How the World's Poor Live on $2 a Day, Princeton, 2009. Regarding the relationship between the role of insurance to alleviate poverty, see: ALBOUY, F-X. L'assurance, cela sert d'abord à réduire la pauvreté, in Revue Risques No.77, March 2009; LIEDTKE, P. M., L'assurance et son rôle prépondérant dans les économies modernes, in Revue Risques No.77, March 2009; MOSLEY, P. GARIKIPATI, S. HORRELL, S. JOHNSON, J. ROCK, J. VERSCHOOR, A. Risk and underdevelopment: Risk management options and their significance for poverty reduction, Report to Department of International Development (DFID) (R.7614), Program on Pro-Poor Growth, October, 2003, p. 110-124.

[5] SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, Projet de principes directeurs "Extrême pauvreté et droits de l'homme: les droits des pauvres", in Résolution 2006/9, Application des normes et critères relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre l'extrême pauvreté, adopted on 24 August 2006, A/HRC/Sub.1/58/36, 11 September 2006.

[6] International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966; International Covenant on Economic, Social and Political Rights, 16 December 1966. Human Rights Council, United Nations, Resolution 17/4 of 6 July 2011 endorsing the "Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", of the UN Special Representative John Ruggie, 21 March 2011.

they have responsibilities in relation to human rights, and States are obliged to verify the compliance with such responsibilities[7].

Seen in this context, it would seem that microinsurance can be beneficial for consumers and stakeholders alike, a *win-win* situation.

2. However, the lack of access to effective mechanisms of risks management is not the only deprivation that the "poor" suffer. In fact, the "poor" suffer (and as far as this paper is concerned, the microinsurance consumer suffers[8]) other deprivations that are interrelated, such as: illiteracy, the scarcity of access to education, their lack of awareness of rights and of the business vernacular, their lack of proximity to urban centres, of awareness of the benefits of insurance, of financial services in general, of confidence in products with a deferred benefit, of experience in the formal economic, social, political and legal processes, and of access to justice[9]. Consequently, "poverty" amplifies the "standard" contractual vulnerability (that characterises the traditional consumer of insurance products) leading to a "particular" contractual vulnerability of the microinsurance consumer[10].

---

[7] Human Rights Council, United Nations, Resolution 17/4 of 6 July 2011 endorsing the "Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", of the UN Special Representative John Ruggie, 21 March 2011. Andrea Camargo will shortly publish a paper which will deal with the interaction between business and human rights in microfinance.

[8] In this paper we adopt the concept of the microinsurance consumer in reference to the concept of *insurance consumer*, which is defined as "toute personne souceptible de beneficier d'une coverture d'assurance". M. FONTAINE, Droit des Assurances, 3 ed, Brussels, Larcier, 2006, p. 46. Therefore, the concept of "microinsurance consumer" includes the policyholder (who enters into the contract and who pays the premium), the insured (who has the insured interest) and the beneficiary (who receives the benefits of the cover). One individual can act in all three capacities, but it is also possible that they are performed by different individuals.

[9] COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, La réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport final sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, présente par le Rapporteur spécial, M. Leandro Despouy, E/CN.4/Sub.2/1996/13, 28 June 1996, n. 115. GENERAL ASSEMBLY – UNITED NATIONS, Extreme poverty and human rights, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights – Access to Justice, A/67/278, 9 August 2012.

[10] Contractual vulnerability is defined in this paper as: the fragile state that a party to a contract experiences as a consequence of a deficiency, which surfaces in a relationship of unequal economic power. This deficiency is revealed in the contractual relationship by an asymmetry of information and an inequality of power. Contractual weakness is generally seen as a "disturbing exception". For instance in the French system, and in the countries that have adopted a similar system (the majority of Latin American countries), there is a general presumption that contracting parties are equal and sufficiently capable to assume contractual obligations and defend their interests (*mythe juridique du contrat égalitaire* and *théorie de l'autonomie de la*

3. Bearing this in mind, this paper has three primary objectives:
   First, to prove that "poverty" amplifies the contractual vulnerability of the microinsurance consumer. Note that the traditional consumer of insurance products suffers a "standard" contractual vulnerability, as there is an asymmetry of information and an inequality of power between the insurance professional[11] and such consumer. Yet the degree of such imbalances that the microinsurance consumer experiences, is amplified as a consequence of the deprivations that are embodied in his or her "poverty". (Part I)
   Second, to prove that legal techniques developed to address the "standard" contractual vulnerability of the traditional insurance consumer, sometimes fall short of protecting the "particular" contractual vulnerability of the microinsurance consumer. Indeed traditional techniques, which are available under Insurance Regulation[12], are sometimes inappropriate and insufficient to address the "particular" vulnerability of the microinsurance consumer, as is illustrated by the analysis of the sophisticated regulatory frameworks applicable to microinsurance in two countries of Latin America (Brazil and Colombia). (Part II)
   Third, this paper proposes certain mechanisms to restore the appropriateness of traditional protection techniques immediately prior to the entry into, and during the term of, the contract. These mechanisms fall into two categories: firstly, those that aim to address asymmetry of

---

volonté). The English system also flows from the basic presumption that the contracting parties are the best defenders of their interests (*caveat emptor*).

[11] The notion of the insurance professional is used in this paper to identify the insurer and the insurance intermediaries that are professionals, meaning: "La qualité de professionnel des uns et des autres leur impose des obligations en matière d'information et de conseil à l'égard des profanes qui sont en face d'eux". GROUTEL, Traité des assurances, p. 7, N. 12. There are other entities that currently "intermediate" microinsurance contracts that are not professionals in this sense and are therefore not regulated or supervised. In this paper such entities are described as non-professional insurance intermediaries. The reason for adopting the term "*intermediaries"* instead of the term *distribution channels* is because the contracts are intermediated and not distributed. BIGOT, J. and LANGÉ, D. (Direction), Traité de droit des assurances, Tomo 2, L'intermédiation d'assurance, Ed. LGDJ, 2009, p. 1.

[12] In this paper "Insurance Regulation" should be viewed as embodying all type of norms (laws, resolutions, circulars, etc.), which seek to regulate the insurance activity and the insurance contract. Therefore, Insurance Regulation includes not only the prudential, market conduct and product regulation rules, but also consumer protection rules and regulations in relation to the insurance contract. The term "consumer protection rules" is misleading, as with its use, one tends to forget that Insurance Regulation exists to protect consumers.

information by (i) considering the deprivations of the microinsurance consumer in the performance of the disclosure obligations placed on the insurer and the intermediary; and (ii) helping microinsurance consumers reach the same level of "non-understanding" as the traditional insurance consumer, principally by the promotion of financial education. Secondly, those seeking to address the inequality of power between parties by: (i) holding *all* the stakeholders of microinsurance to account; and (ii) creating appropriate complaints procedures and consumer associations to promote the defence of microinsurance consumers' interests.

The originality of this proposal is that it flows from a rights-based approach, whereby the mechanisms proposed are grounded on legal obligations placed on insurers, intermediaries and States in favour of the microinsurance consumer as an "insurance consumer", as a "citizen" and as a "human being". Given this, the implementation of these mechanisms should not been viewed as voluntary, but as mandatory, which should be taken into account in their implementation (and in the economics of writing microinsurance products). (Part III)

I. The Contractual Vulnerability of the Microinsurance Consumer

4. Microinsurance is characterised by aiming to provide the *poor* with access to insurance. As a consequence, the "poor" are in an unprecedented situation as they are seen as potential consumers, and in this particular context, potential consumers of insurance products.
5. The "poor" are characterized by being in a situation of "poverty". However, it is important to understand that poverty is not restricted to deprivation of income. Poverty is a multidimensional deprivation where the opportunities of individuals play an important role[13]. Poverty encompasses deprivations in other non-material dimensions, for instance the deprivation of education, of social inclusion, of employment, of health care, of housing, of access to justice, of representation,

[13] This paper does not intend to analyse the concept of poverty in depth, but adopts the concept of poverty advocated by Amartya Sen and adopted by international organisations such as the United Nations Development Programme –UNDP–.

amongst others. Such deprivations are a consequence of a broad deprivation that is embodied in the concept of poverty: the deprivation of substantial freedoms to choose the basic functionings to live a life that one has reason to value[14]. Such basic functionings include: being literate, enjoying good health, "being well nourished, being adequately clothed and sheltered, avoiding preventable morbidity, and so forth, to more complex social achievements such as taking part in the life of the community, being able to appear in public without shame (…)".[15] The deprivation of substantial freedoms impedes the poor's participation in the economic, social, political and legal processes, not only because they do not have access, but most importantly, because they lack the capabilities to participate freely in those processes.

In the context of human rights, poverty is defined as a negation of human rights and in particular, as:

> (…) a human condition characterized by sustained or chronic deprivation of resources, capabilities, choices, security and power necessary for the enjoyment of an adequate standard of living and other civil, cultural, economic, political and social rights[16].

So poverty is a multidimensional phenomenon where all the human rights, civil, political, economic, social and cultural, are interdependent

---

[14] Poverty is "the failure of some basic capabilities to function – a person lacking the opportunity to achieve some minimally acceptable levels of these functionings". Functionings are the beings and doings that the individual is able to enjoy and could be converted into capabilities to function depending on personal circumstances (i.e. age, gender, proneness to illness, disabilities, etc.) and social surroundings (i.e. access to public health and education services, physical and social environments, epidemiological characteristics, market opportunities, etc.). Capabilities of individuals are the combination of functionings that they can choose according to their opportunities. Therefore capabilities are substantial freedoms. A. SEN, Development as freedom, Oxford University Press, 1999, p. 36 and 75; A. SEN, Capability and well being, in NUSSBAUM, M. SEN, A. The quality of Life, 1993. p. 15-31.

[15] SEN, A. The political economy of targeting, in VAN DE WALLE, D. and NEAD, K. Public spending and the poor, John Hopkins University Press, 1995, p. 15-16.

[16] SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, "Projet de principes directeurs "Extrême pauvreté et droits de l'homme: les droits des pauvres", in Résolution 2006/9, Application des normes et critères relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre l'extrême pauvreté, adopted on 24 August 2006, A/HRC/Sub.1/58/36, 11 September 2006, n. 1.

and indivisible[17], in the same manner that all deprivations are interdependent and indivisible[18]. Indeed, The Committee on Economic, Social and Cultural rights was emphatic in endorsing a multidimensional understanding of poverty as this multidimensionality "reflects the indivisible and interdependent nature of all human rights"[19].
This is illustrated if we consider this statement of a *poor* person in Latin America:

> Without shelter, drinking water, electricity, adequate food, work, a minimum income or other resources, one simply cannot conceive of living a life in good health, having one's children go to school, participating in local activities, including annual festivities or even birthday parties, participating in any political process as citizens, or even having one's family life respected.[20]

Amartya Sen, a Nobel Prize winner in Economics, argues that the substantial freedoms include basic capabilities like "being able to avoid such deprivations as starvation, undernourishment, escapable morbidity

[17] CONFÉRENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME, Déclaration et programme d'action de Vienne, 12 July 1993, in Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne 14-25 June 1993, p. 5; SOMMET MONDIAL POUR LE DEVELOPMENT SOCIAL, Déclaration de Copenhague sur le développement social de 1995 adopted on 12 March 1995, A/CONF.166/9, 19 April 1995, n. 15b. CDESC, La pauvreté et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Déclaration du Comité des droits économiques, sociaux et culturels à l'intention de la troisième Conférence des Nations Unies sur les pays les moins avancés, adopted on 4 May 2001, Annexe VII, p. 192, n. 10; J. WRESINKI, La grande pauvreté, défi pose aux droits de l'homme, Intervention à la Commission des Droits de l'homme des Nations Unies pendant sa 43ème session, Genève, 20 February 1987, E/CN.4/1987/SR.29.

[18] ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, Résolution 59/189, Droits de l'homme et extrême pauvreté, 20 December 2004, A/RES/59.186; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport de l'experte indépendante sur la question des droits de l'homme et de l'extrême pauvreté, Madame Magdalena Sepúlveda Carmona, sur le projet de principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, A/HRC/15/41, 6 août 2010, n. 2; J. FIERENS, La violation des droits civils et politique comme conséquences de la violation des droits économiques, sociaux et culturels, RBDI, 1991/I, p. 46.

[19] "Today the term (poverty) is usually understood more broadly as the lack of basic capabilities to live in dignity. This definition recognizes poverty's broader features, such as hunger, poor education, discrimination, vulnerability and social exclusion. The Committee notes that this understanding of poverty corresponds with numerous provisions of the Covenant (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)".

[20] COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, La réalisation des droits économiques, sociaux et culturels, Rapport final sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, présente par le Rapporteur spécial, M. Leandro Despouy, E/CN.4/Sub.2/1996/13, 28 June 1996, n. 116.

and premature mortality, as well as the freedoms that are associated with being literate and numerate, enjoying political participation and uncensored speech and so on"[21]. Substantial freedoms include effective instruments - "instrumental freedoms" - which enhance those basic capabilities. The five instrumental freedoms that (not only contribute to the capabilities of individuals, but also serve to complement one another) are[22]: political freedoms[23], economic facilities[24], social opportunities[25], transparency guarantees[26] and protective security[27].

On studying Amartya Sen's approach to the human rights framework, we realize that instrumental freedoms can be translated into the realisation of human rights, such as: the rights to life, to personal integrity, to freedom of speech, for a person to be recognised before the law and to be registered, to take part in political affairs, to participate in social and cultural life, to justice, to privacy, to protection of the family, to a decent standard of living, to health, to education, to social security, to work, amongst others[28].

6. Despite these deprivations and negations of human rights, the "poor" are nowadays seen increasingly as consumers of financial services. Accor-

---

[21] A. SEN, Development as freedom, Oxford University Press, 1999, p. 36.

[22] A. SEN, Development as freedom, Oxford University Press, 1999, p. 38-40.

[23] Political freedoms refer to the opportunities of individuals to determine their government, the principles by which they are governed, the ability to scrutinise authorities, the exercise of freedom of speech and generally being able to exercise civil and political rights.

[24] Economic facilities relate to the "opportunities that individuals respectively enjoy to utilize economic resources for the purposes of consumption, or production, or exchange". In this context, economic entitlements are very relevant, such as access to financial services.

[25] Social opportunities denote "the arrangements that the society makes for education, health care and so on, which influence the individual's substantive freedom to live better". This also covers provisions for employment and housing. These opportunities are important, not only on a private level, but also to foster more effective participation in economic and political activities.

[26] Transparency guarantees are defined as "the freedom to deal with one another under guarantees of disclosure and lucidity", which are essential aspects of social interaction. Amartya Sen notes that this instrumental freedom has a clear role in preventing financial irresponsibility.

[27] Finally, protective security relates to the social safety nets, which prevent vulnerable individuals from being "reduced to abject misery, and in some cases even starvation and death".

[28] SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, Projet de principes directeurs "Extrême pauvreté et droits de l'homme: les droits des pauvres", in Résolution 2006/9, Application des normes et critères relatifs aux droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre l'extrême pauvreté, adopted on 24 August 2006, A/HRC/Sub.1/58/36, 11 September 2006.

ding to the World Bank, an estimated 150 million new financial service consumers were being added to the global economy each year until the onset of financial crisis in late 2007[29]. The same rapid expansion has been taking place in microinsurance; in 2007, the study entitled "The Landscape of Microinsurance in the World's 100 Poorest Countries" published by The Microinsurance Centre, concluded that 78 million people were covered by microinsurance, whereas by 2009, the "Lloyd's 360 Risk Insight - Insurance in developing countries: Exploring opportunities in microinsurance" study, found that the figure had risen to 135[30]. The second volume of the "Microinsurance Compendium, Protecting the Poor" puts the figure today at 500 million[31]. Growth projections remain positive. In the recent study: "Microinsurance Network Survey: Involvement of commercial insurers in Microinsurance", insurance companies representing 20% of the microinsurance market acknowledged that the microinsurance business has the potential for a 100% increase in size over the next three years[32], whilst the former microinsurance director of Allianz, Michael Anthony, estimated that by 2020, 5% of "clients" will be "very low income"[33].

7. When confronted with such rapid expansion, we have two opposing thoughts.

   On the one hand, we must promote access to risk management strategies, which are seen as an efficient way to protect the "poor". If we apply Amartya Sen's conceptual framework of poverty, access to insurance can be seen as part of the so-called: "instrumental freedoms", notably economic possibilities, as access to financial services has an important impact

---

[29] RUTLEDGE, S. Good practices for consumer protection and financial literacy in Europe and Central Asia: A diagnostic tool, World Bank, 2010.

[30] ROTH, J. M.Mc CORD et LIBER, D. "The Landscape of Microinsurance in the World's 100 Poorest Countries", The Microinsurance Centre, April 2007; LLOYDS and MICROINSURANCE CENTRE, "Lloyd's 360 Risk Insight- Insurance in developing countries: Exploring opportunities in microinsurance", 2010.

[31] ILO and Munich Re Foundation, Press Release "Microinsurance coverage expanding at breath taking pace according to ILO and the Munich Re Foundation", 10 April 2012.

[32] COYDON, M.A. and MOLITOR, V. "Microinsurance Network Survey: Involvement of commercial insurers in Microinsurance", Microinsurance Network, 2010, p. 7.

[33] A fifth of Allianz customers will be "very low income" by 2020, Post Online, 20 October 2010.

on economic entitlements[34], and protective security to individuals, who "can be typically on the verge of vulnerability and can actually succumb to great deprivation as a result of material changes that adversely affect their lives"[35]. In terms of human rights, microinsurance could constitute an appropriate tool to achieve the right to social security[36], to have access to health care services, and to an adequate standard of living. In fact thanks to microinsurance, the "poor" (who are the object of special measures regarding the realisation of human rights[37]) can gain access to available, affordable and quality health care; to financial security in the event of the death of a family member or in the event of unemployment, accident or incapacity; to security of their assets such as crops, housing, or tools which are essential for their economic activities. Therefore microinsurance can ensure the poor's rights to social security, health care, housing, food, work, and generally their right to an adequate standard of living[38].

Indeed, the Committee of Economic, Social and Cultural Rights –CESCR– recognized the importance of microinsurance as a social security strategy, stating that:

---

[34] "The availability and access to finance can be a crucial influence on the economic entitlements that economic agents are practically able to secure", SEN, A. Development as freedom, Oxford University Press, 1999, p. 39.

[35] SEN, A. Development as freedom, Oxford University Press, 1999, p. 40.

[36] T. WIECHERS, Microinsurance and social protection, Discussion paper 003, Microinsurance Network, 2013. T. GOLDBOOM, "An instrument to social protection and climate change adaptation?, The politics of implementing agricultural microinsurance in Bolivia", Working Paper 2013, United Nations Research for Social Development, 2013.

[37] COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment No. 19, The right to social security, November, 2007, E/C.12/GC/19, 4 February 2008, n. 23, 27, 28. In the same context the social protection floor developed by the International Labour Organisation –ILO– and endorsed by the General Assembly of United Nations in 2010 is also relevant. The social protection floor is a set of policies which seeks to guarantee income security and access to essential social services, such as health, water and sanitation, education, food security, housing for everyone, particularly to vulnerable groups. CHIEF EXECUTIVES BOARD OF COORDINATION –CEB–, Initiative VI: A social protection floor, Geneva CEB Issue Paper, 2009; ILO, "Social protection floors for social justice and a fair globalization", Report Iv(1), International Labour Conference, 101st Session, 2012; GENERAL ASSEMBLY UNITED NATIONS, Resolution on integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields, follow-up to the outcome of the Millennium Summit, A/ReS/65/1, 2010.

[38] For a deeper analysis on this point please request information from the author.

> States parties must take steps to the maximum of their available resources to ensure that the social security systems cover those persons working in the informal economy (…) Measures could include: (a) removing obstacles that prevent such persons from accessing informal social security schemes, such as community-based insurance; (b) ensuring a minimum level of coverage of risks and contingencies with progressive expansion over time; and (c) respecting and supporting social security schemes developed within the informal economy such as micro- insurance and other microcredit related schemes (…)[39].

On the other hand, the growing enthusiasm for such "new" insurance consumers provokes certain legal concerns in relation to the misuse of microinsurance. As established, the *poor* are characterised by a deprivation of substantive freedoms that are consequence of a negation of human rights. Nevertheless, substantive freedoms (such as literacy, numeracy, education, participation in economic, social and political processes) are ensured by the fulfilment of the right to education, to participate in the social and cultural life, to access justice, to personal integrity, to freedom of speech, to recognition as a person before the law and of being registered, to take part in political affairs, to privacy and to the protection of the family. Such rights are prerequisites to enter into contracts in the formal economy, so as to: (i) guarantee that contracting parties understand the scope of their engagements and can act accordingly; and (ii) defend rights and seek compliance of the counterparty's engagements and any appropriate remedies.

The deprivation of such basic capabilities and the negation of such human rights have an impact on the process of inclusion of such consumers into formal financial services, where such inclusion depends on contractual rights and obligations.

Financial exclusion is not an isolated phenomenon suffered by the "poor". Rather, financial exclusion is part of a wider systematic exclusion from participating in the economic, social, and political processes that are generally institutionalised in the formal economy through le-

[39] COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment No. 19, The right to social security, November, 2007, E/C.12/GC/19, 4 February 2008, n. 34.

gal processes and bodies. Given this, the microinsurance consumer is "particularly" vulnerable in such contractual relationships because of the impact that his or her poverty has on such relationships.

In particular, as a consequence of their *poverty*, we wonder whether the *poor* are able to provide free and informed consent prior to, and upon, entry into of the insurance contract and if they are fully aware of how to perform the contract and therefore, of how to actually benefit from such insurance. They are also unfamiliar with insurance and they do not know how to due diligence and perform contracts in the formal economy. Even if they are literate, they are unlikely to be aware of their rights and obligations or those of their counterparty. Likewise, we consider that they are unlikely to be aware of either complaint procedures or the remedies available to them if the insurance-provider fails to perform their contractual obligations. They do not know to whom to turn to complain or to seek enforcement of the contract or generally, how to settle disputes. Indeed, it is unlikely that they would have reasonable access to such remedies in any event[40].

8. In order to illustrate the impact of poverty on contractual relationships, it is illuminating to refer to a case that took place between 1992 and 1994 in the Torres Strait Islands, a remote area in the north of Australia, where Australian aboriginals, who are characterised by similar deprivations to those suffered by microinsurance consumers, were offered long term life insurance products by three insurance companies[41].

   In summary, after receiving several complaints from organisations protecting aboriginals' interests, the Australian consumer protection watchdog[42] investigated and took the insurance companies to the Federal Court in Australia. The watchdog concluded that, through their

[40] Regarding the difficulties in accessing justice faced by the poor please refer to: BÉDOS, M. L'accès au droit et la lutte contre l'exclusion: la nécessité du 'lien', in Droit et pauvreté – contributions issues du séminaire ONPES et DRESS-MIRe, 2007. SAYN, I. La place des outils procéduraux dans l'accès au droit et à la justice des plus pauvres, in Droit et pauvreté – contributions issues du séminaire ONPES et DRESS-MIRE, 2007. RIGAL, E. L'ordre public, le juge civil et le contrat, in Droit et pauvreté – contributions issues du séminaire ONPES et DRESS-MIRE, 2007.

[41] The insurance companies were: Colonial Mutual Life Insurance Society Ltd, Norwich Union Life Australia Ltd and Mercantile Mutual Life Insurance Company Ltd.

[42] At that time the Trade Practices Commission –TPC–, today the Australian Consumer and Competition Commission –ACCC–.

intermediaries, the insurance companies had engaged in a systematic pattern of deceptive or "unconscionable conduct"[43] by entering into unfair contracts which took advantage of the contractual vulnerability of the aboriginals[44]. Once the facts were acknowledged by the Federal Court, the case was settled by the parties and the insurance companies compensated the Australian aboriginals and agreed to ensure that, before selling insurance products in future, consumers are made aware of what they are buying and how they can benefit from the product.

Acts and omissions that constituted a systematic pattern of deceptive or "*unconscionable conduct*" by the insurance companies and their intermediaries according to the TPC

(i) Not providing necessary information: The interviewed aboriginals did not know what they had bought; they did not understand the fundamental nature of the transaction, nor their rights or obligations under the agreement. They did not receive copies of the policies (the agents claimed that this was because they thought that the consumers would lose them).
(ii) Using aggressive selling tactics: In this particular case, the "*door to door*" and telephone sales that were used.
(iii) Misrepresenting the benefits of the policies: For instance, one family invested their life savings to cover the education of their daughter after an agent convinced them that the life insurance product would cover such expenses, which was not the case. Some insurance agents told the aboriginals that if they did not sign the policy, they would

[43] According to the Australian High Court, unconscionable conduct occurs when "one party to a transaction is at a special disadvantage in dealing with the other party because of illness, ignorance, inexperience, impaired faculties, financial need or other circumstances affecting his ability to conserve his own interests, and the other party unconscientiously takes advantage of the opportunity thus places in his hands". The Australian High Court in Blomley v. Ryan, (1956) 99 CLR 362. The case set out certain underlying factors upon which unconscionable conduct could be based, being: ignorance of material facts, illiteracy or lack of education, poverty or need (of any kind), age, infirmity of body or mind, drunkenness and lack of assistance or explanation where these are necessary. Special Disability in Australia, Trade Practices Commission 1993.

[44] Trade Practices Commission, Taking advantage: Sale of life insurance to aboriginal people in remote communities, 1994.

go to jail. Some agents also misrepresented the policies by claiming that as insurance products were saving products, they would get their "*investment*" back in two years.

(iv) Not assessing the financial capability of the aboriginals to pay the regular premiums.

(v) Twisting from one policy to another policy. Mixing up the benefits of the agreements and confusing consumers.

(vi) Ignoring complaints and implementing standard and non-adapted complaints procedures: Some insurance companies implemented complaints procedures via telephone hotlines, which were useless as the aboriginals did not have access to telephones in the remote areas in which they lived.

The above-mentioned cases came to light thanks to the existence of organisations that aim to protect the interests of the Australian aboriginals. In this instance, they gave a voice to the complaints of the aboriginals (by providing the means to represent such interests and the power to access the relevant legal and political processes in Australia). Such consumer organisations are particular to certain countries, such as Australia and Canada, where such minorities are duly represented. Nevertheless, in developing countries it is extremely difficult to hear the voices of the *poor*, as such organisations are either inexistent or impotent and the *poor* rarely make use of justice or grievance mechanisms. This means that similar abuses could have already occurred in microinsurance but because of such barriers to justice we are not aware of them (yet).
Similar allegations of unfair practices have, however, arisen in certain countries in relation to the sale of insurance products to the "poor". For instance, in Colombia the most important national newspaper reported in April 2011:

Luis Robles (…) does not only pay his gas bill, but in addition, he receives bills for accident, cancer and funeral insurances, even though *he did not authorize them*. He was one of the victims of a gang of 15 people that visit his neighbourhood offering such insurance products with Gas Natural (A gas retail public utility in Colombia) IDs and uniforms. *A young woman asked me for the gas bill and said to me that I was entitled to free insurance*

covering cancer and accidents. I asked twice if the insurance cost anything and the young lady said that it didn't, this is why I signed the paper said Luis.[45] (Emphasis added)

Following this, another young lady is reported to have offered Luis funeral insurance but this time Luis rejected the offer and registered a complaint about the other two insurance products. The young lady promised Luis that she would notify Gas Natural of his complaints. Nevertheless, the following month, Luis received bills for all three insurance products, including the one product he had expressly rejected. The Colombian newspaper reported that several people experienced similar difficulties to Luis, in that they had been told, by utilities companies that if they did not pay the insurance premiums, their access to utilities services would be cut off.

In Kenya, a recent study showed that most of the focus group (participants comprising 14 focus groups and a total of 112 consumers), either had no experience of insurance, or, if they did, their experience was not positive. Two cases mentioned in the study are particularly noteworthy; first, where an insurance agent had signed up a man from Mombasa for a policy which he had not authorized. He was only able to get his money back after hiring a lawyer. Second, another man in Mombasa noted that salespeople did not explain the products clearly, according to him: "It is like they used anyone to sell insurance and they do not know the products, so you sign for product and then when the policy comes you find that it is totally different"[46].

9. These experiences are concerning. What is also concerning, is that the particular contractual vulnerability of the microinsurance has, in fact, been amplified by two strategies that have been systematically promoted in order to facilitate the expansion of microinsurance. Firstly, the "de facto" flexibility of the requirements for the provision and distribution of microinsurance products[47], which has been translated into a myriad

[45] Quejas por cobro de seguros en recibo del gas, 6 April 2011, El Tiempo, Colombia. I have translated this into English from the original Spanish version.

[46] CGAP, Ministry of Finance, Financial Education and Consumer Protection Partnership, Consumer Protection Diagnostic Study on Kenya, January 2011.

[47] We refer to "de facto" flexibility of the conditions to provide and distribute insurance products, as

bodies that are not "insurance professionals", and therefore not always regulated and supervised. Secondly, the adoption of several innovations in order to overcome obstacles to reach the "poor", to simplify contracts and to expedite the take-up process of microinsurance products. This strategy can actually lead to an incomplete disclosure of information and a failure to verify whether the consumer's consent to the contract was given. This can actually end up by prejudicing the consumer.

10. In summary, although microinsurance is a tool that can help the realisation of human rights and therefore enhance the basic capabilities of the "poor", human rights are intertwined, thus providing access to insurance without enhancing other human rights could hinder the supposed benefits of microinsurance and limit its impact to alleviate "poverty". This is because the consumer is not aware and not able to perform and request the performance of the microinsurance contract. How, therefore, can they benefit from the microinsurance? Furthermore, by promoting financial inclusion, microinsurance, or more generally, microfinance, tries to empower the *poor*, but at the same time, it has the potential to exacerbate other interconnected deprivations by not providing the necessary capabilities to support understanding and therefore it restricts consumers' ability to benefit holistically from such financial services. Viewed as such, at best, microinsurance is not the "win-win" situation we first thought and at worst, it could actually exacerbate "poverty".

II. The Inappropriateness of the Techniques Designed to Protect the Traditional Insurance Consumer

11. It is therefore vital to consider how we can foster the development of the microinsurance market and at the same time protect the microinsurance consumer by allowing a holistic realisation of human rights that does indeed empower the "poor". Given that the contractual vulnerability of

---

opposed to "de jure" flexibility. The latter is the result of a relaxation of those conditions by the modification of Insurance Regulation by a legal or administrative decision. I refer to the reforms that have been taking place in the Philippines, Peru, India, Brazil, amongst other countries, as examples of the latter in microinsurance. I support the fact that certain countries are adapting their Insurance Regulations in order to make them more appropriate for and to facilitate microinsurance and at the same time protect the microinsurance and financial consumer. However, such efforts should always consider the holistic deprivations of the "poor".

the microinsurance consumer surpasses that of the traditional insurance consumer, the question that instinctively follows is: are the techniques designed to protect the traditional insurance consumer appropriate to protect the consumer of microinsurance? To answer this question it is necessary to study different jurisdictions, as the effectiveness of certain techniques differs between them. In the majority of countries, such protection techniques can be divided into two categories: firstly, techniques which address asymmetry of information; and secondly, those which address the inequality of power between the contracting parties. In this paper we analyse the appropriateness of the techniques created by two regulatory frameworks applicable to microinsurance, which are very sophisticated in terms of consumer protection: Brazil and Colombia.

A. Asymmetry of Information

12. The techniques available to tackle the asymmetry of information between the contracting parties in insurance in both countries are mainly embodied in contract law (1), Insurance Regulation (2) and other norms or strategies which seek to promote awareness regarding the financial products offered in the country (3).

1. Contract Law

13. Before studying the special regulation applicable to insurance, it is important to remind ourselves that insurance contracts are private contracts. Therefore, as a starting point, the principles of contract law (which is mainly contained in the Civil Code in the studied countries) apply. The act of entering into contracts (by which the parties gain rights and accept obligations) must be free and voluntary in order to be legally binding. Contract law is based on the general presumption that parties are able to freely discern and decide for themselves the parameters of the relevant rights and obligations.

    In Brazil and Colombia the Civil Code establishes that (i) legal capacity; (ii) legal object; and (iii) consent, must be present in a contract

in order for it to be binding[48]. In the event that one of these essential elements is absent, the contract is "void"[49]. However, in order to obtain a declaration that a contract is void, either an interested party or the Public Attorney must initiate a civil process involving a judge as the judge is the only person who is competent to make such declaration: *pas de nullité sans texte, pas de nullité sans arrêt*[50]. In both countries, capacity to contract is presumed and the only parties deemed incapable are those qualified by law. So the law in such countries does not take into account whether or not the deprivations suffered by the *poor* have an impact on their contractual capacities. The *poor* are simply considered capable by law and can therefore be bound by contractual undertakings as they are presumed to possess "autonomy of will" and to be able to provide free and informed consent to defend their own interests (in the same way as any other contracting party)[51]. It is important to note, that consumer insurance contracts are generally "standard form contracts" ("adhesion contracts") and therefore insurance consumers are not able to negotiate the standard clauses of such contracts. Given this, the exercise of freewill in relation to the contract should not be viewed from the perspective of the consumers' ability (or not) to negotiate its specific terms and conditions but whether they are free to decline to enter into the contract at all.

---

[48] Article 1502 of the Colombian Civil Code. (In Colombia "legal cause" is also an essential element). Articles 104 of Law 10.406 of 10 January 2002 (Brazilian Civil Code).

[49] In particular, in Colombia and Brazil the lack of the essential elements in the contract makes the contract "absolutely void" (*nulidad absoluta* – 1740 and ss. of the Colombian Civil Code (nulo). This is different to the concepts *nulidad relativa* in Colombia, and *négocio juridico anulável* in Brazil. It is important to mention the concept of *inexistencia* in Colombia as Article 898 (2) of the Colombian Commercial Code states that: "*Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".* In such case, the contract will have no effect and the parties must be put back into the position they were in before entering into the contract. Note that in theory, although the intervention of a judge is not necessary, in practice it is important to obtain such declaration to fully restore the parties' respective positions (for instance the reimbursement of any premium paid) or, to initiate a process of *enriquecimiento sin causa* (unjust enrichment) which will require a judge to verify the existence of the contract.

[50] Articles 170 Brazilian Civil Code and 1742 Colombian Civil Code.

[51] It is interesting to note that the legal capacity of the indigenes in Brazil is regulated by special legislation: Article 4, the unique paragraph, Brazilian Civil Code. M. DE MAURA, *U*me análise atual da situaçao da capacidade civile e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileros, Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 70-76, April-June 2009.

As discussed, a contracting party has to provide his or her consent, otherwise the contract will be void. The situation is different where the consent provided was not free and informed. In such case, in both countries, the contract would be "voidable" if the consent is vitiated by: "error", "wilful misconduct" or by "duress"[52]. In order to declare the *nulidad relativa* (in Colombia) or the *anulabilidade* (in Brazil) of a contract, again a judicial declaration is necessary, which only the contracting parties can request from the relevant judge[53].

The above analysis has important ramifications for the microinsurance consumer:

(i) Firstly, the *poor* are legally capable and therefore it is not possible to allege that the contract is void because of their lack of capacity[54].

(ii) Secondly, we must analyse the nature of their consent. On the face of it, one could argue that if the microinsurance consumer did not provide his or her consent because he or she never actually agreed to the insurance contract (such as Luis Robles mentioned in paragraph 9 above) the contract would be void in Brazil and *inexistente* in Colombia. However, in both countries a judicial declaration would be necessary, which presents the microinsurance consumer with a problem, as unfortunately the *poor* do not have appropriate access to justice and very rarely make use of judicial remedies[55].

(iii) Thirdly, even if the microinsurance consumer's consent was obtained by "error", "wilful misconduct", "duress", or "lesion": first, he or she must initiate a civil procedure to prove that such event vitiates the contract which requires legal advice. As mentioned, the "poor"

---

[52] In Colombia this is established by Articles 1508 to 1516 of the Civil Code. In Brazil, not only those three circumstances vitiate the contract, but also the "endanger circumstances" (*estado de perigo*), the "lesion" (*lesão*), and the "fraud against creditors" (*fraude contra credores*) (Articles 156-165 of the Brazilian Civil Code).

[53] Articles 177 of the Brazilian Civil Code and 1743 Colombian Civil Code.

[54] Nevertheless, I found some cases in other jurisdictions where the poor were considered as lacking legal capacity. For more information please request information from the author.

[55] RIGAL, E. L'ordre public, le juge civil et le contrat, in Droit et Pauvreté – contributions issues du Séminaire ONPES et DRESS-MIRe, 2007; GENERAL ASSEMBLY – UNITED NATIONS, Extreme poverty and human rights, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights – Access to Justice, A/67/278, 9 August 2012.

face difficulties in accessing justice and in any event, often cannot afford (even basic) legal advice. Second, it is difficult to prove that consent was vitiated.

2. Insurance Regulation

14. In addition to contract law techniques, Insurance Regulation in the studied countries imposes disclosure obligations on "insurers" and "intermediaries" in order to reduce the information gap (between the professional and the consumer) and to attempt to ensure that both parties understand their respective rights and obligations. Nevertheless, the relevant Insurance Regulation does not rely exclusively on such obligations; as it also regulates the content (the information to be disclosed) and the form (the manner of its disclosure) of disclosure.
    In both countries the implementation of disclosure obligations was undertaken in two ways: first by the regulation of the activities of insurers and intermediaries, notably by the regulation of the insurance policy whereby standard term clauses must be registered with supervisory authorities. Secondly, by reference to general obligations of transparency and good faith applicable before and during the term of the contract.
    In the first case, any sanctions that are imposed if an insurer or an intermediary fails to disclose the relevant information in the prescribed manner are primarily administrative in nature (rather than judicial)[56].
    In the second case, failure to comply with the disclosure obligations could lead to an extra-contractual or, in some cases, contractual liability, nevertheless such determination is tricky and requires a judicial process.
15. In particular, in Brazil, Insurance Regulation[57](which recently focused on microinsurance[58]) requires that insurance consumers are informed

---

[56] Such techniques should consider the rules regarding the prohibition of misleading advertising and general consumer protection legislation.

[57] Primarily contained in: Law Decree 73/66 (the "Insurance Law"), Decree 60.559/67 (The Decree that modifies the Insurance Law), the Civil Code and the Resolution CNSP 11/88. The Brazilian Supervisory Authority of Insurance –SUSEP– Circulars: 265/04, 302/2005, 110/04 and 295/05. Law 8.078/90 (Code of the Defence of the Consumer).

[58] CNSP Resolution 244/11 and SUSEP Circulars 439/12, 440/12, 441/12, 442/12, 443/12 and 444/12. Report of the Consultative Commission of Microinsurance of Brazil of 2009 and the Law Project 3.266/08 of the Brazilian Congress –Microinsurance Law Project–, in relation to proposals to regulate microinsurance.

in a transparent manner about the relevant products, contractual conditions, their rights and the mechanisms by which they are exercised. The disclosure of information must be written in Portuguese, in a correct, clear, objective and precise way. In certain circumstances it is possible to use short phrases in a foreign language, but they must be accompanied by a translation or an explanation in Portuguese. Of more general application, the Consumer Defence Code requires contracts to be drafted in easily readable fonts, to use simple language and to highlight any clauses that limit consumer rights.

The relevant information must be disclosed in the policy, as this is the instrument where all the above-mentioned requirements are checked. Nonetheless, in Brazil not all insurance contracts are embodied in an insurance policy. Indeed, there are insurance contracts where an insurance proposal and risk assessment is not necessary. In such cases, the document which embodies the contractual terms and conditions is called the *bilhete de seguro*. This is a cover note certificate, which is much simpler than a policy and therefore contains less information. In any event, in both cases the relevant information is disclosed in writing, which also serves as evidence of the contract itself. The signing of the policy document evidences the requirement for informed consent (although a signature is not necessary in the case of *bilhete de seguro*).

Given the informal nature of microinsurance and the informal environment in which its consumers reside, the *bilhete de seguro* seems more appropriate for microinsurance. However, the information disclosed in *bilhete de seguro* is limited for the sake of simplicity, which seems inappropriate for a microinsurance consumer and could prevent such consumer providing informed consent and acting accordingly during the contract term.

The placement of the terms and conditions of microinsurance contracts in simplified policies (such as the *bilhete de seguro* and *certificados individuais* in the case of group insurance) was recognised as a valid method under Resolution 244 of 2011. In particular, Circular 440/12 of the SUSEP expressly states that even such simplified documents should include essential contractual conditions (such as, amongst others, insured risks, exclusions, exemptions, deadlines and the determination

of beneficiaries) and should be expressed in a clear manner[59]. The insurance policy, the *bilhete de seguro*, the *certificados individuais,* or any other document which proves the payment of the premium, can serve to prove the existence of the contract[60].

Although *bilhetes*, individual policies and *certificados individuaies* can be issued "remotely" (such as via mobile phones or messaging)[61], if no physical contractual documents were issued, key contractual information must be provided using the same *remote* means. So the policyholder should receive financial education messages during the term of the contract and at certain particular intervals, for instance, confirming the contract, the scope of cover, any amendments to the termination provisions, the website address where the full conditions of the contract are available and the free telephone hotline number to resolve complaints[62].

Another interesting element of the SUSEP Circular 440/12 is that it provides grace periods for the payment of premiums or instalments during which the consumer will continue to be insured notwithstanding any late payment[63]. In addition, the Circular establishes a tacit list of documents to be produced by the microinsurance consumer to the insurer at the time of a claim. This is extremely important to the effectiveness of the cover, as it aims to avoid bureaucratic and unnecessary document requests by the insurer that could hinder the performance of the contract. As we have alluded to, the *poor*, given their deprivations, may struggle to obtain certain documentation. Indeed, the list contains some documents that could be difficult to produce and therefore the legislation is still lacking and it is important either to facilitate access to such documents or to amend the list to cater for the provision of alternative documents[64].

---

[59] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Articles: 12, 14, 20, 22, 28 and 33. This Circular creates the obligation to complete and sign an insurance proposal as a condition of entering into the contract and completing the insurance policy or the individual certificate in the case of a group insurance. Such insurance proposal contains the main conditions of the contract and should be signed by the policyholder. SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Articles: 24 and 30.

[60] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Articles 20 and 55.

[61] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Article 48.

[62] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Article 49 and 50.

[63] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Article 58.

[64] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Article 60-62.

16. Colombia does not have a special regime for microinsurance. Nevertheless according to applicable Insurance Regulation[65], insurance policies must be easy to understand and in legible fonts and any key provisions (such as the scope of the cover and any exclusions) must be prominent and underlined on the first page of the document. The insurance contract is evidenced in writing (in the policy or other document where the essential elements of the contract are contained) or by admission (*por confesión*) and informed consent is similarly evidenced by the signature of the insurance consumer.

    Furthermore, the recent Law 1328/09 establishes a specific Financial Consumer Regime[66] –FCR– based on the importance of the doctrine of obtaining the informed consent of the financial consumer. Accordingly, the supervised entities (insurance companies) are under an obligation to disclose information in a transparent, comprehensive, clear, legible, sufficient and appropriate way. They are also under an obligation to disclose information relating to the key elements of the contract and the rights and obligations of the parties and the existence of compliance procedures. These obligations do not just apply at the time of entering into the contract but also on a periodic basis during its term. In addition, insurance companies must publish such contracts on the Internet and maintain a register of certain insurance contracts (life insurance and civil responsibility) so consumers are aware of the insured risks and the existence of such contracts.

    The FCR is an excellent tool for reinforcing the informed consent of the financial consumer[67]. However, the disclosure of information formalities may be inappropriate for the microinsurance consumer. For instance, the "poor" still have limited access to the Internet, particularly in rural areas. Moreover, the FCR is based on the idea that financial consumers are able to apply certain "*good practices*" in order to protect themselves,

---

[65] Primarily comprised in Decree 663/06 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF), Law 1328/09, that recently reformed the EOSF, External Circular 007/06, and the Commercial Code.

[66] This expression embodies the client, the user and the potential client of the entities that are regulated and supervised by the *Superintendencia Financiera*.

[67] Recently, the Consumer Statue, approved by Law 1480 on October 2011, reaffirmed this principle. In addition, the *Superintendencia Financiera* enacted the Circular 038/11, which regulates the disclosure obligations of supervised entities.

notably: (i) ensuring the provider is authorised and supervised by the Superintendencia Financiera (The Financial Supervisory Body); (ii) seeking information on the different products and services available before acquiring them; (iii) reviewing the terms and conditions of the contract; and (iv) reviewing the complaints procedures. However, we doubt that microinsurance consumers have the necessary capabilities to apply these "good practices" to protect themselves.

17. Such provisions in Brazil and Colombia are largely appropriate to protect microinsurance consumers as they impose obligations to disclose information related to the insurance contract and such obligations must meet certain requirements in order to guarantee the informed consent of the insurance consumer. Nonetheless, as a consequence of the *particular* contractual vulnerability of the microinsurance consumer, it is very likely that even with simplicity, plain language and prominent clauses, most consumers would not be able to provide informed consent. This is because they simply do not understand the concept of insurance (as was the case with many of the Australian aboriginals referred to above). They are not aware of the general contractual vernacular. Some cannot read. They are not aware of the existence of independent bodies that can clarify the meaning and scope of contractual provisions, or the judicial remedies available. Or if they are aware of them, they simply do not have access. Therefore, to ensure that such traditional insurance protection techniques are appropriate to protect microinsurance consumers, we must first ensure that they have the same level of "non-understanding" as the traditional insurance consumer.

    Insurance consumer protection techniques have adopted "contractual protective formalism" as the preferred way to protect insurance consumers. The idea being that if the information is delivered in writing and provided that the consumer confirms his or her consent (by signing), the consumer is somehow supposed to be aware of the contractual conditions. This "contractual protective formalism" could in fact not be protecting the microinsurance consumer at all. Firstly, because the development of microinsurance has increasingly relied on the use of mechanisms that tend to accelerate the uptake of products, by making use of mobile phones and simplified certificates. Secondly, given the particular contractual vulnerability of the microinsurance consumer, we

can reasonably doubt whether written mechanisms are effective. In fact, they could be more alienating. Therefore, in this specific area, Insurance Regulation is falling behind the development of microinsurance.

3. Financial Education

18. Facing such difficulties, it is important to note that both countries seek to promote financial education, or more broadly, consumer education by way of legislation. The initiatives which promote financial education, in which microinsurance consumers acquire a similar level of "non-understanding" as traditional consumers of microinsurance[68], are extremely valuable given the limitations of disclosure obligations[69]. It is worth noting that financial education is not the same as product marketing and does not replace, or obviate the need for, clear legal disclosure obligations on insurers and intermediaries.
19. In the case of Brazil, Article 6 of the Consumer Defence Code recognises that the consumer has the right to receive an education, or orientation, in relation to the offered product. In Colombia, Law 1328/09 and Circular 015/10 of the Superintendencia Financiera, establish financial education as a right of the financial consumer[70]. The recognition of these rights is excellent news, because such recognition encompasses obligations. Therefore, regulated and supervised institutions in Colombia (including insurance companies) must now implement financial education programmes. Both countries have interesting financial education strategies, in particular, in relation to insurance and microinsurance[71].

---

[68] It is not only the "poor" that require financial education. Financial products are becoming increasingly sophisticated such that it is necessary to promote financial amongst all potential consumers. The *Estoi Seguro* programme in Brazil and the *Viva Seguro* programme in Colombia are just two initiatives which aim to promote financial education (primarily in relation to microinsurance).

[69] Supra, n.

[70] It is noteworthy that when the Colombian Congress approved the "Plan Nacional de Desarrollo" for 2010-2014, it contemplated that the Ministry of Education should include economic and financial education in the design of the education programs. Article 145, Law 1450 of 16 June 2011. The Consumer's Statute (Law 1480/11) also highlights the importance of financial education.

[71] CAMARGO, A. and MONTOYA, L. "Microseguros: Análisis de experiencias destacables en Latinoamérica y el Caribe", FIDES, FOMIN and FUNDACIÓN MAPFRE, 2011, p. 95 and 107.

B. Inequality of Power

20. There are several techniques which can be employed to counteract the inequality of power between the insurance professional and the insurance consumer. Firstly, those that aim to ensure that insurance professionals are financially sustainable and qualified to provide and distribute insurance products and that they are accountable for acts and omissions (prudential, market conduct and sanction rules seek to address these concerns). Secondly, rules which aim to remove abusive clauses and practices[72]. Thirdly, rules that purport to provide appropriate grievance instruments. This paper focuses on the first (1) and last of these techniques (2).

1. Regulation of the insurance activity

21. In Brazil and Colombia the insurance activity is limited to stakeholder companies and cooperatives that are licenced to act as insurers[73]. Under Resolution 244/11 and Circular 439/ 2012, the Brazilian supervisor, SUSEP, recently authorised certain other entities such as *microsseguradoras* ("microinsurance insurers") (with reduced capital requirements) to operate specifically in the microinsurance sphere.
22. In Brazil, insurers can offer their products directly to consumers, or via intermediaries (brokers) and *estipulantes*. Resolution 244/11 and the SUSEP Circular 443/12 finally introduce the concept of *corretores de microsseguro* (broker bodies), which permit a physical person or an intermediary who is legally authorised to exclusively collect and promote

[72] In both countries abusive clauses and practices are prohibited. Abusive clauses are void or "considered not written" (similar to unenforceable). However, even if the supervisory authorities review contracts for the existence of abusive clauses when the policy is registered with them, some may remain in the contract. Also, during the term of the contract, insurers may seek to rely on a *prima facie* non-abusive clause in a way which makes it abusive. Moreover, a clause that is not considered abusive in traditional insurance contracts could be considered abusive in the context of microinsurance and therefore it is important to study this issue further. In such cases, the affected contracting party would have to seek redress via legal procedures. In Colombia the Superintendencia Financiera specifically regulated the issue on abusive clauses pursuant to its Circular 029/11.

[73] Nevertheless, in both countries a large part of the funeral insurance market is serviced by other types of companies.

microinsurance contracts. Such person or intermediary must undertake a course *Habilitaçao Técnico-Profissional para Corretor de Microsseguro* and must receive a special technical and professional qualification in order to be registered as *corretores de microseguro* with the SUSEP[74]. It is noteworthy that the course requirements not only cover the basic concepts of insurance, microinsurance and insurance regulation but also consumer rights and ethics[75].

Circulars 440/12 and 442/12 of the SUSEP clarify the role of *estipulantes* and also introduce the *correspondente de microseguro*. The *estipulante* is not an insurance intermediary, but the "policyholder" of a third party beneficiary. Service providers have used the *estipulante* structure in Brazil in order to distribute microinsurance products[76]. Circular 440/12 requires an *estipulante* to maintain a close relationship with the insured group by way of a collective contract[77]. However in my opinion, that measure was extremely artificial as it was based on the idea that when a service provider is distributing microinsurance products it is simply acting as policyholder in the context of collective insurance, where the consumers are the insured group. Moreover, the *estipulante* is not regulated and the Circular did not require *estipulantes* to be qualified.

Fortunately, this was considered by the SUSEP and in Circular 440/12, it noted that the relationship of the "*stipulante* is different to the "consumer bond" between microinsurance consumers and product and service providers (including financial services). In the latter case, such institutions must act as *correspondentes de microsseguro*[78]. In particular, the activities of the *correspondente de microsseguro* are regulated by SUSEP Circular 442/12. The *correspondente de microsseguro* is a legal person who is in charge of offering microinsurance products on behalf of the

[74] SUSEP, Circular 443 of 27 June 2012, Articles 3 to 11.

[75] SUSEP, Circular 443 of 27 June 2012, Article 7.

[76] For instance, this is the contractual arrangement used by Casas Bahia and Credi Amigo of Banco do Nordeste.

[77] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Articles 38 and 39. The use of the *estipulante* is restricted to certain circumstances, for instance mandatory insurance. In the case of voluntary insurance, the *estipulante* should be seen only as a representative of the insured party. It is important to note that the *estipulante* is subject to the disclosure obligation and in the event of the retention or appropriation of premiums the consumer's right of recourse would be against the *estipulante* and not the insurance company.

[78] SUSEP, Circular 440 of 27 June 2012, Article 38.

insurer when (i) it presents and receives the insurance proposal, (ii) it receives the payment of the premium, (iii) it receives the notification of the occurrence of the insured risk (and the claim); and (iv) when it pays any compensation[79]. The insurer assumes the entire responsibility of the *correspondente de microsseguro*[80]. It is interesting to note that even though the *correspondente de microsseguro* is not supervised by the SUSEP, the latter has access to the former's offices, to review microinsurance contracts and other information where the *correspondente de microsseguro* is acting as an intermediary.

Furthermore, Circular 442/12 requires the *correspondente de microsseguro* to publicly disclose on notice boards at its premises the fact that it is acting as "intermediary" of a particular insurance company. In so doing, it must clearly state such company's name, the products being offered and the contact telephone number of the insurer[81]. In the same vein, insurers must publish and maintain a list of their *correspondente de microsseguro* on their websites. In addition, the Circular makes specific reference to the obligation to assist the microinsurance consumer during the term of the contract[82] and to sanctions if the *correspondentes de microsseguro* perform functions for which the insurers or their intermediaries are strictly responsible[83]. The Circular also permits *correspondentes* of financial institutions (and other institutions authorised by the Central Bank) to offer microinsurance products on similar terms to those of *correpondentes de microsseguro*[84].

23. In Colombia insurance products can be delivered directly or through qualified insurance intermediaries (brokers, insurance agencies and agents). In addition, certain products may be distributed by banking institutions (*bancaseguros*) and *corresponsales no bancarios* can be offered through *bancaseguros*, otherwise they would only be able to collect premiums directly.

---

[79] Nevertheless, the *correspondente de microsseguro* cannot advertise microinsurance products without the prior approval of the insurer. SUSEP, Circular 442 of 27 June 2012, Article 2 and 6.

[80] SUSEP, Circular 442 of 27 June 2012, Article 4.

[81] SUSEP, Circular 442 of 27 June 2012, Article 6.IV.

[82] SUSEP, Circular 442 of 27 June 2012, Articles 2.

[83] SUSEP, Circular 442 of 27 June 2012, Articles 13.

[84] SUSEP, Circular 441 of 27 June 2012.

In Colombia, MFIs, supermarkets and public utility companies are distributing microinsurance products[85]. Although such methods of delivery may be useful for encouraging the uptake of microinsurance, they may not always be appropriate for the consumer. Indeed, such entities are often not qualified and are not accountable for their acts and omissions in the distribution of insurance products either to the insurance or to the financial supervisory authorities. Certain observers consider that this is not relevant because they are "passive" channels of distribution, but one wonders who then constitutes the active channel and upon who does the information disclosure obligations fall and how is disclosure performed? How will the consumer identify who the entity is behind a particular policy or receipt? This lack of visibility in respect of the contracting party is counterproductive for the microinsurance consumer given his or her particular contractual vulnerability.

Hence the regulation and supervision of the insurance activity are not always appropriate to protect the "*particular*" vulnerability of the microinsurance consumer because the majority of stakeholders in microinsurance are not insurance professionals and they are not duly supervised or regulated. This is a huge problem as it is then difficult to implement techniques designed to address asymmetry of information because some of the stakeholders in microinsurance are not subject to any disclosure obligations.

2. Redress mechanisms

24. In respect of redress mechanisms, as mentioned, insurance contracts are private contracts, so usually any dispute as to the non-performance of the contract would be resolved in the civil or commercial courts (or perhaps by conciliation, mediation or arbitration). Nevertheless given the importance of providing affordable, accessible and quick complaint procedures, insurance and consumer protection regulations choose to provide different options to allow the insurance consumers to defend their interests. This has been tackled in three ways, by: (i) providing a simple procedure for internal complaints handling; (ii) promoting

[85] Utility companies are authorised to collect premiums under Decree 828/07.

consumer associations or similar bodies that can assist consumers in understanding their rights and empower them in their defence; and (iii) creating alternative dispute mechanisms (mediation, conciliation, or creating ombudsman that have competence to settle disputes), by accepting class actions in the legal framework, or even by adopting online dispute resolution mechanisms.

25. In Brazil, we found four interesting developments: (i) The National Department for Consumer Defence, which is responsible for the receipt and review of claims against providers and also for providing advice to consumers about their rights. (ii) The recognition that consumers may make use of class actions under the Consumer Defence Code. (iii) The SUSEP consumer service telephone and email hot lines, which operate on a 24/7 basis and the Consumer Servicer Process –CSP– where the SUSEP is responsible for the review of consumer insurance claims and for accepting or declining claims. (iv) The insurance ombudsman (appointed by insurance companies) who is responsible for the disclosure of information to consumers in respect of their rights and obligations and the processing of complaints.
26. In Colombia, there are instruments of particular interest: (i) the obligation on insurance companies to appoint an "Ombudsmen of the Financial Consumers" –OFC– who is responsible for processing claims in a timely manner, who can act as an extrajudicial conciliator at law and who generally represents financial consumers[86]. However, the OFC is remunerated by the relevant insurance company and so there are clear conflict of interest concerns. (ii) The recognition of the judicial action to protect consumers, which could be filed before a judge or the Superintendencia Financiera. (iii) The obligation on insurance companies to implement a Customer Service System.

    Such initiatives are interesting and should be expanded and improved. It is, however, important to focus on how to guarantee impartiality, real access and increase awareness about such measures' existence and function. Indeed, the "poor" are rarely aware of the existence of the regulatory frameworks and the techniques, which seek to protect them. Nor are they aware of the entities that are responsible for ensuring their

[86] Decree 2555, 15 july 2010, Law 1480, 12 october 2011.

protection and compliance with the law[87]. Indeed, the poor experience multiple physical, economic, cultural and administrative obstacles, which restrict their access to justice[88].

II. The Restoration of the appropriateness of Protection Techniques

27. By making use of some of the techniques that have been considered in this paper, it is possible to restore the appropriateness of the protection techniques for the microinsurance and microinsurance consumer[89]. The key to such mechanisms is that they are grounded on specific legal obligations that are imposed on insurers, intermediaries and States. This approach is extremely relevant as we must not think about consumer protection as a voluntary act of morality[90]. Insurance Regulation exists to protect insurance consumers. Insurance professionals are under clear obligations to protect insurance consumers and States have international, regional and national mandates to respect the economic social and cultural rights of their citizens, and in particular, to promote consumer protection. Only by protecting microinsurance consumers effectively,

[87] CGAP, Ministry of Finance, Financial Education and Consumer Protection Partnership, *Consumer Protection Diagnostic Study on Kenya*, January 2011; D. BROUWERS et al, Étude diagnostique, protection des consommateurs de services de microfinance Sénégal, CGAP GIZ and KFW, October 2011; IDLO, Consumer Protection and microfinance, Country Reports, Legal Empowerment Working Paper Series, 2011.

[88] HUMAN RIGHTS COUNCIL, "Report of the independent expert on the question of human rights and extreme poverty, Magdalena Sepúlveda Carmona, on the draft guiding principles on extreme poverty and human rights", A/HRC/15/41, 6 august 2010.

[89] This paper considers the following documents: G20, "High-Level Principles on Financial Consumer Protection", October 2011; United Nations, Consumer Protection Guidelines, adopted in 1985 and expanded in 1999; RUTLEDGE, ANNAMALAI, S.N.; SYMONDS, R.L. Good practices for consumer protection and financial literacy in Europe and Central Asia: a diagnostic tool, World Bank, August, 2010; World Bank, Good Practices for financial consumer protection, Consultative Draft, March 2011; IDLO, "Consumer Protection and microfinance, Country Reports", Legal Empowerment Working Paper Series, 2011; Smart Campaign (CGAP and Center for Financial Inclusion at Accion International), The client protection principles, July 2011; ROZAS, D. BARRES, I. and RHYNE, E. "Implementing client protection in microfinance, The state of the practice", 2011, Center for Financial Inclusion, Publication N. 14 November 2011.

[90] CGAP, Protection des emprunteurs dans le secteur de la microfinance, Note Focus, N. 27 May 2005.

will microinsurance be beneficial to both stakeholders and consumers alike (and fulfil is aspirational social goals).

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the United Nations Consumer Protection Guidelines; the G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection; the guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, endorsed by the Human Rights' Council of the UN; amongst other instruments, provide the international context to support the obligation on States, transnational corporations and other business enterprises, who are engaged in such initiatives, as part of their obligations to their citizens and consumers, and in general, to individuals.

28. Accordingly, States (via regulatory and supervisory authorities) and microinsurance providers should take into account the below mechanisms.
29. The first group of mechanisms aims to deal with *asymmetry of information*, and therefore to ensure that the microinsurance consumer is able to provide informed consent and knows how to perform the contract in order to obtain benefits from it:

    (i) Improving the disclosure obligation on insurers and intermediaries given the deprivations of the microinsurance consumer:

        a. Simplify products as a condition to simplifying contracts: The simplification of the insurance product, the procedures of payment and claims handling, are prerequisites for the simplification of the insurance contract itself. If the product and its associated processes are simple and transparent, so will the contractual language. The contract must represent the product that it is offered and cannot misrepresent the product conditions for the sake of simplicity.
        b. Comply with disclosure obligations prior entering into the contract and during its term: Even if the product and the contract are simple, the insurer and any intermediary must still be under an obligation to disclose important information to ensure the informed consent of the consumer. Such disclosure must be sim-

ple, transparent and provided prior to the entry into of the contract and during its term on a periodic basis. Such information should not only refer to the cover provided (and exclusions) but also to the basic rights and obligations of the consumer and the insurance providers, the ways that consumers can exercise their rights and demand performance of the contract, clearly express any deadlines for the submission of claims or information, set out procedures that the consumer must comply with and any actions that are required from the consumer during the term of the contract and clearly identify the complaints procedures and the bodies which administer them.

c. Rethink how information is disclosed and how consent is provided: As microinsurance is characterised by the "informality", speed and simplicity of the delivery of its products, written "formalities" for disclosure and proof of consent are not generally appropriate. We must therefore revisit this regulation including new technologies and protective mechanisms, tailored to the *poor*. Consider using electronic signatures through passwords, text messages, as alerts or updates to the microinsurance consumers, during the life of the contract. Regularly provide intelligible information during the term of the contract. This is key for the microinsurance consumer to take full advantage of the insurance product.
d. The Self-regulatory approach against abusive clauses and practices: Insurers and intermediaries should consider adopting memorandums of understanding or codes of conduct, which address terms that are likely to be problematic or unintelligible in the context of *poverty* and bans their use in microinsurance products[91]. Consumers of traditional insurance products in both developed and developing countries are becoming increasingly aware of the importance of the social responsibility of insurance

[91] It would be interesting to apply this kind of instrument to all insurance products. On this point please refer to the recommendations of the Fédération Française des Sociétés d'Assurance: Amélioration du langage de l'assurance; Recommandation de la Fédération Française des Sociétés d'Assurance; RGAT, 1993. Also see the Client Protection Principles of The Smart Campaign Initiative.

companies and insurance intermediaries[92]. The implementation of systems that approve or certify consumer-friendly insurance professionals is an encouraging development and could also be applied to microinsurance[93].

e. Transparency, publicity and accessibility of the information: The informed consent of the microinsurance consumer can be protected and reinforced by the implementation of systems that centralise information on microinsurance contracts and make it publicly available (as in Colombia).

f. Easy access to qualified and independent financial and legal advisors: Consider expanding the work of NGOs who seek to provide legal empowerment and the possibility of using existing legal clinics at universities (where final year law students provide free legal services). In addition, consider making legal advisors available in consumer associations.

(ii) It is important to dovetail the obligation to disclose with the obligation to promote financial education[94].
Such approaches must clearly distinguish marketing from financial education.

a. Financial education as an obligation on insurers: The promotion of financial education is a legal obligation on insurers in certain countries, such as in Colombia. If there are no such legal obligations, it is important to remind insurers that it is necessary to

[92] For a deeper analysis on how CSR should be seen by insurers and insurance intermediaries, please refer to Andrea's PhD.

[93] In this context I support initiatives such as the Client Protection Certification Program, which is part of the Smart Campaign presented in November 2011, and, in a broader sense, the creation of the "RSE ISO 2600" standard of the International Standard Organisation, which certifies CSR compliance by companies.

[94] Financial education is considered by the OECD as "the process by which financial consumers/investors improve their understanding of financial products, concepts and risks and, through information, instruction and/or objective advice develop the skills and confidence to become more aware of (financial) risks and opportunities to make informed choices, to know where to go for help, and take other effective actions to improve their financial well- being". OECD, Improving Financial Literacy, Analysis of issues and policies, 2005.

tackle both: (i) the ineffectiveness of the obligations to disclose when the level of understanding of the consumer is extremely poor; and (ii) the lack of financial education of potential consumers.

In fact, generally, if insurers enter into contracts with uninformed parties, they are in breach of their disclosure obligations and if they do so with parties that did not provide free and informed consent, the contract itself could be void. In this regard, I recall a case in France where, even though the insurer formally complied with its disclosure obligations, it was held to be in breach, as it had failed to consider the specific characteristics of the consumer and to ensure that she understood the relevant conditions[95]. This is in line with the position adopted by the TPC in Australia. The TPC established that insurers must ensure that consumers understand their products, especially when such consumers are particularly vulnerable.

Furthermore, microinsurance stakeholders must consider the institutionalization of Corporate Social Responsibility principles –CSR–. For instance, in the recently adopted Principles for Sustainable Insurance –PSI–, almost 30 insurers and reinsurers agreed that they "will embed in [their] decision-making environmental, social and governance issues relevant to [their] insurance business" and in order to do so, they suggested: "develop[ing] or support[ing] literacy programmes on risk insurance and ESG (Environmental, Social and Governance) issues" and "mak[ing] sure product and service coverage, benefits and costs are relevant and clearly explained and understood"[96].

It is also important to consider the recent developments regarding business and human rights, whereby transnational corporations and other business enterprises (regardless of their size, sector, location, ownership and structure) are increasingly "required to comply with all applicable laws and to respect hu-

[95] Cour de cassation Française, 1re Ch. civ., 20 octobre 1983, R.G.A.T. 1994, n.1, note Kullmann.

[96] UNEP FINANCE INITIATIVE, *Principles for Sustainable Insurance*, June 2012.

man rights"[97]. In this context, selling insurance products to the poor in the belief that those products will help them to manage their risks without ensuring that the poor provide free and informed consent or that they are aware of the benefits of such products, could be considered as a violation of the right to information, to self determination, to participation and to personal integrity[98].

b. The obligation on States to provide financial education: States have special mandates to respect and protect human rights and remedy any abuses. Amongst such obligations are social rights such as the right to social security, to food, to housing, to healthcare and to education[99]. States must take appropriate measures to guarantee a "minimum core" of those rights, particularly for the "poor"[100]. If States use third parties to provide such "minimum core" services, by issuing licences and authorizations, the State must protect its population in respect of the actions of such third parties. However, obligations could also be fulfilled by providing the tools for obtaining real benefits from the products provided. In other words, by providing financial education. As the insurance activity is in the public interest, insurance in most jurisdictions is regulated and providers are specifically authorized and supervised. Therefore States must ensure that consumers are protected and a preventive way to do so is to provide and support the provision of financial education[101].

   There is a body of international instruments that outlines specific responsibilities in this regard, for example the OECD/INFE High-Level principles on National Strategies for Financial Education

---

[97] Human Rights Council, United Nations, Resolution 17/4 of 6 July 2011 endorsing the "Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", of the UN Special Representative John Ruggie, 21 March 2011.

[98] For a deeper analysis on this issue, please refer to Andrea's PhD.

[99] For instance, see the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16 December 1966, which has been ratified by 160 States.

[100] Committee of Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 3, The nature of States parties obligations, 14 December 1990.

[101] For a more detailed analysis, please refer to Andrea's PhD.

adopted in June 2012[102], the United Nations Consumer Protection Guidelines[103], the G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection[104] and the International Principles and Guidelines on Financial Education developed by the OECD International Network on Financial Education.

In this context, private and public partnerships should be promoted in order to reinforce financial education initiatives, but they also have to base the selection of such strategies on evidence of its tangible impact.

c. Transparency, impartiality and objectivity of the content of financial education programmes: The content of the programmes should be defined by different stakeholders (consumer associations, sociologists, lawyers, anthropologists) and should be tested and evaluated by different stakeholders.

d. Financial education should be seen in a holistic way: The promotion of financial education should be accompanied by basic legal education in order to enforce the insurance contract (rights' awareness, access to justice and available remedies). Hence legal empowerment must be on the agenda.

30. The second group of techniques aims to address inequality of power:

(i) All stakeholders of microinsurance must be held to account through the following measures based on the IAIS Insurance Core Principles:

a. Regulation of the stakeholders of microinsurance: It is important to implement appropriate prudential, market conduct and product rules for microinsurance where necessary.

b. Progressive and proportional formalisation: The progressive and proportional professionalization of all stakeholders of mi-

[102] OECD INTERNATIONAL NETWORK ON FINANCIAL EDUCATION –OECD/INFE–, High-Level principles on National Strategies for Financial Education, June 2012.

[103] United Nations, Consumer Protection Guidelines, adopted in 1985 and expanded in 1999.

[104] G20, High-Level Principles on Financial Consumer Protection, October 2011.

croinsurance is essential and this was recently recognised by the IAIS.[105]. Brazil is a great example of this.

c. Compliance by non-regulated and non-supervised stakeholders with certain requirements when they work with regulated and supervised stakeholders: Regulated and supervised stakeholders must verify compliance with such requirements. To support this we must create codes of ethics to support the contractual arrangements between insurance professionals and non-professionals.
d. Trained microinsurance intermediaries: Insurance professionals or insurance associations should provide training to non-professionals in relation to the products to be offered before and during the contract term. Otherwise, the supervisory authority should provide mechanisms to guarantee requisite levels of expertise.
e. Accountability and enforceability: It is important to reinforce the position that insurers are liable for the acts and omissions of their non-professional "distribution channels".

(ii) Encourage the participation of consumer associations to determine the appropriate conditions for microinsurance contracts: It is essential to discuss the implementation of protections (such as: identifying abusive clauses, providing "cooling-off" periods, tolerance or grace periods, suspension periods, promoting freedom to choose providers and protecting personal data) with consumer associations.

(iii) Redress mechanisms: We must create and bolster independent, affordable, fast, effective and accessible access, notably:

a. The creation or the improvement of *independent consumer associations and other bodies*, which seek to protect the interests of the microinsurance consumer against insurance professionals (civil society plays an important role in this process).
The creation of *independent and simple complaints procedures* within insurance companies, where statistics in relation to

[105] IAIS, "Application paper on regulation and supervision supporting inclusive markets", October 2012.

inquiries, complaints and disputes must be handed over to a supervisory authority and published.

b. The provision of simple complaint procedures within *one institutional structure*, in addition to any internal complaint procedures. Submission of complaints should be easy and accessible (toll-free phone lines, email, post and in person).
c. The provision of independent bodies that are competent to settle disputes with final and binding decisions: If justice is administered by an ombudsman who is appointed and remunerated by the insurance company, we should consider implementing democratic procedures for his or her appointment, perhaps whereby consumer associations and supervisory authorities are part of the process. This would also help address the deprivations of the *poor* as they would participate more fully in economic, social and political life. However, the fact that many ombudsmen are paid by insurance companies is indicative of an underlying potential for conflict of interest. Therefore, we must consider making use of "legal clinics" (at universities), or other pro-bono initiatives, such as TrustLaw[106], or "micro-justice" programmes.
d. The ability to use *class actions, mediation and conciliation* should be welcomed and explored further. Such initiatives should focus on rights' awareness and access to justice.
e. Mechanisms that seek to represent and defend the interests of microinsurance consumers should be guided by overarching *principles of fairness and reasonableness*, such as the English consumer rights protection approaches and consumer dispute resolution mechanisms.

Bibliography

A. CAMARGO and L. MONTOYA, "Microseguros: Análisis de experiencias destacables en Latinoamérica y el Caribe", FIDES, FOMIN and FUNDACIÓN MAPFRE, 2011

[106] TrustLaw is a Reuters Foundation initiative that seeks to provide legal advice on a pro-bono basis. It puts the institutions and associations in contact with qualified lawyers around the globe.

A. SEN, Capability and well-being, in M. NUSSBAUM, A. SEN, The quality of Life, 1993

A. SEN, Development as freedom, Oxford University Press, 1999.

D. COLLINS, J. MORDUCH, S. RUTHERFORD , O. RUTHVEN, Portfolios of the Poor –How the World's Poor Live on $2 a Day, Princeton, 2009.

D. LANGÉ (Direction), Traité de droit des assurances, Tomo 2, L'intermédiation d'assurance, Ed. LGDJ, 2009.

D.NARAYAN, L. PRITCHETT, S. KAPPOR, Moving out of poverty: Success from the bottom up, The World Bank, 2009.

E. RIGAL, L'ordre public, le juge civil et le contrat, in Droit et Pauvreté – contributions issues du Séminaire ONPES et DRESS-MIRe, 2007.

F-X. ALBOUY, L'assurance, cela sert d'abord à réduire la pauvreté, in Revue Risques No.77, March 2009.

J. ROTH, M.Mc CORD et D. LIBER. The Landscape of Microinsurance in the World's 100 Poorest Countries, The Microinsurance Centre, April 2007.

M.A. COYDON, and V. MOLITOR, Microinsurance Network Survey: Involvement of commercial insurers in Microinsurance, Microinsurance Network, 2010.

MOSLEY, S. GARIKIPATI, S. HORRELL, J. JOHNSON, J. ROCK, A. VERSCHOOR, Risk and underdevelopment: Risk management options and their significance for poverty reduction, Report to Department of International Development (DFID) (R.7614), Program on Pro-Poor Growth, October, 2003.

S. RUTLEDGE, Good practices for consumer protection and financial literacy in Europe and Central Asia: A diagnostic tool, World Bank, 2010.

T. GOLDBOOM, An instrument to social protection and climate change adaptation?, The politics of implementing agricultural microinsurance in Bolivia, Working Paper 2013, United Nations Research for Social Development, 2013.

T. WIECHERS, Microinsurance and social protection, Discussion paper 003, Microinsurance Network, 2013.

W. S. CHURCHILL, Discours « Land and Income taxes in the budget » (1909), in Liberalism and the social problem: A collection of early speeches as a Member of Parliament, Arc. Manor, 2007.

Matrimonios del mismo sexo y la regla del orden público. Reflexiones comparadas*

Víctor Hugo Guerra Hernández**

El mundo se hizo en muy poco tiempo,
entre grandes peleas,
y solo en último momento
se decidió, por desconfianza,
instituir la muerte y dividir los sexos.

Poesía demente, de Carlo Bordini[1]

Consideraciones previas

A inicios de 2012 comencé junto con mi familia una nueva vida como emigrantes, no muy lejos, pues fui trasladado de Venezuela a la hermana República de Colombia. Tampoco fue muy azaroso, si lo comparamos, por ejemplo, con las peripecias de tantos emigrantes de los siglos XIX y XX que, como mis bisabuelos paternos, del Líbano, pasaron brevemente por el Caribe y terminaron estableciéndose definitivamente en las costas de La Guaira, Venezuela.

---

* El presente artículo, con algunas modificaciones, se publicó en el libro Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios. Medellín: Editorial Dike, 2014, p. 477 y ss.

** Profesor de Derecho Internacional Económico de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho. Profesor asociado de derecho internacional privado, universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello. vhguerra@yahoo.com

[1] En italiano: "Il mondo fu fatto, in pochissimo tempo, tra grandi litigate, e solo all'ultimo momento fu deciso, per sfiducia, di istituire la morte e di dividere i sessi". Carlo Bordini, I costruttori di vulcani. Tutte le poesie 1975-2010, Bologna: Luca Sossella, 2010.

Esta experiencia colombiana me ha permitido, en muy poco tiempo, conocer colombianos maravillosos, cálidos y abiertos con los extranjeros. Así, en una agradable tertulia, en Bogotá, con mi coterráneo el profesor Juan Carlos Sainz y el profesor de la Universidad del Rosario Ricardo Abello, surgió el tema del libro homenaje al doctor y prestigioso académico Marco Gerardo Monroy Cabra. Espontáneamente, comenzamos a hablar del Maestro Monroy Cabra, jurista citado tantas veces en Venezuela por nuestra querida tutora Tatiana Maekelt (†), como el experto colombiano en derecho internacional privado (DIP).

En qué momento me invitaron o me invité, no lo sé. Lo cierto es que, con enorme agradecimiento al Prof. Abello, humildemente escribo este artículo sobre uno de los temas generales del DIP, el orden público internacional (OPI) y en particular, acerca del alcance de sus efectos en el reconocimiento y la validez de los matrimonios del mismo sexo. Incluyo, como de costumbre, algunas referencias comparadas pues, en nuestra opinión, las soluciones a los casos del tráfico jurídico externo deben nutrirse, siempre, de las distintas experiencias de los sistemas jurídicos. Así, comentaremos la situación de un sistema anglosajón, el de los Estados Unidos de América, y otra de un sistema continental, el de Colombia.

La estructura del artículo, es sencilla. Comenzamos relatando un caso venezolano de la vida real, que de seguro se repite en muchas otras jurisdicciones, a fin de delinear el alcance del problema. Continuamos describiendo la noción del OPI, características y efectos, así como su importancia como institución valorativa del DIP y el eventual impacto en situaciones como los matrimonios del mismo sexo. Pasamos luego a las referencias comparadas, para establecer cómo cada uno de los sistemas analizados ha abordado el tema. A efectos prácticos, continuamos con la reflexión sobre el eventual impacto de esta situación, matrimonios del mismo sexo, a partir de la migración venezolana a Colombia ya que, a pesar de la cercanía geográfica, sus soluciones jurídicas han seguido caminos distintos. Terminamos con nuestro balance y perspectivas.

Al doctor Monroy Cabra lo conocí personalmente en la Universidad del Rosario en abril de 2012… De mirada sabia y trato gentil…, para él estas líneas.

Descripción del asunto a través de un caso de la vida real

Hace ya algún tiempo leía en la prensa venezolana, el caso de una pareja homosexual residenciada en Caracas, Venezuela[2]. Se trata de Jesús Ravelo y Oliver Schneider, el primero venezolano y holandés el segundo, quienes contrajeron matrimonio en 2008, en la ciudad holandesa de Nigmegen y quienes, de acuerdo con la legislación venezolana, no tienen derechos como pareja en Venezuela.

Jesús ha sido profesor de Computación en la Universidad Simón Bolívar, en Venezuela. Conoció a Oliver en 2007, mientras el venezolano disfrutaba de un año sabático en Europa. Oliver no deseaba dejar su trabajo social con los reclusos de una cárcel en Holanda, y Jesús tampoco deseaba interrumpir sus clases en la universidad. Sin embargo, de común acuerdo decidieron residenciarse en Venezuela. Más allá del tema de haber sufrido o no un trato discriminatorio en su entorno, lo cierto es que, de acuerdo con la ley venezolana, sus planes de construir una familia, como cualquier otra en Venezuela, no existen.

Conforme a la legislación holandesa, lugar de celebración del matrimonio y conforme al cual este matrimonio es válido, el profesor Jesús Ravelo tiene los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales sobre, por ejemplo, el régimen patrimonial matrimonial[3]. Mientras que en Venezuela él no puede, ni siquiera, incluir a Oliver dentro de la protección que le brinda su póliza de seguro de la Universidad.

---

[2] El detalle del caso puede ser consultado directamente en Internet: http://arbelaez.org/archives/1620 Reseñado por María Teresa Arbeláez, "Espos@ sin derecho", en relación con el tercer reportaje de la serie "Discriminad@s por su género", publicado en el diario El Nacional, de la mano de Leidys Azuaje, abril de 2009.

[3] El Reino de los Países Bajos fue el primer país en el mundo en reconocer legalmente los matrimonios entre parejas de un mismo sexo (1 de abril de 2001) a través de una reforma a las normas sobre el matrimonio contenidas en su Código Civil, (artículo 1:30, conforme al cual el matrimonio puede ser contraído por personas de diferente o del mismo sexo). Conforme al derecho holandés, una de las parejas debe tener la nacionalidad holandesa o residir en Holanda, y ser ambos cónyuges mayores de 18 años de edad, o si son menores contar con el consentimiento de sus padres. Algunas diferencias técnicas existen en el carácter automático o no en lo referente al tema de la filiación, entre el matrimonio heterosexual y el homosexual. El matrimonio homosexual tendrá efectos en Holanda, en el territorio de la Unión Europea, así como en los territorios de ultramar como Aruba, Curazao y San Martín, los cuales, si bien no permiten matrimonios del mismo sexo, sí le reconocen sus efectos en especial los relativos a la seguridad social y régimen patrimonial. Otros territorios del Caribe holandés como las islas de Bonaire, San Eustaquio y Saba ya han aprobado la celebración de matrimonios del mismo sexo en sus territorios, lo cual será efectivo a partir de octubre de 2012.

Si bien la homofobia no es un problema que se limita a las leyes, la falta de un tratamiento uniforme por parte de la legislación, que defienda los derechos de las llamadas minorías sexuales, sí le agrega una limitante adicional al tema.

De esta manera, apreciamos en el caso anterior la presencia de una diversidad legislativa (Holanda-Venezuela) y una movilidad sociológica (seres humanos trasladándose y relacionándose más allá de sus fronteras naturales), dándose así los dos presupuestos clásicos de existencia del DIP: el jurídico y el sociológico. Igualmente, nos encontramos frente a un caso típico del DIP (matrimonio con elementos extranjeros), que ameritaría respuestas por parte del derecho privado, particularmente, del DIP y del derecho civil de familia.

En este artículo no desarrollaremos los temas particulares del derecho sustantivo de familia, sino que nos concentraremos en los problemas del DIP, específicamente los relativos a la determinación del derecho aplicable a los matrimonios del mismo sexo con elementos de extranjería relevantes.

Para un operador jurídico venezolano se trataría de un matrimonio celebrado en el extranjero (Holanda), entre personas de nacionalidad y residencia distinta (holandesa y venezolana), que luego de celebrado el matrimonio, deciden establecer su domicilio conyugal en un lugar distinto al de la celebración del matrimonio (Venezuela).

Ahora bien, desde la perspectiva del DIP, ¿cuál es el derecho aplicable a la existencia y validez de ese matrimonio? La regla generalmente aceptada, es la del derecho del lugar de su celebración. Por tanto, el matrimonio de Jesús y Oliver existe y es válido, pues se perfeccionó conforme a la ley del lugar de su celebración (ley holandesa), según la cual los matrimonios de parejas del mismo sexo están permitidos. ¿Es esa misma ley, la aplicable a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio? Normalmente no lo es, ya que los efectos del matrimonio tienden a regirse por la ley del domicilio conyugal, es decir, en el caso de Jesús y Oliver, por la ley venezolana. Pero resulta que la ley venezolana no reconoce los matrimonios del mismo sexo. Más aún los considera contrarios a su OPI, visto que en Venezuela sólo se reconoce el matrimonio y las uniones de hecho entre un solo hombre y una sola mujer[4].

[4] El artículo 77 de la Constitución de Venezuela, señala: "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio". Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la G.O. no. 36.860 del 30/12/1999, reimpresa por errores materiales en la G.O. no. 5.453 Ext. del 24/3/2000.

Las respuestas a estas interrogantes no son tan sencillas, pues Jesús y Oliver no pretenden celebrar el matrimonio en Venezuela y por tanto, violar la restricción de la normativa constitucional. Lo que pretenden es que se les reconozcan los efectos de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero, conforme a la Ley que le era aplicable. ¿Se considera esto entonces igualmente como una violación al OPI? ¿Tiene el OPI acaso un efecto atenuado en los casos en los que el acto jurídico (matrimonio) ya se ha celebrado válidamente? Las respuestas a estas preguntas vendrán en la sección siguiente.

Orden público internacional y determinación del derecho aplicable. Su importancia para la validez de los efectos de los matrimonios del mismo sexo

El orden público internacional u OPI como lo hemos referido ya, es la primera de las instituciones generales, hoy valorativas, del DIP. Su origen se ubica en los inicios del DIP, en la Escuela Estatutaria italiana del siglo XII a través de las ideas expresadas en la doctrina de Bartolo de Sassoferrato y la existencia de los llamados estatutos odiosos de naturaleza territorial, que no permitían la consideración (aplicación) de otras costumbres que no fueran las previstas en dichos estatutos[5].

El OPI encuentra su explicación en el DIP moderno, es decir aquél sustentado en la existencia de la comunidad jurídica internacional prescrita por Savigny, dentro de las normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatorias, frente a las cuales el Derecho extranjero no sería aplicable. Este es el origen de la noción *a posteriori* del OPI[6], hoy prevaleciente en la doctrina contemporánea del DIP. De la noción de Savigny, derivó el jurista italiano Mancini un criterio para la aplicación de las normas del foro (*Lex Fori*), con el cual surgiría la noción apriorística del OPI[7].

---

[5] BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 6ed., T. I. Paris: LGDJ, p. 568 y ss., 1973. El territorialismo característico de los estatus odiosos se repite en las Escuelas Estatutarias francesa del siglo XVI (Bertrand d'Argentré) y flamenco holandesa del siglo XVII (Ulrico Huber), influenciando posteriormente al mundo anglosajón del siglo XIX (Joseph Story).

[6] SAVIGNY, Federico Carlos. Sistema de derecho romano actual. T. 6. Trad. Mesía Jacinto y Manuel Poley, 2ed. Madrid: F. Góngora y Cia. p. 138 y 139, 1879.

[7] BONOMI, Andrea. Le norme imperative nel Diritto intenazionale privato. Considerazione sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di Diritto interazionale privato. Zürich: Schulthess Plygraphischer Verlag, 1998. p. 67 y ss.

El OPI ha tendido a confundirse con otras figuras y metodologías del DIP, por ejemplo con el Fraude a la Ley y con la Institución Desconocida, por los llamados efectos negativos que comparten todas estas instituciones a la hora de rechazar la aplicación de un Derecho extranjero. También se ha confundido al OPI con una de las metodologías normativas que brinda el DIP, a través de las llamadas Normas de Aplicación Necesaria, frente a lo cual la doctrina venezolana reconocida ha enfatizado que:

> Ambas figuras tienen como elemento en común no permitir la aplicación del Derecho extranjero para proteger, de esta manera, los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, pero los mecanismos de que se valen para lograr este efecto son evidentemente diferentes (…) Puede considerarse que una de las características del Derecho internacional privado moderno, es la clara diferenciación entre la figura del orden público en el Derecho internacional privado y las normas de aplicación necesaria. Justamente una de las diferencias es la forma en cómo se manifiestan una y otra figura, además del momento en que actúa cada una en el proceso de determinación y aplicación del Derecho competente. El acuerdo es unánime al admitir que ambas figuras efectivamente tutelan intereses que el Estado considera fundamentales en un momento determinado; pero, mientras las normas de aplicación necesaria, como su propio nombre lo indica, siempre se manifiestan en el ordenamiento jurídico como preceptos positivos, los principios fundamentales protegidos por el orden público, generalmente no están contenidos en normas. La concretización del orden público dependerá, en todo caso, del supuesto particular[8].

Para la doctrina, opinión que compartimos, el OPI no puede concebirse sin que exista: (i) la aplicación de una norma de conflicto que determine el derecho aplicable; (ii) que el derecho aplicable sea el de un ordenamiento extranjero; y (iii) que la aplicación de tales normas extranjeras produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico

[8] Varios autores: MAEKELT, Tatiana B. de., y otros (Coords.). Ley de derecho internacional privado comentada. MADRID, Claudia. Referencias al artículo 10. T. I. Caracas: Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CDCH), 2005, p. 343 y ss. Igualmente en materia de contratos internacionales tal distinción ha sido resaltada por GIRAL Pimentel, José Alfredo. El contrato internacional. Colección Estudios jurídicos, no.71. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 249.

del foro[9]. Estos tres presupuestos pueden identificarse, claramente, en Ley venezolana de DIP[10], la cual en su norma del artículo 8 establece: "Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos del OPI y cuál sería su impacto en la determinación del derecho aplicable a los matrimonios del mismo sexo?

Por lo general, se habla de que el efecto del OPI es rechazar la aplicación del derecho extranjero cuando este viole el OPI. Pero, ¿de qué manera ocurre este rechazo? A decir de la doctrina autorizada, no se trata de rechazar en abstracto la aplicación del derecho extranjero competente, es decir, el declarado aplicable por la norma de conflicto que rija el caso, sino de hacerlo sólo cuando los resultados de su aplicación sean manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales o esenciales del orden público[11]. De esta manera, lo que se pretende con el OPI es revisar los eventuales resultados de aplicar ese Derecho extranjero en el sistema jurídico del foro. Tampoco se trata de una incompatibilidad genérica del Derecho extranjero con todo el sistema jurídico del foro, sino de su incompatibilidad con los "principios esenciales" del orden público, siendo además necesario que la incompatibilidad sea "manifiesta". Todo ello deja en manos del operador jurídico del foro (juez, árbitro, etc.) las tareas de identificación de "principios esenciales" y de revisión de los "resultados manifiestamente incompatibles". Tareas nada fáciles, pues si algún tema ha gozado

---

[9] MADRID. Op. cit., p. 294 y ss.

[10] El texto de la Ley ha sido publicado en la Gaceta Oficial no. 36.511 del 6-8-98. Varios textos se han publicado comentándola, pero es interesante reseñar por lo práctico el texto coordinado por Tatiana Maekelt y publicado por la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales desde 1999, el cual al 2001 cuenta con cinco ediciones y dos reimpresiones de la quinta edición, el cual incluye derogatorias y concordancias. Disponible en Internet: http://www.acienpol.com.ve/store/listCategoriesAndProducts.asp?idCategory=40 Una posición similar fue asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana en el célebre caso de FAI Insurances Limited / Compañía Agrícola de Seguros S.A. C.S.J. Cas. Civ. 29/02/1996. M.P. Nicolás Bechara Simancas. G. J. CCXL, número 2479 p. 286 ss. Y reiterada, recientemente, en: C.S.J. Cas. Civ. 25/06/2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref. Exp. no. 11001-02-03-000-2005-00503-00., C.S.J. Cas. Civ. 27/07/2011. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref. Exp. No. 11001-02-03-000-2007-01956-00., C.S.J. Cas. Civ. 19/12/2011. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref. Exp. No. 11001-02-03-000-2008-01760-00.

[11] Ver La función del orden público, en el informe presentado por Didier Opertti a la Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la OEA, de julio de 1980, citado en Internet: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/14/pr/pr26.pdf

de dinamismo temporal y geográfico es, justamente, el de la regulación de los principios del orden público.

El efecto del rechazo o de evicción del derecho extranjero también se ha calificado como positivo o negativo. Entendiendo por el primero a aquél rechazo cuyo resultado es permitir la realización o ejecución del acto jurídico. Por el segundo, se ha entendido la negación de ejecución del acto[12]. Por ejemplo, el efecto positivo puede consistir en permitir la celebración del matrimonio, aun cuando el derecho extranjero, normalmente aplicable, no lo permita por alguna clase de discriminación que esté prohibida por el derecho del foro y, un ejemplo del efecto negativo sería el no permitir la celebración del matrimonio en el foro, aun cuando el derecho extranjero sí lo autorice. Obviamente, los efectos negativos y positivos del OPI son relativos y dependen del cristal con que se miren[13].

También se ha dicho que el OPI tiene un efecto atenuado y un efecto reflejo. El primero ocurre, sobre todo, en materia de reconocimiento y ejecución de actos válidamente celebrados en el extranjero, es decir, si bien el foro no permite la celebración de dichos actos en el foro, sí les autoriza desplegar todos o algunos de sus efectos, atenuando así la aplicación del OPI. El segundo efecto, el reflejo, es más interesante aún y se da cuando el operador jurídico se convierte en una especie de superhéroe, protector de los principios fundamentales, no solamente de su ordenamiento jurídico, sino también de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico extranjero, cuando, por ejemplo, en la dinámica conflictual se verifica un reenvío de segundo grado[14].

---

[12] ROUVIER, Juan María. Derecho internacional privado. Parte general. T. I, 4 ed. Maracaibo: Ediciones Astro Data S.A., 2001, p. 261 y ss. También se ha señalado que el efecto positivo del OPI consiste en la sustitución del Derecho extranjero por el Derecho del foro, ver BONNEMAISON, José Luis. Derecho internacional privado. 1ed. 1986, 1ra reimpresión 1990. Caracas: Vadell Hermanos Editores, p. 161 y 162. Igualmente, MAEKELT, Tatiana. Teoría general del derecho internacional privado. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 315 y ss.

[13] Tal y como lo enseñó el gran Maestro Werner Goldschmidt hace 50 años, "La aplicación del orden público produce siempre un efecto doble: elimina el derecho extranjero nocivo y lo sustituye por derecho inofensivo. El carácter positivo o negativo de la situación se encuentra en relación inversa al carácter negativo o positivo del derecho extranjero descartado". GOLDSCHMIDT, Werner. Sistema y filosofía del derecho internacional privado. 2ed., T. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 477.

[14] Varios Autores: MADRID. Op. cit., p. 304. Es interesante la referencia hecha por la autora al reenvío de segundo grado, para referirse al efecto reflejo del OPI, es decir, cuando el derecho extranjero competente declare a su vez el derecho de un tercer Estado para regir la controversia y es entonces, cuando el operador jurídico del foro examinaría sí el derecho de ese tercer Estado viola o no los principios fundamentales del derecho extranjero declarado competente en primer lugar por el derecho del foro.

Dicho lo anterior, el efecto negativo del OPI aplicado en los matrimonios del mismo sexo que pretendan celebrarse, por ejemplo, en Venezuela, sería el de no autorizar su celebración, porque la misma produciría un resultado manifiestamente incompatible con un principio esencial consagrado en la Constitución venezolana, el cual solo reconoce como válidos los matrimonios y las uniones de hecho entre un solo hombre y una sola mujer. En otras palabras, el efecto negativo del OPI en el caso de Jesús y Oliver sería el que ellos no hubieran podido contraer matrimonio válidamente en Venezuela, a diferencia de como sí lo pudieron hacer en Holanda. De otra parte, si consideráramos el efecto atenuado del OPI, reconocido al menos doctrinalmente en Venezuela, podría pensarse que algunos de los efectos del matrimonio de Jesús y Oliver podrían aceptarse, por ejemplo, aquellos efectos relativos al régimen patrimonial matrimonial y eventualmente, por qué no, los relativos a la sucesión de uno a otro.

Derecho comparado

Un caso de los sistemas anglosajones: Estados Unidos

Desde la década de 1970 se viene discutiendo en las cortes norteamericanas[15], cada vez más con mayor frecuencia y en un aparente viaje sin retorno, el reconocimiento y legalización de los matrimonios y uniones de parejas del mismo sexo[16].

Quizás el mayor hito de las decisiones norteamericanas lo marca el caso de la sentencia del 5 de mayo de 1993, emanada por la Corte Suprema del Estado de Hawaii, en el caso Baehr v. Lewin[17], decisión muy comentada en la década

[15] El 10 de octubre de 1972 la Corte Suprema de los Estados Unidos rechazó la apelación de una decisión de la Corte Suprema del Estado de Minnesota que limitaba el matrimonio sólo a parejas de distinto sexo y que esta limitación no violaba la Constitución de Minnesota. Se trató del caso, Richard John Baker v. Gerald R. Nelson.

[16] En el caso del Reino Unido no se reconocen sino los matrimonios entre personas de distinto sexo. Sin embargo, vista la tendencia iniciada por el Reino de los Países Bajos en 2001, y seguida por otras jurisdicciones europeas como Bélgica y España, y por las americanas como Canadá y el Estado de Massachusetts, el Reino Unido promulgó la Ley sobre Uniones Civiles de 2004, la cual basada en la regla del lugar de la celebración, reconoce efectos civiles a las uniones del mismo sexo que cumplan con ciertas características. Ver CLARKSON C. M. V. y HILL Jonathan. The Conflict of Laws. 3ed., United Kingdom: Oxford University Press, 2006, p. 306 y ss.

[17] 852 P. 2d. 44 (Haw. 1993). El 3 de diciembre de 1996, la Corte de Instancia de Hawaii, basada en la instrucción de su Corte Suprema, sostuvo que no existían intereses fundamentales de la legislación de Hawaii para limitar los matrimonios a parejas de distinto sexo. La carrera liberal iniciada en el Estado de Hawaii, con el caso Baehr v. Lewin, retrocedió cuando el 3 de noviembre de 1998, los votantes de dicho Estado reformaron su Constitución para darle poder a sus legisladores limitando los matrimonios sólo a

de 1990 por la doctrina de ese país. Según esta sentencia, una ley que limite el matrimonio solo a parejas del sexo opuesto podría ser considerada como inconstitucional, siempre y cuando dicha ley no haya sustentado tal limitación en intereses fundamentales del Estado, debiéndose interpretar restrictivamente dichos intereses, a fin de evitar violaciones a los derechos constitucionales[18].

Es interesante mencionar que para mediados de los años noventa, aproximadamente 240.000 parejas heterosexuales decidían pasar su luna de miel en Hawaii. Cifra que sin duda se incrementaría dramáticamente si Hawaii se convertía en el primer Estado de la unión norteamericana en permitir los matrimonios del mismo sexo[19]. Ahora bien, lo cierto es que Hawaii no se convirtió en el primer Estado en reconocer legalmente los matrimonios del mismo sexo, sino Massachusetts en 2004, seguido por Connecticut, Iowa, New Hampshire, New York, Vermont y Washington, D.C.

Un caso curioso ocurrió en el Estado de California, que permitió los matrimonios del mismo sexo entre junio y noviembre de 2008, fecha en la cual los votantes de ese Estado aprobaron la llamada "*Proposition 8*" que los prohibió[20].

---

parejas del sexo opuesto. La historia volvió a cambiar cuando se introdujo en el 2010 el Proyecto de Ley sobre Uniones Civiles, el cual fue finalmente aprobado y sus efectos comenzaron a partir de enero del 2012. Ver Los Ángeles Times, disponible en Internet: http://www.latimes.com/news/local/la-gmtimeline-fl,0,5345296.htmlstory

[18] Para mediados de los años noventa solo 25% de los norteamericanos apoyaban el pleno reconocimiento de derechos a los matrimonios del mismo sexo. Para junio de 2012 de acuerdo con las encuestas de opinión pública organizada por la cadena internacional de noticias, CNN, y por la Agencia Inglesa de Encuestas, ORC international, señalaban que 54% de los ciudadanos norteamericanos apoyan una legalización plena de estos matrimonios, mientras que sólo un 42% se opone a ellos. El 9 de mayo de 2012, el presidente Barack Obama se convirtió en el primer presidente de los Estados Unidos en declarar su apoyo a la legalización de los matrimonios del mismo sexo.

[19] De acuerdo con el Departamento de Turismo de Hawaii para 1995, aproximadamente de los cuatro billones de dólares gastado por los turistas en Hawaii se producían unos 440 millones de dólares en ingresos por impuestos para el Estado, miles trabajos al año, y más de 2.4 millones de dólares en beneficios para la mejora de la calidad de vida y seguridad social de los habitantes de Hawaii. En un interesante análisis económico del Derecho, se ha sostenido entonces que el racional e incentivos de Estados turísticos como Hawaii, en reconocer los matrimonios del mismo sexo descansa, justamente, en los beneficios económicos que tal reconocimiento acarrearía para los intereses del Estado. BROWN, Jennifer Gerarda. Competitive Federalism and the legislative incentives to recognize same-sex marriage. Southern California Law Review. 1995, vol. 68, p. 745 y ss. Según este estudio las predicciones sobre los Estados con mayor interés económico en reconocer este tipo de matrimonios serían: Nevada, Nuevo México y Vermont. Sin embargo, salvo Vermont, la historia demostró que no fue así, tal y como se indica en el texto principal de nuestro artículo.

[20] Sin embargo, la situación no es pacífica. El 4 de agosto de 2010, el Juez Vaughn R. Walker de la Corte Distrital de California consideró en el caso Perry v. Schwarzenegger que la "Proposition 8" era inconstitucional por violar la Enmienda Décima Cuarta de la Constitución de los Estados Unidos sobre el Debido Proceso, así como la Cláusula sobre Protección Igualitaria del mismo texto. La Corte de Apelacio-

Los Estados de Maryland y Rhode Island los reconocen cuando se celebran en otra jurisdicción distinta a la suya. En noviembre de 2012, se celebró en los Estados de Washington y Maryland un referéndum para votar por la aprobación o no de la ley que permita este tipo de matrimonios en sus Estados, en ambos se aprobó la protección[21].

Si bien la tendencia va en aumento, todavía puede decirse que la mayoría de los Estados de la unión norteamericana prohíben los matrimonios entre personas de un mismo sexo. Este es el caso de La Florida, Estado cuyos votantes decidieron en noviembre de 2008, a través de la llamada "*Proposition 2*" y la llamada Ley Federal sobre la Protección del Matrimonio, que el único matrimonio válido es el celebrado entre un solo hombre y una sola mujer[22].

Desde el punto de vista de la normativa Federal, en los Estados Unidos el matrimonio solo se permite entre un solo hombre y una sola mujer[23].

---

nes del Noveno Circuito, suspendió la decisión del Juez Walker hasta tanto no se decidiera la apelación. El 7 de febrero de 2012, en una decisión 2-1, la Corte de Apelaciones confirmó la decisión del Juez Walker, afirmando la inconstitucionalidad de la Propuesta 8. La Corte también afirmó, unánimemente, que el Juez Ware –miembro del panel de dicha Corte- no estaba obligado a inhibirse de la decisión en este caso, por el hecho de ser homosexual. El 5 de junio de 2012, la Corte de Apelaciones rechazó reabrir el caso, el cual se encuentra actualmente para la decisión del Corte Suprema de los Estados Unidos. Hoy la Corte Suprema de los Estados Unidos está conformada por nueve Jueces. Dos de ellos propuestos por el ex presidente Reagan (Jueces Scalia y Kennedy); uno por el ex presidente Bush –padre– (Juez Thomas); dos por la administración Clinton (Jueces Bader Ginsburg y Breyer); dos por el ex presidente Bush –hijo– (Jueces Roberts y Alito) y dos por la actual administración Obama (Jueces Sotomayor y Kagan). De los nueve tres son mujeres (Jueces Bader, Sotomayor y Kagan) y uno sólo es afrodescendiente (Juez Thomas). El 26/06/2013 la Corte Suprema falló 5-4 que los patrocinadores de la Propuesta 8 no tenían autoridad para defender la medida en los tribunales una vez que la procuradora general Harris y el gobernador Jerry Brown se negaran a hacerlo. Según las normas de la Corte Suprema, la parte perdedora en una disputa legal tiene 25 días para solicitar al tribunal que vuelva a escuchar el caso. El tribunal expresó el 28/06/2013 que no daría por finalizado su fallo sobre la disputa en torno a la Propuesta 8 hasta que ese período haya transcurrido. Véase: http://www.primerahora.com/noticias/estados-unidos/nota/ secasanencaliforniademandantesdepropuesta8-933521/

[21] Los votantes del Estado de Washington aprobaron por 53.7% a favor de los matrimonios del mismo sexo, el resultado del referéndum fue certificado el 5/12/2012. En el Estado de Maryland se aprobó igualmente la protección civil a los matrimonios del mismo sexo con 52.4% a favor, y dicha protección entró en vigencia el 1/1/2013.

[22] Ver Florida Department of State Division of Elections. Igualmente, el Florida Statute 741.212 en su sección (1) define matrimonio como la unión legal celebrada entre un solo hombre y una sola mujer y señala que el término "cónyuges" solo se utiliza para esa clase de uniones (FL. Stat. 741.212(1),(3)). Asimismo, por esa misma ley, la Florida adoptó en 1997 la "Defense of Marriage Act (DOMA)".

[23] El 21 de septiembre de 1996, el presidente Bill Clinton promulgó la llamada Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA), según la cual sólo los matrimonios heterosexuales serían válidos. Antes de esta fecha el gobierno federal no definía lo que debía entenderse por matrimonio, y así cualquier matrimonio reconocido por los Estados era reconocido por el gobierno federal, incluso si habían algunos Estados que no reconocían

El reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo, así como el de sus efectos acarrean importantes beneficios para las parejas, tales como la protección de sus derechos patrimoniales y de la seguridad social (salud, pensiones, etc.). Por eso, quizás algunas legislaciones y cortes estatales o, incluso algunos ordenamientos jurídicos extranjeros que no permiten la celebración de dichos matrimonios en su jurisdicción, sí las reconocen como uniones civiles dentro de las cuales sus integrantes disfrutan de ciertos derechos y beneficios.

Desde el punto de vista del DIP, específicamente del derecho aplicable a los matrimonios del mismo sexo, hay que diferenciar en el sistema norteamericano dos situaciones. La primera que se da en el marco de los conflictos interterritoriales, si el caso es de origen doméstico o local; y la segunda en el marco de los conflictos internacionales, cuando estamos en presencia de casos con elementos extranjeros relevantes, por ejemplo el presentado en nuestro caso inicial: el matrimonio de Jesús y Oliver, siendo estos últimos los que interesan al DIP. En la práctica, las soluciones brindadas a los conflictos interterritoriales repercuten en los problemas planteados por el DIP. En ambos casos, los jueces norteamericanos revisan y toman en consideración, pero con distinto alcance, las cláusulas del "due process of law" y del "full faith and credit", como principios generales que son límites naturales a la determinación del derecho aplicable y a la validez de los actos jurídicos, tanto en el plano interno, como en el plano internacional[24].

Adicionalmente a los principios del "due process" y del "full faith and credit", en el ordenamiento norteamericano se pueden apreciar otros principios constitucionales con influencia en los problemas de elección del Derecho aplicable, especialmente para los conflictos entre los Estados norteamericanos, tales como: (i) el "Commerce Clause" (Constitución, artículo I); (ii) el "Equal Protection Clauses" (Enmienda XIV); y (iii) el "Privileges and Imunities Clau-

---

cierto tipo de matrimonios, como era el caso de los interraciales antes de 1967 cuando se aprueba la ley anti segregación. La constitucionalidad de DOMA ha sido cuestionada. Así, en Julio del 2010 la Corte Distrital de Massachusetts sostuvo que negar derechos y beneficios federales a parejas del mismo sexo, basados en DOMA es inconstitucional de acuerdo al Enmienda Décima de la Constitución norteamericana. KRAMER, Larry. Same-sex marriage, conflict of laws, and the unconstitutional public policy exception. En: The Yale Law Journal. 1997, vol. 106, p. 1965 y ss.

[24] Los orígenes de la protección constitucional a los problemas de choice-of-law interestatales encontraron respuesta en las cláusulas de due process y full faith and credit, en especial para proteger el derecho a la propiedad y el comercio interestatal. También el origen de estos problemas durante el siglo XX encuentran respuesta en la doctrina de los "Derechos Adquiridos" (Vested Rights") a quienes entre sus exponentes encuentra a Joseph Beale y la cual es la base del Restatement (First) of Conflict of Law 1934. Ver BRILMAYER, Lea. Rights, Fairness, and Choice of Law. En: The Yale Law Journal. 1989, no. 7, vol. 98, p. 1281, 1989.

se" (Constitución, artículo IV). Para el sistema norteamericano, tales principios representan la forma en cómo deben establecerse y desarrollarse las relaciones de los Estados entre sí y de estos con sus ciudadanos[25].

En los Estados Unidos el derecho aplicable a los matrimonios se determina por la regla universal del lugar de celebración. Ambos "Restatements" así lo confirman[26]. Igualmente, se dan en este sistema las dos excepciones clásicas a esta regla: (i) que las normas del lugar de celebración no violen alguna prohibición legal expresa del derecho del foro, prohibiciones legales, que han sido inexistentes en el mapa jurídico norteamericano; y (ii) que tal aplicación no sea contraria al orden público o "public policy exception", como se le conoce en inglés, del derecho del foro[27].

En general, el caso del "public policy exception" aplicable a los matrimonios según la doctrina americana, se concreta a través de una violación de alguna norma del derecho positivo del foro o, porque su reconocimiento sea contrario

---

[25] Se ha señalado que las Cortes Norteamericanas han confundido el problema y en consecuencia, el tratamiento brindado a los conflictos de jurisdicción y a los conflictos de leyes. En tal sentido, se ha recomendado que las reglas para la determinación de la jurisdicción deben ser simples, certeras y predecibles. Igualmente, se indicado que si bien los problemas de jurisdicción y conflicto de leyes están interrelacionados, las restricciones constitucionales debería ser mayores en materia de derecho aplicable que de determinación de la jurisdicción. POSNAK, Bruce. The court doesn't know its Asahi from its Wortman: A critical view of the constitutional constraints on jurisdiction and Choice of law. En: Syracuse Law Review. 1990, vol. 41, p. 875 y ss., especialmente, p. 907 y 908, 1990.

[26] La Sección 283 del Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971) incluye además, al ser la base conceptual de todo su sistema conflictual, la referencia la "relación más significativa", así señala: "(1) La validez del matrimonio será determinada por la ley local del Estado que, con respecto a la materia particular, tenga la relación más significativa con los cónyuges y el matrimonio, de conformidad con los principios contenidos en la sección 6 (por ejemplo las necesidades de los sistemas interestatales e internacionales y protección de las justas expectativas de las partes). (2) Un matrimonio que satisfaga los requisitos del Estado en que fue contraído, será reconocido como válido, a menos que viole una fuerte política pública del Estado que tenga la relación más significativa con los cónyuges y el matrimonio al momento de su celebración". El texto de este Restatement en español puede consultarse en: MAEKELT, Tatiana B. y otros. Material de clase para derecho internacional privado. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2006, p. 577 y ss. Por su parte, la Sección 121 del Restatement (First) of Conflict of Laws (1934), señala: "(sujeto a excepción), un matrimonio es válido en cualquier lugar si es celebrado conforme al lugar de su celebración". En el primer Restatement se puede apreciar con claridad la influencia ejercida por Beale y su teoría de los derechos adquiridos o "vested rights".

[27] HOVERMILL, Joseph W. A conflict of laws and morals: the choice of law implications of Hawaii's recognition of same-sex marriages. En: Maryland Law Review. 1994, vol. 53, pp. 450 y ss. Tal y como se reconoció desde principios del siglo pasado, en caso Loucks v. Standard Oil Co. (120 N.E. 198 –NY 1918), las cortes no están completamente libres en la aplicación del public policy, no se trata de un rechazo genérico del Derecho extranjero, antes al contrario su rechazo debe estar fundamentado en la violación manifiesta de algún principio fundamental de la justicia y del bien común de amplia y tradicional aceptación en el sistema.

al derecho natural. Las cortes americanas han entendido dentro del contenido de este último, los principios de la Cristiandad, o también los principios comunes al conceso general de las naciones[28] y, por tanto, han tendido a rechazar por odiosos aquellos matrimonios que sean contrarios a la naturaleza humana por incestuosos, poligámicos o incluso por interraciales[29].

También se ha dicho que las teorías modernas sobre ley aplicable en el sistema norteamericano, como la de la aplicación del mejor derecho o "better rule of law", puede contribuir a armonizar y a atenuar la aplicación del "public policy" en los casos de matrimonios del mismo sexo, aceptándolos[30].

Finalmente, la existencia de las uniones del mismo sexo en los Estados Unidos, su reconocimiento y negación, en distinto grado, a través de sus cortes y leyes estatales, ha revelado la evolución del sistema jurídico y cómo sus operadores se han venido adaptando a los cambios sociales, a fin de brindar y proteger la convivencia pacífica de sus integrantes dentro de su territorio[31].

Un Caso de los sistemas civiles: Colombia

El desarrollo en Colombia de los derechos colectivos de grupos minoritarios, como el de los homosexuales, se debe primordialmente a varios fallos de su Corte Constitucional, ubicándose este país en una situación de mayor avanzada que la del promedio de los países que tienen un grado similar de desarrollo económico y con los cuales, además, se comparten orígenes culturales y religiosos similares[32].

El marco constitucional vigente de 1991 también contribuyó a este avance, pues consagró una serie de provisiones de especial interés para la comunidad

---

[28] Caso Leszinske v. Poole, 789 P. 2d 1049 (N.M. Ct. App.), cert. denied, 797 P. 2d 983 (N.M. 1990).

[29] HOVERMILL. Op. cit., p. 459 y ss.

[30] COX, Barbara J. Same-sex marriage and choice-of-law: if we marry in Hawaii, are we still married when we return home? En: Wisconsin Law Review. 1994, pp. 1033 y ss., especialmente p. 1042, 1994. Para esta autora, en base a los casos precedentes sobre matrimonios interraciales, el reconocimiento de los matrimonios del mismo sexo representa la expresión más acertada del mejor derecho en una sociedad democrática que protege la igualdad y lucha contra toda clase de discriminaciones, como por ejemplo las basadas en sentimientos homofóbicos. Ver igualmente de la misma autora: COX, Barbara J. The lesbian wife: same-sex marriage as an expression of radical and plural democracy. En: California Western Law Review. 1997, vol. 33, p. 155 y ss.

[31] KOPPELMAN, Andrew. Same-sex marriage, choice of law and public policy. En: Texas Law Review. 1998, vol. 76, p. 921 y ss.

[32] En Colombia se permite que los homosexuales ingresen a las fuerzas armadas abiertamente, la ley no establece ninguna distinción respecto a las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, y la edad de consentimiento es la misma que para las parejas heterosexuales, es decir catorce años. Realizar actos homosexuales no está prohibido por la ley en Colombia desde que entró en vigencia el Decreto 100 en 1980.

homosexual, como el derecho a la igualdad, el principio constitucional del pluralismo y el derecho al libre desarrollo de la personalidad[33].

Por su parte, el poder Judicial colombiano desde 2001 viene dando señales de amplia aceptación y protección de derechos a estos grupos. Así, en 2001, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, reconoció por primera vez el derecho de visita íntima de una pareja del mismo sexo en una cárcel, derecho que más tarde (2003) sería extendido por la Corte Constitucional a todas las parejas del mismo sexo.

Desde 2007 la Corte Constitucional ha venido produciendo una serie de sentencias que equiparan los derechos de parejas homosexuales a los de las parejas heterosexuales.

Así, en la Sentencia C-075/07, la Corte Constitucional reconoció los derechos del régimen patrimonial a compañeros permanentes de orientación homosexual[34]. Los fundamentos de esta Sentencia se centran en la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, la ley, al regular la denominada "unión marital de hecho", estableció un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. Estableció la Corte que ese ámbito de autoridad legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, reconocida en los Tratados de Derechos Humanos que forman parte del bloque constitucional colombiano, y es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad, comportando una forma de discriminación proscrita por la Constitución[35].

---

[33] Otros actos normativos también respaldan esta protección, por ejemplo, el Código Penal establece una norma que agrava la pena cuando se verifique que el delito fue motivado por la orientación sexual de la víctima. Asimismo, durante el 2006 se discutió en el Congreso colombiano un proyecto de ley sobre el reconocimiento de los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo el cual lamentablemente se hundió en el debate parlamentario, y como un hecho que casi nunca se había presentado en Colombia, se decidió archivar el proyecto faltándole básicamente nada para su aprobación.

[34] Referencia: Expediente D-6362, sentencia C-075/07, Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005. Actores: Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, dada en Bogotá, D.C., el 7-2-2007.

[35] El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, aplicaba exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluía de su ámbito a las parejas homosexuales, lo cual resultaba discriminatorio, ya que a pesar de las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas

Posteriormente, el 12 de octubre de 2007 la Corte Constitucional estableció que las parejas del mismo sexo que en Colombia lleven un mínimo dos años de convivencia de hecho, podrán afiliarse conjuntamente al sistema de seguridad social en salud[36]. A partir de ese fallo, estas parejas pueden afiliar a su compañero o compañera al sistema público de salud, con solo presentar una declaración notarial de unión marital de hecho de mínimo dos años.

El 17 de abril de 2008, la Corte Constitucional se pronunció de nuevo a favor de las parejas del mismo sexo en unión marital de hecho, al permitirles acceder a la pensión de sobreviviente, tal como sucede con las parejas heterosexuales[37].

Una nueva decisión se produjo el 28 de enero de 2009, en la cual la Corte Constitucional decidió la modificación de 42 normas incluidas en aproximadamente 20 leyes, con el fin de lograr una equidad entre parejas heterosexuales y homosexuales, excepto en el asunto de la adopción, sobre el cual la Corte no se pronunció[38]. Sin embargo, debe decirse que el acto de adopción en Colombia,

---

consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, la Corte consideró que era contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declaró la vigencia de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Por lo tanto, la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado. En consecuencia el análisis de constitucionalidad se hará en relación con la totalidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, pues ese es el conjunto normativo que, de acuerdo con la demanda, debido a que se predica exclusivamente de las parejas heterosexuales, resulta contrario a la Constitución.

[36] Referencia: expediente T-1630988. Acción de tutela instaurada por AAA contra SALUDCOOP E. P. s. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, dada en Bogotá, D. C., el 12-10-2007.

[37] Referencia: expedientes D-6947, sentencia C-336/08, Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. De acuerdo con la norma, para que el compañero sobreviviente sea quien reciba la pensión, la pareja debió haber convivido, de manera permanente, singular e ininterrumpida, durante cinco años, antes de la muerte del pensionado. Es decir que la unión debió mantenerse de manera continua durante cinco años y con una sola persona. Las separaciones temporales por trabajo, estudio o viaje no disuelven la unión. Si la persona que pasa a ser beneficiaria tiene más de 30 años de edad, la pensión será vitalicia, si tiene menos de esta edad, la recibirá por 20 años.

[38] Referencia: expediente D-7290.Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 3 del Decreto 2762 de 1991; el artículo 24 - literales a, b y d del Decreto 1795 de 2000; los artículos 411 y 457

puede hacerlo un solo individuo, independientemente de su condición sexual con lo cual, esta sentencia puso a las uniones de parejas del mismo sexo en un nivel muy parecido a las del matrimonio heterosexual. Esta sentencia convirtió a Colombia en un país pionero en América Latina, al proporcionar tal grado de equidad a las parejas homosexuales, pues en otros países la protección tiende a limitarse sólo al ámbito económico de la relación[39].

Una de las decisiones que quizás hubiera sido transcendental en este tema, sí la Corte no se hubiera inhibido (5 a 4 votos) y en consecuencia, entrado a conocer el fondo del asunto, fue la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2010. En este caso, se interpuso una acción mediante la cual se demandó la constitucionalidad del artículo 113 del Código Civil, que define el matrimonio como "un contrato por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse". Para los demandantes, dicha disposición viola el derecho a la igualdad (Art. 13 de la Constitución) y al libre desarrollo de la

---

del Código Civil; el artículo 4 de la Ley 70 de 1931; los artículos 1 y 27 de la Ley 21 de 1982; el artículo 7 de la Ley 3 de 1991; los artículos 283 - numeral 2 y 286 de la Ley 5 de 1992; el artículo 5 de la Ley 43 de 1993; el artículo 8 - numeral 1 literal g y numeral 2 literales c y d de la Ley 80 de 1993; el artículo 244 de la Ley 100 de 1993; los artículos 14 - numerales 2 y 8, y 52 de la Ley 190 de 1995; los artículos 1 y 12 de la Ley 258 de 1996; el artículo 2 de la Ley 294 de 1996, el artículo 2 de la Ley 387 de 1997; los artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999; los artículos 10 y 11 de la Ley 589 de 2000; los artículos 34, 104 -numeral 1, 170 - numeral 4, 179 - numerales 1 y 4, 188 b - numeral 3, 229, 233, 236, 245 - numeral 1 y 454 a de la Ley 599 de 2000; los artículos 40, 71 y 84 - numerales 1, 2, 3, 6, 7, y 9 de la Ley 734 de 2002; los artículos 8 - literal b, 282, 303, y 385 de la Ley 906 de 2004; el artículo 3 - numerales 3.7.1 y 3.7.2 de la Ley 923 de 2004; los artículos 14 y 15 de la Ley 971 de 2005; los artículos 5, 7, 15, 47, 48 y 58 de la Ley 975 de 2005; los artículos 2 y 26 de la Ley 986 de 2005; el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007; los artículos 61, 62, 80, 159, 161 y 172 - numerales 2, 4, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1152 de 2007; y el artículo 18 de la Ley 1153 de 2007. Demandantes: Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffon Sanín, Marcela Sánchez Buitrago, Mauricio Albarracín Caballero, Alejandra Azuero Quijano y Luz María Sánchez Duque. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, dada en Bogotá D.C., el 28-01-2009.

[39] Entre las modificaciones de la Sentencia del 2009 pueden citarse: (i) Los homosexuales tendrán derecho a no incriminar a un compañero permanente, ni a declarar en su contra. (ii) En cuanto a los derechos migratorios, podrán recibir la nacionalidad las parejas del mismo sexo que vivan con un extranjero durante más de dos años. (iii) Los delitos de violencia intrafamiliar también fueron incluidos para las parejas homosexuales, haciendo la salvedad que la Corte se declara inhibida para incluir o no, a las parejas del mismo sexo dentro del concepto de familia. (iv) El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares incluirá a las parejas homosexuales en cuanto a pensión de supervivencia y a la condición de beneficiario en salud. (v) Los derechos de patrimonio inembargable también incluirán a las parejas homosexuales, lo que significa que una pareja homosexual puede determinar que una propiedad es de ambos y declararla "patrimonio familiar". (vi) Los homosexuales serán beneficiarios del seguro de vida y del SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito), lo que significa que si uno de los miembros de una pareja homosexual muere, el otro recibirá indemnización. (vii) Los funcionarios públicos cuando hagan su juramento de posesión deberán también juramentar a su pareja homosexual, en caso de tenerla.

personalidad (Art. 16), entre otros[40]. En este caso, la Corte recibió una avalancha de intervenciones ciudadanas, incluidas las de diez universidades; la de las Naciones Unidas (a favor de los demandantes); y las de otras organizaciones, entre los que se destacan la férrea oposición a la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la iglesia Católica y el concepto del Procurador General de la Nación, quien esgrimió argumentos positivistas, de acuerdo al tenor literal del artículo 42 de la Constitución, y de índole religiosa. La falta de decisión sobre el fondo, deja abierto en este caso la posibilidad de una nueva demanda, si es que el poder Legislativo colombiano no decide modificar primero la referida norma del Código Civil[41].

Por último y más recientemente, el 15 de noviembre de 2011[42] la Corte Constitucional reconoció que el derecho a pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo aplica retrospectivamente[43]. Con esta decisión se complemen-

---

[40] Referencia: expedientes D-7882/D-7909, sentencia C-886/10, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

[41] Quizás uno de los pasos más contundentes en esta materia sea el permitir la adopción a parejas del mismo sexo, toda vez que se amplíe el supuesto legal del matrimonio. Es decir, cuando se elimine la referencia a la heterosexualidad para definir jurídicamente al matrimonio. En Europa, la discusión ha alcanzado incluso el problema del reconocimiento extraterritorial de los actos extranjeros, a partir de la protección a los derechos humanos por parte de la Corte Europea de los Derechos Humanos, en particular en relación con casos vinculados al sistema jurídico francés y las discusiones vinculadas a la protección de los derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, a la vida privada, etc. Véase CEDH, 15/03/2012, *Gas et Dubois c. France*, req. nº 25951/07.

[42] Referencia: expediente T-3.130.633, Sentencia T-860/11, Acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto de Seguros Sociales, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, dada en Bogotá D.C., el 15-11-2011.

[43] Esta decisión resolvió revocar el fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, para en su lugar conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la seguridad social, en la acción de tutela instaurada por AA contra el Instituto de Seguros Sociales. Asimismo, dejó sin efectos la Resolución 01603 del 9 de marzo de 2001 proferida por el Instituto de Seguros Sociales y ordenó al mismo que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie el trámite legal y reglamentario para reconocer, según la legislación que resulte aplicable, la pensión de sobrevivientes a AA a causa del fallecimiento de su compañero BB, desde el momento de la muerte de éste último; trámite en el que se deberá dar estricto cumplimiento a la jurisprudencia de esta Corte sobre el plazo para resolver de fondo las solicitudes de pensión, es decir, máximo cuatro (4) meses calendario. Igualmente, advirtió al demandado que, en el trámite que inicie en cumplimiento del numeral anterior, debe tener en cuenta que, en el marco de la libertad probatoria, el miembro supérstite de la pareja homosexual goza de todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, a efectos de acreditar la existencia de una relación permanente de pareja con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes. Por último, ordenó a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso que tomen las medidas adecuadas con el fin de guardar estricta reserva de la identidad del peticionario.

tó la Sentencia de la misma Corte (C-336 de 2008), arriba comentada, que no especificó en su momento la clase de efectos temporales que tendría la decisión. Así, la Sala reiteró la tesis según la cual los efectos de las sentencias de constitucionalidad son *ex nunc*, a menos que la Corte asigne otros efectos. En consecuencia, el efecto temporal de estos fallos es el de la aplicación general inmediata y hacia el futuro, pero retrospectivos, afectándose situaciones originadas en el pasado y que se encuentran en curso al momento de proferirse el fallo. Ratificó la Sala la diferencia que existe con la retroactividad, la cual afecta situaciones consolidadas en el pasado. De esta manera, cuando no exista ninguna situación jurídica consolidada, la muerte de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo, ocurrida antes de la notificación de la Sentencia C-336 (2008), no es una razón admisible para negarle al miembro supérstite la pensión de sobreviviente[44].

Adicionalmente, esta interesante decisión de noviembre de 2011 acogió el precedente de las Sentencias T-051 y T-592 de 2010, según el cual el miembro supérstite puede valerse de todos los medios de prueba admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, dirigidos a acreditar la existencia de la relación permanente. De esta manera, se dejó sin efecto la prueba de la condición de pareja mediante una declaración ante notario, tal y como lo imponían las Sentencias C-521/2007, C-336/2008, T-1241/2008 y T-911/2009. Según la Sala, estos fallos desconocieron que la unión marital crea la condición de compañero y produce efectos antes de que ella se demuestre jurídicamente. Igualmente violaban el derecho a la igualdad entre las uniones homosexuales y las heterosexuales, suponiendo que las primeras solo existen desde la suscripción formal del requisito notarial y, que además tienen un único modo de probar su existencia, mientras que las segundas gozan de libertad probatoria.

A manera de resumen, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual: (i) de acuerdo con la Constitución (incluyendo en el bloque constitucional los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia), está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) se reconoce que existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales y, por tal motivo, no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras, pero dicha distinción no justifica actos discriminatorios; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los reque-

[44] Ver comentario de la Sentencia T-860/11 En: Ámbito Jurídico. 16 - 29 de abril, 2012.

rimientos de protección, sustantiva y adjetiva, de los distintos grupos sociales y, en tal sentido, avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible sí obedece a un principio de razón suficiente[45].

Desde el punto de vista del DIP, el sistema colombiano prevé, fundamentalmente, dos situaciones diferentes en cuanto a la determinación del derecho aplicable al matrimonio[46].

La primera prevista en por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889[47], según la cual:(i) la regla del lugar de celebración rige la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo; (ii) los Estados no están obligados a reconocer el matrimonio cuando se den ciertas causales específicas como la edad, el parentesco, haber dado muerte al cónyuge y la bigamia[48]; y (iii) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se rigen por la ley del nuevo domicilio conyugal[49].

La segunda, prevista en el Tratado Colombo-Ecuatoriano de Derecho Internacional Privado, aprobado por la Ley 13 de 1905 y vigente desde el 13 de julio de 1907. Conforme a este Tratado, los matrimonios celebrados en cualquiera

---

[45] Algunas referencias adicionales a la jurisprudencia y opinión pública colombiana se pueden consultar en el texto: GUERRA, Víctor Hugo. Matrimonios del mismo sexo en el derecho internacional privado. Algunas reflexiones sobre el tema transexualel. Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios. Medellín: Editorial Dike, 2014, p. 477 y ss., especialmente, p. 496 y ss.

[46] Si bien Colombia ratificó el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante de 1928, hizo al mismo reservas generales, por lo cual, internacionalmente, se reconoce que el mismo no está técnicamente vigente.

[47] Colombia se adhirió los Tratados de Derecho Civil y de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 por la Ley 40 de 1933, cuyas soluciones en materia de matrimonio no cambiaron en su versión de 1940. La Ley 40 fue declarada inexequible y por eso, mediante la Ley 33 de 1992, publicada en el Diario Oficial no. 40.705, del 31-12-92, se aprobaron nuevamente los Tratados de Derecho Civil y de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889.

[48] No existe en este Tratado una disposición general sobre el OPI, materializándose el mismo a través de estas excepciones expresas de la norma. La doctrina considera que "Se trata de una limitación a la autonomía de la voluntad que afecta al denominado orden público interno. Pero, en ciertas ocasiones, los Estados estiman que, por su entidad, por su relevancia, ciertos impedimentos no solamente afectan a quienes los contraen en su territorio, sino que afectan a los matrimonios celebrados en el extranjero. Se trata de una limitación a la aplicación de la ley extranjera que atañe al orden público internacional". Ver FELDSTEIN de Cárdenas, Sara L. Derecho internacional privado. Parte Especial. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 114.

[49] Las normas pertinentes del Tratado de 1889 son los artículos 11 y 12, y en las del Tratado de 1940, artículos 13 y 14. Ver MONROY Cabra, Marco Gerardo. Tratado de derecho internacional privado. 6ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006, p. 367 y ss.

de sus territorios surten los mismos efectos, salvo que contraríen la normativa vigente en cada uno de ellos. De acuerdo con dicho Tratado, la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley nacional de los contrayentes; los impedimentos dirimentes se rigen por la ley del foro (*lex fori*); los efectos personales se rigen por la ley del domicilio conyugal y, por último, las capitulaciones matrimoniales se rigen por la ley del contrato, entendida esta como la ley del lugar de la celebración de las capitulaciones. Sin embargo, sí tales capitulaciones van a surtir efectos en Colombia, las mismas se rigen por esta ley[50]. Como puede apreciarse, se trata de un sistema conflictual bastante detallado y complejo de alcance bilateral.

La puesta en escena: ¿Cuál es la relevancia de este tema, vista la alta y reciente migración venezolana a Colombia? ¿Qué sucede con la migración venezolana hacia los Estados Unidos, específicamente, a La Florida?

Situación colombiana

A la fecha de redacción de este artículo, junio 2012, es común escuchar entre mis colegas colombianos la frase: "llegaron los venezolanos" para referirse, según su criterio, a la "masiva" migración venezolana a Colombia. Desconocemos la certitud y alcance de la afirmación, pero lo que sí es un hecho cierto hoy, es lo común que resulta escuchar en las calles de Bogotá, el acento que nos caracteriza y, conseguirnos con algún compatriota no resulta nada extraño. Igualmente, podemos encontrar en los mercados colombianos nuestros pocos productos de exportación e, incluso toparnos con más de un establecimiento comercial propiedad de venezolanos y en donde se puede apreciar y consumir la oferta gastronómica propiamente venezolana.

Por su parte, las noticias locales reportan "La migración de venezolanos hacia Colombia está disparada y ya se hacen sentir en la industria petrolera, el comercio, la cultura y la farándula"[51]. Algunos medios de comunicación masiva,

[50] MONROY. Op. cit., p. 368.

[51] Se ha dicho que el éxodo venezolano tuvo un primer quiebre pronunciado a partir de 2005, cuando comenzaron a llegar los expertos del petróleo que habían sido despedidos en masa de PDVSA, la estatal petrolera venezolana. Sin embargo, de acuerdo a la prensa local, en realidad, el momento cumbre de la migración ha sido 2011, pues cada día hábil el DAS está entregando en promedio 46 cédulas de extranjería a venezolanos para vivir en Colombia. Ver, reportaje del 4 de junio de 2011, disponible en Internet: http://www.semana.com/nacion/llegaron-venezolanos/157924-3.aspx

como la revista *Semana* (2006), indicó que las principales ciudades en las que se radican los venezolanos son Bogotá y las cercanas a la frontera, como Cúcuta y Bucaramanga[52].

Ahora bien, ¿qué hay de cierto en todo esto? Según la investigación realizada, no existe aún un estudio exhaustivo que de razón científica y estadística de este fenómeno cultural como flujo poblacional del siglo XXI. Algunas ideas se han expuesto con base en variables como la migración de retorno y, la expedición de cédulas de extranjería, tomando en cuenta, principalmente, los datos cuantitativos, recolectados de las fuentes electrónicas más consultadas en el ámbito de los estudios poblacionales en Colombia (red de información demográfica RETADAM y estadísticas migratorias del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, principalmente)[53].

En otras palabras, la llamada migración de retorno, es decir, de venezolanos de padres colombianos, quienes obtienen la nacionalidad colombiana fácilmente y la de otros venezolanos que no tienen un lazo como el anterior, pero que vienen a Colombia a invertir, trabajar o simplemente a residir permanentemente. Según las estadísticas migratorias del DAS del año 2008, la migración venezolana hacia Colombia se inició a principio de los años noventa, manteniéndose más o menos estable. En 2005 sufrió una ligera caída respecto a los años anteriores, pero luego volvió a subir hacia el año 2008.

Al 2012 no existen cifras oficiales sobre el número de venezolanos, que por retorno o por trabajo/inversión, se encuentran radicados en Colombia, si

---

[52] Sin embargo, en mayor detalle, para el año 2005, en primer lugar, el mayor número de inmigrantes venezolanos se ubica en Norte de Santander, debido a dos factores: 1) es el departamento fronterizo con un mayor intercambio de bienes y personas entre Colombia y Venezuela, y 2) su posición es fundamental, ya que desde él se accede fácilmente a la región Caribe y a la Andina. Desde luego otros departamentos fronterizos están incluidos como receptores de inmigrantes. La Guajira es el segundo en la región (después de Norte de Santander), ya que es un paso importante entre la costa Caribe colombiana y el estado petrolero de Zulia en Venezuela, además el pueblo Wayuu se ubica a ambos lados de la frontera y suelen presentar ambas nacionalidades. Otros departamentos como Cesar, Arauca y Boyacá disponen de menos migrantes que los anteriores, Guainía y Vichada presentan muy bajos valores en proporción a los anteriores. A pesar de la importancia de los departamentos fronterizos como atrayentes de inmigración, Antioquia, Valle y Bogotá presentan valores bastantes significativos de inmigrantes, posiblemente por incluir ciudades como Medellín, Cali y el Distrito Capital. Finalmente, otras concentraciones de inmigrantes sumamente importantes ocurren en la costa atlántica, en especial Atlántico y Bolívar y en menor medida, Córdoba, Sucre, Cesar y Magdalena. Ver SANTANA, Rivas Daniel. Geografía de la inmigración venezolana en Colombia entre 1993 y 2008. En: Revista electrónica de recursos en internet sobre geografía y ciencias sociales. Septiembre, 2009, no. 124. Disponible en Internet: http://www.ub.edu/geocrit/aracne/aracne-124.htm

[53] Ver SANTANA. Op. cit.

bien se reconoce que ha habido un incremento de emigrantes venezolanos en Colombia, y que ésta es, numéricamente, la migración más importante que ha recibido el país desde la sirio-libanesa de finales de siglo XIX y principios de siglo XX. Tampoco hay una documentación oficial que catalogue y brinde mayores detalles sobre los datos de los emigrantes venezolanos, es decir, su clasificación por género, estado civil, nivel profesional, etc. Por último, todavía es demasiado pronto para predecir, a ciencia cierta, la fijeza o movilidad que tendrá esta migración venezolana en Colombia.

A los efectos de nuestro artículo y, vista la realidad anterior, nos parece acertado afirmar que producto de estos movimientos migratorios pueden surgir casos del tráfico jurídico externo, por ejemplo situaciones en las cuales una pareja colombo-venezolana del mismo sexo desee legalizar su unión. Si esto fuera así, la pareja se va a encontrar con dos realidades jurídicas muy diferentes, a pesar de la cercanía cultural y geográfica de Colombia y Venezuela. Situaciones que pueden terminar siendo similares a las vividas por los personajes de nuestro caso inicial, es decir, a la historia de Jesús y Oliver.

Vale decir que en ninguna de las dos jurisdicciones se reconoce la posibilidad de celebrar un matrimonio del mismo sexo, por lo cual la discusión del derecho aplicable a la capacidad, existencia y validez del matrimonio resulta curiosamente irrelevante. En otras palabras, con independencia de la aplicación de las reglas de conflicto, el resultado será el mismo, es decir, no poder celebrar un acto (matrimonio del mismo sexo) que no existe conforme a ninguno de estos dos ordenamientos jurídicos. Estas reglas son, para el caso colombiano, como lo hemos dicho, las del lugar de la celebración del acto, prevista en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo. Para Venezuela serán las previstas en la ley venezolana de DIP, la cual prevé para la forma del acto, alternativamente, las leyes del lugar de celebración, las leyes que rigen el contenido del acto y las del domicilio de su otorgante o las del domicilio común de sus otorgantes (art. 37); y para la capacidad matrimonial la aplicación de la ley del respectivo domicilio de cada contrayente (artículo 21).

Una historia distinta es la del reconocimiento de los efectos personales y patrimoniales de dicha unión homosexual, efectos que sí se reconocen en Colombia, visto el desarrollo de su jurisprudencia constitucional pero, no así en Venezuela. Si la pareja decide establecer su domicilio en Colombia, vista la aplicación de la regla de conflicto del Tratado de Montevideo que somete los efectos del matrimonio a la ley del "domicilio conyugal", en nuestra opinión, no habría

lugar a dudas para reconocerle a esta pareja todos los derechos, especialmente de naturaleza patrimonial, que ha venido garantizando la Corte Constitucional de Colombia a las uniones del mismo sexo.

Si por el contrario, la pareja decide domiciliarse en Venezuela, por aplicación de la misma regla conflictual, prevista en la ley venezolana de DIP (artículo 22), la cual somete los efectos del matrimonio al derecho del "domicilio conyugal" referido en esta ley como el "domicilio común", ese derecho aplicable sería el venezolano, el cual no reconoce ninguna clase de efectos a dichas uniones. Por ende, pretender extender los efectos del sistema colombiano en Venezuela sería tanto como: (i) aplicar un derecho que no es normalmente competente conforme a las reglas de conflicto para regir el asunto (ley del "domicilio conyugal") y, que en todo caso las partes sólo podrían reclamar su aplicación si estuvieran domiciliadas en Colombia; y (ii) buscar una modificación o, incluso un ajuste de la normativa venezolana, a una nueva realidad no prevista en nuestro ordenamiento por un mecanismo distinto al conflictual. Como puede apreciarse, no se trata del rechazo a la ley extranjera (derecho colombiano), pues ésta de por sí no es formalmente aplicable al caso y, por tanto, al no configurarse la aplicación de la ley extranjera tampoco se hace necesaria la discusión acerca de la aplicación o no del OPI.

Finalmente, si en un supuesto poco probable, por el mismo alcance territorial de los derechos reconocidos en Colombia a las uniones del mismo sexo, una de las partes de este tipo de unión, ambas domiciliadas en Colombia, pretendiera eventualmente en Venezuela el reconocimiento de tales derechos, quizás el operador jurídico venezolano en aplicación atenuada del OPI podría reconocerlos. Ahora bien, insistimos que no vemos la aplicación práctica de este supuesto, pues los derechos reconocidos en Colombia a este tipo de parejas son primordialmente de corte patrimonial territorial.

Situación norteamericana

En el caso norteamericano, el Estado de La Florida es hoy, sin lugar a dudas, el Estado que más venezolanos ha recibido en la última década, sin negar la importancia menor que tienen otras ciudades de los Estados Unidos, especialmente de la costa Este, como Nueva York o Boston o, a ciudades típicas del negocio petrolero como Houston.

Los medios de comunicación han reportado, con base en los datos proporcionados por la Oficina de Censo de los Estados Unidos, que la población de venezolanos en La Florida en los últimos diez años aumentó 150%. De 41.000

pobladores que había en el año 2000, pasaron a 102.000 en 2010, ocupando así el segundo lugar en la lista de suramericanos que residen en La Florida, siendo el grupo más numeroso el colombiano que ascienden a poco más de 300.000 personas[54].

En esta situación, si una pareja norteamericana-venezolana del mismo sexo quisiera legalizar su unión en La Florida o en Venezuela, o pretender que en cualquiera de las dos jurisdicciones se les reconozcan efectos legales a su unión, la pareja se encontraría con que en ambos sistemas tales uniones, así como sus efectos, no están legalmente permitidos.

Por tanto, en este caso: (i) la pareja del mismo sexo no podría celebrar válidamente su matrimonio en ninguna de dichas jurisdicciones; y (ii) en el mejor de los casos, suponiendo que la pareja contrajese matrimonio en alguno de los Estados de la Unión norteamericana que sí los permite, por ejemplo Massachusetts, y luego pretendiera el reconocimiento de sus efectos en La Florida o en Venezuela, para el caso venezolano habría que acudir, de nuevo, a la hipótesis de interpretaciones flexibles del OPI, especialmente las de su efecto atenuado; y para el caso de Florida quizás apelar en sus cortes, al uso del reconocimiento del mejor derecho *better rule of law*, atenuando de esta manera la aplicación del *public policy* de La Florida. Todo ello, con el fin de permitirles a los operadores jurídicos reconocer en su foro algunos de los efectos de dicha unión y por esa vía, satisfacer las expectativas de las partes.

Balance y perspectivas

Concluimos este artículo señalando que, para algunos autores, hoy no existe un aumento real de las migraciones internacionales, pues lo que ha venido ocurriendo es una mundialización de los orígenes y destinos de estas, generándose un mapa migratorio complejo[55].

Se habla de una mundialización de la migración y no una globalización, pues este último término se relaciona más con unas fronteras tenues y permeables para los flujos económicos, que no se cumplen, necesariamente, para las migraciones internacionales altamente reguladas e incluso restringidas a ciertos grupos[56].

---

[54] Disponible en Internet: http://www.el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/230120

[55] ARANGO, Joaquín. Las migraciones internacionales en un mundo globalizado. En: Vanguardia Dossier. Inmigrantes, el continente móvil. 2007, vol. 22, p. 6-15.

[56] RODNER, S. James Otis. La globalización un proceso dinámico. Caracas: Editorial Anauco, 2001, p. 85 y ss. Para este autor, las migraciones del siglo XXI se contextualizan en el marco de la globalización.

A todo evento, la migración internacional se ha visto hoy favorecida, entre otras circunstancias, por el avance tecnológico en los medios de comunicación y transporte masivo de personas; la circulación cada vez más abundante de información sobre el tema migratorio, a dónde y cómo emigrar; y la estandarización de la mano de obra así como la evolución en las necesidades de fuerza y talento humano de cada mercado[57].

Desde nuestra perspectiva, los procesos migratorios internacionales ponen, hoy más que nunca, de relieve la existencia de una multiculturalidad. Ejemplo de ello se evidencia en el distinto tratamiento jurídico dado a la aceptación y regulación de los matrimonios y uniones del mismo sexo.

Por su parte, el OPI, institución cuyo origen se remonta a los albores del DIP en el siglo XII, aún hoy sigue cumpliendo un rol primordial en el necesario ajuste y valoración de las soluciones conflictuales. No ya como una simple institución general, sino más bien como una institución valorativa que permite alcanzar la justicia del caso concreto. El contenido de los principios esenciales del OPI en una sociedad tiende a evolucionar y a divergir según el espacio del que se trate. Por eso se habla de un OPI dinámico, temporal y geográficamente cambiante.

En balance, hoy existe una marcada tendencia hacia la aceptación y el reconocimiento de las uniones entre personas de un mismo sexo. Por lo cual, a los sistemas democráticos modernos les va quedando cada vez más cuesta arriba negar la protección jurídica a estas uniones, sin incurrir en decisiones de tono discriminatorio por la orientación sexual de la persona.

El rol de los operadores jurídicos, frente a los casos de DIP, debe estar impregnado por una visión amplia y cosmopolita, insertada en el mundo global que habita, para valerse del método conflictual y del OPI, no ya como unas herramientas esotéricas y odiosas, sino más bien como una disciplina jurídica con instituciones valorativas que le permitirán brindar soluciones satisfactorias no sólo la justicia del sistema, sino también las justas expectativas de las partes[58].

---

[57] Las razones económicas siguen siendo, aún hoy en día, una de las razones fundamentales de las migraciones internacionales, pero hay otras causas. Por ejemplo, unas de carácter negativo como el desplazamiento forzado por razones de violencia o, por la inestabilidad política; otras de carácter positivo, como la migración de la elite profesional patrocinada por las empresas transnacionales (fuga de cerebros), o las de jubilación y retiro voluntario a países amigables a las condiciones de la tercera edad.

[58] Ver GUERRA H., Víctor Hugo. La noción de justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. En: El derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. T. II., Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2003, p. 497 y s. En este trabajo se resalta la importancia de los artículos 7 de la Ley venezolana de DIP y 9 de la Convención Interamericana Sobre

Finalmente, la historia de Jesús y Oliver sería hoy, en Venezuela, la de un matrimonio solamente valido en Holanda –lugar de su celebración–, capaz de surtir plenos efectos en dicho país pero, totalmente inexistente a la luz de la legislación venezolana actual. Salvo que el operador jurídico venezolano, digamos el juez, quisiera reconocerle alguna clase de efectos a dicha unión. Para ello y en el marco del DIP, el juez se valdría del efecto atenuado del OPI, noción reconocida en el sistema venezolano sólo por la doctrina. A todo evento y aun suponiendo que el juez venezolano adopte esta posición, su decisión muy probablemente se enfrente a una inejecutabilidad práctica total o parcial, bien por la inoperancia de la mayoría de los actores públicos venezolanos (registros, agencias gubernamentales, etc.) o bien, por el desconocimiento de éstos acerca de las posibles soluciones que admite el DIP para estos casos. Quizás por ambas circunstancias… La situación de Jesús y Oliver no sería muy distinta en La Florida, Estados Unidos, por las razones que ya hemos comentado. Por último, en Colombia, otras posibilidades tendrían Jesús y Oliver, distintas a la del OPI atenuado, toda vez que este sistema jurídico sí reconoce infinidad de efectos jurídicos a las uniones del mismo sexo.

Bibliografía

ARANGO, Joaquín. Las migraciones internacionales en un mundo globalizado. En: Vanguardia Dossier. Inmigrantes, el continente móvil. 2007, vol. 22, p. 6-15.

BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 6ed., T. I. LGDJ, París, 1973.

BONNEMAISON, José Luis. Derecho internacional privado. Vadell hermanos editores, Caracas, 1990.

BONOMI, Andrea. Le norme imperative nel Diritto intenazionale privato. Considerazione sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di Diritto interazionale privato. Schulthess Plygraphischer Verlag, Zürich, 1998.

Normas Generales (G.O. no 33.252 del 26/06/1985), pues ambos señalan como objetivo general de las normas en materia de DIP la solución del caso teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto, sin distinguir si el operador jurídico actúa de derecho o de equidad.

BORDINI, Carlo. I costruttori di vulcani. Tutte le poesie 1975-2010. Luca Sossella, Bologna, 2010.

BRILMAYER, Lea. Rights, Fairness, and Choice of Law. En: The Yale Law Journal. 1989, no. 7, vol. 98, p. 1281.

BROWN, Jennifer Gerarda. Competitive Federalism and the legislative incentives to recognize same-sex marriage. Southern California Law Review. 1995, vol. 68, p. 745.

CLARKSON C. M. V. y HILL Jonathan. The Conflict of Laws. 3ed., Oxford University Press, United Kingdom, 2006.

COX, Barbara J. Same-sex marriage and choice-of-law: if we marry in Hawaii, are we still married when we return home? En: Wisconsin Law Review. 1994, pp. 1033.

_____. The lesbian wife: same-sex marriage as an expression of radical and plural democracy. En: California Western Law Review. 1997, vol. 33, p. 155.

FELDSTEIN de Cárdenas, Sara L. Derecho internacional privado. Parte Especial. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

GIRAL Pimentel, José Alfredo. El contrato internacional. Colección Estudios jurídicos, no.71. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.

GOLDSCHMIDT, Werner. Sistema y filosofía del derecho internacional privado. 2ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

GUERRA, Víctor Hugo. Matrimonios del mismo sexo en el derecho internacional privado. Algunas reflexiones sobre el tema transexualel. Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios. Editorial Dike, Medellín, 2014.

_____. La noción de justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. En: El derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique. T. II., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003.

HOVERMILL, Joseph W. A conflict of laws and morals: the choice of law implications of Hawaii's recognition of same-sex marriages. En: Maryland Law Review. 1994, vol. 53, pp. 450.

KOPPELMAN, Andrew. Same-sex marriage, choice of law and public policy. En: Texas Law Review. 1998, vol. 76, p. 921.

KRAMER, Larry. Same-sex marriage, conflict of laws, and the unconstitutional public policy exception. En: The Yale Law Journal. 1997, vol. 106, p. 1965.

MADRID, Claudia. Referencias al artículo 10. Ley de derecho internacional privado comentada. Tomo I. Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico UCV, Caracas, 2005.

MAEKELT, Tatiana. Teoría general del derecho internacional privado. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

MAEKELT, Tatiana B. de., y otros (Coords.). Ley de derecho internacional privado comentada. Tomos I y II. Universidad Central de Venezuela y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico UCV, Caracas, 2005.

MAEKELT, Tatiana y otros. Ley de Derecho Internacional Privado, derogatorias y concordancias. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Editores, Caracas, 1999.

MAEKELT, Tatiana B. de, y otros (Coords.). Material de clase para derecho internacional privado. Tomo I. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2006.

MONROY Cabra, Marco Gerardo. Tratado de derecho internacional privado. 6ª Ed. Editorial Temis, Bogotá, 2006.

POSNAK, Bruce. The court doesn't know its Asahi from its Wortman: A critical view of the constitutional constraints on jurisdiction and Choice of law. En: Syracuse Law Review. 1990, vol. 41, p. 875.

RODNER, S. James Otis. La globalización un proceso dinámico. Editorial Anauco, Caracas, 2001.

ROUVIER, Juan María. Derecho internacional privado. Parte general. 4ed. Ediciones Astro Data S.A., Maracaibo, 2001.

SANTANA, Rivas Daniel. Geografía de la inmigración venezolana en Colombia entre 1993 y 2008. En: Revista electrónica de recursos en internet sobre geografía y ciencias sociales. Septiembre, 2009, no. 124,. Disponible en Internet: http://www.ub.edu/geocrit/aracne/aracne-124.htm

SAVIGNY, Federico Carlos. Sistema de derecho romano actual. T. 6. Trad. Mesía Jacinto y Manuel Poley, 2ed. Madrid: F. Góngora y Cía., 1879.

Derecho de la Integración

El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano

Hernando Sánchez Sánchez*

Introducción

La presente introducción tiene por objeto proporcionarle al lector una serie de nociones fundamentales sobre la teoría general de las organizaciones internacionales de integración, sobre el derecho comunitario y su importancia en un mundo globalizado y sobre la forma como se relaciona con otros ordenamientos jurídicos y, en especial, con el arbitraje.

En esta introducción, se puede afirmar que, el derecho comunitario, *prima facie*, es el derecho internacional especial de las organizaciones internacionales de integración.

En efecto, con la creación de esta clase de organizaciones se ha dado origen, en un mundo globalizado, a nuevos ordenamientos jurídicos internacionales especiales, conocidos, por la jurisprudencia y la doctrina, con el nombre del derecho comunitario.

En este sentido, es necesario recordar que una organización internacional, como un sujeto de derecho internacional, puede ser definida como una organiza-

* Abogado de la Universidad del Rosario con estudios de especialización en Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario. Maestría en Derecho Comparado y Candidato a Doctor en la Universidad Sorborna de París y en el Instituto de Derecho Comparado de París (Panthéon Assas–París II). Árbitro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (Panel especializado), árbitro de la lista internacional y nacional y conciliador de la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor titular de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Ha sido profesor en la Academia Diplomática de San Carlos del Ministerio de Relaciones Exteriores e invitado en otras universidades. Autor de varios textos y códigos de derecho internacional y conferencista nacional e internacional. Contacto: hsanchez_sanchez@yahoo.com

ción intergubernamental, de conformidad con lo dispuesto en las convenciones de Viena de 1969 y 1986[1], sobre el derecho de los tratados.

No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han retenido una definición proporcionada por el gran jurista de derecho internacional, Sir Gerald Fitzmaurice, tercer Relator de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas para el Derecho de los Tratados, según la cual, una organización internacional es "una asociación de Estados constituida por un tratado, dotada de una constitución y unos órganos comunes, que posee una personalidad jurídica distinta a la de los Estados miembro"[2].

Para una mejor comprensión del presente estudio, se puede complementar esta definición, sosteniendo que esta asociación se caracteriza por que los Estados le atribuyen, confieren o transfieren competencias para que se ejerzan por conducto de sus respectivos órganos[3]. Así es como, las organizaciones internacionales de integración se identifican porque los Estados les transfieren competencias, de las cuales son titulares soberanos, para que las ejerzan por conducto de sus respectivas instituciones[4].

Los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales de integración tienen por objeto y fin establecer, principalmente, mercados comunes o

---

[1] Artículo 2º de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985 y en vigor para Colombia y el Artículo 2º de la Convención de Viena del 21 de marzo de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales , aprobada por la Ley 406 del 24 de octubre de 1997 y declarados exequibles, tanto la ley como la Convención, por la Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia C 400-98, de 10 de agosto de 1998, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, la cual no se encuentra en vigor.

[2] Sir Gerald Fitzmaurice, A/CN. 4/101, Art. 3, Ann. CDI. 1956-II, p. 106

[3] En el caso del Estado colombiano, de conformidad con el no. 16 del artículo 150 de la Constitución Política, le corresponde al Congreso Nacional hacer las leyes y por medio de ellas, aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con organizaciones internacionales. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

[4] En la Comunidad Andina, las decisiones y resoluciones adoptadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión y la Secretaría General forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Las decisiones tienen carácter vinculante y son, en principio, directamente aplicables en los Estados miembro. Estos están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el derecho comunitario andino y se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. (Artículos 3º y siguientes del Protocolo Modificatorio del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena).

uniones económicas en los cuales se permite la libre circulación de los diferentes factores económicos. Se tiene entonces que, pretenden crear espacios económicos en los cuales se autoriza la libre circulación de mercaderías, de servicios, de personas, de capitales y de establecimiento, en principio, sin ninguna clase de restricciones o limitaciones.

En este contexto, en el mundo globalizado de comienzos del siglo XXI, se ha consagrado la implementación universal, regional, subregional y local de estas cinco grandes libertades económicas, produciendo una influencia trascendente sobre las estructuras del derecho internacional económico, del derecho internacional comercial, del derecho comunitario, del derecho de integración y de los derechos nacionales, entre otros.

Es así como la consagración y el ejercicio de estas libertades han multiplicados las operaciones económicas internacionales[5] y, por ende, la celebración y ejecución de contratos, en los cuales se pactan cláusulas compromisorias para que por la vía arbitral se solucionen las diferencias con ocasión de ellos.

En torno a las organizaciones internacionales de integración se ha creado un ordenamiento jurídico autónomo e independiente, diferente del ordenamiento jurídico internacional y de los órdenes jurídicos internos de los Estados que forman parte de ese sujeto de derecho internacional[6].

El derecho comunitario se constituye actualmente en una de las importantes tendencias del derecho internacional, teniendo en cuenta la forma como los Estados, en los ámbitos regionales y subregionales, se agrupan en torno a las organizaciones internacionales de integración, transfiriendo cada vez más competencias en diversas materias[7].

---

[5] Las estadísticas sobre el crecimiento del comercio mundial por productos y Estados pueden ser consultadas en la página web de la Organización Mundial de Comercio, disponible en Internet: http://www.wto.org (Vgr. En el año 2010 se produjo un repunte de 13,8% respecto del año anterior y en el 2011 fue del 5%, produciéndose una desaceleración coyuntural originada en la crisis económica).

[6] Esta afirmación se puede constatar en varias sentencias de principio de la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas en las cuales se menciona la existencia de un orden jurídico comunitario calificado como un nuevo orden jurídico internacional (5-02-1963, 26/62 Caso Van Gend en Loos) y de un orden jurídico propio, constituido por un derecho con fuentes autónomas (15-07-1964 Caso Costa c ENEL).

[7] Es el caso, en el continente europeo de la actual Unión Europea construida en torno a las Comunidades Económicas Europeas (CECA, CEE y EURATOM): en el ámbito interamericano, en torno a la Comunidad Andina, el Mercado Común del Sur, Mercosur, el Mercado Común Centroamericano o la Comunidad del Caribe, CARICOM: o en ámbito asiático, se puede mencionar la ASEAN.

El derecho comunitario, igualmente, se caracteriza por estar conformado por un sistema de normas diversificado y jerarquizado que encuentra su origen en las normas del derecho originario o primario, en las normas del derecho derivado o secundario, en las normas del derecho complementario y en las reglas del derecho jurisprudencial[8].

En este orden de ideas, el derecho originario o primario está conformado por los tratados internacionales constitutivos de la organización internacional y por los instrumentos internacionales, por medio de los cuales se modifiquen o enmienden dichos tratados constitutivos. El derecho derivado o secundario está integrado por los actos jurídicos unilaterales, adoptados por los órganos o instituciones comunitarias, en ejercicio y con fundamento en la transferencia de competencia de los Estados a la organización internacional. El derecho complementario está compuesto por los tratados internacionales celebrados por los Estados miembro de la organización internacional o por la organización internacional, entre ellos o con terceros sujetos que tienen por objeto y fin complementar la construcción comunitaria. Y, finalmente, el derecho jurisprudencial agrupa las reglas de derecho creadas por las decisiones judiciales proferidas por los órganos jurisdiccionales permanentes de las organizaciones internacionales, que tiene como fin exclusivo llenar vacíos en el ordenamiento jurídico comunitario[9].

El derecho comunitario presenta una importante variedad de relaciones, institucionales y normativas, con el derecho internacional público, con los derechos internacionales especiales (económico, de integración, comercial, financiero, entre otros) y con los derechos nacionales; así como también con el derecho arbitral, como se analizará en el presente trabajo de investigación.

Dentro de estas relaciones, también es importante mencionar en esta introducción que, el derecho comunitario, en general, se caracteriza porque no cuenta, dentro de su normativa, con disposiciones en materia de arbitraje, salvo las competencias atribuidas, con carácter excepcional y limitado, a los órganos jurisdiccionales permanentes, las cuales comienzan a ser desarrolladas, de una u otra forma, para responder a la exigencia de las condiciones económicas comunitarias, por la jurisprudencia de tales órganos jurisdiccionales.

---

[8] BOULOUIS, Jean. Droit institutionnel des communautes europeennes, 4 edition. Nontchrestien, 1993, p. 171 y 173.

[9] Ibid., p. 173.

En este contexto, se tratará en la presente tesina de analizar la forma como las normas del derecho comunitario, en general, y, en especial, las del derecho comunitario andino, están generando importantes efectos sobre las estructuras del derecho comercial internacional y, en ese sentido, sobre el arbitraje internacional.

Habiendo presentado estas nociones generales se procederá a estudiar en la I parte, el derecho comunitario andino primario y secundario y el arbitraje y, en la II parte, los desarrollos jurisprudenciales con influencia en la regulación del arbitraje, en especial, la Sentencia del TJCAN en el Proceso 03-AI-2010.

Parte I. Derecho primario y secundario comunitario andino y el arbitraje

Para comenzar el estudio de las relaciones entre el derecho comunitario andino y el arbitraje es preciso mencionar que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está constituido por:

i) el Acuerdo de Integración Subregional Andino, el Protocolo de Trujillo, el Protocolo de Sucre y demás instrumentos adicionales;
ii) El Tratado constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y el Protocolo de Cochabamba;
iii) Las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
iv) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
v) Los convenios de complementación industrial y otros que adopten los Estados miembro entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina[10].

En efecto, las normas del derecho primario y del derecho secundario andinos contienen importantes regulaciones en materia de arbitraje desde sus orígenes hasta la fecha actual. Es así como, en esta parte se estudiarán las regulaciones en materia de arbitraje, antes y después, de la creación del Tribunal de Justicia de la CAN.

[10] Artículo 1º del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

El arbitraje en el marco del acuerdo de integración subregional andino

En esta subparte se analizará la forma como, inicialmente, en el orden jurídico comunitario se recurrió a la aplicación del sistema de solución de controversias de la ALALC (1.1) hasta que se creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, TJAC (1.2).

Recurriendo al sistema de solución de controversias de la ALALC

Los antecedentes de este ordenamiento jurídico comunitario andino se pueden encontrar en los albores de la integración, planteados en el Tratado de Montevideo, del 18 de febrero de 1960, por medio del cual se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC[11], que tenía por objeto esencialmente, el establecer una zona de libre comercio, removiendo las barreras entre los Estados miembro, permitiéndoles, a su vez, suscribir acuerdos internacionales para intensificar y complementar los propósitos de la organización.

Es, dentro de este marco, que se adopta el Acuerdo de Integración Subregional Andino, denominado Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, por los gobiernos de Colombia, Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú[12].

El Acuerdo, creando una organización internacional de integración, tenía como objetivo promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Estados miembro; acelerar su crecimiento, mediante la integración económica; facilitar la participación en los procesos de integración, previstos en el Tratado de la ALALC y establecer las condiciones favorables para la conversión de la ALALC en un mercado común.

En este escenario jurídico institucional del Acuerdo de Cartagena se crearon dos órganos principales: la Comisión y la Junta del Acuerdo.

La Comisión era el máximo órgano y tenía como principal función la de formular la política general del Acuerdo y adoptar las medidas necesarias para el logro de sus objetivos; mientras la Junta del Acuerdo era el órgano técnico y administrativo, cuya función principal era la de velar por la aplicación de las

[11] Aprobado por la ley 88 del 1961. La ALALC fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI, creada por el Tratado de Montevideo de 1980, firmado el 12 de agosto de 1980, el cual fuera aprobado por la Ley 45 del 6 de mayo de 1981.

[12] Incorporado en el derecho colombiano por el Decreto 1245 del 8 de agosto de 1969 y aprobado por la Ley 8 del 14 de abril de 1973.

disposiciones del Acuerdo y por el cumplimiento de las decisiones proferidas por la Comisión[13].

El Acuerdo de Cartagena establecía, en materia de solución de controversias, que correspondería a la Comisión llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios cuando se presentaren discrepancias con motivo de la interpretación o ejecución del Acuerdo o de las decisiones de la Comisión[14].

Continuaba señalando el Acuerdo que, de no lograrse ningún avenimiento, los Estados partes se sujetarían a los procedimientos establecidos en el Protocolo para la solución de controversias, suscrito en Asunción el 2 de septiembre de 1967 por los Ministros de Relaciones Exteriores de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo de 1960[15].

Este instrumento internacional consagraba los medios o procedimientos de solución de controversias aplicables a todas las controversias que se suscitaran entre los Estados miembro del Tratado de Montevideo de 1960 y que se refirieran, exclusiva y directamente, a los casos específicos y concretos del mismo, de sus protocolos, resoluciones y decisiones proferidos por los órganos de la ALALC y demás instrumentos que constituyeran su estructura jurídica.

Fue así como, el Protocolo para la Solución de Controversias de la ALALC se hizo extensivo en su aplicación, en una primera fase de este proceso de integración, a los Estados miembro del Acuerdo de Cartagena, para solucionar diferencias originadas en el marco jurídico comunitario del Acuerdo.

Es así como, el arbitraje no es ajeno al proceso de integración subregional andino, al instituirse desde sus inicios como mecanismo para solucionar diferencias entre los Estados partes, con motivo de la interpretación o ejecución de las normas del derecho comunitario.

En el Protocolo se establecía que, los Estados partes en una diferencia buscarían su solución: primero, mediante negociaciones directas; segundo, recurriendo al Comité Ejecutivo Permanente (CEP de la ALALC), si las negociaciones no alcanzaban una solución o si la controversia fuere solucionada sólo parcialmente o, finalmente, al procedimiento arbitral, cuando los anteriores

[13] Artículos 5, 6, 7 y 13, 14 y 15 del Acuerdo de Integración Subregional Andino.

[14] Artículo 23 del Acuerdo de Cartagena.

[15] Aprobado por la ley 11 del 15 de diciembre de 1970.

formas no hubiesen solucionado la controversia o si los acuerdos alcanzados se hubiesen incumplido[16].

El Protocolo comenzaba disponiendo que se debía guardar la confidencialidad de las declaraciones, admisión de hechos u ofertas de avenimiento formuladas por las partes durante las etapas previstas en el capítulo, es decir, durante las negociaciones directas o ante el CEP de la ALALC, motivo por el cual las partes en una controversia no podían invocarlas en el procedimiento arbitral.

En igual forma se establecía que, de común acuerdo, las partes en una controversia, podían omitir las gestiones ante el CEP de la ALALC y recurrir después de las negociaciones, directamente al procedimiento arbitral.

El Protocolo consagraba una forma particular para la integración de la lista de árbitros dentro del marco de la ALALC[17].

Las partes reconocían como obligatoria y sin necesidad de convenio especial, la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer y resolver las controversias que pudiesen plantearse en relación con la lista de materias que formulara, en principio, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALALC y, en el marco del Acuerdo de Cartagena, que sometieran los Estados miembro en una controversia.

Las partes en una controversia se comprometían a cumplir sus decisiones del tribunal arbitral.

Con respecto a la integración del tribunal arbitral se permitía que una cualquiera de las siguientes formas:

i) Las partes en la controversia nombrarían, de común acuerdo, en el término de 30 días, tres árbitros seleccionados de la lista de la ALALC;
ii) Si las partes no lograban un acuerdo, en el término previsto anteriormente para la designación de uno o más árbitros, los árbitros que faltaran para integrar el tribunal arbitral serian seleccionados de la lista según el orden en ella establecido y siguiendo el sistema de rotación;

[16] Los capítulos III a VII regulaban ampliamente el respectivo procedimiento arbitral.

[17] Cada parte debía designar una persona para integrar una lista de árbitros, con el fin de constituir el tribunal arbitral; dichas personas debían gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio en su Estado de las más altas funciones judiciales o ser juristas de reconocida competencia. Cada parte debía nombrar además, a otra persona que reuniera los mismos requisitos para remplazar al titular, en caso de imposibilidad transitoria, excusa o inhabilidad para conformar el tribunal, ya fuese en el momento de su integración o durante el curso del procedimiento.

iii) Si las partes en la controversia no deseaban hacer uso del procedimiento previsto en el punto i), el tribunal arbitral se integraría con tres árbitros seleccionados de la lista, según el orden en ella establecido y siguiendo un sistema de rotación, y
iv) En la integración del tribunal se excluía en los casos de los incisos ii y iii), a los árbitros designados por las partes en la controversia para formar la lista a la cual se ha hecho referencia y, en todos los casos, a sus nacionales.

El Protocolo consagraba un régimen de inhabilidades, al disponer como causal de inhabilidad para integrar en un determinado caso el tribunal arbitral, el tener interés directo o personal en el asunto controvertido. En consecuencia, las partes en la controversia debían invocar esta causal ante el CEP de la ALALC, que en el caso de aceptar la recusación se procedería a reemplazarlo por su suplente.

La composición del Tribunal no podía ser modificada después de que éste hubiese comenzado sus actuaciones, salvo en caso de imposibilidad transitoria, excusa o inhabilidad.

El Tribunal se debía reunir en la sede de la ALALC, en Montevideo, a lo menos durante el período probatorio, etapa oral y la audiencia de laudo.

Las partes en la controversia podían hacerse representar ante el tribunal arbitral por medio de agentes; asimismo, podían designar consejeros o abogados para la defensa de sus derechos e intereses.

Con respecto al procedimiento arbitral, éste comprendía una etapa escrita, un término probatorio y una etapa oral. El tribunal arbitral podía, además y de oficio, solicitar de las partes los medios de prueba y aclaraciones que considerara necesarios. En igual forma, el tribunal arbitral debía pronunciarse sobre todos los incidentes y reconvenciones que se relacionen directamente con la controversia. Las cuestiones de procedimiento no previstas en el Protocolo o en su reglamento, serían resueltas por el tribunal arbitral.

El Protocolo disponía que, si una parte en la controversia no comparecía en el procedimiento, o no hacía uso de su derecho, ello no suponía la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones. En cualquier estado del procedimiento, la otra parte podía instar al tribunal arbitral a que resolviera los puntos controvertidos, por su orden, y finalmente dictara su fallo.

Igualmente, el Protocolo establecía que, el tribunal arbitral resolvería la controversia, de conformidad con el Tratado de la ALALC, sus protocolos, reso-

luciones y decisiones que emanaran de sus órganos y demás instrumentos que constituyeran su estructura jurídica y, subsidiariamente, con lo dispuesto en el artículo 38, inciso 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para el caso de controversias entre Estados miembro del Acuerdo de Cartagena, debía entenderse que el tribunal arbitral debía resolver la controversia, de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo.

En relación con el laudo arbitral, el tribunal decidiría todas las cuestiones por mayoría de votos de sus miembros y éste debía ser proferido por escrito y estar firmado por todos los miembros del tribunal. El laudo debía decidir sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal arbitral y debía ser motivado. Los árbitros podían formular voto particular, estando o no de acuerdo con la mayoría.

El laudo arbitral era obligatorio para las partes en la controversia desde el momento en que fuera notificado y tenía respecto de ellas, fuerza de cosa juzgada. Los Estados parte en la controversia debían cumplir inmediatamente el laudo, a menos que el tribunal hubiese fijado plazos para su cumplimiento.

El laudo no podía ser objeto de apelación ni de otro recurso, excepto los casos previstos en el mismo Protocolo.

En este sentido, el Protocolo prescribía que, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación del laudo, el tribunal arbitral, podía a instancias de cualquiera de las partes en la controversia, rectificar los errores materiales del laudo.

En caso de desacuerdo sobre el sentido, alcance o forma de cumplimiento del laudo, el tribunal arbitral lo interpretaría a solicitud de cualquiera de las partes en controversia. Esta solicitud debía presentarse dentro de los 60 días de notificado el laudo. Si el tribunal arbitral consideraba que las circunstancias lo exigían, podía suspender el cumplimiento del fallo hasta que decidiera sobre la declaración.

Cualquiera de las partes en la controversia podía pedir la revisión del fallo, fundado en algún hecho preexistente que hubiera podido influir decisivamente en el fallo y siempre que al dictarse hubiese sido desconocido por el tribunal arbitral y por la parte que solicita la revisión y que el desconocimiento de este no se debiera a su propia negligencia.

La petición de revisión debía presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fuera descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los dos años siguientes a la fecha de dictado el fallo. Siempre que sea posible, la petición de

visión deberá ser presentada ante el tribunal que hubiese dictado el fallo. Si no lo fuera, se constituirá un nuevo tribunal de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IV de este Protocolo. Si el tribunal consideraba que las circunstancias lo exigían, podía suspender la ejecución del fallo hasta que decidiera sobre la revisión.

Finalmente se establecía que si una de las partes contratantes dejare de cumplir las obligaciones que le impusiera un laudo, la otra u otras partes interesadas podían recurrir a la Conferencia de la ALALC o con su autorización, limitar o suspender concesiones de su lista nacional o concesiones no extensivas con respecto a la parte remisa. Las resoluciones de la Conferencia debían ser adoptadas con exclusión del voto de las partes que intervinieron en la controversia. En relación con los gastos que demandara el funcionamiento del tribunal arbitral se establecía que las partes en una controversia los sufragarían por partes iguales[18].

En el marco del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena

Frente a la forma particular para solucionar diferencias en el marco comunitario del Acuerdo de Cartagena reseñada en el acápite anterior, se crea un Tribunal de Justicia, TJAC, como órgano jurisdiccional permanente, en virtud del tratado suscrito en Cartagena el 28 de mayo de 1979, por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela y que entró en vigor el 19 de mayo de 1983, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Tratado[19].

El TJAC inicialmente, dentro de sus competencias, de conformidad con las disposiciones del Tratado, puede conocer de las acciones de nulidad y de incumplimiento y de la interpretación prejudicial (capítulo III, secciones I, II y III).

En este mismo sentido, el Tratado consagra dentro de sus disposiciones generales, contenidas en el capítulo IV, el artículo 33 que expresamente se disponía que los Estados parte del Acuerdo de Cartagena no someterían ninguna controversia que surgiera con motivo de la aplicación de las normas que conformaban el ordenamiento jurídico comunitario del Acuerdo a ningún Tribunal, a un sistema de arbitraje o procedimiento alguno, distinto de los contemplados en el Tratado por medio del cual se creaba el TJAC.

---

[18] Este Protocolo fue de poca utilización y produjo efectos jurídicos para el Acuerdo de Cartagena hasta el momento en que entró en vigor el Tratado por medio del cual se crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y, en general, hasta el momento en que entró en vigor el Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI.

[19] Aprobado por la ley 17 del 13 de febrero de 1980.

De esta forma, limitándose el arbitraje en el marco del Acuerdo de Cartagena, se disponía igualmente que, los Estados parte en el Acuerdo convenían que solamente harían uso del procedimiento arbitral, establecido en el artículo 23 del Acuerdo, en las controversias que surgiesen entre alguno de ellos y otro Estado parte del Tratado de Montevideo de 1960 que no fuera parte del Acuerdo de Cartagena.

Siguiendo con el análisis del desarrollo de este tema en el marco del Acuerdo de Cartagena, la Comisión, cumpliendo lo preceptuado en el artículo 14 del Tratado Constitutivo del TJAC, procedió a aprobar, a propuesta de la Junta, una vez entró en vigor el Tratado, la Decisión no. 184 del 19 de agosto de 1993[20], por medio de la cual se adoptó el Estatuto del TJAC para regular, tanto su funcionamiento como los procedimientos judiciales, a los cuales debía sujetarse el ejercicio de las acciones previstas en el Tratado.

En el artículo 2º del Estatuto se disponía que el TJAC era el órgano jurisdiccional instituido para "… asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo…", el cual se rige por el Tratado, el Estatuto y su Reglamento Interno.

En el mismo Estatuto, artículos 35 y siguientes se regulaban los procedimientos a seguir por el TJAC, en tratándose de acciones de nulidad e incumplimiento y en el 61 y siguientes, los relativos a la interpretación prejudicial, pero no se consagraban normas relativas al arbitraje.

El arbitraje en el marco de la Comunidad Andina

En esta subparte se estudiará la manera como derecho primario del ordenamiento jurídico comunitario regula el arbitraje (2.1) y las normas del derecho secundario hacen lo propio en la materia (2.2).

A la luz del derecho primario

En el marco del proceso de integración subregional andino, en 1996 y 1997 se adoptan sendos instrumentos internacionales por los cuales se producen trascendentes reformas institucionales a dicho proceso.

El primero de ellos es el Protocolo modificatorio del Acuerdo Cartagena, suscrito en Trujillo, Perú, el 10 de marzo de 1996, conocido comúnmente con

[20] La presente decisión dejó de producir efectos jurídicos con la adopción de las normas contenidas en las decisiones 472 y 500 de la CAN.

el nombre del Protocolo de Trujillo, por medio del cual se crea la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración[21].

El segundo, es el Protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997)", suscrito en la ciudad de Quito, Ecuador, el 25 de junio de 1997, mediante el cual se produjo un perfeccionamiento institucional de la Comunidad Andina[22].

Dentro de este nuevo marco jurídico institucional, la estructura del TJAC fue objeto de una modificación, en virtud del Protocolo modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, suscrito en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de 1996, por los gobiernos de los 5 Estados partes de la Comunidad Andina[23].

El Protocolo de Cochabamba como se conoce comúnmente, regula, en el capítulo III, las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, TJCAN, cuya gran innovación en la materia es atribuirle funciones arbitrales.

En las secciones I, II y III, se regulan respectivamente, la Acción de Nulidad, la Acción de Incumplimiento y la Interpretación Prejudicial; mientras, en

---

[21] El Protocolo de Trujillo fue aprobado por Colombia mediante la Ley no. 323 de 10 de octubre de 1996; declarados exequibles, tanto la ley como el protocolo, por la Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C 231-97, de 15 de mayo de 1997, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y entró en vigor el 3 de junio de 1997, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 del respectivo Protocolo.

La Corte Constitucional de Colombia es esta sentencia afirma que el derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Continúa la Corte señalando que, por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Termina diciendo la Corte que, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales.

[22] El Protocolo de Sucre fue aprobado por Colombia mediante la Ley no. 458 del 4 de agosto de 1998; declarados exequibles, tanto la ley como el protocolo, por la Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C 154-99 de 10 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell y entró en vigor el 14 de abril de 2003, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33 del respectivo Protocolo.

[23] El Protocolo fue aprobado por Colombia mediante la Ley no. 457 de 4 de agosto de 1998; declarados exequibles, tanto la ley como el protocolo, por la Corte Constitucional Colombiana, mediante Sentencia C 227-99, del 14 de abril de 1999, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y entró en vigor el 25 de agosto de 1999, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2 del respectivo Protocolo.

las secciones IV, V y VI, se introducen respectivamente: el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral[24].

Así es como, en los artículos 38 y 39 del Protocolo de Cochabamba se regula la función arbitral del TJCAN.

En efecto, el artículo 38 dispone que:

> El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.
> Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

---

[24] Estas nuevas competencias se inspiran parcialmente en las funciones atribuidas por los tratados de Roma y de París a la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, hoy en día Unión Europea. A continuación se transcriben los respectivos artículos del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Artículo 265 (antiguo artículo 232 TCE).

En caso de que, en violación de los Tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembro y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. El presente artículo se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse.

Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones, o uno de los órganos u organismos de la Unión un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.

Artículo 272 (antiguo artículo 238 TCE).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta.

Artículo 273 (antiguo artículo 239 TCE).

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembro relacionada con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.

Artículo 270 (antiguo artículo 236 TCE).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el Estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión.

> A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo ya sea en derecho o ya sea en equidad y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.

En ese mismo sentido, el artículo 39 prescribe que:

> La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrado las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. La Secretaría General emitirá su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Su laudo será obligatorio e inapelable, salvo que las partes acordaran lo contrario y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.

El Protocolo de Cochabamba establece en el artículo 41, contenido en el capítulo VII, sobre las disposiciones generales que "para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los países miembros".

Continúa prescribiendo el Protocolo en su artículo 42 que:

> Los países miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado. Los países miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado.

En esta forma el orden jurídico comunitario andino conoce una nueva regulación en materia arbitral, con efectos, directos e inmediatos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-227 de 1999, considera que las competencias atribuidas al TJCAN, en modo

alguno pugnan con la Constitución Política y precisa que, por el contrario, la integración económica se promueve en la medida en que un tribunal especializado en el derecho comunitario, por la vía arbitral, se erige en foro para resolver las controversias que giren en torno a este ordenamiento jurídico, incluidas las que le sometan los particulares.

Continúa la Corte afirmando que las sentencias y los laudos proferidos en ejercicio de esta función, serán precisamente las fuentes de una rica doctrina que servirá para orientar, sobre bases de seguridad y de permanente adecuación a la realidad, el proceso de integración. Y finaliza diciendo que la circunstancia de que los jueces nacionales sean instancias propias de aplicación del derecho comunitario, le brinda sustento adicional a esta modalidad de justicia arbitral fundada en el acuerdo de las partes, como quiera que siempre se dispondrá de una vía franca para acceder a la jurisdicción.

En el marco del derecho secundario

Profundizando en el conocimiento de la regulación del arbitraje en el marco de la CAN, se puede indicar que, la Comisión, conforme a lo previsto en la disposición transitoria 3ª del Protocolo de Cochabamba, procedió a adoptar la Decisión no. 472, que contiene la codificación del Tratado de Creación del TJCAN, en la cual se repiten las mismas disposiciones específicas y generales[25] del Protocolo sobre las competencias del TJCAN.

---

[25] Artículo 41.- Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros.

Artículo 42.- Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado.

Artículo 43.- La Secretaría General editará la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena en la cual se publicarán las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, los Convenios, las Resoluciones y Dictámenes de la Secretaría General y las sentencias del Tribunal.

El Secretario General podrá disponer, excepcionalmente, la publicación de otros actos jurídicos, siempre que éstos tengan carácter general y su conocimiento sea de interés para la Comunidad Andina.

Artículo 44.- Cuando lo considere necesario para el cumplimiento de sus funciones, el Tribunal podrá dirigirse directamente a las autoridades de los Países Miembros.

Artículo 45.- El Presidente del Tribunal coordinará reuniones y acciones con las máximas autoridades judiciales de los Países Miembros a fin de promover la difusión y el perfeccionamiento del derecho comunitario así como su aplicación uniforme.

En este mismo sentido, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobó el Estatuto del TJCAN, por medio de la Decisión 500, adoptada en la ciudad de Valencia, de la República Bolivariana de Venezuela, el 22 de junio de 2001.

En el Estatuto del TJCAN claramente se dispone, en lo relativo a su naturaleza y fines del Tribunal, que: "… el Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países miembro".

Igualmente prescribe que el TJCAN, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Estados miembro poseen dentro del ordenamiento jurídico andino y que ejercerá su jurisdicción sobre la Comunidad Andina, dentro del marco de competencias establecidas en el ordenamiento jurídico comunitario.

Es importante subrayar que en las disposiciones transitorias de la Decisión 500, se establece lo siguiente: "Segunda.- El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a propuesta de la Comisión y en consulta con el Tribunal, adoptará la Decisión referente a la función arbitral prevista en la Sección V del Capítulo III del Tratado, la que se incorporará al presente Estatuto en lo pertinente"[26].

Aunque no existe una propuesta oficial en la CAN sobre la función arbitral del TJ, cualquiera que ella sea, debe considerar, a juicio del autor de la presente tesina, los siguientes aspectos:

i) Clases o tipos de arbitraje.
ii) Asuntos susceptibles de arbitrabilidad objetiva.
iii) Procedimiento arbitral.
iv) Normas sobre el laudo y recursos contra el laudo.
v) Ejecución del laudo.
vi) Mecanismos de cooperación judicial internacional con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembro de la CAN.
vii) Igualmente, es necesario una regulación particular en el caso del arbitraje administrado por la Secretaría General.

[26] A la fecha no se ha adoptado ninguna decisión referente a la función arbitral del TJCAN, lo que ha impedido que los sujetos del derecho comunitario andina acudan a la solución de sus diferencias por la vía arbitral, en aplicación de los artículos 38 y 39 del Protocolo de Cochabamba.

Teniendo en cuenta la forma como el derecho comunitario andino, tanto primario como secundario, ha establecido un marco regulatorio del el arbitraje frente al Estado colombiano, en la Parte II se analizarán los desarrollos jurisprudenciales del TJCAN en la materia, en especial, la decisión proferida en el Proceso 03-AI-2010.

Parte II. Desarrollos jurisprudenciales del tribunal de justicia de la CAN y el arbitraje

Para comenzar esta segunda parte es preciso iniciar mencionando que el TJCAN se caracteriza por ser un órgano jurisdicción permanente internacional, constitucional, contencioso, administrativo y arbitral, con fundamento en las competencias atribuidas en el tratado de su creación, en el Protocolo de Cochabamba y en demás instrumentos internacionales y comunitarios complementarios y concordantes[27].

El TJCAN tiene jurisdicción y competencia para conocer de la Acción de Incumplimiento (AI, como se identifican en el seno del TJCAN) y de la Interpretación Prejudicial (IP, como se identifican en el seno del TJCAN), las cuales van a ser objeto de estudio en la primera subparte (1), teniendo en cuenta la importancia de su conocimiento para el examen de la segunda subparte, la Sentencia del TJCAN en el Proceso 03-AI-2010.

Es de la mayor importancia subrayar que los desarrollos jurisprudenciales del TJCAN en materia de arbitraje no son abundantes, pero que la Sentencia del TJCAN en el Proceso 03-AI-2010, se constituye en un hito en el derecho comunitario andino.

La acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial

En esta subparte se analizará inicialmente la Acción de Incumplimiento en el orden jurídico comunitario andino (1.1) y, seguidamente, la interpretación prejudicial (1.2).

Acción de incumplimiento

La AI, considerada acción directa ante el TJCAN, está instituida para constatar que un Estado miembro ha incumplido con las obligaciones que le imponen

[27] Entre otros, se pueden mencionar el Protocolo de Trujillo, el Protocolo de Sucre, la Decisión 472 y la Decisión 500.

el ordenamiento jurídico comunitario y ha de obtener que ese Estado actué de conformidad con sus obligaciones comunitarias.

La AI se encuentra regulada en los artículos 23 y siguientes del Protocolo modificatorio del tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena o Protocolo de Cochabamba y de la Decisión 472 de la Comisión de la CAN, por medio de la cual se Codifica el Tratado de Creación del TJCAN y en los artículos 107 y siguientes de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por medio de la cual se adopta el Estatuto del TJCAN.

El TJCAN ha señalado en la sentencia proferida dentro del proceso No. 43-AI-99, respecto de esta acción, de una manera muy ilustrativa lo siguiente:

> El procedimiento judicial de la acción de incumplimiento se encuentra regulado por el Tratado de Creación del Tribunal, de su Estatuto y por su Reglamento Interno, en tanto que la etapa prejudicial, que concluye con un dictamen motivado, y que se sustancia ante el Órgano Ejecutivo de la Comunidad Andina, está prevista por el mismo Tratado —siempre de aplicación preferente sobre el Derecho Comunitario derivado—, pero también por el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.
>
> Las reglas comunitarias establecidas para normar los procedimientos administrativos y judiciales, fundamentadas en los principios del debido proceso —entre los cuales se destacan la igualdad de trato a las partes y la garantía del derecho de defensa—, tienen por objeto la tutela de los derechos y obligaciones que emanan del ordenamiento jurídico andino, así como la salvaguarda del espíritu de la integración, conforme lo han reconocido las motivaciones del Tratado de Creación del Tribunal, el artículo 34 de su Estatuto y el 5° del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.
>
> Para este Tribunal son tres los requisitos que deben preceder a la acción de incumplimiento, según lo ha precisado la sentencia de 11 de diciembre de 1997, emitida dentro de la Acción de Incumplimiento 1-AI-97 (*Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela, al aplicar restricciones a las importaciones de ajo procedentes de Perú, fallo publicado en la G.O.A.C N° 329 del 9 de marzo de 1998*): a) El cumplimiento de una fase previa administrativa en la que debe abrirse el diálogo entre el órgano

> comunitario y el País Miembro para la solución del asunto controvertido en etapa administrativa.
> b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para corregir o enmendar su conducta.
> c) La correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento.
> El procedimiento prejudicial puede iniciarlo *motu proprio* la Secretaría General (Art. 23 del Tratado de Creación del Tribunal), por reclamo interpuesto por los Países miembro (Art. 24 *ejusdem*) o a instancia de las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento (Art. 25 *ibídem*).
> Independientemente de que la *iniciativa* haya provenido de un País miembro, de un particular o de la propia Secretaría General, el procedimiento previo se encuentra a cargo de esta última, quien debe proceder a realizar las gestiones conducentes a subsanar el posible incumplimiento.

Los comportamientos atribuibles a un Estado miembro que pueden ser objeto del incumplimiento de sus obligaciones internacionales pueden estar constituidos por acciones como las de expedir normas internas, contrarias al ordenamiento jurídico andino; por omisiones como las de no expedir de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, en general, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

En este contexto, el derecho comunitario andino le reconoce personalidad jurídica activa a la Secretaría General, SG, a los Estados miembro y a las personas naturales o jurídicas, como titulares de la AI[28], en concordancia con un procedimiento administrativo previo de verificación que es de la mayor importancia conocer y analizar en el presente punto.

En efecto, el Protocolo de Cochabamba establece que, cuando la SG considere que un Estado miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, le formulará sus observaciones por escrito, para lo cual este deberá

[28] Todo ello de conformidad, con las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.

contestarlas, dentro del plazo que fije la Secretaría, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de 60 días.

En este mismo sentido, una vez recibida la respuesta o vencido el plazo, la SG, de conformidad con su reglamento y dentro de los 15 días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el Estado miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la SG deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del TJCAN.

El Protocolo señala que cuando un Estado miembro considere que otro Estado miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, elevará el caso a la SG con los antecedentes respectivos, para que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo que fije la SG, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de 60 días. Recibida la respuesta y vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la SG, de conformidad con su reglamento y dentro de los 15 días siguientes emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el Estado miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la SG deberá solicitar el pronunciamiento del TJCAN. Si la SG no intentare la acción dentro de los 60 días siguientes de emitido el dictamen, el Estado reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

En el caso en el que la SG no emitiere su dictamen dentro de los 60 días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al TJ de la CAN.

Con respecto a la titularidad de la acción reconocida a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de Estado miembro, podrán acudir a la SG y al TJCAN, con sujeción al procedimiento previsto para los Estados miembro. La interposición de esta acción excluye la posibilidad de acudir simultáneamente ante los tribunales nacionales competentes por la misma causa.

Igualmente, el Protocolo establece que en los casos en que se hubiere emitido una resolución de verificación de la existencia de gravamen o restricción o cuando se trate un caso de incumplimiento flagrante, la SG, emitirá, a la breve-

dad posible, un dictamen motivado, a partir del cual ésta o el Estado miembro afectado, podrán acudir directamente al TJCAN.

Finalmente, se establece que en el caso en el que la sentencia proferida por el TJCAN fuere de incumplimiento, es decir, la conducta de un Estado miembro ha sido declarada como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de 90 días siguientes al de su notificación[29].

Interpretación prejudicial

La IP es un procedimiento de cooperación judicial comunitaria entre los jueces nacionales y los órganos jurisdiccionales permanentes de las organizaciones internacionales de integración.

La IP se encuentra regulada en los artículos 32 y siguientes del Protocolo modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena o Protocolo de Cochabamba y de la Decisión 472 de la Comisión de la CAN, por medio de la cual se Codifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 121 y siguientes de la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, por medio de la cual se adopta el Estatuto del TJCAN.

El procedimiento de IP tiene por objeto que el TJCAN interprete las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados miembro, frente a una solicitud formulada por los jueces nacionales[30]. Es de la mayor importancia remarcar que, el TJ, en su interpretación, deberá limitarse exclusivamente a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico comunitario andino y no del derecho nacional.

Según lo establecido en la normativa comunitaria andina, existen dos clases de consultas: la consulta facultativa y la consulta obligatoria[31].

---

[29] Revisando las estadísticas del TJCAN, desde el año 1985 al año 2011, el órgano comunitario ha decidido 117 AI. Ver página web del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, http://www.tribunalandino.org.ec

[30] El TJCAN en reiterada jurisprudencia se ha referido las autoridades que están legitimadas para elevar ante este Tribunal la solicitud de interpretación prejudicial, procesos Nos. 04-IP-98, 43-IP-98, 14-IP-07 y 130-IP-07.

[31] Igualmente, el TJCAN en reiterada jurisprudencia se ha referido a la consulta facultativa y a la obligatoriedad de la consulta, procesos Nos. 01-IP-89, 04-IP-94, 06-IP-99, 97-IP-02, 141-IP-03, 143-IP-03, 20-IP-05, 136-IP-09, 23-IP-10 y 72-IP-10.

La consulta facultativa puede presentarse, en los casos en los cuales los jueces nacionales, que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, soliciten, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del TJCAN acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del TJCAN, el juez deberá decidir el proceso.

En el caso de la consulta obligatoria, de oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del TJCAN. En los casos de consulta obligatoria, el proceso interno quedará suspendido hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

El Estatuto del TJCAN establece las condiciones y requisitos para la formulación de la consulta y el respectivo trámite[32].

En los casos en que se lleve a cabo la consulta, el juez que conozca del proceso interno en que se formuló, deberá adoptar en su sentencia la interpretación del TJCAN y en cumplimiento de las obligaciones especiales, los jueces nacionales deberán enviar al TJ las sentencias dictadas en los casos objeto de interpretación prejudicial.

Finalmente, los Estados miembro y la Secretaría General velarán por el cumplimiento y la observancia por parte de los jueces nacionales de lo establecido respecto a la interpretación prejudicial y los Estados miembro y los particulares

[32] De conformidad con el artículo 125 de Estatuto del TJCAN, La solicitud de interpretación que los jueces nacionales dirijan al TJCAN deberá contener: a) El nombre e instancia del juez o tribunal nacional consultante; b) La relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere; c) La identificación de la causa que origine la solicitud; d) El informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y, e) El lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta. El trámite se encuentra previsto en el artículo 126 del Estatuto, en el cual se dispone que: Una vez recibida la solicitud de consulta, el Secretario la sellará, dejará constancia en ella de la fecha de presentación o recepción, y la remitirá al Presidente para su consideración por el Tribunal. Dentro del término de 30 días siguientes al de la admisión de la solicitud por el Tribunal, éste dictará sentencia. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referidas al caso concreto. El Tribunal no interpretará el contenido y alcance del derecho nacional ni calificará los hechos materia del proceso, pero podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

tendrán derecho a acudir ante el TJCAN en ejercicio de la acción de incumplimiento, cuando el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstenga de hacerlo, o cuando efectuada ésta, aplique interpretación diferente a la dictada por el Tribunal.[33].

Sentencia del TJCAN en el proceso 03-AI-2010

Esta sentencia se convierte, sin lugar a dudas, en una pieza jurídica de principio del derecho comunitario andino, en razón a los temas jurídicos que plantea respecto de la AI, el alcance de la expresión de "jueces nacionales", en tratándose de tribunales arbitrales, la obligatoriedad de la consulta en el procedimiento de IP en presencia de tribunales arbitrales, la aplicación de normas del derecho comunitario andino por parte de tribunales arbitrales, entre otros varios puntos, los cuales no habían sido abordador por el TJCAN en decisiones anteriores.

Esta sentencia fue proferida por el TJCAN el 26 de agosto de 2011, decidiendo la acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del TJCAN y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del TJCAN.

En esta subparte se resumirán las posiciones de las partes, ETB (2.1) y del Estado colombiano (2.2) y se presentarán las consideraciones jurídicas del TJCAN (2.3), las cuales serán objeto fundamentalmente de reflexiones en las conclusiones.

Demanda y alegatos de la ETB

En ejercicio de esta acción, la ETB expresamente solicitó en la demanda interpuesta ante el TJCAN que:

> … el H. Tribunal Comunitario constate y declare que la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha incumplido sus obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en

[33] Revisando las estadísticas del TJCAN, desde el año 1985 al año 2011, el órgano comunitario ha proferido 2003 sentencias en IP. Ver página web del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, http://www.tribunalandino.org.ec

> particular las relacionadas con la obligación objetiva de envío a Interpretación Prejudicial a este H. Tribunal prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500 y ordene a la República de Colombia tomar las medidas necesarias para que cese el incumplimiento, así como, la no repetición de este tipo de omisiones.

Los hechos, acciones y omisiones en los cuales se fundamenta la demanda de la ETB fueron los siguientes:

> Los hechos sobre la iniciación y trámite ante el Consejo de Estado, Sección Tercera en los conflictos de interconexión entre COMCEL, OCCEL y CELCARIBE y la ETB son similares"; por lo que a manera de resumen se tiene: Síntesis del contenido de la demanda acerca de las omisiones que constituyen incumplimiento en los casos COMCEL- ETB; OCCEL – ETB y CELCARIBE -ETB.
>
> 1. Las empresas COMCEL, OCCEL y CELCARIBE, a su turno, suscribieron contratos con la ETB sobre acceso, uso e interconexión entre la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia de la primera y la red de telefonía móvil celular de la segunda, en los tres casos se había pactado que la solución de controversias se haría ante a un Tribunal Arbitral, razón por la cual se llevaron ante los mismos.
>
> 2. En los tres casos, el 15 de diciembre de 2006, el Tribunal Arbitral profirieron los laudos, omitiendo la aplicación de las normas andinas a cerca de "conflictos de interconexión (…)"; por lo que la ETB inició proceso de única instancia de anulación de laudo, ante el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Tercera.
>
> 3. La ETB solicitó al Consejo de Estado, Sección Tercera que solicite la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de los artículos 3, 30 inciso final y 32 de la Decisión 462 y los artículos 1, 3, 13, 32 y 35 de la Resolución 432.
>
> 4. El Consejo de Estado emitió fallo, negando la solicitud de interpretación prejudicial y sin suspender el procedimiento para solicitar dicha interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
>
> 5. Existió un error *in procedendo* o error de competencia:

> En efecto, el procedimiento no se puede iniciar válidamente si no se tiene la competencia para dirimir el conflicto por lo tanto el Consejo de Estado no debía negar la solicitud de IP, pues el asunto de la IP versaba sobre normas andinas de procedimiento, la competencia para resolver el asunto técnico de la interconexión.
>
> Esto en virtud a que una de las causales de anulación invocadas por ETB trata de la competencia del árbitro y la CRT en conflictos de interconexión.
>
> En resumen son estas las irregularidades que señala el demandante:
>
> - Por omisión: No elevó la consulta obligatoria de interpretación prejudicial al TJCAN en ninguno de los tres procesos, a pesar de mediar solicitudes expresas de parte de ETB.
> - Por omisión: No decretó la suspensión a pesar de la solicitud de ETB.
> - Por acción: La Sala en pleno profirió sentencias en los tres procesos sin solicitar la IP.
> - Por acción: La Sección Tercera negó la solicitud de interpretación prejudicial.

La ETB en su alegato de conclusión sostuvo que "… el Consejo de Estado de la República de Colombia tenía la obligación de hacer la solicitud de Interpretación Prejudicial correspondiente, pues al configurarse todos los requisitos para que la consulta se surta, tiene el carácter de obligatoria".

Agregó que, a pesar de haberle pedido al Consejo de Estado que se efectuara dicha consulta: "la Sección Tercera del Consejo de Estado, no suspendió el proceso y dictó sentencia sin solicitar la interpretación prejudicial, incumpliendo así con lo ordenado en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia Andino (…)".

La ETB refuta las excusas del Estado colombiano para justificar el incumplimiento sosteniendo que:

i) El objeto del proceso no era la no arbitrabilidad de los conflictos que resolvieron los tribunales arbitrales, sino el incumplimiento en que incurrió Colombia (Consejo de Estado) al fallar los recursos de anulación sin consultar la interpretación del Tribunal Andino;
ii) En la conclusión de que las normas andinas invocadas por la ETB no eran aplicables, cuando subyace la interpretación de las mismas;

iii) El arbitraje en materia de interconexión, como institución de derecho interno, no implica que las normas andinas no puedan limitar su competencia con normas de orden público;
iv) Las normas andinas relacionadas por la ETB en sus solicitudes de IP, eran normas con efectos procesales que afectaban la competencia del tribunal arbitral;
v) La falta de competencia no se hubiera alegado ante el tribunal arbitral invocando las normas andinas, no convalida la irregularidad (*iura novit curia*) y
vi) Las solicitudes de interpretación prejudicial de la ETB no fueron extemporáneas.

Así mismo, la ETB considera la aplicación del derecho comunitario andino en el arbitraje, para lo cual solicita que el TJ se pronuncie, teniendo en cuenta lo siguiente puntos:

i) Que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, los árbitros son particulares que de manera transitoria cumplen con la función de administrar justicia;
ii) Que es perfectamente posible que en asuntos conocidos por tribunales arbitrales deban aplicarse normas andinas;
iii) Que, el trámite arbitral es un proceso de única instancia que termina con un laudo arbitral, que tiene los mismos efectos que una sentencia declarativa, esto es, cosa juzgada y mérito ejecutivo;
iv) Que, el inciso 2 del artículo 33 del Tratado de Creación del TJCAN sobre interpretación prejudicial se refiere a todos los procesos, concepto dentro del cual caben los de anulación de laudos arbitrales;
v) Que, el hecho de que los árbitros sean particulares y no servidores públicos no implica que el Estado pierda la titularidad de la función de administrar justicia, por el contrario, el Estado sigue siendo garante de la adecuada impartición de justicia;
vi) Que, de acuerdo con el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN, los jueces y las personas que en cada Estado estén habilitadas para administrar justicia deben observar el derecho andino y que el Estado es garante de dicho cumplimiento y

vii) Que, de llegarse a concluir que los árbitros, en la medida en que administran justicia, están obligados a consultar la interpretación prejudicial cuando se enfrenten a una norma andina, en caso de incumplimiento de esta obligación andina, el Estado estaría llamado a responder ante la CAN por ser garante de la observancia del derecho andino.

Contestación y alegatos del Estado colombiano

El Estado colombiano, por conducto del Ministro de Comercio, Industria y Turismo, inicia su argumentación manifestando que:

> El Gobierno de Colombia considera improcedente esta ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO, por la supuesta omisión en que incurrió la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, toda vez que tal incumplimiento nunca se configuró. En los tres casos bajo examen efectivamente se emitieron sentencias dentro de tres procedimientos de recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, por el H. Consejo de Estado sin solicitar Interpretación Prejudicial como lo pretendía la ETB, por cuanto no existe una norma originaria o derivada que disponga que 'el arbitramento' es una materia o competencia transferida del orden nacional a la Comunidad Andina. Por lo antes expuesto, en dichos procesos de anulación de laudos no estaba en discusión ni debían aplicarse o interpretarse normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, siendo razonable, legal y procedimentalmente correcto no tramitar las consultas de Interpretación Prejudicial ante el H. Tribunal Andino, como efectivamente ocurrió.

El Estado colombiano presenta unas consideraciones preliminares respecto de la competencia del TJCAN afirmando que: "ante el hecho palpable que el arbitramento es del orden nacional y no comunitario, y que este –el arbitramento– es precisamente el objeto de los pronunciamientos del Consejo de Estado, resulta procedente el rechazo *in límine* de esta demanda, por parte del Tribunal de Justica de la CAN, al ser una materia por fuera de su jurisdicción".

A manera de conclusión dice:

(i) El arbitramento se deriva del pacto o cláusula compromisoria del contrato entre las partes, para los efectos de que se resuelva la diferencia por un tribunal designado ad-hoc para conocer del caso concreto.

(ii) El laudo arbitral es una decisión de única instancia que sólo puede ser cuestionada ante la jurisdicción por errores *in procedendo*. No le es dable al juez del recurso revisar de fondo los laudos (…).
(iii) El arbitramento es una materia por fuera de la órbita del derecho comunitario; por lo cual, el Tribunal Andino es incompetente para conocer de la alegada 'omisión' del Consejo de Estado al no revisar de fondo un laudo arbitral.

El Estado colombiano argumenta sobre el objeto de la demanda y las declaraciones solicitadas que:

> … el incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino alegado no se ha configurado. Primero, es evidente la extemporaneidad en la solicitud tanto de suspensión de los procesos como e(sic) consulta de Interpretación Prejudicial ante el Tribunal Andino, ya que estas solicitudes nunca se formularon en los escritos de anulación del laudo, sino cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había fallado los tres recursos presentados por ETB (…). Igualmente, estas solicitudes nunca se plantearon ante el Tribunal de Arbitramento (…).

Aclara que:

> Los aspectos resueltos en los laudos arbitrales objeto de los recursos de anulación, son asuntos de carácter tarifario; y por lo tanto, de competencia del Tribunal Arbitral, tal como se pactó en los contratos de interconexión (…).

Manifiesta que:

> … la ETB tiende a confundir la competencia de la Autoridad Nacional de Telecomunicaciones –CRC que es a la que corresponde decidir las diferencias derivadas de aspectos técnicos relacionados con interconexión, con la competencia otorgada al Tribunal de Arbitramento para pronunciarse de manera definitiva sobre aspectos económicos, y como tal transables, derivados de la ejecución del contrato de interconexión, específicamente sobre

> las tarifas que debían pagarse, en cada uno de los contratos de interconexión celebrados con ETB, relativas a los cargos de acceso por minuto a una red.

Sostiene que los tres laudos objeto del proceso:

> … fueron decididos oportuna y legalmente por el Consejo de Estado en su Sección Tercera la cual orientó su examen a revisar las decisiones arbitrales por '*errores in procedendo*', es decir, por presunta infracción de leyes procesales nacionales y no por '*errores in judicando*' (…). De acuerdo con el Decreto 1818 de 1998, el juez del recurso no está facultado para examinar aspectos de mérito o sustanciales, como lo hemos mencionado anteriormente. Por lo cual, no correspondía a la Sección Tercera del Consejo de Estado suspender los tres procedimientos porque no había lugar a la adopción de tal medida (…).

Finalmente, recalca que:

> La Sección Tercera del Consejo de Estado, no suspendió los procesos de anulación de laudos arbitrales, para proceder con el envío a consulta de los mismos al Tribunal Comunitario, porque la órbita de competencia del juez nacional se limita a verificar la existencia de errores en el procedimiento contenidos en el Laudo arbitral que puedan ocasionar su anulación, no a revisar la sustancia del proceso, como lo sería formular una Interpretación Prejudicial en esa instancia, en la eventualidad de asumir que la controversia trataba de un asunto de orden andino. En otras palabras el objeto de la actuación del Consejo de Estado en los recursos de anulación citados, era cada uno de los arbitramentos en sí, y no las materias sobre las cuales estos se ocupaban. Al no ser el arbitramento un tema transferido a la CAN, no procedía la citada consulta para lograr una interpretación prejudicial.

El Estado colombiano considera, sobre las omisiones y acciones del Consejo de Estado, en relación con los tres laudos arbitrales objeto de nulidad, que: "En estos tres casos, los recursos de anulación son sobre temas *in procedendo* de los arbitramentos, por lo cual al no ser el arbitramento materia del orden andino, no procedía la solicitud de interpretación prejudicial".

Afirma que:

> … al Tribunal de Arbitramento no le correspondió aplicar, interpretar o de modo alguno aclarar normas del ordenamiento andino para emitir los laudos que decidieron estos tres procedimientos como puede apreciarse en su contenido, ya que sus decisiones recayeron sobre los montos que efectivamente correspondía pagar a ETB (…) aspectos económicos sobre los cuales las empresas convocantes del Tribunal de Arbitramento solicitaron un pronunciamiento expreso, al considerar que las sumas que venían pagando a ETB por concepto de acceso no correspondían a los cargos de acceso, máximos por minuto, establecidos en las resoluciones vigentes de la CRC. (…). En tal sentido, es preciso aclarar que las empresas OCCEL, COMCEL y CELCARIBE buscaban solucionar discrepancias de orden financiero (…).

Por lo tanto: "Esta materia claramente no es del orden andino y no debía, por lo tanto proceder la Interpretación Prejudicial. No obstante tampoco se solicitó dicha Interpretación Prejudicial y el consecuente problema de competencia, en forma oportuna por lo cual el Tribunal de Arbitramento nunca tuvo en cuenta este aspecto (…)".

De esta manera: "el gobierno de Colombia, solicita que el Honorable Tribunal Andino desestime las pretensiones de ETB, por cuanto carecen de fundamento sustancial, legal y probatorio".

El Estado colombiano manifiesta que los hechos, acciones y omisiones en que fundamentaron la demanda han sido distorsionados por la parte demandante intentando: "hacer parecer que se incurrió en una omisión por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado para justificar su propio actuar de no solicitar la interpretación ante el tribunal de arbitramento en forma oportuna (…)".

Señala de nuevo que: "Hemos venido sosteniendo que no procede la Interpretación Prejudicial en los procesos derivados de los recursos de anulación de laudos arbitrales, por cuanto el arbitramento, objeto de revisión de dichos recursos, no es de orden andino. Lo anterior resulta esencial para evitar una confusión en la ejecución de las funciones tanto del juez nacional como del Tribunal Andino".

Reitera que:

> … aceptar la pretensión de ETB por parte del Juez del recurso sobre un pronunciamiento ante la supuesta falta de competencia del Tribunal Arbitral podría traer como consecuencia la creación de una instancia superpuesta al mismo, en este caso la Sección Tercera que podría cambiar la totalidad de la decisión arbitral; en este sentido el Consejo de Estado ha sostenido que una decisión del juez del recurso de anulación que modifique totalmente el laudo contraria la esencia para la cual se conforma un Tribunal de Arbitramento.

Dice que: "el fondo de la contienda resuelta mediante el laudo no puede ser debatido, sin embargo, la legalidad del procedimiento sí puede ser discutida a través de los recursos de anulación y de revisión, los cuales solamente admiten sustentarse en las causales taxativamente previstas en la ley".

Por lo tanto, señala que: "Revisada la actuación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, se reitera que Colombia ha cumplido y cumple el ordenamiento comunitario andino (…)". Solicita en consecuencia, "que la presente demanda se desestime de plano (…)".

Consideraciones jurídicas del TJCAN

Teniendo en cuenta que en la primera subparte se han abordado las principales características de la AI y de la IP, a continuación se procederá a destacar los aspectos más importantes de la decisión judicial proferida por el TJCAN, en el marco de una AI con ocasión de una consulta en una IP.

Refiriéndose a la AI, el TJCAN consideró, en primer lugar, que es el procedimiento judicial que hace posible el cumplimiento, por parte de los Estados miembro, de las obligaciones y compromisos que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, las cuales pueden ser interpuestas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, los mismos Estados miembro, o las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un Estado parte.

El TJ en reiteras ocasiones se ha señalado sobre a la naturaleza de la AI que el objeto de esta es garantizar y fortalecer el proceso de integración dentro de la CAN, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Estados parte desde la firma del Acuerdo de Cartagena.

En segundo lugar, el TJCAN verificó la regularidad del procedimiento administrativo previo, consagrado en las normas del derecho comunitario andino para poder acudir directamente al TJCAN e interponer la respectiva AI.

Es así como, el TJCAN señala que, una vez adelantado el trámite administrativo la SG, el 24 de marzo de 2010, emitió el Dictamen nº. 02-2010 mediante el cual concluyó que: "(…) la Secretaría General, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los motivos expuestos en el presente Dictamen, considera que no ha quedado demostrado que la República de Colombia, actuando a través del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, haya incumplido obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina".

El TJCAN precisó, en tercer lugar, respecto del objeto del incumplimiento que el fin era determinar si el Estado de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado incumplió las obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico andino, en particular las relacionadas con la obligación objetiva del envío a IP al TJ prevista en el Tratado de Creación del TJCAN y los artículos de su Estatuto, de las normas comunitarias aplicables en el proceso interno de anulación de laudo arbitral.

Entrando en materia, el TJCAN consideró, en cuarto lugar, respecto de la IP obligatoria, que:

> … *la consulta obligatoria se da cuando un juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controviertan temas regulados por las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina,* deberá suspender el procedimiento y solicitar de manera directa y mediante simple oficio la interpretación prejudicial al Tribunal Comunitario. Esta solicitud puede ser de oficio o a petición de parte.
>
> En cuanto a la obligatoriedad de la solicitud de interpretación prejudicial, este Órgano Jurisdiccional reitera que "La interpretación que realiza el Tribunal es para cada caso concreto por lo que la 'teoría del acto claro' no tiene aplicación dentro del sistema interpretativo andino" (Proceso 04-IP-94, publicado en la G.O.A.C. Nº 189, de 15 de septiembre de 1995, caso: EDEN FOR MAN (etiqueta)).
>
> En los casos en que la consulta de interpretación prejudicial es obligatoria — ju*eces nacionales de única o de última instancia ordinaria—, el plantea-*

> *miento de la solicitud lleva consigo la suspensión del proceso interno hasta el pronunciamiento del Tribunal Comunitario, el cual se constituye en un presupuesto procesal de la sentencia de obligatorio cumplimiento* (Proceso 06-IP-99, publicado en la G.O.A.C. Nº 468, de 12 de agosto de 1999, caso: HOLLYWOOD LIGHTS) q*ue debe tener presente el juez nacional antes de emitir su fallo* (Caso: Nombres de publicaciones periódicas, programa de radio y televisión y estaciones de radiodifusión, y cuya inobservancia puede derivar en acciones de incumplimiento y vicios procesales (Proceso 11-IP-96, publicado en la G.O.A.C. nº 299, de 17 de octubre de 1997, caso: BELMONT).

Continúa señalando cómo se pueden violar principios fundamentales y cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas:

> En efecto, en el caso de la consulta obligatoria, l*a inobservancia del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debería acarrear la nulidad de la sentencia.* En este sentido, l*a suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él "no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias". Este "requisito previo" debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo, pues tratándose de un tema regulado por una norma supranacional es imperiosa su aplicación en todo procedimiento nacional de los Países Miembros de esta Comunidad Andina y cuyo incumplimiento es una violación flagrante al debido proceso* (cursivas fuera del texto original).

En quinto lugar, el TJCAN considera, frente a la actuación del Consejo de Estado, que versa sobre la omisión que la llevó a incumplir las obligaciones relacionadas con la obligación objetiva prevista en las normativa comunitaria que le imponía consultar la interpretación prejudicial de las normas andinas que se debían aplicar dentro de un proceso nacional de anulación de laudo arbitral.

El TJCAN, en la parte motiva de la decisión señala que:

> La demandante, la ETB ha alegado que el artículo 32 de la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Normas Comunes

> sobre Interconexión) como "norma procesal andina" vulnerada, la misma que señala lo siguiente: "Sin perjuicio de las acciones previstas en el ordenamiento jurídico andino, cualquier controversia que surja durante la ejecución de la interconexión se tratará de resolver entre las partes. En el caso que éstas no logren un entendimiento que ponga fin a la controversia, la misma deberá ser sometida a consideración de la Autoridad de Telecomunicaciones competente del país donde se realiza la interconexión, por cualquiera de las partes. La Autoridad de Telecomunicaciones competente deberá decidir dentro de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la recepción de la consulta.
>
> Al respecto y, en efecto, el Tribunal señala, que de *la revisión de los tres (03) laudos arbitrales y de los escritos de la demandante ETB, se desprende que eran aplicables normas andinas al fondo del asunto, como la Decisión 462 (Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina).*
>
> En este orden de ideas, este *Tribunal debe señalar que en relación con estos temas de interconexión y del Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones, se encuentran reglados dentro del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina y constituyen normas supranacionales, de efecto directo y de aplicación inmediata que prevalecen sobre cualquier normativa nacional, razón por la cual dichas normas debieron aplicarse por el Tribunal Arbitral para la resolución de fondo del proceso interno,* solicitando la interpretación prejudicial al Tribunal Comunitario, conforme se aclara y se explica en líneas seguidas (Cursivas fuera del texto original).

El TJCAN estima que, teniendo en cuenta que en el transcurso del proceso de anulación de los laudos, las partes pidieron se solicitara las interpretaciones prejudiciales de normas que se han debido aplicar por los árbitros en dichos procesos; sin embargo, el Consejo de Estado no atendió esta solicitud y emitió su respectiva decisión de nulidad de los laudos arbitrales. Entonces, el TJCAN se pregunta: "¿La Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso de anulación de los tres laudos arbitrales, tenía la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias que eran aplicables por los Tribunales Arbitrales, o si al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debía limitar su actuación a errores *in procedendo*?".

El TJCAN considera que el tema va más allá, como los explica seguidamente:

> Al respecto, con todo lo manifestado y, en aplicación de los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 123 de su Estatuto, esta corporación *considera que debe quedar claro que el Consejo de Estado de la República de Colombia, al analizar la nulidad de los laudos arbitrales debió actuar como un verdadero juez comunitario, es decir, ha debido velar por la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino y solicitarle al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial, en relación con dos temas fundamentales:*
> *1. Si el Tribunal de Arbitramento, al conocer la controversia y advertir de la existencia de normas comunitarias aplicables a los casos en cuestión (de oficio o a pedido de parte), debió solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para resolver los laudos arbitrales y así agotar el debido proceso.*
> *2. Si la falta de solicitud de interpretación prejudicial por parte del Tribunal Arbitral, generaría una nulidad procesal, por vulneración al debido proceso.*
> El Juez Nacional, en este caso *el Consejo de Estado de la República de Colombia, de conformidad con los principios del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, en especial los principios de primacía, autonomía, efecto directo, aplicación inmediata y cooperación judicial, es el garante, en colaboración con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la correcta aplicación de la norma comunitaria en el ámbito nacional.* Son ciertamente jueces comunitarios, ya que en colaboración con el Tribunal Supranacional tienen la ardua labor de garantizar la validez y eficacia de todo el sistema jurídico comunitario. Su labor no sólo se limita a aplicar una norma a determinado caso concreto, sino que su actividad consiste en estructurar su quehacer judicial dentro del escenario jurídico subregional, aplicando, balanceando y armonizando la normativa nacional con la comunitaria, dándole la primacía a la segunda sobre temas específicos reglados por la misma.
> En este marco, *el juez nacional debe garantizar que todos los operadores jurídicos nacionales cumplan en debida forma el orden comunitario* y, para ello, se encuentran investidos de todas las prerrogativas que pudieran darse para cumplir dicha labor. En el caso concreto, no sólo bastaba que el Consejo de Estado argumentara que las causales de nulidad son taxativas y que su función tiene como límite dichas normas, sino que con base en toda la

> carga que proviene del orden supranacional comunitario hiciera evidente que en el proceso arbitral era necesario y obligatorio la solicitud de la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de lo contrario, existirían operadores jurídicos con funciones judiciales aplicando el derecho comunitario sin contar con la interpretación del Tribunal Comunitario, lo que sin duda alguna afectaría la validez y eficacia del orden supranacional.
>
> En otras palabras, *el Consejo de Estado, dado su carácter de juez comunitario debió dar noticia, mediante la figura de la interpretación prejudicial, al Tribunal Supranacional del hecho de que el Tribunal Arbitral, aún cuando debía aplicar normas comunitarias andinas, no había enviado la correspondiente solicitud.*
>
> Si bien la normativa comunitaria habla de juez nacional, el alcance de dicho término le corresponde al Tribunal Supranacional y, en este sentido el *Consejo de Estado ha debido consultar al Tribunal sobre la posible obligación que le asistía al Tribunal Arbitral en relación con la solicitud de interpretación prejudicial. Al no solicitar la interpretación prejudicial mencionada, el Consejo de Estado configuró un incumplimiento flagrante de la norma comunitaria andina, en especial de los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto* (cursivas fuera del texto original).

Sobre el doble carácter que poseen los jueces nacionales, es decir, como jueces nacionales y jueces comunitarios, el Tribunal ha manifestado lo siguiente:

> La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud *los Tribunales de cada uno de los Países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el Derecho Comunitario, con base a la interpretación del contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en forma privativa, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto de lograr su aplicación uniforme en los Países Miembros".* (Proceso 131-IP-2003, publicado en la G.O.A.C. Nº. 1041 de 4 de marzo de 2004, marca, COLIBRÍ y logotipo). Por lo tanto, *el Consejo de Estado no incurrió en una falla al no solicitar la interpretación prejudicial por el vicio in procedendo de competencia, ni al no*

> *solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias objeto de los laudos arbitrales, sino, el incumplimiento del Consejo de Estado de la República de Colombia surgió por no solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial al verificar que no se solicitó dicha interpretación en el proceso arbitral, es decir el Consejo de Estado de la República de Colombia debió aplicar los artículos 32 y siguientes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y 121 y siguientes de su Estatuto, teniendo en cuenta que en este ámbito su papel era de juez comunitario andino y no simplemente de juez nacional* (cursivas fuera del texto original).

Finalmente, el TJCAN, al referirse a la naturaleza del arbitraje, al alcance del término juez nacional y a la obligatoriedad de solicitar interpretación prejudicial en los procesos de arbitraje, señala que: Se debe "…partir de la idea de que el arbitraje responde a la necesidad mundial de encontrar sistemas alternos para una más ágil e independiente administración de justicia. Los juicios pueden durar años bajo la justicia ordinaria, entonces, el arbitraje se presenta como una alternativa válida para dirimir las controversias".

Igualmente, se debe recordar que: "…el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los Tribunales de Arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para resolver dichas controversias".

El TJ continúa estimando que:

> … la diferencia anterior, se explica en tanto que el arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a una Ley de Arbitraje y a normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje. Por el contrario el arbitraje es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten. Al iniciarse un procedimiento de arbitraje las partes podrán señalar si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho. Esta diferenciación, inclusive, permite actuar analizando los hechos, más que la norma jurídica cuando se trata de un arbitraje por equidad, pues los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender atendiendo los principios universales de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Para el caso del arbitraje fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a

la doctrina. Para los arbitrajes en derecho, quiénes lo ejercen deberán ser obligatoriamente abogados.

Con respecto al alcance del término juez nacional, el TJCAN considera que:

> Con ocasión de los procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, este Tribunal Comunitario amplió el concepto de juez nacional, a efectos de determinar quiénes podían solicitar una interpretación prejudicial. En este sentido, *se incluyó dentro de este concepto a las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales,* como era el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, que solicitó la interpretación prejudicial.
> Es decir, *el Tribunal amplió el alcance del concepto de juez nacional a todas las entidades administrativas que cumplan funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria.* En este contexto, *deriva necesario determinar si los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales y, por tanto, se encuentran incluidos dentro del concepto anterior.*
> ….
> Se debe considerar, además, que l*os árbitros tienen la capacidad de decidir el caso sometido a su conocimiento, pueden, en consecuencia, administrar justicia, tienen la capacidad de dictar medidas cautelares que son las mismas que pueden dictar los jueces, los árbitros pueden excusarse y también pueden ser recusados por las mismas causas establecidas para un juez. Los laudos arbitrales, emitidos por los árbitros tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia.* Los jueces nacionales, no pueden revisar los laudos pero sí ejecutarlos.
> Por lo tanto, *si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego, deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales.*
> Por lo señalado anteriormente, *el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el*

> *proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.*
> Por ello, *teniendo el árbitro las mismas facultades que el Juez, otorgadas al primero por las partes en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad y al segundo por el Estado, se puede concluir que los árbitros en derecho también están facultados para formular solicitudes de interpretación prejudicial de manera directa, como ya se expuso* (cursivas fuera del texto original).

Así mismo, el TJCAN, respecto de la obligatoriedad de solicitar interpretación prejudicial en los procesos de arbitraje, establece que:

> *Si la calidad de juez nacional alcanza a los árbitros, no se encuentra impedimento para que ellos lo soliciten directamente,* máxime si con este medio de solución de controversias se persigue una justicia más rápida y sin dilaciones.
> …
> *Otro elemento a tener en cuenta, es el momento procesal en el cual se debe solicitar la interpretación prejudicial.* Para ello, se debe distinguir la etapa de decisión del laudo, de la etapa de ejecución del mismo, como también, el momento en que se decide el derecho del de ejecutar el derecho. Ya que los árbitros, al igual que los jueces, tienen el "*iudicium*" o sea la facultad de juzgar, de decidir el derecho pero para ejecutarlo se debe recurrir a los jueces ordinarios, quienes son los únicos depositarios del "*imperium*".
> De lo anterior, si en la ejecución del mismo, el juez encuentra que debe aplicar normas que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, debe solicitar la interpretación prejudicial al único organismo con competencia para hacerlo.
> En este orden de ideas, *se determina la obligatoriedad de solicitar la interpretación prejudicial de manera directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por parte de los árbitros, cuando el arbitraje sea en Derecho y verse sobre asuntos regulados por el Ordenamiento Jurídico Comunitario y funja como única o última instancia ordinaria* (cursivas fuera del texto original).

Con base en las anteriores consideraciones, el TJCAN declaró a lugar la demanda interpuesta por la ETB contra la República de Colombia, a través de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haber solicitado oportuna-

mente interpretación prejudicial dentro del proceso de anulación de tres laudos arbitrales.

Para tratar de responder algunas de las inquietudes jurídicas que se presentan en las Conclusiones es de la mayor importancia destacar la sentencia proferida por el TJCAN, dentro del proceso 57-IP-2012, el 11 de julio de 2012, por medio de la cual resolvió la solicitud de interpretación prejudicial formulada por la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano.

En efecto, en esta decisión, el TJCAN concluyó que los tribunales arbitrales que son de única o última instancia y profieren laudos en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional, conforme a las normas del derecho comunitario andino (Artículos 33 del Protocolo modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y de los artículos 122 y 123 del Estatuto, adoptado mediante la Decisión 500). Igualmente, precisa el Tribunal que, como consecuencia de esta interpretación, están en la obligación de solicitar interpretación prejudicial al TJCAN cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

Asimismo, el TJCAN agrega que, cuando una corte nacional se enfrente a un recurso extraordinario, como lo puede ser el de anulación de un laudo arbitral, debe tener en cuenta una serie de hipótesis.

El Tribunal estima que, si el recurso extraordinario se sustenta en la falta de consulta prejudicial en la última o única instancia, la ausencia de la consulta prejudicial, debe conducir a que se declare la nulidad o invalidez de la sentencia o si el recurso no se sustenta en la falta de consulta prejudicial en última o única instancia, pero sí se refiere a la interpretación de normas del derecho comunitario andino o, de conformidad con la naturaleza del asunto, se deben aplicar éstas.

Para el caso sub examine, el Tribunal dispone que el Consejo de Estado Colombiano al conocer del recurso extraordinario tiene que hacer primar el orden jurídico comunitario andino, lo que conlleva su deber de declarar la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial.

Conclusiones

Es innegable que las normas del derecho comunitario, en general, y, en especial, las del derecho comunitario andino, como derecho internacional especial, están generando importantes efectos sobre las estructuras del derecho comercial inter-

nacional y, en ese sentido, sobre el arbitraje internacional. Así es como, a través del estudio realizado en la presente tesina se puede constatar como la vía arbitral se constituye en un medio importante, objeto de regulación, en el ordenamiento jurídico andino, para solucionar diferentes entre los Estados miembro de la CAN, entre los órganos o instituciones del Sistema Andino de Integración, entre éstos y terceros o entre particulares. Esta regulación se ha encontrado presente desde los mismos inicios del Acuerdo de Cartagena hasta las importantes modificaciones introducidas por el Protocolo de Cochabamba al Tribunal de Justicia de la CAN.

En este orden de ideas, no se puede desconocer cómo las normas del derecho comunitario andino están creando nuevos marcos jurídicos institucionales para el arbitraje, dentro de los procesos de integración comerciales subregionales en el área andina, con carácter vinculante para todos los sujetos destinatarios del derecho ordenamiento jurídico andino (Estados, órganos e instituciones comunitarias y personas naturales y jurídicas de derecho privado) participes en el ejercicio de las diferentes libertades económicas comunitarias.

En este mismo sentido, se pueden concluir que los órganos jurisdicciones y administrativos de la CAN tienen competencias para ejercer funciones en relación con el arbitraje en el marco comunitario. Es así como, los órganos comunitarios, en especial, el TJCAN o la Secretaría General, pueden ejercer competencias reglamentarias o jurisdiccionales o administrativas en esta materia (ante la necesidad de reglamentar el tema o con ocasión de la interposición acciones, recursos o inicio de procedimientos consagrados en la normativa comunitaria).

En el presente acápite, además de presentar conclusiones, no pueden dejar de formularse inquietudes en relación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CAN en el proceso 03-AI-2010 y los efectos sobre el arbitraje en el Estado colombiano.

i) La forma como el TJCAN amplio el alcance de la expresión "jueces nacionales" contenida en el Protocolo de Cochabamba a los tribunales arbitrales, en el entendido que ambos son órganos jurisdiccionales de administración de justicia, pero unos permanentes y los otros de manera transitoria.
ii) Así mismo, la manera como el TJCAN considera que los tribunales arbitrales deben dar lugar a la aplicación de normas del derecho comunitario, en especial, de normas de carácter procesal, en la medida que también están facultados para formular solicitudes de interpretación

prejudicial, frente al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

iii) La forma como el TJCAN considera que el las normas procesales que obligan a la consulta en la interpretación prejudicial deben ser aplicadas para salvaguardar el principio fundamental del debido proceso dentro del derecho comunitario andino, so pena de los efectos jurídicos consagrados en el mismo ordenamiento comunitario.

iv) La forma como el TJCAN y la Secretaría General, según sea el caso, se convierten en órganos comunitarios a los cuales se pude acudir, interponiendo acciones, recursos o procedimientos para demandar la aplicación o interpretación o su respectivo control de y sobre las normas del derecho comunitario andino, con carácter vinculante frente a los tribunales arbitrales.

La gran pregunta, a manera de conclusión, que cabe formularse para ser desarrollada con seguridad en otro escrito, frente a todas estas inquietudes en materia de arbitraje comercial internacional es: ¿estamos frente a un nuevo orden público comunitario o frente a un nuevo principio del orden público en el derecho colombiano?

Bibliografía

Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985.

Convención de Viena del 21 de marzo de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales, aprobada por la Ley 406 del 24 de octubre de 1997.

Corte Constitucional de Colombiana Sentencia C 400-98, de 10 de agosto de 1998,

A/CN. 4/101, Art. 3, Ann. CDI. 1956-II.

Protocolo Modificatorio del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

BOULOUIS, Jean., Droit institutionnel des Communautés Européennes, 4 édition. Nontchrestien, 1993, p. 171 y 173.

BOULOUIS, Jean, Droit institutionnel des Communautés Européennes, Nontchrestien, 4 edition, 1993, p. 173.

Tratado de Montevideo de 1980, firmado el 12 de agosto de 1980, el cual fuera aprobado por la Ley 45 del 6 de mayo de 1981.

Protocolo de Sucre, aprobado por la ley Colombia colombiana mediante la Ley No. 458 del 4 de agosto de 1998.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 154-99 de 10 de marzo de 1999.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 227-99, de 14 de abril de 1999.

TJCAN procesos Nos. 01-IP-89, 04-IP-94, 06-IP-99, 97-IP-02, 141-IP-03, 143-IP-03, 20-IP-05, 136-IP-09, 23-IP-10 y 72-IP-10.

La aplicación extraterritorial de la seguridad social en el contexto de la Unión Europea

Adriana Camacho Ramírez*

Premisa

Después de la crisis mundial que caracterizó la década de 1970 se dio la necesidad de darle un nuevo vigor a la cooperación europea. El impulso decisivo, después de variados intentos normativos, llega de la Comisión de Delors, que en junio de 1985 presenta el *Libro blanco para el mercado interno*. En este documento se analizan los obstáculos que se interponen entre la unión económica de los Estados comunitarios y se enunciaban las propuestas para superarlos. Los tres objetivos principales del programa eran: 1. integrar los mercados nacionales para transformarlos en un inmenso mercado único; 2. expandir este mercado único al mundo; 3. garantizar la flexibilidad que se necesita para canalizar los recursos humanos y financieros buscando su utilización optimal[1]. Las soluciones individuadas en el *Libro blanco* fueron la base para la adopción del Acto Único Europeo firmado en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. El objetivo más importante del Acto Único era, antes del 31 de diciembre de 1992, la realización del mercado único, es decir de un espacio sin fronteras internas en las cuales fuera asegurada la libre circulación de las mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales.

* Abogada de la Universidad del Rosario. Abogada de la Universitá degli Studi di Milano (Italia). Maestría en Derecho Laboral y Administración del Personal en la Universitá Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Italia). Profesora de Carrera y miembro del grupo de investigación de derecho privado de la Universidad del Rosario. adriana.camacho@urosario.edu.co

[1] SIMONETTA, Gerli. Compendio di Diritto dell'Unione europea, Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione. Nápoles: Ed. Giuridiche Simone, 2010, p. 15.

Con el Tratado de Maastricht firmado el 7 de noviembre de 1993 (TUE) se desarrolla el proyecto de la integración europea y se da pie a la construcción de una verdadera federación. Como se había establecido en el Tratado de Maastricht, los jefes de estado y de gobierno de los Estados miembros se reunieron para hacer sus consideraciones de lo que se debía o no modificar al TUE. El Consejo decide el 18 de junio de 1997 en Ámsterdam incluir varias modificaciones en el campo institucional, en la política exterior y en el ámbito de la política social comunitaria se abre un enorme empeño en los temas de la promoción del empleo y de la ocupación, entre otros aspectos. Con el Tratado de Niza del 26 de febrero de 2001 se dota a las instituciones de procedimientos decisionales más simples y expeditos, previendo un futuro alargamiento de los Estados que harían parte de la Unión (los Estados miembro eran 15).

El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, que modifica el Tratado sobre la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), hoy denominado Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), entra en vigencia el 1 de diciembre de 2009. Con el Tratado de Lisboa la Europa de los 27[2] países se renueva, incluyendo una intensa modificación al aparato institucional y administrativo de la Unión. No se habla más de una Unión Europea (ya el término Comunidad Europea se había eliminado, aunque aún hoy es el término más utilizado), sino de la Unión, como único sujeto jurídico. El concepto de mercado interno ha sustituido la noción de mercado común utilizada en los anteriores Tratados, con el fin de asimilarlo cada vez más a la noción de un mercado nacional. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[3] defiende y fomenta los valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos al interno de la Unión, intenta reforzar la protección de los derechos fundamentales con base en el progreso social y avances tecnológicos y científicos. La Unión defiende la identidad de nacional de los Estados miembros y trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento.

---

[2] Actualmente los países miembro integrantes de la Unión son veintiocho (28), incluyendo la adhesión de Croacia desde el primero de julio de 2013. Diario Oficial de la UE, C 165E/20, 11.06.2013.

[3] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del 12 de diciembre de 2007, preámbulo. Este documento separado y anexo a los Tratados TUE y TFUE está vinculado jurídicamente a éstos para todas las instituciones europeas.

Introducción

La supresión de las barreras impuestas a la libre circulación de los trabajadores, mercancías, capitales, y servicios, eje de la economía de la UE sumadas al fenómeno internacional de la trasnacionalidad de los contratos de trabajo junto con la cada vez más frecuente globalización de las economías y apertura de las fronteras a los intercambios comerciales, han modificado notablemente los sistemas internos de las relaciones laborales. Así, cuando el trabajador cambia el espacio territorial en el cual presta su servicio personal, característica fundamental de una relación de trabajo, desplazándose a otro país comunitario o extracomunitario, pueden sucederse distintos conflictos laborales así como conflictos relativos a la concurrencia de más de un ordenamiento jurídico y órgano jurisdiccional competente para la solución.

En el mundo y al interno de la Unión, surge la figura de la movilidad geográfica internacional de los trabajadores. El uso de esta figura garantiza un mayor equilibrio entre demanda y oferta en el mercado local del trabajo; una localización más eficiente de los recursos del territorio y finalmente responde al deseo del trabajador de vivir en una ciudad que garantiza mejores oportunidades profesionales y una más elevada calidad de vida[4].

El mercado europeo del empleo y la ocupación puede funcionar si los ciudadanos se trasladan sin problemas de un país a otro garantizando la libre circulación de los trabajadores, pero este hecho puede verse alterado o limitado por la no concurrencia o exigibilidad de la seguridad social del trabajador. En el ámbito de la protección social, concepto que va más allá del de seguridad social, esta problemática adquiere una dimensión propia. El carácter territorial de los sistemas estatales de seguridad social, ha debido acomodarse al fenómeno de la trasnacionalización del contrato de trabajo generando conflictos en un marco socio económico que ve participantes no solo a las dos partes del contrato (empleador y trabajador), sino a los mismos Estados encargados de la afiliación, recolección de cotizaciones y prestación de los enunciados de la protección social.

El presente artículo no trata del "elemento extranjero" que produce dudas en cuanto a cuál norma de distintos ordenamientos nacionales aplicar frente a conflictos que surjan en una contratación laboral, sino que se centra específicamente en la materia de la relación laboral y de la protección social para los

[4] MOCETTI, Sauro e PORELLO, Carmine. La mobilitá del lavoro in Italia: nuove evidenze sulle dinamiche migratorie. En: Revista Questioni di Economia e Finanza. enero, 2010, no. 61, p. 5.

ciudadanos de la Unión que se movilizan al interno del territorio de la misma Unión Europea.

La movilidad al interno del territorio de la Unión

Los Estados miembro conocen la necesidad de promover el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores, la armonización de los sistemas sociales y el acercamiento de las legislaciones nacionales en la medida justa para hacer funcionar el mercado interno[5]. La libre circulación de los trabajadores, pilar fundamental de todo este sistema de la Unión, opera en cuatro distintas hipótesis que se enuncian en el artículo 39 del Tratado de Roma[6]. La primera es la de "a) de responder a ofertas efectivas de trabajo" que se puede analizar más completamente con la "b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembro".

Es decir, una primera gran conclusión no es salir del propio Estado nacional para buscar trabajo en otro Estado miembro, sino que la aplicación de la regla de la libre circulación debe entenderse cuando la persona se moviliza en el territorio de otro Estado miembro cuando ya ha encontrado dicho trabajo. La anterior deducción responde a la palabra "efectiva" del literal a del artículo 39.

La tercera hipótesis que se encuentra en el Tratado es "c) de residir en uno de los Estados miembro con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales". Bien sea que la relación laboral surja desde el inicio en otro Estado miembro o porque comienza en un Estado miembro y posteriormente pasa a desarrollar su actividad laboral más allá de las fronteras del Estado cuyo ordenamiento jurídico regía su contrato de trabajo hasta ese momento. Para algunos autores se produce un "desplazamiento en el empleo[7]" que convierte una relación laboral ordinaria en internacional[8].

---

[5] El mercado interno se sustancia en la realización de un espacio sin fronteras internas, en el cual se asegura la libre circulación de las mercancías, la libre circulación de las personas (y entre estas la de los trabajadores), de los servicios y de los capitales, en conformidad con el art. 26 TFUE. Sobre este punto, la Unión adopta las medidas necesarias para eliminar los obstáculos de naturaleza técnica, jurídica o burocrática que pueda impedir el disfrute de estos derechos. SIMONETTA. Op. cit., p. 230.

[6] Tratado constitutivo de la comunidad europea. Roma. 25 de marzo de 1957. Art. 39.3.

[7] Expresión acuñada por LYON-CAEN, G. Les relations de travail internationales. Paris: Editions Liaisons, 1991, p. 17. Citado por CORREA Carrasco, Manuel. La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, Universidad Carlos III de Madrid. p. 19.

[8] CORREA. Ibíd.

La cuarta y última hipótesis es "d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión".

En todos los casos, la legislación de la Unión ha procurado establecer un estándar equitativo en lo que respecta al tema de seguridad social, en procura de que sea factible acumular los periodos laborados en cualquiera de los países miembros, con el fin de que el principio rector de la libre circulación de trabajadores en la UE, no esté desprovisto de garantías que impidan su desarrollo.

Protección social en el marco de la UE

Los sistemas de protección social que tienen como sus destinatarios materiales los seres humanos, parten de decisiones políticas bajo la responsabilidad de la sociedad y del Estado, siendo el Estado el garante y ejecutor final de todas estas políticas de reglas sociales que buscan el bienestar individual y social haciendo efectiva la dignidad del ser humano en la colectividad[9].

Estos propósitos de un sistema de protección social tienen la direccionalidad de ser preservados aún si se modifica el espacio territorial en donde se han adquirido o está en camino de adquirirse, garantizando que la movilidad de los trabajadores sea completa y no limitada solo a las normas del derecho individual del trabajo.

Naturalmente el propio sistema de seguridad social o de protección social debe proyectarse más allá de sus fronteras y la sociedad internacional debe prestar atención a la materia. En el plano internacional, los mayores esfuerzos han sido encaminados a articular técnicas de coordinación de sistemas que, permanecen nacionales. Así, los sistemas públicos de seguridad social de cada Estado miembro se coordinan para su aplicación a las situaciones internacionales, y aunque se trata en verdad de sistemas públicos, su coordinación se realiza mediante el diseño e implementación de técnicas de derecho internacional privado, básicamente mediante las denominadas normas de conflicto[10].

Disponible en Internet: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf

[9] CORTÉS González, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Primera edición. Bogotá: Legis, 2009, p. 15.

[10] GÓMEZ Abelleira, Francisco Javier, La seguridad social de los trabajadores desplazados al Extranjero por sus empresas, p. 466, Universidad Carlos III de Madrid. Investigación apoyada por el Ministerio

La Unión Europea, y en general la comunidad internacional, ha tenido presente la necesidad de los trabajadores que se movilizan de un Estado a otro, de mantener los derechos derivados de la protección social. Como muestra de ello la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio 157[11] enuncia bases normativas para la conservación de los derechos en materia de seguridad social, el Convenio 102 sobre la seguridad social y el Convenio 118 sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social.

Es importante afirmar que el principio de territorialidad constituye la regla general. No en vano, estamos ante un sistema que se configura como un servicio público y ante un orden normativo de derecho público, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe, normalmente, a un determinado Estado o territorio. Tratándose de normas imperativas, difícilmente pueden obligar más allá de las fronteras de un Estado[12].

La seguridad social de la Unión, está basado en los siguientes principios:

1. Principio de igualdad de trato.
2. Principio de unicidad de la legislación aplicable.
3. Principio de exportación de Principio de conservación de los derechos.
4. Principio de conservación de los derechos en curso de adquisición, que se manifiesta en la totalización de los períodos de cotización o de residencia.
5. Principio de *prorrata temporis*.
6. Colaboración administrativa.
7. Acumulación de prestaciones.

El primero de estos principios consiste en la igualdad de trato o la prohibición de cualquier discriminación entre trabajadores ciudadanos de otro Estado miembro y sus propios trabajadores nacionales. La regla de la unicidad de la legislación aplicable, consiste en que a cada trabajador se le aplicará solo y

---

de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Disponible en Internet: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf

[11] OIT. Convenio 157 de 21 de junio de 1982. Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social.

OIT. Convenio 102 de 1952 sobre Seguridad Social.

OIT. Convenio 118 de 1962 sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

[12] CORREA. Op. cit., p.11.

únicamente una legislación en su totalidad, y no varias legislaciones aplicadas parcialmente. La razón de ser de este principio es el de evitar la doble tributación.

El principio de la exportabilidad de las prestaciones o de la transferencia, como supresión de la cláusula de residencia[13], significa que la institución gestora de la seguridad social de cada país deberá pagar las pensiones y otras prestaciones de la seguridad social en cualquier lugar del territorio comunitario, con la observación de que este pago no podrá ser condicionado al requisito de la residencia del trabajador en dicho país.

El principio de la totalización de los periodos de contribución, consiste en que el trabajador sumará todos sus periodos de cotización como si hubiese cotizado solo en un estado, gracias a una coordinación mutua entre las bases de datos de los sistemas nacionales que se han fusionado para beneficio de los trabajadores migrantes en un único sistema de seguridad social europeo[14]. Como medio para efectivizar este último principio se recurre al prorrateo, llamado también cálculo proporcional al tiempo cotizado, que evita los problemas que puedan derivarse de la movilidad transnacional del trabajador, sumando las cotizaciones realizadas en cada país a *prorrata temporis* del periodo trabajado en cada uno de los estados que serán responsables del pago parcial de la pensión de este trabajador. Así, el reconocimiento de la pensión le corresponde a un solo Estado, pero deben contribuir a sufragarla todos los Estados que se han involucrado en la recaudación de tales cotizaciones o que han sido tenidos en cuenta para el cálculo de la citada prestación, en una cuantía proporcional a los periodos de cotización en ese país.

La acumulación de todos estos periodos cotizados y presos en consideración por las distintas legislaciones nacionales y el pagamento de las prestaciones a las personas residentes en el territorio comunitario, contempla más que una coordinación, una armonización de la materia de seguridad social de los Estados miembro con la consecuente armonización de los derechos de los trabajadores[15].

El principio de la colaboración administrativa es sencillamente un mecanismo necesario para el funcionamiento efectivo de todo este sistema de seguridad social, pues es la cooperación entre las autoridades e instituciones competentes de cada Estado concretizado en la ayuda recíproca; el intercambio de informa-

[13] Entonces, el lugar de residencia del beneficiado de la prestación se considera indiferente para la obtención de los beneficios (siempre que sea residencia comunitaria).

[14] TRAVERSA, Enrico. Globalización laboral y de la seguridad social. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 71.

[15] Tribunal de Justicia, sentencia del 15 de enero de 1986, Causa 41/84 (Pinna-Caisse), p. 24.

ción; la coordinación financiera; la igualdad de trato en materia fiscal; la colaboración técnica, mediante la creación de oficinas de enlace, encargadas de la coordinación de las instituciones competentes de ambas partes en la aplicación de los reglamentos. Para facilitar la aplicación de los reglamentos comunitarios, se crean dos organismos especializados: La Comisión Administrativa y el Comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social[16].

Por último, el principio básico de la prohibición de la acumulación de las prestaciones homogéneas en el mismo periodo asegurado tiene el objetivo de impedir que a causa de las distintas disciplinas nacionales el trabajador migrante pueda conseguir una acumulación injustificada de prestaciones[17].

La normativa comunitaria en materia de protección social

Siendo el principio de la libre circulación uno de los motores fundamentales dentro de la Unión, bien presto se iniciaron a crear a la vida jurídica normativas que buscaban hacer efectivo este derecho, eliminando los obstáculos que pudieran limitarlo o desincentivar la movilidad transnacional de mano de obra, como por ejemplo la protección social que acompaña al trabajador en cualquier Estado miembro en donde preste su labor[18]. Así, normativamente y jurisprudencialmente, desde los tratados fundacionales (art. 51 del Tratado de Roma) se ha desarrollado este tema, con posteriores Reglamentos específicos para la materia de seguridad social, pero también en otro tipo de normativas como la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamientos temporales en el ámbito de la UE, entre otros. De ahí que los principales instrumentos normativos se inscribieran en los dos ejes básicos sobre los que se ha basado la política migratoria en este ámbito: la igualdad de trato y la conservación de derechos adquiridos y en curso

[16] Comisión Europea, Normativa Comunitaria p. 9. Disponible en Internet: http://www.uco.es/dptos/trabajo/Curso_Dcho_Soc_Com/Bloque%20IX/Normativa%20Comunitaria%20de%20Seguridad%20Social.pdf

[17] ROCCELLA, Massimo y TREU Tiziano. Dirittto del lavoro della Comunitá Europea. Padova: Ed. Cedam, 2009, p. 151.

[18] El Tribunal de Justicia de la UE, repetidamente en su jurisprudencia ha indicado que "si los trabajadores, como consecuencia del ejercicio del libre derecho de circulación, tuvieran que ser privados de las ventajas de las prestaciones sociales garantizadas por la ley de un Estado miembro" o encontrarse "en una situación menos favorable jurídicamente en el campo de la seguridad social", "podría ser disuadida del ejercer el derecho garantizado por los Tratados respecto a esa libre circulación".

Tribunal de Justicia, sentencia del 25 de febrero 1986 Causa 284/84 (Spruyt) p. 699; sentencia del 9 de junio 1964, Causa 92/63 (Nonnenmacher) p. 569; sentencia del 20 de septiembre de 1994, Causa 12/93 (Drake) p. 4337.

de adquisición. La consecución de tales objetivos se tradujo técnicamente en normas de coordinación (o de armonización en concepto del Tribunal de Justicia) y de determinación de la ley aplicable (principio de "unicidad") que, en última instancia, propiciaban la necesaria seguridad jurídica que demandaban los trabajadores inmersos en tales situaciones[19].

Para referirnos al marco de protección social que rige en la UE, debemos señalar que el primer antecedente que enmarca los denominados "derechos sociales" de los trabajadores, es precisamente la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que se adopta en 1989 en la Cumbre de Estrasburgo, por la necesidad de que la dimensión social estuviera presente en el ámbito de las actividades laborales encaminadas a instaurar en la Comunidad Europea un mercado único[20].

De esta forma, la aludida Carta Comunitaria, establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral y, de forma más general, el lugar que ocupa el trabajo en la sociedad, sin olvidar las prestaciones sociales Así, en sus artículos 1 al 26, encontramos la normatividad comunitaria para la libre circulación, la retribución, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la protección social, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, consulta y participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el medio ambiente de trabajo, y la protección de niños, adolescentes, tercera edad y minusválidos.

En este sentido y para efectivizar los principios sociales consagrados para los trabajadores, el Tratado de Ámsterdam en el año de 1992 incorpora el Acuerdo sobre Política Social que conduce a que los Estados miembro realicen un derecho uniforme aplicable a todos ellos[21]. En ese marco, se instituye la libre circulación de los trabajadores en planos de igualdad, principio que también se predica para la adopción de medidas de seguridad social, a través de las cuales se

---

[19] Europa, Los regímenes de seguridad social y la libre circulación de personas: modalidades de aplicación, Síntesis de la legislación de la UE, p. 43. Disponible en Internet: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_protection/c10516_es.htm

[20] Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Estrasburgo 9 de diciembre de 1989.

[21] HERRERA DÍAZ, José Roberto. La aplicación de las normas laborales en el espacio. Tesis para optar por el título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Departamento de Derecho Laboral, 2004, p. 89.

permita computar los periodos trabajados en todos los países comunitarios para la "adquisición, cálculo y conservación de las prestaciones de los trabajadores migrantes y de sus derechohabientes, que ha de pagarse cualquiera que sea la residencia del beneficiario dentro de los Estados miembro"[22].

Sin embargo, la normativa más importante por ser la más específica son los Reglamentos que se han expedido en materia de protección social. Es menester señalar que en el marco de la Unión, para efectos del cómputo de los periodos de seguridad social, se debe tomar la noción de persona asegurada[23] que, además de incluir la categoría de trabajadores asalariados[24], comprende la de otros trabajadores vinculados no a través de contrato de trabajo sino con otra clase de contratación, como los profesionales autónomos vinculados a través de una relación civil o comercial[25].

La UE con el fin de simplificar la armonización o coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, ha adoptado en su desarrollo una serie de reglamentos que pretenden regular los regímenes de seguridad social entre los Estados miembro buscando el efectivo derecho de la libre circulación de personas.

El Reglamento no. 1408/1971[26]enuncia a favor de los trabajadores migrantes el sistema de coordinación de la seguridad social entre los Estados miembros, utilizando la técnica del mutuo reconocimiento entre estados y de la desnacionalización de las propias leyes de protección social[27]. Desde el año 1971 y durante el transcurso del tiempo, este Reglamento vivió una serie de modificaciones sobre todo influenciado por la basta jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por la evolución del régimen jurídico de la Unión. Así las cosas, el Parlamento europeo y el Consejo adoptan el Reglamento no. 883/2004 que constituye la nueva disciplina de la coordinación del sistema de seguridad social entre los países miembro y se le reconoce que es una normativa que mejoró las obligaciones de cooperación efectiva sobre todo entre las administradoras del sistema de cada país.

---

[22] Tratado de Roma, 1957, Art. 5.1; Tratado de Ámsterdam, 1997, Art.42.

[23] Ver Art. 2 del Reglamento 1408/71 del 14 de junio de 1971

[24] SEMPERE NAVARRO. Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal. En: FERNÁNDEZ DE MATA (Dir.). Seguridad social internacional. Madrid: CGPJ, 1998, p. 147.

[25] CORREA. Op. cit.

[26] Reglamento no. 1408/1971 del 14 de junio de 1971.

[27] ROCELLA. Op. cit., p. 147.

La coordinación de todas estas normas de protección social se ha denominado Normativa Comunitaria de Coordinación, y desde el 1 de mayo de 2010, el derecho de coordinación está constituido por el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los sistemas de seguridad social, como "reglamento base", reformado parcialmente mediante el Reglamento no. 988/2009, de 16 de septiembre y el Reglamento no. 987/2009, de 16 de septiembre, que adopta las normas de aplicación del Reglamento no. 883/2004, como "Reglamento de aplicación"[28].

El Reglamento no. 883 confirma los principios básicos y los elementos esenciales del Reglamento no. 1408/71, pero muestra con mayor claridad y más ampliamente la gama de principios que rige la seguridad social de los trabajadores que se movilizan al interno de la Unión Europea. Además, amplía el ámbito de la aplicación subjetivo y objetivo, como se analizará a continuación.

Inicialmente solo los trabajadores subordinados (vinculados a través de un contrato de trabajo) eran beneficiarios del régimen coordinado de seguridad social inter Estados comunitarios. Desde el año 1981 de extendió dicho ámbito subjetivo también a los trabajadores autónomos o independientes a través de los reglamentos no. 1390 y no. 3795[29].

El ámbito de aplicación subjetivo de los Reglamentos de coordinación viene enunciado por el artículo 2 del Reglamento no. 883/2004 de la siguiente manera:

1. a las personas nacionales de cualquiera de los Estados miembro y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites.
2. a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de

[28] COMISIÓN EUROPEA, Normativa Comunitaria. Op. cit., p. 2.

[29] Reglamento no. 1390 del 12 de mayo de 1981 por el cual se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento no. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores asalariados y a su familia que se desplacen dentro de la comunidad.

El Reglamento no. 3795 de 1981 del 8 de diciembre de 1981 por el cual se amplían derechos a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia.

los Estados miembros o apartidas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros[30].

El Reglamento no. 859/2003[31], amplió el ámbito subjetivo de los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social a los nacionales de terceros países, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes que hasta ese momento no estuvieran cubiertos por la coordinación comunitaria debido a su nacionalidad, siempre que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos (trabajo, residencia, familia) no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro. Esta norma, y sus referencias al Reglamento no. 1408/71, se mantienen en vigor en tanto no sea objeto de derogación o modificación específica[32].

Respecto al ámbito de aplicación objetivo de los Reglamentos de coordinación y siguiendo las indicaciones del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, se aplicará el contenido mínimo en materia de seguridad social pero se amplía el catálogo con introducción de las prestaciones de prejubilación y de paternidad. La prestación de gran invalidez, es decir, aquella concedida a favor de quien tenga necesidad de la ayuda de un tercero para cumplir los actos cotidianos de la vida, no se encuentra en el Reglamento, pero se ha reconocido por vía jurisprudencial[33]. De otro lado, quedan excluidas del régimen comunitario dos tipos de prestaciones, la primera es la asistencia social y sanitaria mientras que la segunda está conformada por todas aquellas prestaciones individuales y acogidas voluntariamente por cada uno de los Estados miembros como la que responsabiliza a un país por los crímenes de guerra cometidos en su territorio.

Es decir, se deberá atender las siguientes prestaciones:

1. De enfermedad, maternidad y paternidad.
2. De invalidez (y jurisprudencialmente el de gran invalidez).
3. De vejez.

---

[30] Reglamento no. 883 de 29 de abril de 2004 sobre la Coordinación de los temas de Seguridad Social.

[31] Reglamento no. 859/2003 de 14 de mayo de 2003 por el cual se amplían las disposiciones del Reglamento no. 1408/71 y del Reglamento no. 574/72a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

[32] COMISIÓN EUROPEA. Op. cit., p. 9.

[33] Tribunal de Justicia, Sentencia 160/98 del 5 de marzo 1998, Causa 160/98 (Molenaar), p. 483.

4. De supervivencia.
5. De accidente de trabajo y de enfermedad laboral.
6. De defunción.
7. De desempleo o desocupación.
8. De prejubilación.
9. De prestaciones familiares.

El Reglamento no. 883, es mucho más claro los principios sobre los cuales los Estados miembros deben soportarse. Así, aparte de los principios de unicidad, exportabilidad de las prestaciones y totalización de los periodos de contribución (ya analizados con anterioridad), se encuentran los principios básicos de igualdad de trato y no discriminación. Si bien existen reglamentos posteriores, estos simplemente modifican o adicionan los anexos de los Reglamentos no. 883/2004 y el no. 574/72, y no introducen una modificación significativa del régimen de protección social extraterritorial.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tiene la competencia para asegurar el respeto de los derechos a través de controles jurisdiccionales y además tiene la importante función de interpretar el derecho de la Unión.

Con respecto al tema de la libre circulación de los trabajadores, el Tribunal establece qué se debe entender por trabajadores subordinados para poder aplicar los derechos que se derivan de la protección social de la Unión, en las célebres sentencias Unger, Causa 75/63 del 19 de marzo de 1964; Levin, Causa 53/81 del 23 de marzo de 1982 y Lawrie-Blun, Causa 66/85 del 3 de julio de 1986, en donde después de una serie de enunciados cada vez más progresistas se determina que la noción de trabajador debe ser definida con base en criterios objetivos que caracterizan la relación de trabajo teniendo en cuenta que la característica esencial es que la persona preste el servicio, por un cierto periodo de tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta última, prestación personal del servicio por el cual recibirá en contraprestación una retribución.

Al respecto de la transnacionalidad de estos trabajadores y de la ley laboral aplicable, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha proferido diferentes pronunciamientos, en los cuales ha señalado, entre otras, la importancia del reconocimiento de las prestaciones sociales a los trabajadores comunitarios

migrantes cualquiera sea el Estado en el que esté prestando su servicio o desarrollando su labor.

De esta manera, debe traerse a colación la sentencia del 12 de junio de 1986, Causa 302/84 (Ten Holder), en donde el TJCE señala enfáticamente que un trabajador migrante europeo no puede estar desprovisto de protección social por parte de los Estados miembro, ya sea el de residencia o en el que se esté ejecutando el trabajo o prestando el servicio. Como consecuencia de este pronunciamiento se estimó necesario introducir una nueva letra f) en el apartado 2 del artículo 13 del Reglamento no. 1408/71, para que se defina la legislación aplicable a las personas a las que deja de ser aplicable la legislación de un Estado miembro, sin que la legislación de otro Estado miembro les sea aplicable[34].

El objetivo de volver practicable concretamente la libre circulación de los trabajadores está repetidamente enunciado por el Tribunal en distintos pronunciamientos. Con la sentencia del 25 de febrero de 1986, Causa 284/84 (Spruyt); sentencia del 9 de diciembre de 1993, Causa 45/92 (Lepore); sentencia del 22 de noviembre de 1995, Causa 433/93 (Vougioukas), el Tribunal de Justicia reconoce que los trabajadores como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación, no podrán ser privados de las ventajas de la protección social garantizados a ellos en las leyes de un Estado miembro. Enunciaciones que se vuelven a consagrar, entre muchas otras, en las sentencias del 12 de septiembre de 1996, Causa 251/94 (Lafuente Nieto); sentencia del 17 de diciembre de 1998, Causa 153/97 (Grajera Rodríguez); y la sentencia del 9 de agosto de 1994, Causa 406/93 (Reichling), que señalan que los trabajadores migrantes no deben perder los derechos a las prestaciones de Seguridad Social ni sufrir una reducción de su cuantía por haber ejercido el derecho a la libre circulación.

La sentencia del 7 de marzo de 1991, Causa10/90 (Masgio) enuncia que no se admite que las desigualdades de trato entre trabajadores sedentarios y migrantes en el cálculo de una pensión de jubilación al amparo del Reglamento no. 1408/71 puedan "justificarse por las dificultades prácticas que puedan encontrar las instituciones de seguridad social a la hora de calcular el derecho a prestaciones".

El objetivo de los artículos 48, 49 y 50 del Tratado CE y 51 del Tratado no se alcanzaría si, como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circu-

[34] Domar Fran eg-domstolen, disponible en Internet: http://www.skatteverket.se/download/18.18e1b10334ebe8bc8000115074/domar

lación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de seguridad social que les concede la legislación de un Estado miembro, en particular cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que aquellos pagaron. En este contexto, el legislador comunitario puede adoptar disposiciones por las que se introduzcan excepciones al principio de la exportabilidad de las prestaciones de seguridad social.

Bibliografía

Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 12 de diciembre de 2007.

Comisión Europea. Normativa Comunitaria. Disponible en Internet: http://www.uco.es/dptos/trabajo/Curso_Dcho_Soc_Com/Bloque%20IX/Normativa%20Comunitaria%20de%20Seguridad%20Social.pdf

CORREA Carrasco, Manuel. La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en Internet: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la protección social. Primera edición. Bogotá: Legis, 2009.

Europa. Los regímenes de seguridad social y la libre circulación de personas: modalidades de aplicación, Síntesis de la legislación de la UE. Disponible en Internet: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_protection/c10516_es.htm

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. La seguridad social de los trabajadores desplazados al Extranjero por sus empresas. Universidad Carlos III de Madrid. Investigación apoyada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Disponible en Internet: http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf

HERRERA DÍAZ, José Roberto. La aplicación de las normas laborales en el espacio, Tesis para optar por el título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Departamento de Derecho Laboral, 2004.

MOCETTI, Sauro e PORELLO Carmine. La mobilitá del lavoro in Italia: nuove evidenze sulle dinamiche migratorie. En: Revista Questioni di Economia e Finanza. enero, 2010, no. 61, p. 5.

OIT. Convenio 102 de 1952 sobre Seguridad Social.

OIT. Convenio 118 de 1962 sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

OIT. Convenio 157 de 21 de junio de 1982. Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social.

Reglamento no. 1390 del 12 de mayo de 1981 por el cual se amplía a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento no. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores asalariados y a su familia que se desplacen dentro de la comunidad.

Reglamento no. 1408 del 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

Reglamento no. 3795 del 1981 del 8 de diciembre de 1981 por el cual se amplían derechos a los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia.

Reglamento no. 859 del 14 de mayo de 2003 por el cual se amplían las disposiciones del Reglamento no. 1408/71 y del Reglamento no. 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas.

Reglamento no. 883 de 29 de abril de 2004 sobre la Coordinación de los temas de Seguridad Social.

Reglamento no. 1408 del 14 de junio de 1971

ROCCELLA, Massimo y TREU Tiziano. Dirittto del lavoro della Comunitá Europea, Padova: Ed.Cedam, 2009.

SEMPERE NAVARRO. Problemas aplicativos de los reglamentos comunitarios: perspectiva doctrinal, seguridad social internacional. Madrid: CGPJ, 1998.

SIMONETTA GERLI. Compendio di Diritto dell'Unione europea, Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione. Nápoles: Ed. Giuridiche Simone, 2010.

Tratado de la Unión Europea, Maastricht, 7 de febrero de 1992.

Tratado de Ámsterdam, Ámsterdam, 2 de octubre de 1997.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Roma, 25 de marzo de 1957.

TRAVERSA, Enrico. Globalización laboral y de la seguridad social. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 5 de marzo 1998, Causa 160/98 (Molenaar).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 25 de febrero 1986 Causa 284/84 (Spruyt).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 9 de junio 1964, Causa 92/63 (Nonnenmacher).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 20 de septiembre de 1994, Causa 12/93 (Drake).

Tribunal de Justicia, sentencia del 15 de enero de 1986, Causa 41/84 (Pinna-Caisse).

Sumario

Presentación ..... **xi**
Antonio Aljure Salame

Prólogo. La gran influencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra en el derecho internacional en la Universidad del Rosario ..... **xv**
Ricardo Abello-Galvis

Biografía y Bibliografía de Marco Gerardo Monroy Cabra: Juez, Dignatario y Maestro del derecho internacional ..... **xix**
Ricardo Abello-Galvis y Walter Arévalo-Ramírez

Reconocimiento a su vida y a su obra bibliográfica xix
El juez xx
El Dignatario xxi
El Maestro xxi
Asociaciones académicas y condecoraciones xxii
Capítulos de Libro xxiv
Artículos xxiv
Anuario Colombiano de Derecho Internacional xxiv
Revista del Rosario xxiv
Revista Estudios Socio-Jurídicos xxv
Revista Cancillería de San Carlos xxv
Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia xxv
The American University Law Review xxvi
Revista Javeriana xxvi
Estudios en Libros Homenaje a Juristas Destacados a Nivel Internacional xxvi
Anexo: Obra bibliográfica (libros) xxvii

Derecho Internacional Público

La costumbre como fuente del derecho internacional: Una caja de Pandora imposible de cerrar 3
Ricardo Abello Galvis
Introducción 3
Marco general 4
Aproximaciones al concepto de costumbre en derecho internacional 8
Concepto general de la costumbre internacional 10
Elementos de la costumbre 11
Elemento material 12
Opinio juris (elemento subjetivo) 14
Tipos de costumbre 16
Universal 17
Regional 18
Bilateral o local 18
Efectos de la costumbre 20
Declarativo 20
Cristalizador 21
Constitutivo o generador 21
Objetor persistente (*Persistent objector*) 21
Conclusiones 23
Bibliografía 24
Tratados 24
Documentos 24
Jurisprudencia colombiana 24
Jurisprudencia Internacional 24
Corte Internacional de Justicia 24
Decisiones judiciales 24
Opiniones consultivas 25
Corte Permanente de Justicia Internacional 25
Corte Centroamericana de Justicia 25
Tribunales Arbitrales 26
Obras 26
Contribución en obras colectivas 26
Revistas especializadas 28

Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: Las causales de exclusión de ilicitud, su contenido y escenarios de aplicación 29
Walter Arévalo-Ramírez
Festschrift - Nota gratulatoria 29
Introducción histórica a la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos 30
Metodología 34
Elementos esenciales de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos según el PRIE 34
Causales de exclusión de ilicitud frente a hechos internacionalmente ilícitos: escenarios de aplicación 38
El consentimiento 39
La legítima defensa 40
Las contramedidas 44
Fuerza mayor 45
Peligro extremo 47
Estado de necesidad 49
Las causales de exclusión de ilicitud frente al *ius cogens* y la consecuencia de la invocación de causales de exclusión 50
Conclusiones 52
Bibliografía 52
Libros, capítulos en libro, artículos de revista indexada 52
Documentación Oficial 54

Nationality v. Recognition: when Reality Collides with Law, what Prevails? 55
R.J. Blaise MacLean
Introduction 56
Part One: Nationality 58
(a) Definition 58
(b) The "Right" to a Nationality 59
(c) State Jurisdiction to Determine Nationality 61
(d) Analysis 64
Part Two: Recognition at International Law 65
(a) Statehood 65
(b) Theories of Recognition 67

(c) Withdrawal of Recognition 68
Part Three: Recognition and Internationality Illegality 68
(a) The Stimson Doctrine and Related Matters 69
(i) Academic Writing 69
(j) The League of Nations 70
(k) United Nations 71
(ii) Jurisprudence 74
Part Four: Self-Determination, Nationality and Recognition 78
(a) Republic of Georgia 78
(b) Tibet 81
Part Five: Conclusion and Assessment 84
Bibliography 86
Books and Government Documents 86
International Legal Instruments, Conventions, Treaties 86
Case Law 87
Articles 87

Apostillas sobre la solución de controversias en instrumentos internacionales relacionados con recursos naturales compartidos y medio ambiente suscriptos por la República Argentina 91
Ernesto J. Rey Caro
Bibliografía 105

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

La noción de los crímenes de lesa humanidad 109
Rafael Nieto Navia
Historia 109
Antecedentes 109
Convención sobre el genocidio 119
Convención sobre el Apartheid 120
Convención sobre imprescriptibilidad 120
Convenciones de Ginebra de 1969 y Protocolos 123
Los crímenes de lesa humanidad 123
Los actos cometidos por el perpetrador deben ser parte de ese ataque .. 128

El ataque debe estar dirigido contra la población civil 128
El ataque debe ser general o sistemático 129
El perpetrador debe conocer el contexto más amplio en el que sus actos ocurren y saber que son parte de tal ataque 130
La conexión con un conflicto armado 132
La jurisdicción universal 134
Conclusiones 138
Bibliografía 139
Decisiones judiciales 139
International Court of Justice 139
Tribunales ad hoc 139
Otras decisiones judiciales 140
Otros documentos internacionales 140
Otros documentos y web links 141
Libros y artículos 141

Los principios de autonomía y libre autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales en el derecho internacional 145
Juan Ramón Martínez Vargas y Andrés Contreras Fonseca
Planteamiento del problema 145
Autonomía de los pueblos indígenas 148
Aspectos generales de la autonomía de los pueblos indígenas 149
Multiculturalismo y pueblos indígenas 151
Libre autodeterminación de los pueblos 154
Reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en el derecho internacional 158
Instrumentos internacionales 158
Pronunciamientos judiciales y cuasijudiciales del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos 163
Comisión Interamericana de Derechos Humanos 163
Corte Interamericana de Derechos Humanos 166
Conclusión 170
Bibliografía 171
Doctrina 171
Instrumentos internacionales 172
Jurisprudencia Internacional 172
Comisión Interamericana de Derechos Humanos -CIDH 172
Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas 173

Corte Interamericana de Derechos Humanos – CORTEIDH 173
Jurisprudencia nacional 173
Legislación nacional 174
Medios de comunicación 174
Pronunciamientos de pueblos indígenas 174

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de protección de derechos humanos 175
Carlos Mauricio López Cárdenas
Nota introductoria 175
Instrumentos internacionales: marco jurídico interamericano 176
Las respuestas del sistema interamericano de protección de derechos humanos 180
Los primeros casos: el sistema de peticiones ante la Comisión IDH 180
Los primeros casos tramitados por el mecanismo de solución amistosa 183
Las medidas cautelares: el mecanismo de protección de la Comisión IDH 185
Las medidas provisionales: el mecanismo de protección de la CORTE IDH 187
Los casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 190
Conclusión: los desafíos del sistema interamericano 196
Bibliografía 197
Tratados e instrumentos internacionales 197
Resoluciones internacionales 200
Documentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 201
Casos contenciosos (sentencias) 201
Opiniones consultivas 201
Medidas provisionales 201
Documentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 202
Sistema de peticiones individuales 202
Medidas cautelares 203
Demandas presentadas por la Comisión IDH 203
Libros y artículos de revistas especializadas 203

El sistema europeo de protección de los derechos humanos: especial referencia al Consejo de Europa y su labor en este ámbito..... 205
María Isabel Torres Cazorla
Introducción 205
La protección de los derechos humanos, signo distintivo del Consejo de Europa 208
Los elementos básicos que conforman este marco de protección 210
El Convenio adoptado en Roma en 1950: una Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de la que todos los Miembros del Consejo de Europa forman parte 212
Breve referencia a los trabajos preparatorios del CEDH y su relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) 212
Los derechos reconocidos por el CEDH y los Protocolos de contenido normativo 213
Derechos que se reconocen al individuo en tanto que persona 214
Derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales de los que forma parte 215
Derechos encaminados a permitir que la persona pueda contribuir a la formación de los órganos del Estado y participar en sus actividades 215
Limitaciones, restricciones y ampliaciones del contenido de dichos derechos: la labor interpretativa realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) 218
Tiempos de mudanza: principales retos a los que debe hacer frente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 228
Bibliografía 231

Derecho Penal Internacional

El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar: ¿por qué la Corte Penal Internacional mantiene su examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?..... 239
Héctor Olasolo Alonso

Introducción: relevancia de la CPI en el marco de la comunidad internacional y principio de complementariedad 239
Aplicación del principio de complementariedad a través del análisis de admisibilidad de casos: consideraciones para afirmar la admisibilidad de los casos ante la CPI contra Germain Katanga, Joseph Kony y Jean Pierre-Bemba 246
La aplicación del principio de complementariedad a las situaciones objeto de examen preliminar, y la función de este examen en la promoción del actuar de las jurisdicciones nacionales y el fortalecimiento del estado de derecho 248
El examen preliminar de la situación en Colombia y el actuar de los órganos jurisdiccionales (2005-2012) 259
Análisis del fenómeno de la "parapolítica" en los hechos declarados probados por la Sala de Casación Penal y la SJP 263
Análisis del fenómeno de la "paraeconomía" en los hechos declarados probados por la Sala de Casación Penal y la SJP 269
El apoyo estratégico y logístico a los grupos paramilitares de sectores de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, servicios de inteligencia (DAS) y las administraciones públicas 281
Conclusiones del examen preliminar de la situación en Colombia y el actuar de los órganos jurisdiccionales nacionales 284
Conclusión 293
Bibliografía 294

Aportes de las salas de cuestiones preliminares de la Corte Penal Internacional en las solicitudes de apertura de investigación: situación de Kenia y de Costa de Marfil 297
Andrea Mateus Rugeles
Introducción 297
Activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional 298
Estándar de prueba en la solicitud de apertura de investigación 300
Criterios para autorizar la apertura de investigación 304
Fundamento razonable para creer (estándar de prueba) 304
Crimen de competencia de la Corte 304
Admisibilidad 306
Etapas en las que se estudia la admisibilidad 307
Casos potenciales 308
Gravedad 309

Interés de la justicia 311
Elementos contextuales de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra 311
Crímenes de Lesa Humanidad (CLH) 312
Ataque contra la población civil 312
Política de un Estado o de una organización 314
Carácter generalizado o sistemático del ataque 317
Nexo entre los actos individuales y el ataque (artículo 7.1 del ER y Elementos de los Crímenes) 318
Crímenes de Guerra (CG) 318
Conflicto armado de carácter no internacional 318
Nexo entre la conducta y el conflicto 320
Conocimiento de la existencia del conflicto armado 321
Bibliografía 321
Decisiones y jurisprudencia 321
Tratados y otros instrumentos internacionales 322

Derecho Internacional Económico

Hacia un concepto de "desarrollo" para el derecho internacional 325
Laura Victoria García Matamoros
La necesidad y la pertinencia del concepto de desarrollo integral y humano 332
El crecimiento económico como instrumento para el desarrollo 334
¿Para qué el desarrollo? Los factores humanos como medios y fines del desarrollo 336
Entre la "estadolatría"y la "estadofobia" 340
Entre la "mercadolatría" y la "mercadofobia" 346
Conclusiones 349
Bibliografía 350

El procedimiento para la solución de controversias en la OMC: Una lectura desde el mundo en desarrollo 353
Germán Burgos Silva Ph. D.
Introducción 353
El procedimiento del SSD de la OMC 356
La etapa de consultas 357

La etapa del grupo especial 360
La etapa de apelación 366
La fase de cumplimiento 369
Conclusiones 374
Bibliografía 375

Instrumentos internacionales de derechos socioeconómicos. Una revisión a partir de la realización judicial del derecho a la vivienda en Colombia 379
Yira López Castro
Aportes de los instrumentos universales en la construcción del derecho a la vivienda como fundamental para proyectar la vida privada y social de los individuos 380
La categoría "derechos sociales" en el discurso constitucional y en el sistema interamericano 383
Realización judicial de derechos sociales en situaciones de urgencia e indefensión y la aplicación de la Observación General no. 7 387
Conclusiones 391
Bibliografía 392
Jurisprudencia colombiana 393
Documentos 394

Derecho Internacional Privado

La nueva *Lex Mercatoria*: un derecho transnacional uniforme 397
Édgar Iván León Robayo
La globalización y la configuración de un derecho uniforme del comercio internacional 397
Una mirada al pasado: la *Lex Mercatoria* medieval 400
La resurrección de un concepto 404
Las fuentes de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Mercatoria* como fuente 406
Manifestaciones de la nueva *Lex Mercatoria* 407
La unificación normativa internacional 407
La unificación legislativa 408
La ley modelo de arbitraje de la CNUDMI 409
Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT 410

La unificación autónoma 413
La CCI 413
La FIDIC 414
La Comisión sobre Derecho Contractual Europeo 414
Aplicabilidad de la nueva *Lex Mercatoria* por las partes en sus contratos 415
El derecho arbitral internacional 416
La interpretación de los árbitros 419
Principios incorporados a la *Lex Mercatoria*, decantados de los laudos arbitrales 420
Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* por las cortes nacionales 423
Admisión y transplante de la *Lex Mercatoria* a las legislaciones estatales 424
Consideraciones finales 429
Bibliografía 429

La resolución del contrato internacional 433
Héctor Mauricio Medina Casas
Introducción 433
La resolución unilateral del contrato 435
Resolución por anticipación 442
Conclusión 444
Bibliografía 445

Consumer Protection in Microinsurance: Poverty and Contracts 447
Andrea Camargo García
Introduction 448
I. The Contractual Vulnerability of the Microinsurance Consumer 452
II. The Inappropriateness of the Techniques Designed to Protect the Traditional Insurance Consumer 463
A. Asymmetry of Information 464
1. Contract Law 464
2. Insurance Regulation 467
3. Financial Education 472
B. Inequality of Power 473
1. Regulation of the insurance activity 473
2. Redress mechanisms 476
II. The Restoration of the appropriateness of Protection Techniques 478
Bibliography 486

Matrimonios del mismo sexo y la regla del orden público. Reflexiones comparadas 489
Víctor Hugo Guerra Hernández
Consideraciones previas 489
Descripción del asunto a través de un caso de la vida real..... 491
Orden público internacional y determinación del derecho aplicable. Su importancia para la validez de los efectos de los matrimonios del mismo sexo..... 493
Derecho comparado..... 497
Un caso de los sistemas anglosajones: Estados Unidos..... 497
Un Caso de los sistemas civiles: Colombia 502
La puesta en escena: ¿Cuál es la relevancia de este tema, vista la alta y reciente migración venezolana a Colombia? ¿Qué sucede con la migración venezolana hacia los Estados Unidos, específicamente, a La Florida? 509
Situación colombiana..... 509
Situación norteamericana..... 512
Balance y perspectivas 513
Bibliografía..... 515

Derecho de la Integración

El derecho comunitario andino y la influencia sobre el arbitraje frente al Estado colombiano 521
Hernando Sánchez Sánchez
Introducción 521
Parte I. Derecho primario y secundario comunitario andino y el arbitraje 525
El arbitraje en el marco del acuerdo de integración subregional andino 526
Recurriendo al sistema de solución de controversias de la ALALC 526
En el marco del tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena 531
El arbitraje en el marco de la Comunidad Andina..... 532
A la luz del derecho primario 532
En el marco del derecho secundario..... 536

Parte II. Desarrollos jurisprudenciales del tribunal de justicia
de la CAN y el arbitraje 538
La acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial 538
Acción de incumplimiento 538
Interpretación prejudicial 542
Sentencia del TJCAN en el proceso 03-AI-2010 544
Demanda y alegatos de la ETB 544
Contestación y alegatos del Estado colombiano 548
Consideraciones jurídicas del TJCAN 552
Conclusiones 561
Bibliografía 563

La aplicación extraterritorial de la seguridad social en el contexto de la Unión Europea 565
Adriana Camacho Ramírez
Premisa 565
Introducción 567
La movilidad al interno del territorio de la Unión 568
Protección social en el marco de la UE 569
La normativa comunitaria en materia de protección social 572
Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE 577
Bibliografía 579

Sumario 583



Derecho internacional: varias visiones, un maestro rinde tributo al doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, ilustre jurista colombiano; reconocido maestro, magistrado y plenipotenciario hijo del Claustro, cuya obra es fundacional para el derecho internacional en Colombia y quien labró el camino para que el área de derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario obtuviera su reconocimiento nacional e internacional.

La presente obra colectiva, abarca los temas más recientes del derecho internacional público, derecho internacional de los derechos humanos, Corte Penal Internacional, derecho internacional económico, derecho internacional privado y derecho de la integración. Todos ellos saberes que caben en la fructífera dimensión legal desarrollada por nuestro homenajeado.

Las contribuciones que hacen parte del presente libro, en su destacable diversidad y calidad, son un reflejo de las inquietudes académicas y motivaciones surgidas de las insignes lecciones impartidas a lo largo de los años por Marco Gerardo Monroy Cabra, uno de los máximos representantes del estudio del derecho en el continente.

UR